



La qualification des contrats d'auteur

Sébastien Raimond

► **To cite this version:**

Sébastien Raimond. La qualification des contrats d'auteur. Droit. Université Paris-Est, 2008. Français. .

HAL Id: tel-01362278

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01362278>

Submitted on 8 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Paris 12 – Paris Est

Faculté de droit de Paris 12

LA QUALIFICATION DES CONTRATS D'AUTEUR

THÈSE

pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

(Arrêté du 7 août 2006)

Présentée et soutenue publiquement par

Sébastien RAIMOND

le 20 novembre 2008

Jury

- Directeur de thèse :** **Monsieur Christophe CARON**
Professeur à l'Université Paris 12 – Paris Est
- Rapporteurs :** **Monsieur Tristan AZZI**
Professeur à l'Université Paris Descartes – Paris V
Monsieur Philippe STOFFEL-MUNCK
Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne
- Suffragants :** **Monsieur Philippe DUPICHOT**
Professeur à l'Université Paris 12 – Val de Marne
Monsieur Jacques RAYNARD
Professeur à l'Université Montpellier 1

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Sincères remerciements à mon directeur de thèse, Monsieur le professeur Christophe Caron, pour sa confiance et ses précieux conseils.

De vifs remerciements également à Guillaume, Audrey, Cécile et Philippe, ainsi qu'à ma sœur Élodie et mon frère Jean-Charles.

À mes parents, pour leur constant et bienveillant soutien,

*À la mémoire de mon grand-père maternel et de mon parrain, qui m'ont légué
leur amour de la vie.*

Conventions de citation

Les abréviations employées sont, pour l'essentiel, celles proposées en matière juridique par le Syndicat national de l'édition. Les principales abréviations sont les suivantes :

Adde : Ajoutez	Defrénois : Répertoire général du notariat
Ann. Propr. Indus. : Annales de la propriété industrielle	Defrénois
Arg. : Argument	Dr. & patr. : Revue Droit et patrimoine
AJ : Actualité jurisprudentielle	Dr. sociétés : Revue Droit des sociétés
DC : Décision du Conseil constitutionnel	Encycl. Civ. Dalloz : Encyclopédie Droit Civil
<i>Arch. Philo. Dr.</i> : Archives de philosophie du droit	Dalloz
Ass. plén. : Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation	GP : Gazette du Palais
Bull. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation	IR : Informations rapides
CA : Arrêt d'une cour d'appel	I.e. : c'est-à-dire
Cass. 1 ^e , 2 ^e , 3 ^e civ., com., soc., crim., mixt., req. : Arrêts des chambres de la Cour de cassation (1 ^e , 2 ^e , 3 ^e chambres civiles, chambre commerciale, sociale, criminelle, chambre mixte, chambre des requêtes)	J.-Cl. : Jurisclasseur
Chron. : Chronique	JCP (G, E, N) : Juris-classeur périodique, Semaine juridique (édition Générale, Entreprise, Notariale)
c. civ. : code civil	L. : Loi
c. ind. ciném. : Code de l'industrie et du cinéma	LP : Revue Légipresse
c. com. : code de commerce	Légicom : Revue Légicom
CCC : Revue Contrat – Concurrence – Consommation	Mél. : Mélanges offerts à
CCE : Revue Communication – Commerce électronique	Not. : Notamment
CE : Communauté européenne	Ord. : Ordonnance
CEDH : Convention européenne des droits de l'homme	P. ex. : Par exemple
CPI : code de la propriété intellectuelle	PI : Revue Propriétés intellectuelles (IRPI)
Cour. EDH : Cour européenne des droits de l'homme	RDC : Revue des contrats
D. (D.P, D.H, D. Aff.) : Recueil Dalloz (le cas échéant Dalloz Périodique, Hebdomadaire, Affaires)	RDPI : Revue du droit de la propriété intellectuelle
Décr. : Décret	RLDC : Revue Lamy Droit civil
	RLDI : Revue Lamy Droit de l'immatériel
	Rev. Crit. Légis. Juris. : Revue critique de législation et de jurisprudence
	RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif
	RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
	RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial et économique
	S. : Recueil Sirey
	T. com. : Jugement d'un tribunal de commerce
	TGI : Jugement d'un tribunal de commerce
	V° : Rubrique

Les ouvrages ci-dessous seront cités de la façon suivante :

CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, Manuel Litec, 2006 : Ch. CARON, *Manuel*.

COLOMBET Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^e éd., 1999 : C. COLOMBET, *Précis*.

DESBOIS Henri, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 3^e éd. 1978 : H. DESBOIS, *Traité*.

GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, PUF coll. « Droit fondamental », 6^e éd., 2007 : P.-Y. GAUTIER, *Précis*.

LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours Dalloz, 2^e éd. 2004 : X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*.

LUCAS André et Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 3^e éd. 2006 : A. et H.-J. LUCAS, *Traité*.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit d'auteur*, Economica 2005 : F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*.

Les références en note de bas de page ne seront citées de manière complète qu'au début de chaque chapitre ; les ouvrages généraux, traités, manuels, thèses, monographies, articles et chroniques seront ensuite cités par le nom des auteurs et le titre.

SOMMAIRE

Introduction.....	11
Première partie / La qualification du contrat au regard du droit d’auteur.....	37
<i>Titre 1 / Un critère insuffisant : Les effets du contrat.....</i>	<i>43</i>
Chapitre 1/ Contrat d’auteur et effet translatif.....	45
Chapitre 2/ Le contenu obligationnel du contrat d’auteur.....	138
 <i>Titre 2 / Un critère nécessaire : L’environnement du contrat.....</i>	 <i>233</i>
Chapitre 1/ L’objet du transfert.....	235
Chapitre 2/ La qualité des parties.....	300
 Seconde partie / La qualification du contrat d’auteur au regard du droit civil.....	 339
<i>Titre 1 / Un critère inopérant : L’environnement du contrat.....</i>	<i>343</i>
Chapitre 1/ La nature du droit de l’auteur.....	344
Chapitre 2/ La nature du droit du cocontractant de l’auteur.....	431
 <i>Titre 2 / Un critère opérant : Les effets du contrat.....</i>	 <i>499</i>
Chapitre 1/ Les facteurs de qualification au regard du droit civil.....	500
Chapitre 2/ Les conséquences de la qualification au regard du droit civil.....	562
 Conclusion.....	 645
Bibliographie.....	656
Index.....	691
Table des matières.....	698

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Complexité de la relation entre l'auteur et l'exploitant. – Que l'on voie en lui le « *talisman magique qui ouvre les portes de l'immortalité (...), lien mystérieux du monde des intelligences* »¹ ou bien, au contraire, « *un hercule à qui l'époque n'offre plus à soulever que des poids en carton* »², l'éditeur – mais le propos vaut pour tout exploitant – semble entretenir avec les auteurs, non pas une relation économique ordinaire, mais un lien infiniment plus complexe³. Certes, le développement prodigieux d'une « *industrie culturelle* », depuis la seconde moitié du XX^e siècle et particulièrement depuis l'avènement de l'ère numérique⁴, oblige à nuancer le jugement. D'un côté, certains secteurs, bien que largement ouverts aux stratégies commerciales contemporaines, restent des domaines où se noue fréquemment un lien particulier entre les auteurs et ceux à qui ils confient leurs créations : ainsi de l'édition littéraire, du spectacle vivant, dans une moindre mesure de la production musicale ou cinématographique⁵. Si le chemin qu'ils empruntent ensemble est jalonné aussi bien de succès que d'échecs, d'ambitions que de déceptions, de promesses que de trahisons, le lien qu'ils tissent au fil des œuvres et qui les unit pour un « instant d'éternité » ne peut alors être *réduit* à

¹ « Éditeur ! Puissance redoutable qui sert au talent d'introducteur et de soutien ! talisman magique qui ouvre les portes de l'immortalité, (...) lien mystérieux du monde des intelligences... » in *Les Français peints par eux-mêmes*, 1839-1841, cité par B. BLASSELLE, *Histoire du livre*, t. 2 : *Le triomphe de l'éditeur*, Gallimard, 1998, p. 35. V. aussi Hubert NYSSSEN, *L'éditeur et son double*, Carnets, Actes Sud, 1988, Avant-propos, p. 9 (« L'édition relève d'une pratique venue des âges – l'écriture – qui est à la fois sacerdotale, prestigieuse, souveraine (...). Et rien, jamais, ne sera donné pour rupture avec la quintessence de la mission, à savoir la perpétuation de la parole »).

² A propos de Grasset, André Malraux écrit ainsi qu'il lui « fait l'effet d'un hercule à qui l'époque n'offre plus à soulever que des poids en carton », rapporté par J. BOTHOREL, *Bernard Grasset : vies et passions d'un éditeur*, Grasset, 1989, p. 11.

³ Sur la complexité du réel, v. J.-L. LE MOIGNE, « Sur quelques topiques de la complexité... des situations que peut connaître le juriste dans ses pratiques », *Droit et société* 2000/46, p. 407-424.

⁴ V. not. X. GREFFE, *Économie de la propriété artistique*, Economica, 2005. Les droits de propriété intellectuelle sont liés à l'essor même du capitalisme industriel. V. sur ce point F. BENHAMOU et J. FARCHY, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte 2007, p. 94 (« Le copyright a été une des conditions du développement du capitalisme »).

⁵ On connaît, par exemple, les relations privilégiées de Pierre Jules Hetzel et de Jules Verne (B. BLASSELLE, *Histoire du livre*, t. 2 : *Le triomphe de l'éditeur*, Gallimard, 1998, p. 73), ou de Gaston Gallimard et d'auteurs tels André Gide, qui fut d'ailleurs l'un des fondateurs de la prestigieuse *Nouvelle Revue française* (N.R.F) puis l'un des associés de la maison d'édition créée pour porter le mouvement (P. ASSOULINE, *Gaston Gallimard : un demi-siècle d'édition française*, éd. du Seuil, 2001, coll. « Points » – E. PARINET, *Histoire de l'édition à l'époque contemporaine, XIXe-Xxe siècle*, éd. du Seuil, Points, coll. « Histoire », 2004, p. 338s.). Encore faut-il ne pas oublier que certains éditeurs sont également réputés pour leur âpreté au gain... fût-ce par des montages juridiques. V. p. ex. J.-Y. MOLLIER, *Michel et Calmann Lévy ou la naissance de l'édition moderne* (1836-1891), Calmann-Lévy, 1984, qui rapporte d'innombrables anecdotes sur les montages juridiques de Michel Lévy.

un lien juridique, soit un rapport d'obligation, ni même à une relation économique, pas plus d'ailleurs qu'à un rapport social. Entre le créateur et l'intermédiaire qui assure la communication de l'œuvre au public, s'instaure un rapport *humain*, dont la profondeur est insondable et qu'il serait peu judicieux de réduire à l'un de ses aspects. D'un autre côté, dans nombre d'autres secteurs, le rapport entre auteurs et exploitants paraît, sinon complètement, du moins fortement *déshumanisé*. Quel lien est-il ordinairement tissé entre un producteur audiovisuel et les membres d'un atelier d'écriture chargés de concevoir les épisodes de quelque série télévisée sans fin⁶, le programmeur de logiciel salarié et une firme multinationale, un fournisseur de « contenu » et un fournisseur d'hébergement ou d'accès à Internet (F.A.I)⁷, sinon un simple lien économique et juridique ? Effectivement, un rapport entre *fournisseurs* paraît bien réductible à une simple relation commerciale. Pourtant, la complexité n'est pas, loin s'en faut, bannie de ces terres de récente conquête : la multiplicité des intérêts financiers en cause rend souvent bien délicate leur conciliation.

2. Complexité de la relation juridique entre l'auteur et l'exploitant. – Aussi bien, le lien juridique manifeste dans l'univers du droit la complexité de la relation que noue le créateur avec un exploitant, auquel il confie, selon l'heureuse et fort célèbre formule d'une cour d'appel, « *son patrimoine matériel et intellectuel à gérer et à exploiter, et son art à protéger* »⁸. L'analyse de la nature du lien entre auteur et producteur, pour n'être pas candide, ne doit certes pas occulter l'infériorité fréquente du premier, pas plus que le conflit de leurs intérêts respectifs. Le doyen Savatier, par une métaphore évocatrice, opposait ainsi les « serviteurs des Muses » aux « serviteurs de Mercure »⁹. Aucun spécialiste du droit d'auteur ne peut en outre méconnaître les fausses alliances et les conflits qui émaillent le cours de son histoire. Au-delà du rapport de forces, il ne faut cependant pas ignorer la force d'un rapport dont la permanence est la meilleure garantie de l'accès du public aux œuvres créées. Le « droit contractuel d'auteur » est ainsi le reflet, dans l'ordre juridique, de cette dualité du

⁶ Sur la pratique des ateliers d'écriture (*writing room*), ou pools de scénaristes, v. p. ex. B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, Litec 2007, n°34.

⁷ Sur la distinction entre fournisseurs d'accès, fournisseurs d'hébergement et fournisseurs ou « éditeurs » de contenu, V. Ch. FÉRAL-SCHUL, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz Praxis 2006, n°114.11s. et *infra*, n°47.

⁸ Est-il besoin de rappeler que cette célèbre formule vient du célèbre arrêt « Montherlant c./ Grasset » (CA Paris, 7 nov. 1951, D. 1951, p.759 ; GP 1952, 1, p. 80), selon lequel « l'auteur confie à l'éditeur un patrimoine matériel et intellectuel à gérer et à exploiter, et son art à protéger » ? Son succès ne s'est pas démenti depuis : v. p. ex. CA Paris, 4^e ch. A, 12 février 2003, CCE 2003, comm. n°57, obs. C. Caron, à propos de l'obligation d'exploitation.

⁹ R. SAVATIER, *Le droit de l'art et des lettres. Les travaux des Muses dans les balances de la Justice*, LGDJ, 1953.

rapport entre créateurs et exploitants, unis par un intérêt commun et néanmoins inégaux dans la défense de leurs intérêts propres.

3. Incertitude de la qualification de contrat d'auteur. – Si le droit contractuel d'auteur semble constituer un véritable *système*, assis sur ses propres fondements, reposant sur sa propre dynamique¹⁰, son architecture ne se dévoile pas de façon purement transparente, ni même ses piliers fondateurs. De fait, la conciliation entre protection du créateur et encouragement de l'investissement a conduit, en raison d'incessants compromis, à l'élaboration de qualifications aux contours très indécis, qui appellent une étude d'ensemble. En quoi consistent exactement les contrats d'édition, de représentation, de production audiovisuelle ou de commande pour la publicité, qui font l'objet d'une nomination légale ? Qu'est-ce au fond qu'un « contrat d'auteur » ? Si une approche purement intuitive en donne rapidement une première idée, il est loin d'être assuré qu'elle traduise exactement la réalité. L'expression elle-même n'est d'ailleurs pas exempte d'équivoque. S'agit-il d'un contrat portant sur un droit d'auteur, ou d'une convention conclue par un créateur ? En d'autres termes, faut-il s'arrêter à la notion d'objet, ou se référer à la qualité du cocontractant ?

L'histoire offre quelques enseignements. Le premier est qu'un « contrat d'auteur » ne se singularise pas du seul fait qu'il est conclu par un créateur, si la loi n'attache à cette qualité aucun droit propre. En effet, les créateurs ont sans doute passé contrat, en vue de la création et de la diffusion de leurs œuvres, bien avant qu'un *droit privatif d'exploitation* de leur création ne soit reconnu. S'il n'est pas fermement établi que le droit romain ait consacré un véritable droit privatif¹¹, il n'en demeure pas moins que des contrats étaient parfois conclus entre créateurs, d'une part, « bibliopoles »¹² et autres intermédiaires, d'autre part¹³. Bien plus tard, à

¹⁰ Référence n'est pas ici faite à la définition la plus large du système juridique, conçu comme « l'ensemble structuré, organisé et interdépendant des règles et des mécanismes juridiques qui s'appliquent dans une société » (v. sur cette définition v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 24). L'acception dans laquelle le terme est employé s'entend d'un « complexe structuré d'éléments coordonnés, destiné à atteindre des objectifs » (v. v. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 24. Or le droit d'auteur représente bien un tel système, en ce sens que chacun des concepts sur lesquels il s'appuie s'éclaire à la lumière de l'ensemble de ces éléments, en fonction d'objectifs qui lui sont propres. Cela étant, il s'agit d'un système ouvert, dans la mesure déjà où il n'est qu'un sous-système du droit civil. Sur la notion de système, V. aussi R. GASSIN, « Analyse systémique et droit », Cahier des Ecoles doctorales, fac. de droit de Montpellier, n°2, nov. 2001, 545s. (le système est « un modèle logique qui entend donner une représentation de la réalité observable comme étant un ensemble d'éléments en interaction, évoluant dans un environnement déterminé, destiné à satisfaire une ou plusieurs finalité(s) définie(s), structuré en fonction de cette (ou de ces) finalité(s), agissant sur son environnement, et se transformant avec le temps sans perdre pour autant son identité »).

¹¹ V. not. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°5.

¹² Sur cette dénomination, v. M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la propriété littéraire et artistique », RIDA 1974/1, p. 139.

l'époque des privilèges, l'auteur pouvait *vendre* son manuscrit à un *libraire*, pour que ce dernier l'imprime et le diffuse¹⁴. Celui-ci, devenu propriétaire d'une œuvre qui n'était pas encore dissociée de son support matériel, n'était cependant aucunement tenu d'associer le créateur aux profits tirés de la publication, sauf à ce que le contrat en dispose autrement¹⁵. De telle sorte que, si le phénomène contractuel a pénétré l'univers artistique bien avant la Révolution, un contrat portant sur une œuvre de l'esprit ne présentait guère d'originalité sous l'Ancien Régime¹⁶.

De ce point de vue, la reconnaissance de droits d'exploitation – le droit de représentation publique, par la loi des 13-19 janvier 1791, et le droit de reproduction, par celle des 19-24 juillet 1793 – n'a pas tout à fait changé la donne¹⁷. Certes, l'œuvre de l'esprit se trouve alors soumise à un statut différent de celui des choses corporelles, dont une progressive construction jurisprudentielle du droit moral dès le XIX^e siècle renforcera encore la

¹³ V. p. ex. M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la propriété littéraire et artistique », *op. cit.*, qui rapporte de nombreux exemples (Cicéron confiant à Atticus la publication de son *Pro Ligario* (p. 133), Pompilius Andronicus vendant pour 16 000 sesterces *L'examen des annales d'Ennius* (p. 137)...).

¹⁴ A cette époque, le « libraire » désigne de façon générale toute personne qui a pour activité le commerce et la diffusion des écrits. M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la propriété littéraire et artistique », *op. cit.*, p. 159 note 50.

¹⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°4s. – M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la propriété littéraire et artistique », *op. cit.*, not. pp.177-179. Il faut noter que le bénéfice d'un privilège était en principe accordé à l'éditeur. Dans les dernières années de l'Ancien Régime, par arrêts du Conseil d'État du roi du 30 août 1777, les auteurs littéraires obtinrent un privilège perpétuel... mais n'ayant d'intérêt qu'en cas d'exploitation *personnelle*... Il va sans dire que ce privilège n'a donc aucune incidence sur un contrat précisément inexistant, dans cette hypothèse : les contrats n'ont donc jamais eu pour objet les privilèges octroyés par le roi. La reconnaissance d'une propriété qui s'esquisse dès avant la Révolution ne changea guère l'analyse de la nature du contrat. V. p. ex. le célèbre mémoire de Louis D'Héricourt (in LABOULAYE et GUIFFREY, *La propriété littéraire et artistique au XVIII^e siècle*, Paris, 1859, 21) : « il n'est pas douteux que le propriétaire d'une chose, en la faisant passer par un autre par le canal de la vente et de l'échange, transmet au nouveau possesseur les mêmes droits qu'il avait sur la chose dont il se dépouille (...). Donc un libraire qui a acquis un manuscrit (...) et obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage, lui et ses descendants comme d'une terre ou d'une maison qu'il aurait acquise parce que l'acquisition d'un héritage ne diffère en rien par la nature de l'acquisition de celle d'un manuscrit » (nous soulignons).

¹⁶ Marion, dont nul spécialiste du droit d'auteur n'ignore la célèbre plaidoirie (citée par RENOARD, *Traité*, t. I, p. 113), considérerait toutefois déjà le contrat d'édition comme « exempt de nom propre ». Le plus connu des extraits est souvent tronqué avant la fin de la phrase, qui intéresse plus particulièrement notre propos : « L'auteur d'un livre en est du tout maître, et, comme tel, en peut librement disposer, même le posséder toujours sous sa main privée, ainsi qu'un esclave, ou l'émanciper, en lui concédant la liberté commune, et la lui accorder, ou pure et simple, sans y rien retenir, ou bien à la réservation par une espèce de droit de patronage, qu'autre que lui ne pourra l'imprimer qui est en effet un contrat exempt de nom propre et obligation de ça et de là, parce qu'il a sa cause également juste de chacun côté ; l'un ne voulant donner au public ce qui lui appartient en particulier si, en récompense, le public ne lui donne cette prérogative, et ainsi contraire ».

¹⁷ Pour un exposé plus complet de ces lois, v. p. ex. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°8 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°12s. V. aussi L. PFISTER, *L'auteur, propriétaire de son œuvre – La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. Strasbourg, 1999, p. 445s. – A. KÉRÉVER, « Révolution française et droit d'auteur », RIDA 1989/3, 3 – D. BÉCOURT, « La Révolution française et le droit d'auteur, pour un nouvel universalisme », RIDA 1990/1, 231.

spécificité¹⁸. Aussi pouvait-il paraître excessif de dissoudre complètement le droit d'auteur dans le droit commun¹⁹. Il n'en demeure pas moins que, l'indépendance de la propriété corporelle et du droit d'auteur n'étant pas reconnue, la vente d'un manuscrit ou, plus généralement, d'un support matériel d'une œuvre de l'esprit, de même que dans l'Ancien Droit, dépouillait le créateur du droit de la reproduire : la clause contraire était exigée, non pour réunir, mais pour dissocier la cession du droit d'exploitation et la vente du manuscrit ou du tableau²⁰. L'histoire offre ainsi un second enseignement : le « contrat d'auteur » ne se singularise pas davantage par le simple fait qu'il porte sur un droit d'auteur, surtout si celui-ci n'est pas nettement dissocié du droit de propriété corporelle s'exerçant sur le support de l'œuvre.

Si la législation révolutionnaire ne constitue pas le point de départ le plus significatif de l'histoire du droit des contrats d'auteur, il ne faut pas, au contraire, sous-estimer la rupture qu'introduit la loi du 9 avril 1910, disposant que l'« *aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction* »²¹ : en érigeant le droit d'auteur en objet spécifique, soustrait au statut d'accessoire du support de l'œuvre de l'esprit, cette règle a incontestablement favorisé l'édiction de règles spéciales à des contrats qui ne pouvaient plus être purement et simplement confondus avec des ventes de meubles corporels. Un second mouvement conduira ainsi de l'application du seul droit civil à l'instauration, presque deux cents ans après la consécration de la propriété littéraire et artistique, d'un corps de règles propres aux contrats d'auteur²². Il est vrai que les contrats d'édition et de représentation, ou tout au moins des contrats qui pourraient rétrospectivement

¹⁸ Sur la genèse jurisprudentielle (et doctrinale) du droit moral, v. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°9 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°19. V. aussi S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, éd. Norstedt et Söners, Stockholm, 1966-1968, t. I.

¹⁹ V. en ce sens J. MARECHAL, *Mémoire à consulter sur la question juridique de la propriété perpétuelle et héréditaire des œuvres de l'esprit*, Paris, 1861, not. p. 103 (« La propriété des œuvres de la littérature et des arts sera régie par les principes du droit commun ») – A. NION, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, Paris, 1846.

²⁰ V. Cass. ch. réunies, 27 mai 1842 (affaire de « La Bataille des Pyramides »), DP 1842, I, 297, faisant suite à une résistance à Cass. crim., 23 juillet 1841, D. 1841, I, 123, en sens contraire. V. aussi CA Paris, 20 mars 1870, API, 1873, p. 46 – T. civ. Seine, 30 avril 1855, S. 1855, 2, 431. Il n'est pas inutile de relever qu'aujourd'hui, la Cour de cassation n'entend pas revenir sur cette position jurisprudentielle : v. Cass. 1^{er} civ., 25 mai 2005, CCE 2005, comm. 109, note Ch. CARON : jugé, au regard de l'art. 1^{er} du décret des 19-24 juillet 1793, applicable en la cause, que « la stipulation d'une vente pleine et entière, sans aucune réserve, de la propriété d'une œuvre littéraire transmet à l'acquéreur la pleine et absolue propriété de l'œuvre ainsi que l'ensemble des droits patrimoniaux d'auteur ».

²¹ DP 1911, 4, 32. Il n'est pas inutile de rappeler que la jurisprudence a refusé d'attribuer à cette loi un caractère interprétatif de celle de 1793. V. sur ce point H. DESBOIS, *Traité*, n°312.

²² Les réformes du droit d'auteur sont d'ailleurs parties de la volonté d'édicter un corps de règles propres aux contrats d'exploitation du droit d'auteur. V. not. sur ce point J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur. À propos du projet de loi sur le contrat d'édition*, Grasset 1937, qui évoque en réalité trois projets et discute celui voté en 1^{er} lecture en 1936.

être qualifiés ainsi, sont apparus bien avant leur nomination légale – fruit de l’œuvre législative fondatrice du 11 mars 1957²³. Jusqu’à la date de son entrée en vigueur, la seule alternative était cependant, soit de rattacher ces conventions aux qualifications contractuelles forgées par le code civil, soit d’en reconnaître le caractère *sui generis* et de s’en tenir, en sus des dispositions prises par les cocontractants, au droit commun des obligations et à la jurisprudence²⁴. Aujourd’hui encore, le droit d’auteur se confond d’ailleurs dans la vaste fresque du droit privé : ce n’est pas un droit *autonome*, au sens où les règles qui le composent n’entreprendraient aucun rapport avec le corps de dispositions générales que constitue le code civil²⁵. La loi du 11 mars 1957²⁶, marquant l’achèvement d’un long processus de maturation²⁷, l’a en revanche pleinement constitué comme un droit *spécial*²⁸. En effet, s’il n’est que la ramification d’une branche maîtresse, le droit d’auteur est, depuis cette loi surtout, également irrigué par sa propre sève²⁹. En première approche, l’histoire permet ainsi de définir le contrat d’auteur comme un contrat soumis au droit contractuel d’auteur. L’affirmation présente toutes les apparences d’une évidence ; elle n’en présente pas moins le mérite de mettre en exergue le lien qui s’instaure nécessairement entre la définition du contrat d’auteur et la clarté des dispositions qui en font une catégorie juridique particulière. Or le droit des contrats d’auteur, loin s’en faut, ne brille pas par la cohérence et la simplicité de sa construction.

De fait, la délimitation des frontières de la notion de contrat d’auteur reste empreinte d’incertitude. Les dispositions du code de la propriété intellectuelle se référant essentiellement

²³ Pour une présentation générale de cette loi, v. not. H. DESBOIS, « La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », D. 1957, chron. 165 – RIDA 1958/1, n° spécial consacré à la présentation de cette loi.

²⁴ V. p. ex. en ce sens J. RAULT, *Le contrat d’édition en droit positif français*, Paris, 1927, p. 88 – J. LARDEUR, *Du contrat d’édition en matière littéraire*, Arthur Rousseau, 1893, p. 44.

²⁵ Le droit d’auteur n’est ainsi pas, contrairement au droit pénal p.ex., seulement composé de règles propres, constitué comme un système clos sur lui-même, où le sens de chaque concept ne s’éclairerait qu’à l’intérieur du réseau de significations propres à la matière. Tout au contraire, le droit d’auteur se nourrit des concepts du droit privé, et renvoie dans une large mesure au droit civil, comme en matière de succession, ou au droit pénal, comme en matière de contrefaçon... V. not., « répudiant toute idée réductrice d’autonomie de la branche ici traitée », P.-Y. GAUTIER, *Précis*, « Avant-Propos », p. 11 – Ch. CARON, *Manuel*, n°12s.

²⁶ L. n°57-298 du 11 mars 1957, entrée en vigueur le 11 mars 1958.

²⁷ De façon générale, v. not. J. VILBOIS, « Historique », RIDA 1958/1, 29 – J. ESCARRA, « Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique », RIDA 1954/3, 3 – J. MATTHYSENS, « Les projets de loi sur le droit d’auteur en France au cours du siècle dernier », RIDA 1954/2, 15.

²⁸ Tel est bien le sens de la maxime « *specialia generalibus derogant* » : est spécial ce qui déroge au général. V. J. ROLAND et H. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4^e éd. 1999, n°152 et 418.

²⁹ . La loi de 1957 a façonné une matière bouillonnante, où ont été forgés et se forment d’ailleurs encore nombre de concepts originaux et de règles particulières. Ainsi p. ex. l’objet du droit, incorporel, est-il défini au moyen de concepts spécifiques, tel celui d’originalité. La transmission des droits à cause de mort ne suit pas que les règles de dévolution ordinaires, mais encore des règles spéciales, pour le droit de divulgation p.ex., etc.

à une « cession »³⁰ et n'évoquant que de façon sporadique une « autorisation » d'exploiter³¹, visant tantôt « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre »³², la cession « du droit d'exploitation »³³, la « clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre »³⁴, voire la « cession (...) des œuvres »³⁵, la polémique ne s'est jamais éteinte quant à la question de savoir si, à l'instar des contrats portant sur les droits de propriété industrielle, le droit d'auteur peut accueillir la distinction faite entre cession et licence³⁶. La loi spéciale ne s'appliquerait-elle donc qu'aux contrats de cession ? Faut-il au contraire ne voir dans cette utilisation du vocable de « cession » qu'une référence à un effet translatif, qui pourrait s'inscrire aussi bien dans le cadre d'un contrat de cession que dans celui d'une licence ? Tout au moins faut-il souligner que la nature du contrat de licence n'est pas arrêtée par la loi relative au droit d'auteur – pas plus d'ailleurs que par le droit de la propriété industrielle³⁷. Certes, on oppose généralement la licence à la cession en qualifiant la première de concession d'un droit personnel de jouissance, tandis que la seconde serait un acte translatif de droit d'exploitation. Si la licence était un contrat d'entreprise, la présence d'un effet translatif, en dehors du cadre d'un contrat de cession, ne serait néanmoins pas nécessairement exclue³⁸. Il n'est peut-être pas même impossible qu'un tel effet s'inscrive dans le cadre d'un bail, portant alors sur les fruits de la chose louée³⁹. La référence légale constante à une cession, s'il faut l'entendre comme un renvoi à l'effet translatif, ne saurait donc servir de soutien à l'adoption d'une qualification systématique de *contrat* de cession. Sans doute est-ce au terme d'une recherche de la nature du contrat d'auteur au regard du droit civil que pourra être justifiée une distinction entre ces deux modèles. D'ailleurs, il n'est pas certain, loin s'en faut, que le droit d'auteur offre des critères de distinction entre ces deux types de contrat que sont la cession et

³⁰ Art. L. 131-1, L. 131-3, L. 131-4, L. 131-5, L. 131-6, L. 131-7, L. 131-8 CPI pour le seul droit commun des contrats d'auteur.

³¹ V. surtout art. L. 131-2 CPI, al. 1^{er}, évoquant les « autorisations gratuites d'exécution », et l'art. L. 132-18 CPI, al. 1^{er}, relatif au contrat de représentation.

³² Art. L. 131-4 CPI, al. 1^{er}.

³³ Art. L. 131-5 CPI, al. 1^{er}.

³⁴ Art. L. 131-6 CPI.

³⁵ Art. L. 131-1 CPI.

³⁶ V. p. ex. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°567 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°939, qui rappelle que « la nature du contrat d'exploitation est discutée ».

³⁷ Les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au brevet d'invention, au droit de marque ou aux dessins et modèles distinguent cession et licence sans préciser tous les critères de distinction. Relis. art. L. 513-2 CPI (dessins et modèles), art. L. 613-8 CPI (brevet d'invention) et art. L. 714-1 CPI (marques).

³⁸ On sait en effet que, pour une partie de la doctrine tout au moins, la qualification d'entreprise peut inclure un effet translatif de la propriété de la chose fabriquée sur mesure, sans que la fourniture de matière par l'entrepreneur oblige à une qualification mixte de louage d'ouvrage et de vente. V. en ce sens P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, éd. Panthéon-Assas, 2002, préf. B. TEYSSIÉ, n°197s. et notre thèse, *infra* n°55.

³⁹ V. sur ce point *infra*, n°414.

la licence. À tous égards, un examen approfondi de la lettre de la loi spéciale s'impose néanmoins pour savoir si la délimitation obligatoire du domaine d'exploitation, en vertu de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle⁴⁰, ainsi que l'exclusivité, constituent des critères de distinction opératoires.

Il est également nécessaire de s'interroger sur les conséquences de l'article L. 111-1 du code précité sur la qualification qu'il convient de donner à des conventions qui portent sur la création de l'œuvre. En effet, en interdisant tout effet translatif des contrats de louage d'ouvrage que sont les contrats de commande d'une œuvre de l'esprit, la loi spéciale ne rend guère aisée la qualification des conventions qui, tels les contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité, sont ordinairement classés dans la famille des contrats de commande, tandis qu'ils produisent un effet translatif⁴¹. Les commandes sont-elles vraiment, au demeurant, des contrats d'auteur ? Rien n'est moins sûr. Si les « dispositions générales » relatives à l'« exploitation des droits » dessinent une qualification de « contrat d'auteur », il reste donc à en tracer de plus fermes contours.

4. Incertitude de la qualification des contrats nommés du droit d'auteur. – L'articulation décrite entre droit commun (droit civil) et droit spécial (droit d'auteur) se prolonge cependant aussi au sein même du droit propre aux contrats d'auteur. En effet, la loi du 11 mars 1957 instaura dans le même élan, non seulement un droit propre aux contrats d'auteur, mais encore distingua-t-elle deux « étages » successifs : d'une part, ce qu'il est possible de désigner tel un *droit commun* des contrats d'auteur, d'autre part un *droit spécial* à certains d'entre eux. Certaines dispositions sont applicables à tous les contrats d'auteur, dessinant une catégorie particulière de convention. En ce sens, ces dernières composent un droit spécial par rapport au droit commun des obligations. D'autres règles découlent de la nomination de contrats spéciaux du droit d'auteur. En ce sens, elles forment elles-aussi un droit spécial, mais cette fois autant au regard du régime commun à chacun des contrats d'auteur qu'à celui du droit commun des obligations. En définitive, tout accord individuel ayant pour objet un droit d'auteur est susceptible de tomber sous le coup de trois strates successives de réglementation, et si le droit des contrats d'auteur est un droit spécial au regard du droit commun des obligations, il est en même temps un droit commun au regard des contrats spéciaux de la

⁴⁰ Arg. art. L. 131-3 CPI, al. 1^{er} : « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que (...) le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Sur la signification de ces concepts, v. *infra*, n°27s.

⁴¹ Sur la distinction entre contrat de production audiovisuelle et commande, v. *infra*, n°64s.

propriété littéraire et artistique...⁴² Si la loi spéciale procède à la nomination de plusieurs contrats particuliers – édition, représentation, production audiovisuelle, commande pour la publicité, etc. – elle ne fixe pas toujours avec exactitude les divers éléments de la qualification.

Le constat est plus flagrant encore s'agissant des contrats innommés. Ainsi par exemple, se bornant à l'admission des « cessions à titre gratuit »⁴³, la loi ne précise pas le sens dans lequel il faut entendre cette gratuité, et maintient une certaine incertitude sur l'application de dispositions visant, précisément, une « exploitation des droits »⁴⁴. En outre, l'absence d'édiction, au titre de ces « dispositions générales », d'une obligation d'exploiter, laisse la doctrine et la jurisprudence partagée sur la question de savoir si elle s'impose dans tout contrat conclu par un créateur⁴⁵. La loi ne se montre d'ailleurs pas toujours d'une clarté ou d'une précision plus grande au titre des « dispositions particulières à certains contrats »⁴⁶. Ainsi, certains éditeurs n'ont-ils pas récemment répugné à exclure toute rémunération de l'auteur, pour une fraction du tirage de l'ouvrage publié⁴⁷. De même, il n'est pas certain, aujourd'hui encore, qu'un entrepreneur de spectacles soit tenu d'exploiter le droit de représentation⁴⁸. L'impératif de sécurité juridique achève ainsi de convaincre de l'utilité d'une détermination des contours des diverses qualifications contractuelles du droit d'auteur, qu'il s'agisse des contrats soumis au seul droit commun des articles L. 131-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle ou des dispositions propres aux contrats nommés. L'intérêt de ce travail de qualification du contrat d'auteur se comprend d'ailleurs d'autant mieux si l'on souligne le caractère impératif de la plupart des dispositions spéciales. Si c'est bien souvent dans le seul but d'assurer le respect de l'ordre public que l'opération de qualification s'impose⁴⁹, la qualification contractuelle à laquelle est attaché un régime d'ordre public

⁴² L'expression de « théorie générale des obligations artistiques » a également pu être utilisée par M. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°252. Nous l'utiliserons comme synonyme de droit commun des contrats d'auteur.

⁴³ Art. L. 122-7 CPI.

⁴⁴ CPI, 1^{re} partie, livre I, titre 3^e.

⁴⁵ V. sur ce point *infra*, n°124s.

⁴⁶ CPI, 1^{re} partie, livre I, titre 3^e, chap. II.

⁴⁷ V. sur ce point *infra*, n°111s.

⁴⁸ V. sur ce point *infra*, n°155.

⁴⁹ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz 5^e éd. 2006, n°10 : « *A priori* inutile en raison du principe de la liberté contractuelle, ce réflexe [la qualification] (...) est constant et nécessaire. De même que la généralité de la vie sur terre n'empêche ni la différenciation des espèces ni n'entrave l'intérêt de son étude. Les contrats nommés connaissent en effet toute une série de règles particulières, plus ou moins impératives, qui justifient la recherche de la nature exacte d'un contrat ».

exerce un indéniable pouvoir d'attraction⁵⁰ : une détermination précise de ses critères s'avère de ce point de vue un garde-fou nécessaire.

Il faut également relever que, s'agissant de réglementations propres à chaque contrat, le législateur de 1957 ne s'est pas contenté de prévoir deux types, calqués sur la dichotomie des droits d'exploitation. Alors que dans des projets antérieurs, tout semblait devoir être placé dans l'édition, englobant édition littéraire⁵¹, musicale⁵², mais aussi cinématographique⁵³ ou relative aux arts graphiques, plastiques et appliqués⁵⁴, la loi du 11 mars 1957 instaura un régime propre aux productions audiovisuelles et introduisit ainsi une rupture dans la logique dont procède la qualification des contrats : il s'agissait de faire droit à des revendications catégorielles précises, en réservant un sort particulier aux conventions portant sur des œuvres déterminées, dont la création et/ou l'exploitation s'insèrent dans un schéma économique propre. La loi du 3 juillet 1985 a parachevé cette évolution en instaurant un « contrat de commande pour la publicité »⁵⁵, propre au secteur publicitaire. Ce mouvement participe ainsi du phénomène, bien mis en évidence aujourd'hui par la doctrine privatiste, de spécialisation croissante du droit des contrats⁵⁶. La doctrine n'a jamais véritablement contesté cette logique sectorielle, destinée à préserver un équilibre entre protection du créateur et encouragement de

⁵⁰ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd. 2001, n°11, qui note que « lorsqu'on est à proximité d'un statut contractuel impératif, par exemple ceux des baux, il se produit un phénomène d'attraction par ce dernier et la qualification en cause est attribuée de manière préférentielle aux situations voisines. La raison en est qu'on s'efforce ainsi d'éviter les fraudes à la loi qui consistent, pour les contractants, à modifier légèrement les caractères de la relation qu'ils entretiennent afin d'échapper à des règles d'ordre public susceptibles de les gêner ». V. aussi X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, n°682. Il en va ainsi d'un contrat individuel de cession du droit de fabriquer des exemplaires : il sera un contrat d'édition et ne pourra être une cession pure et simple, car l'obligation d'exploiter est impérative. Il faut une clause expresse pour exclure l'obligation.

⁵¹ V. projet de loi de la société d'études législatives de 1936, art. 20s., cité par J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, annexes p. 180.

⁵² V. art. 26s. du projet précité, in J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, annexes p. 181.

⁵³ V. projet de loi de la société d'études législatives de 1936, art. 42 al. 1^{er} (« *Le négatif de montage et les tirages positifs d'un film constituent une édition, qu'il s'agisse de l'adaptation d'une œuvre littéraire publiée ou non, ou de la réalisation cinématographique d'une œuvre originale* ») et art. 43 (« *L'éditeur est celui qui entreprend les travaux nécessaires à la fabrication du négatif de montage et des tirages positifs du film, en vue de son exploitation par quelque moyen que ce soit, tels que location, vente ou distribution* »), cité par J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, annexes pp. 187-188.

⁵⁴ V. art. 49s. du même projet, in ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, annexes p. 187s.

⁵⁵ L. n°85-660 du 3 juill. 1985, art. 14., auj. art. L. 132-31s. CPI.

⁵⁶ V. p. ex. en ce sens Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF 1986, p. 117s. – V. aussi F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°5 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°8.

l'investissement⁵⁷. Cela étant, on peut relever l'absence de mise en œuvre, par le législateur, d'une méthode constante d'élaboration des catégories contractuelles de la matière. Aussi l'enjeu de la présente recherche est-il enfin de retrouver la cohérence du système légal de qualification des contrats d'auteur et de mettre en évidence le poids des facteurs spécifiques à la matière, la qualité des cocontractants et l'objet de leur(s) prestation(s). Les dispositions impératives régissant les contrats d'auteur dessinent pour le moins un « statut légal »⁵⁸, d'où l'importance d'un examen scrupuleux de la loi dans la recherche de la structure de qualification.

5. Intérêt d'une qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil. – Au vu de l'histoire des contrats d'auteur, le sentiment pourrait se dégager qu'il existe pléthore de règles, la tentation étant alors de s'en tenir à l'articulation des trois niveaux mis en évidence plus haut. Ce serait oublier, pourtant, que le droit civil ne se réduit pas au droit commun des obligations – il tient aussi dans plusieurs régimes propres aux contrats nommés que sont par exemple la vente, le bail, le louage d'ouvrage, etc. – et que tous les problèmes ne sont pas résolus par le droit contractuel d'auteur. En effet, il est notable que le code de la propriété intellectuelle se montre bien peu disert sur un certain nombre de questions. Ainsi par exemple, les dispositions relatives au contrat d'édition ou au contrat de production audiovisuelle se bornent-elles à prévoir le principe d'une garantie par l'auteur de l'exercice paisible des droits cédés, sans l'assortir d'un régime propre ni même renvoyer, de façon explicite, au régime de la garantie contre l'éviction du contrat de vente ou de bail⁵⁹. Le principe d'une telle garantie n'est pas même affirmé s'agissant des contrats de représentation, de commande pour la publicité ou des contrats d'auteur innommés. Ainsi encore, le code de la propriété intellectuelle reste flou sur les obligations de délivrance, de remise ou de conservation d'un support de l'œuvre, sur le régime de l'obligation d'exploiter... Un problème se pose souvent en pratique, qui ne reçoit pas davantage de solution claire et explicite dans le code de la

⁵⁷ V. p. ex. déjà J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, n°49 : le projet de loi de 1936 est au contraire critiqué en ce qu'il ne contenait aucune règle particulière à un mode d'édition particulier : « les mânes de Portalis ont dû tressaillir d'aise, qui affirmait que l'office de la loi n'est pas de tout régler ni de tout prévoir, mais de procéder par voie de disposition générale. Il semble toutefois que le projet soit allé trop loin dans cette voie ».

⁵⁸ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. « Méthodes du droit », 4^e éd. 2003, p. 201 : « Quand les obligations imposées par la loi au titulaire d'un droit sont importantes, on désigne l'ensemble de ses prérogatives et de ses devoirs par l'expression « statut légal » : il y a le statut d'époux, de locataire, de propriétaire, d'employeur, de salarié... Quand cet ensemble de droits et de devoirs satisfait des intérêts collectifs permanents, on parle « d'institutions » »).

⁵⁹ V. art. L. 132-8 CPI (édition) et L. 132-26 CPI (production audiovisuelle). Sur ce point, v. *infra*, n°545s.

propriété intellectuelle : la qualité pour agir en contrefaçon. Or une qualification civiliste offre un clef de résolution, la qualité pour agir de l'exploitant dépendant au moins pour partie de la nature du contrat conclu avec le créateur, dont dépend elle-même la nature du droit qui lui est reconnu. La qualification au regard du droit civil présente évidemment un intérêt plus fort encore à l'égard des contrats d'auteur innommés, tels les contrats relatifs aux logiciels ou, plus largement, du Web 2.0⁶⁰. Enfin, il ne faudrait pas oublier que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, aucune qualification nommée n'existait en la matière : la classification dans les catégories préexistantes du code civil demeurerait le seul moyen de combler les lacunes de la loi spéciale par l'application de règles légales plus prévisibles que la jurisprudence.

6. Contribution à une théorie générale des contrats spéciaux. – La doctrine a d'ailleurs toujours souligné l'importance d'une extension des règles propres aux contrats nommés aux conventions originales que la pratique instaure⁶¹. Le droit commun des contrats constitue certes une base fondamentale de la réglementation des contrats, mais la détermination d'un régime propre à chacun des contrats prévus par le code civil lui-même montre bien que ce droit commun n'est pas suffisant⁶².

De ce point de vue, il importe cependant de se demander si l'édiction d'une « théorie générale des contrats spéciaux » n'annihile pas l'intérêt d'un rapprochement avec les types de contrat du droit civil, tant ce vocable rassemble des inspirations différentes, sinon antithétiques. On peut y voir en effet l'occasion d'un découpage des corps de règles suivant l'objet et la fonction de chaque type d'obligation, quel que soit le contrat précis dans lequel il vient

⁶⁰ Le Web 2.0 s'entend d'un modèle évolué de communication numérique, qui passe notamment par une interaction et le partage entre internautes, qui peuvent créer leurs sites personnels (tels les « blogs »), diffuser leurs créations ou divers documents sur des sites communautaires (tels « Myspace », « Dailymotion », « YouTube », « Facebook », etc.) ou participer à des jeux vidéos en ligne. V. p. ex. Ph. CHANTEPIE, « Eléments d'économie du Web 2.0 : interfaces, bases de données, plates-formes », PI 2007, 285 et notre thèse, *infra*, n°46s.

⁶¹ F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, th. LGDJ, 1969, préf. J. BRÈTHE de la GRESSAYE, p. 32, p. 163 : « Il peut paraître inacceptable de faire rentrer un contrat nouveau dans le cadre d'un contrat ancien pour appliquer au contrat nouveau une réglementation précise qui ne le concerne pas, mais ce n'est certes pas trouver une solution à ce problème que de faire rentrer le contrat nouveau dans un cadre trop vaste, pour lui appliquer une réglementation qui serait alors trop générale et de ce fait dépourvue d'utilité » – F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914-1924, t. III, 1921, p. 145 : après avoir dénoncé les assimilations abusives mais aussi déploré l'absence d'une réglementation générale suffisante, Gény estimait que « peut-être une habile généralisation des règles de nos contrats nommés corrigerait-elle en partie cette défaillance. Le travail reste à faire et il vaudrait d'être tenté ».

⁶² F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 163, note 114 : « le droit commun des obligations et les principes généraux des contrats ne peuvent suffire à la réglementation des contrats nouveaux. Cette insuffisance est

s'inscrire⁶³. Au demeurant, l'idée n'est pas réellement neuve⁶⁴. Il est vrai que, de plus en plus, le législateur édicte des règles qui s'attachent non pas tant à une catégorie contractuelle déterminée qu'à une opération économique qui peut être appréhendée par des figures très différentes : c'est alors la prestation caractéristique qui sert de fédérateur⁶⁵. C'est ainsi une « grammaire » qu'il faudrait forger, pour détecter les « pôles fondamentaux qui transcendent les distinctions artificielles »⁶⁶. Dans cette optique, il apparaît quelque peu vain de chercher à classer les contrats d'auteur dans des qualifications contractuelles qui n'ont pas été spécialement forgées pour eux.

Cependant, il s'agit là essentiellement de propositions relatives à la méthodologie législative : c'est davantage un vœu qui est formé pour l'avenir qu'une solution pour le présent. Or le constat s'impose : la configuration du droit des contrats n'a pas évolué en ce sens. Au demeurant, il est fort douteux qu'un projet se concrétise rapidement dans cette direction : l'air du temps est plutôt à la refonte du droit commun des obligations⁶⁷, ou à son harmonisation

d'autant plus évidente que le code civil lui-même ne s'en est contenté pour aucun des contrats qu'il a prévus, puisqu'à tous il a donné des règles spéciales ».

⁶³ A. BÉNABENT, *Contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°4 : « il pourrait être intéressant de raisonner en termes de « théories spéciales » s'attachant non plus à opposer des contrats individualisés, mais à établir des corps de règles liés à l'objet et à la fonction de chaque type d'obligation, quel que soit le contrat précis dans lequel elle vient s'inscrire : transfert de propriété, transfert d'usage ou prestation de services ; équilibre à titre onéreux ou à titre gratuit, etc. ». V. aussi du même, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le code civil, Livre du bicentenaire*, 2004, p. 245s. V. également p. ex. D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 615, spéc. p. 619, n°5 : « il serait sans doute de bonne méthode de proposer une conception globale et unitaire de mécanismes communs : le transfert de propriété, le transfert des risques, la garantie d'éviction, la garantie des vices cachés, ou la garantie de conformité..., appliqués à tous les contrats qui les rencontrent et, éventuellement, en adaptant leur régime de telle manière qu'ils puissent convenir à chacun des contrats spéciaux ».

⁶⁴ V. p. ex. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », Rev. Crit. Légis. Jurisp., 1904, p. 470s., qui, d'après M. TERRÉ (in *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, n°591s., p. 469s.), propose davantage une classification portant sur les obligations qu'une classification des contrats.

⁶⁵ J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 597, spéc. p. 601. L'auteur cite, entre autres exemples, celui de l'article L.330-3 du code de commerce, qui, pour définir le domaine de l'obligation précontractuelle d'information, vise « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne, un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ». Il observa alors que « la jurisprudence confirme que la formule est disponible pour toutes sortes de contrat : franchise ou concession, sans doute, mais aussi licence de marque, location-gérance, mandat, etc. ».

⁶⁶ Sur ces expressions, voir J.-J. BARBIÉRI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 624, qui précise encore que « cette démarche invite à identifier et à systématiser les obligations qui ont vocation à se loger indifféremment dans plusieurs enveloppes contractuelles : délivrance, garantie, conservation ».

⁶⁷ V. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, dir. P. CATALA, La Documentation française, 2006. V. not. sur ce projet P. CATALA, « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, 535 – Ph. MALAURIE, « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », RDC 2006, 7.

européenne⁶⁸. Bien entendu, ce constat ne saurait suffire à justifier de rapprochements dénaturants, de qualifications inadéquates. Mais au moins est-ce une invite à procéder à un examen approfondi de la possibilité d'appliquer une qualification existante. Par ailleurs, il ne faut sans doute pas surestimer les avantages d'une législation distinguant selon la nature de l'obligation plutôt qu'entre diverses catégories de contrat, tant il paraît difficile d'éviter qu'une obligation de même nature soit soumise à un régime différent selon le titre auquel elle doit être exécutée – l'exemple de l'obligation de conserver étant parfaitement éclairant à cet égard⁶⁹. Enfin, si des corps de règles spécifiques transcendent à certains égards les qualifications contractuelles – le droit de la propriété intellectuelle en offre un exemple tout aussi bien que le droit de la consommation – l'édiction de ces réglementations spécifiques ne procède pas nécessairement de l'ambition de supplanter complètement les dispositions propres à un contrat donné. Ainsi par exemple, le contrat de consommation ne se définit pas autrement que comme un contrat passé par un consommateur⁷⁰, ce qui n'empêche en rien la mise en œuvre des qualifications civilistes : vente, location, crédit...

La théorie générale des contrats spéciaux peut, au contraire, servir à la reconnaissance de « familles » de contrats, regroupés autour d'une communauté de qualification, d'objet ou de qualité des parties⁷¹. Elle permettrait ainsi de considérer davantage la diversité des contrats dans leur identité respective : alors que la théorie générale du droit commun analyse le phénomène contractuel, et ainsi déstructure les contrats, réduits à une combinaison d'obligations, une théorie générale des contrats spéciaux permettrait de mieux considérer le contrat en tant qu'opération. D'aucuns évoquent le rôle de la prestation caractéristique ou de l'obligation essentielle⁷². Si ces familles de contrat étaient constituées, dans le code civil, à

⁶⁸ Pour l'heure, il est moins envisagé une réelle harmonisation communautaire que l'élaboration d'un instrument optionnel (le Cadre commun de référence). Pour un tableau des initiatives européennes, v. not. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec 10^e éd. 2007, n°38s. et les nombreuses références citées.

⁶⁹ V. art. 1137 al. 2 c. civ., qui précise que le régime de l'obligation dépend aussi de la nature du contrat.

⁷⁰ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n°197.

⁷¹ F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 604, spéc. p. 605. V. aussi P.-Y. GAUTIER, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *eod. loc.*, p. 610, n°7. Rapp. J.-J. BARBIÉRI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *eod. loc.*, p. 627, pour lequel la théorie générale des contrats spéciaux pourrait également s'articuler autour des devoirs de comportement du cocontractant (bonne foi, comportement raisonnable, diligence normale et utile) mais qui n'ignore pas que la théorie s'ordonne surtout autour d'une classification des différents contrats.

⁷² J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 597, spéc. p. 599 : « les concepts d'« opération », d'« obligation essentielle » ou de « prestation caractéristique » n'émergent qu'avec peine du droit commun où ils restent largement inexploités ; autant de notions contemporaines décisives pour définir l'identité de familles contractuelles et saisir la richesse du rapport

partir des effets du contrat, notamment leurs diverses obligations, elles tendent cependant à s'organiser aujourd'hui à partir d'autres critères⁷³ : qualité des contractants – professionnels, consommateurs –, modes de formation du contrat – adhésion, négociation –, secteurs socio-économique dont il relève – contrats de famille, contrats d'affaires, etc. –, mais aussi et surtout catégorie particulière des biens qui sont l'objet des prestations promises⁷⁴. Ainsi, de la même façon qu'une réglementation propre sépare les contrats portant sur des biens immeubles et sur des biens meubles, la doctrine plaide désormais majoritairement en faveur d'une théorisation des contrats portant sur les biens intellectuels⁷⁵. On peut ainsi se demander si, au fond, la recherche d'une classification des contrats d'auteur au sein des catégories du code civil n'est pas l'occasion de poser une pierre à l'édifice de la théorie des contrats spéciaux, en révélant une voie de conciliation entre la spécificité des biens et les qualifications contractuelles traditionnelles. Il est d'ailleurs observé, dans la même perspective que celle dans laquelle se situe cette recherche, qu'il est peut-être plus utile de fonder une théorie générale à l'intérieur de chaque contrat que prévoit le code civil que de chercher à dépasser ces modèles⁷⁶. En outre, il a pu être observé que l'intérêt d'une telle théorie générale des contrats spéciaux consiste aussi et peut-être surtout à poser des règles de qualification⁷⁷ : sans nul doute, la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil, par les méthodes qu'elle appelle, peut ainsi jouer un rôle. Enfin, aucun intérêt ne s'attache à la négation de tout rapprochement des contrats nommés du code de la propriété intellectuelle avec les modèles du code civil : le seul intérêt serait de les soustraire à l'empire de régimes draconiens,

contractuel ; autant de concepts étrangers à la théorie générale de droit commun et qu'il conviendrait d'appeler au soutien d'une théorie générale des contrats spéciaux ».

⁷³ Sur ce constat, v. F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », *op. cit.*, p. 605.

⁷⁴ F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 604, spéc. p. 605-606.

⁷⁵ F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », *op. cit.* p. 606 : « la pertinence d'une théorisation des contrats spéciaux portant sur des biens intellectuels n'est pas douteuse ».

⁷⁶ P.-Y. GAUTIER, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 614, n°14 : « En vérité, s'il y a des « théories générales » à établir d'urgence, c'est probablement « à l'intérieur de chaque contrat », par l'énoncé de ses ramifications : théorie du bail, du mandat, du dépôt, etc. Ce qu'une codification à droit constant permettrait assez facilement ». Comp. F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 164 : « l'équilibre recherché entre la précision et la généralité peut être atteint si l'on établit cette réglementation générale des contrats spéciaux non pas à partir des catégories génériques, mais à partir des types de contrat à l'intérieur des diverses sous-catégories lorsqu'il existe de tels types, ou à partir des sous-catégories lorsque les contrats spéciaux s'y intègrent directement sans se regrouper préalablement en types ».

⁷⁷ J. CARBONNIER, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF 1986, p. 29s., spéc. p. 31 : « Il serait également utile de réserver dans ce titre (titre III du livre III du Code civil) une place pour la théorie générale des contrats spéciaux. D'une telle théorie nous avons l'amorce dans les articles 1101 et suivants – la classification des contrats – et surtout dans l'article 1107 – le contrat innomé. Mais il y faudrait davantage : des règles sur la qualification, sur la possibilité et le traitement des contrats mixtes ».

contraignants⁷⁸, ce qui n'est évidemment pas le cas : il est souvent souligné, en ce sens, que la réglementation du code civil est elle-même fort peu contraignante⁷⁹.

7. Dépassement du raisonnement analogique. – De prime abord, pourrait aussi sembler suffire une simple extension analogique des dispositions relatives aux contrats spéciaux du code civil en direction des contrats du droit d'auteur⁸⁰, tout au moins pour des problèmes ayant trait au transfert de propriété, à la réception de la chose ou à la garantie⁸¹. La méthode est admise depuis fort longtemps⁸² et aujourd'hui encore⁸³. Pourtant, l'interprétation analogique sans fondement peut prêter à discussion lorsqu'il s'agit de fixer de strictes conditions à l'exercice d'une action, ou lorsque le régime attaché à la qualification est impératif. Ne faire application du régime juridique qu'après avoir justifié de la qualification auquel il correspond évite ces écueils. Après avoir retenu la qualification de vente ou de bail pour faire application du régime de la garantie ou déterminer la qualité pour agir en contrefaçon, le juge évitera une critique relative au pouvoir d'imposer des règles non prévues par le code de la propriété intellectuelle. Il en résulte surtout une double sécurité juridique, permettant d'éviter la réformation du jugement et de savoir quel droit est applicable à l'avance, même si bien entendu le juge conserve son pouvoir de qualification. Il est d'ailleurs plus simple et plus cohérent de fixer une ligne jurisprudentielle sur la qualification du contrat (celle-ci entraînant toutes les conséquences attachées à son régime juridique) que d'arrêter une position sur chaque problème de droit spécifique.

8. Importance de la qualification. – Le juriste est souvent pris de vertige devant l'abîme sur lequel ouvrent les problèmes de qualification juridique, sans toutefois que la difficulté n'altère

⁷⁸ D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 615, spéc. p. 619, n°6.

⁷⁹ D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux », *op. cit.*, p. 616, n°2.

⁸⁰ V. p. ex. J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Arthur Rousseau 1893, p. 43 : « Le contrat d'édition présente (...) plusieurs analogies avec certains contrats nommés, mais il s'en sépare en même temps par des différences importantes. Il ne faut donc pas lui appliquer sans discernement toutes les règles de ces contrats, mais seulement s'en inspirer avec modération ».

⁸¹ Paraissant favorable, v. P.-Y. GAUTIER, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 610, n°3s.

⁸² V. p. ex. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, § 341, selon lesquels « les règles particulières aux divers contrats nommés ne sont applicables que par analogie aux contrats innommés ».

⁸³ G. CORNU, *Cours de droit civil*, 2^e année, 1972-1973, Les cours de droit, p. 295 : « A défaut d'assimilation (...), l'interprète pratique l'extension analogique au contrat innommé des règles du contrat nommé le plus proche (...). A défaut de réduction possible ou de parenté, l'interprète applique au contrat innommé (reconnu – à bout d'analyse – *sui generis*) des règles dictées directement par la raison et par l'équité ». V. aussi J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°12.

sa passion⁸⁴. C'est qu'en effet, il s'agit sans doute de la technique juridique la plus fondamentale, en ce qu'elle constitue le point de départ de l'application de la règle : il est communément admis que la qualification consiste à déterminer la nature d'un *phénomène concret* au regard des catégories juridiques existantes⁸⁵. Le terme renvoie cependant aussi bien à l'opération qu'au résultat de cette opération⁸⁶. Dans ce second sens, le terme « qualification » s'apparente à ceux de « catégorie » ou de « type ». L'opération de qualification est une tâche rien moins qu'évidente, dont on ne saurait dire qu'elle s'accomplit suivant un schéma tout tracé. Face à la pluralité des méthodes, il est d'ailleurs tentant de s'en remettre à l'intuition, et d'aucuns estiment que c'est effectivement l'impression qui ressort de la jurisprudence⁸⁷. Bien entendu, une démarche scientifique ne saurait cependant s'arrêter à un tel constat. Quelques lignes directrices doivent ainsi être esquissées, tout en soulignant qu'il n'entre pas dans le dessein de cette thèse, relative au droit d'auteur et à son rapport avec le droit civil, de proposer une nouvelle méthode, mais seulement de faire application, parmi celles qui existent, de celle qui paraît le plus propre à atteindre l'objectif poursuivi.

⁸⁴ V. p. ex. cette comparaison inattendue de M. MAINGUY, in *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz 5^e éd. 2006, n°10 : « Les juristes, tels des entomologistes, classent, distinguent, dissèquent, nomment, sérient les contrats comme d'autres épinglent les insectes. C'est une manie qui n'est pas propre aux juristes mais elle est remarquable chez eux ». V., plus sobre, M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », Mél. G. Marty, Toulouse, 1978, p. 235s., n°4 : les créations de la pratique « offrent au juriste l'occasion de se livrer au subtil plaisir de la qualification ».

⁸⁵ C'est à un spécialiste de droit international privé, le doyen Batiffol, que l'on doit l'une des meilleures conceptualisations du travail de qualification : v. H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^e éd. 1955, n°298 p. 351, pour qui « le travail quotidien du juriste consiste à déterminer la catégorie juridique applicable à un cas concret ; c'est qualifier le cas concret ». V. aussi X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, n°1. Comp. *Vocabulaire juridique* Capitant, dir. CORNU, V° « Qualification », I : « Opération intellectuelle d'analyse juridique (...) consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement. Opération de l'esprit consistant à revêtir une donnée concrète, par nature, à la catégorie abstraite dont il possède le critères distinctifs ». V. cpt X. HENRY, n°1, p. 3 note 4, une critique de la référence à une catégorie juridique *préexistante* en ce que « la qualification, spécialement en matière contractuelle, peut aboutir à classer la situation à qualifier dans une catégorie nouvelle ».

⁸⁶ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1959, n°2 et 4 – X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, n°1, p. 3 note 4.

⁸⁷ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11, selon lequel « la méthode utilisée pour la qualification est largement intuitive. L'impression qui ressort de la jurisprudence est que les magistrats se font une idée globale d'un contrat nommé en décomptant un certain nombre de ses aspects : objet de la prestation caractéristique (chose ou travail...), durée de l'engagement (exécution immédiate ou successive...), modalités de paiement (en un temps ou en plusieurs)... Et ils examinent, par voie de rapprochement, si la situation à qualifier présente les caractères, du moins ceux que l'on considère comme essentiels, du type dans lequel il est question de la faire entrer. Les rapprochements avec d'autres figures contractuelles, concurrents potentiels dans la qualification, peuvent aider l'interprète ». Comp. D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz 5^e éd. 2006, n°11, qui, après avoir montré que les techniques de qualification ordinaires (recherche de l'obligation fondamentale ou de la prestation caractéristique) sont « insuffisantes », approuve « la réflexion juste quoique peu scientifique » de M. HUET.

9. Définition de la catégorie. – La qualification suppose d’abord, puisqu’il s’agit de situer une chose au regard de catégories existantes, de *déconstruire* ces dernières, *i. e.* d’en mettre à nu l’architecture. Cette œuvre de déconstruction se décompose en deux étapes, au moins.

Tout d’abord, il faut préciser les *éléments* discriminants de la catégorie envisagée⁸⁸. Ceci permet d’ailleurs de se prémunir contre un vice logique de certains raisonnements, ainsi lorsque la qualification du contrat est déduite de l’ensemble de ses effets, alors que la première devrait précisément permettre d’induire les seconds⁸⁹. Par exemple, dès lors que l’obligation d’exploiter résulte de dispositions impératives propres à certains contrats d’auteur⁹⁰, il importe moins de relever la stipulation d’une telle obligation, pour justifier la qualification, que de déterminer la qualification adéquate au vu d’autres facteurs, pour savoir si elle comporte une telle obligation en l’absence même de prévision conventionnelle. Il importe donc de recenser les divers « éléments » du contrat, c’est-à-dire les obligations auxquelles il donne naissance, aussi bien que d’autres effets qui ne peuvent à proprement parler être qualifiés d’obligations, ainsi par exemple le transfert automatique de droit⁹¹. Le contrat n’est cependant pas « *une sphère dont le centre est partout, la circonférence nulle part* »⁹². Tous les effets que produit un contrat nommé ne sont pas des éléments discriminants de la catégorie. La hiérarchie de ces éléments est en principe établie par la loi : une distinction est faite entre, d’une part, les éléments qui participent de la définition du contrat, qui en font une catégorie spéciale – on peut alors parler d’obligations principales ou d’éléments « principaux » – et, d’autre part, un certain nombre d’obligations qui, malgré un éventuel caractère impératif, n’en sont pas moins « accessoires »⁹³. En droit d’auteur, l’opération

⁸⁸ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, n°2 : « Le déroulement de l’opération de qualification nécessite donc au préalable un travail sur la règle de droit permettant de préciser les critères du modèle légal ». V. aussi H. MOTULSKY, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé*, LGDJ 1948, n°51, 60, 65 et surtout 75-76, qui insiste sur l’importance de cette phase dans la réalisation du droit où « l’ordre juridique dicte ses conditions » - D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon III, 1982, n°159 et 170.

⁸⁹ V. p. ex. en ce sens, sous forme interrogative, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, Litec 5^e éd., 2006, n°76, p. 68 note 246 : « Une difficulté méthodologique : est-il pertinent de déduire la qualification du contrat de ses principaux effets alors que la première devrait précisément permettre d’induire les seconds ? Ici la démarche s’attache à l’attitude de l’interprète confronté à une situation contractuelle particulière ; celui-ci recherchera dans la commune intention des parties (déduite de la teneur de l’accord et sa pratique) la présence des effets caractéristiques d’une catégorie contractuelle à laquelle il pourra rattacher le contrat sous étude afin de lui faire subir l’ensemble du régime de ladite catégorie ».

⁹⁰ V. p. ex. art. L. 132-12 CPI (contrat d’édition). V. sur ce point *infra*, n°143s.

⁹¹ Sur ce point, v. *infra*, n°16.

⁹² Blaise PASCAL, *Pensées*, section XV (« Transition », connu sous le nom de « fragment des deux infinis »).

⁹³ Sur la hiérarchie entre obligations accessoires et obligations principales, v. not. G. GOUBEAUX, *La règle de l’accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, BDP t. 93, n°154 : « Les catégories dans lesquelles peuvent

s'avère d'autant plus délicate que l'exploitant supporte très souvent plusieurs obligations – versement d'une rémunération proportionnelle et exploitation notamment : il n'est pas si évident que chacune puisse constituer un élément discriminant de la qualification. S'il importe de souligner cette hiérarchie des éléments des divers contrats nommés du droit d'auteur, ce n'est cependant pas là que doit s'arrêter la recension des éléments de la qualification. En droit civil, une distinction est ordinairement établie entre les éléments *accidentels* et les éléments *permanents* de la qualification du contrat⁹⁴. Les premiers tendent vers des buts précis, qui dépassent la stricte fonction dévolue à la qualification : il ne s'agit pas seulement d'identifier la convention en déterminant la catégorie juridique à laquelle elle appartient, pour appliquer le régime juridique qui lui est attaché, mais plus précisément d'accorder à l'un des cocontractants une protection spécifique⁹⁵. La qualité des parties ou l'objet de la prestation peuvent constituer de tels éléments accidentels. L'élément *permanent* renvoie quant à lui à l'obligation née de l'accord de volontés⁹⁶ - dans une compréhension plus large, pourrait être réunis au sein des *effets* du contrat les obligations proprement dites et les effets « non obligationnels », tel l'effet translatif.

On sait néanmoins que la qualification repose, non pas sur une simple juxtaposition, mais sur une structuration de ces éléments⁹⁷ : après avoir indiqué les différents *éléments* de la qualification, il faut procéder à leur agencement⁹⁸. Dans un contrat synallagmatique, comme le sont la plupart des contrats d'auteur, il s'agit d'abord de faire apparaître l'interdépendance des obligations créées ; sans doute ne s'agit-il pas de l'opération la plus complexe. Cela étant, la qualification du contrat ne dépend pas seulement de la structuration de ces effets, mais aussi parfois de la place de ces éléments accidentels. En ce qu'il semble

entrer les contrats ne sont pas une simple juxtaposition d'éléments disparates. Il faut pouvoir, après analyse, rebâtir une synthèse. Les éléments doivent être coordonnés, mis à leur place comme les rouages d'une machine. Or cette mise en place n'est possible que si l'on sait comment chaque élément doit être orienté. Cette direction est donnée par le but poursuivi ». Pour une application en droit d'auteur, v. not. *infra*, n°205s. et 457s.

⁹⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001, n°68s.

⁹⁵ *Ibid.*, n°69s.

⁹⁶ *Ibid.*, n°74s.

⁹⁷ R. MARTIN, « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », JCP 1983, I, 3100, n°7 : « Le contrat est un complexe d'obligations réciproques et convergentes. Ce qui est important, ce qui est essentiel dans cette combinaison, c'est le rapport des obligations entre elles, et non chaque obligation prise isolément, qui n'est pas significative. Le type du contrat est déterminé par le type de combinaison des obligations dans tel contrat. Un contrat existe par une organisation propre des obligations réciproques qu'il articule. Nous pouvons faire référence ici au concept moderne de structure. Chaque type de contrat a une structure propre qui le détermine et lui permet d'exister » et n°9 : « le concept de structure débouche directement sur sa qualification. Tel contrat appartient au type que désigne sa structure ».

⁹⁸ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, *op. cit.*, n°68 : « Énumérer toutes les obligations contenues dans un contrat n'est pas suffisant pour en déterminer la nature. Cet ensemble de prestations ne peut rester indifférencié et doit être organisé : les éléments d'une structure se caractérisent par leur « interdépendance ».

difficile d'ordonner des éléments hétérogènes dans une même structure, il paraît ainsi préférable de distinguer, non pas seulement deux types d'éléments, mais également deux types de structures. Se dessine alors, parallèlement à cette distinction entre éléments accidentel et permanent, une opposition entre la *structure interne et externe* du contrat⁹⁹. Tandis que la structure interne correspond à la structure des obligations principales ou caractéristiques¹⁰⁰, la structure externe renvoie à l'*environnement* dans lequel se place le contrat¹⁰¹. Il peut s'agir de son environnement *juridique*, lorsque le contrat n'acquiert une nature particulière qu'en raison de son insertion dans un groupe de contrats¹⁰², mais aussi et surtout de son environnement *matériel*, par le biais de l'objet de la prestation ou de situations indispensables à l'application de la qualification¹⁰³, ou encore de son environnement *humain*, lorsque la qualité d'un cocontractant, ou des deux, est érigée en critère de qualification¹⁰⁴. Pour schématiser, une distinction peut ainsi être faite entre effets et environnement du contrat. Or cette distinction présente un intérêt capital dans la perspective de la qualification des contrats d'auteur. L'enjeu de la présente étude consiste en effet, après avoir arrêté de façon précise les différents effets des contrats d'auteur, à déterminer le rôle de l'environnement du contrat, non seulement dans la détermination des diverses catégories spéciales, mais encore dans le rapprochement avec les modèles du droit civil.

10. Insertion d'un contrat individuel dans une catégorie existante. – Une fois définie la catégorie d'accueil, il importe cependant de définir comment les « contrats individuels » s'insèrent dans ces catégories¹⁰⁵. En d'autres termes, une comparaison objective entre une structure abstraite et prédéfinie d'effets juridiques et la structure d'effets voulus et

⁹⁹ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, op. cit., n°70 : « En réalité, la structure des qualifications contractuelles se dédouble. La structure d'obligations correspond à une structure interne du contrat, qui rend compte de son équilibre propre, mais la nature d'une convention exige parfois la référence à des éléments extérieurs au complexe d'obligations, qui replacent l'accord dans son contexte général ».

¹⁰⁰ *Ibid.*, n°70 : « Les structures d'obligations, critères de qualification, sont donc beaucoup plus réduites que celle des contrats dont la nature est recherchée : la qualification s'opère par la recherche d'une structure normative à l'intérieur de la structure effective. Il convient de ne pas oublier, non plus, qu'une qualification contractuelle peut regrouper plusieurs structures d'obligations » (exemple de l'entraide agricole, qui peut donner lieu à des prestations de nature diverse).

¹⁰¹ *Ibid.*, n°70 : en réalité, il faudrait peut-être plus évoquer l'environnement de la structure interne que celui du contrat, puisque cette structure interne n'en est pas moins inhérente au contrat.

¹⁰² *Ibid.*, n°70 et 942s.

¹⁰³ *Ibid.*, n°70 et 751s.

¹⁰⁴ *Ibid.*, n°70 et 901s.

¹⁰⁵ Sur la distinction entre théorie générale du contrat, contrat spécial et contrat individuel, v. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois 3^e éd. 2007, n°1. Le « contrat individuel » vise tout simplement, on l'aura deviné, la convention d'espèce conclue entre les parties.

précisément organisés par les parties permettra de déterminer la qualification du contrat¹⁰⁶. C'est en ce sens que la qualification est présentée comme l'outil de la classification¹⁰⁷. Il s'agit évidemment de l'opération la plus délicate. Le recensement des divers éléments d'une convention d'espèce ne pose guère de difficultés : un examen attentif de ses clauses y suffit. En revanche, il n'est pas toujours aisé d'établir une hiérarchie entre les diverses obligations nées du contrat d'espèce. Or la hiérarchisation des éléments du contrat individuel reste un préalable nécessaire. Théorie de l'objet du contrat ou de l'objet de sa prestation caractéristique, théorie de l'économie du contrat, théorie de l'accessoire, sont le siège d'autant de méthodes différentes pour établir cette hiérarchie. La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil impliquera de trancher entre ces divers concepts, tâche d'autant plus fondamentale que les diverses catégories spéciales mélangent souvent des obligations qui ressortissent à diverses qualifications civiles : transfert de droit, prix monétaire, obligation d'exploiter. Le travail entrepris dans ces lignes présente néanmoins une spécificité : la réflexion porte moins sur l'insertion d'un contrat individuel dans une catégorie préexistante que sur l'insertion d'une catégorie spéciale dans une autre, plus vaste. Cette spécificité explique le plan retenu pour organiser cette étude. Avant de le présenter, il convient toutefois de s'arrêter brièvement sur certaines exclusions du domaine de la présente recherche de qualification.

11. Domaine de l'étude. – À l'instar des contrats de la vie des affaires, l'immatériel est une source intarissable de nouveaux modèles ou, du moins, de modèles qui se présentent comme nouveaux : il n'est qu'à songer aux montages proposés par les adeptes de l'« œuvre libre »¹⁰⁸, ou encore à la récente apparition de contrats dits à « 360° », mêlant droit d'auteur et droits voisins, organisation de spectacles et édition de disques, production de films, exploitation numérique ou publicitaire, « merchandising », etc. La diversité des contrats conclus par un créateur est impressionnante. Ceci contraint à opérer des choix, afin de délimiter les frontières d'une étude qui, se voulant synthétique, ne saurait néanmoins prétendre embrasser toute la richesse du phénomène contractuel en matière de propriété littéraire et artistique.

¹⁰⁶ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, n°341. Il ne faut pas méconnaître cependant le rôle de l'environnement du contrat (v. *supra*, n° précédent).

¹⁰⁷ V. p. ex. sur ce point J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd., 2001, n°56.

¹⁰⁸ V. p. ex. M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les licences Creative Commons chez les Gaulois*, RLDI janv. 2005, p. 33 – Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », PI 2008, n°26, 69 et notre thèse, *infra*, n°101s.

Tout d'abord, ne seront pas étudiées les conventions passées par les artistes interprètes et les autres titulaires d'un droit voisin du droit d'auteur, qui ont fait l'objet de recherches récentes et qui se distinguent des contrats d'auteur à de nombreux points de vue : non seulement le code de la propriété intellectuelle ne comporte-t-il pas un corps de dispositions communes à tous les contrats d'artiste interprète, qui leur conférerait un statut de base propre¹⁰⁹, ni même de véritables qualifications nommées¹¹⁰, mais encore s'observe-t-il en la matière une interférence beaucoup plus significative du droit du travail – la plupart des artistes interprètes étant par ailleurs des salariés, destinataires de dispositions spéciales du code du travail¹¹¹.

Ensuite, seront exclues de la présente étude les contrats unissant un auteur à une société de perception et de répartition des droits (SPRD), dite également société de gestion collective. Là encore, il faut signaler la parution de récents ouvrages consacrés au moins en partie à la qualification de tels contrats¹¹². En outre, une profonde différence sépare, d'une part, un contrat destiné à l'exploitation des droits et conclu avec un exploitant qui, pour partager avec le créateur un intérêt commun au succès de cette dernière, n'entend pas moins en retirer un intérêt propre et, d'autre part, un contrat destiné à la gestion des droits par une société qui n'agit que dans le seul dessein de servir les intérêts de ses adhérents¹¹³. D'ailleurs, la nature du contrat de gestion n'exerce pas, au fond, d'influence réelle sur la *qualification* des contrats d'exploitation : l'identification d'un simple mandat ou, au contraire, d'une cession des droits, n'a d'incidence que sur la qualité de l'auteur à conclure personnellement ces conventions¹¹⁴.

¹⁰⁹ Il n'est qu'à signaler en effet l'art. L. 212-3 CPI, exigeant une autorisation « écrite » pour l'exploitation de l'interprétation. De plus, l'extension du droit commun des contrats d'auteur est condamnée par la jurisprudence récente. V. Cass. 1^{er} civ., 21 mars 2006, CCE 2006, comm. n°95, obs. Ch. CARON ; RLDI 2006, n°18 p. 6, note L. MARINO : les articles L. 131-1s. CPI ne sont pas applicables aux contrats conclus par les artistes interprètes, ainsi not. le principe de rémunération proportionnelle.

¹¹⁰ Tout au plus le CPI prévoit-il quelques règles propres aux conventions conclues entre un artiste-interprète et un producteur audiovisuel, sans ériger une qualification ni prévoir un régime complet, qui serait le pendant du contrat de production audiovisuelle conclu par un auteur. V. art. L. 212-4s. CPI.

¹¹¹ V. not. S. PESSINA-DASSONVILLE, *L'artiste-interprète salarié (entre création intellectuelle et prestation sociale)*, th. Montpellier, 2004. V. aussi, de façon plus générale, X. DAVERAT, *L'artiste-interprète*, th. Bordeaux I, 1990 et pour les aspects de droit international privé, T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ 2005, préf. H. GAUDEMET-TALLON.

¹¹² F. FOUILLAND, *Apport en société et droit d'auteur*, th. Lyon III, 2006 et « L'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective », CCE 2008, étude n°2, qui opine en faveur de la qualification unitaire d'apport en société, sous la forme « d'apport en gérance » (parent du mandat) – N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, th. Paris II, 2005, n°354s., qui retient une qualification de société de coopération et de mandat.

¹¹³ Sur ce caractère de la relation entre auteur et société de gestion, v. p. ex. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°807 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1170 – Ch. CARON, *Manuel*, n°473, qui insistent tous sur le caractère fiduciaire de la cession.

¹¹⁴ Une approche pragmatique conduit à admettre l'existence de cessions aussi bien que de mandats (v. en ce sens les références citées dans la note précédente). Si la SPRD n'est que mandataire (et à défaut de clause d'exclusivité), l'auteur mandant devrait pouvoir conclure personnellement les contrats d'exploitation. Si elle est au contraire cessionnaire, on devrait alors considérer que l'auteur ne peut de nouveau s'engager

En se proposant d'étudier la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil, cette étude invite également à n'analyser que les hypothèses dans lesquelles l'opération de qualification au regard du droit d'auteur a été couronnée de succès. Cette étude porte en effet sur la qualification du contrat d'auteur. Or, lorsque le créateur recourt à une figure contractuelle abandonnée aux seules lumières du droit civil, il ne s'agit pas véritablement d'un *contrat d'auteur*, l'expression devant être réservée aux contrats régis par des dispositions légales propres. Ainsi, lorsque l'auteur conclut un mandat – avec un *agent artistique* (ou *imprésario*) par exemple –, ou encore un crédit-bail – formule utilisée par exemple dans le domaine des logiciels – il agit au même titre que n'importe quel sujet de droit privé. Certes, le droit moral reconnu au créateur peut produire incidence sur la *formation* ou l'*exécution* du contrat¹¹⁵. Mais le droit d'auteur sera parfaitement neutre dans la qualification du contrat, et le seul régime juridique applicable sera celui du droit civil. La qualification au regard du droit civil ne constituant qu'un second temps de l'opération, il faut ainsi prendre acte de ce que seront seul examinés ici les contrats qui entrent dans l'une des catégories contractuelles érigées par la loi spéciale. On discutera néanmoins des questions relatives à l'applicabilité du droit commun des obligations artistiques à certains contrats, telle la commande, ne serait-ce que pour savoir s'ils emportent cession des droits d'auteur. Il faut de même exclure les contrats conclus entre exploitants, ainsi des coproductions¹¹⁶, ou encore les rétrocessions et les sous-contrats, qui ne sont pas directement conclus par le créateur. À l'inverse, sera écarté l'examen d'un contrat prévu et réglementé de façon spécifique par le code de la propriété intellectuelle mais d'instauration tardive : le contrat de nantissement de logiciel¹¹⁷. Non seulement sa qualification ne soulève-t-elle aucune difficulté, mais encore intervient-il dans un domaine – le droit des sûretés – très particulier, qui le distingue fortement des contrats d'exploitation du droit d'auteur, au cœur de la présente étude.

personnellement. Il n'en reste pas moins que la qualification de contrat d'auteur, qu'on y voie une vente, un bail ou un contrat de service, n'en demeure pas moins la même quelle que soit la nature de la relation entre créateur et SPRD. Sur les modalités de conclusion du contrat d'exploitation par l'auteur adhérent d'une SPRD, v. *infra*, n°550.

¹¹⁵ Ainsi par exemple, une œuvre *non divulguée*, qu'il faut considérer non entrée dans le commerce juridique, ne peut pas plus être objet d'un contrat d'auteur que d'un contrat purement civil, lorsque la qualification implique l'existence de droits patrimoniaux : ainsi d'un crédit-bail.

¹¹⁶ V. S. JOUVE, *La nature juridique du contrat de coproduction de l'œuvre audiovisuelle en droit français*, th. Aix-Marseille III, 2000, spéc. p. 95s. (qualification en tant que société en participation ostensible, dont l'existence est révélée par la publicité du contrat au Registre de la cinématographie). V. aussi F. OLSZANOWSKI, *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles européennes*, th. Paris II, 1992 – S. COMANZO, *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles internationales*, th. Dijon, 1997.

¹¹⁷ V. art. L. 132-34 CPI (L. n°94-361, 10 mai 1994, art. 7).

Enfin, il importe de préciser que, même si l'ère numérique a entraîné une relative abolition des frontières géographiques, seuls les contrats soumis au droit français seront examinés. En raison des profondes divergences de conception du droit de la création dans le monde et même à l'intérieur de l'Union européenne, les régimes juridiques des contrats conclus par un auteur sont marqués par une diversité telle que leur comparaison, outre qu'elle impliquerait un long et patient examen, présente davantage un intérêt prospectif qu'une utilité réelle dans la recherche de la nature des contrats d'auteur du droit français¹¹⁸. Dans la mesure où le propos de cette étude consiste à fixer les contours des qualifications de la loi française sur le droit d'auteur et à examiner la possibilité d'un rapprochement avec les figures du droit civil du pays, le droit comparé ne sera donc évoqué que de façon incidente. Pour des raisons similaires, ne seront pas abordées les questions de droit international privé¹¹⁹. Cela étant, la matière fera l'objet d'incursions plus fréquentes. En effet, la détermination de la règle de conflit de lois procède de méthodes qui présentent un intérêt au titre de la qualification, particulièrement évident en ce qui concerne les critères de rattachement du contrat à un ordre juridique national – il n'est qu'à songer à la notion de « prestation caractéristique »¹²⁰. De fait, le travail de la qualification est commun à l'internationaliste aussi bien qu'au spécialiste du droit des contrats, et réside au cœur de la présente recherche.

12. Plan de l'étude. – S'il est parfois difficile de déterminer l'ordre dans lequel il convient d'examiner les questions de distinction entre les contrats¹²¹, un ordre s'impose au contraire naturellement dans la recherche de la qualification du contrat d'auteur.

¹¹⁸ Pour un aperçu, v. not. M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, Étude de droit comparé et de droit international privé*, GLN Joly, 1995, préf. P. LAGARDE, n°1s. Pour les droits voisins, v. T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, op. cit., n°294s. V. aussi A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », RIDA 2003/4, 147 – D. REIMER, « Remarques de droit comparé sur la liberté des contrats en matière de droit d'auteur », RIDA 1977/2, 3.

¹¹⁹ V. sur ce point M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°222s. – V. aussi, dans une approche plus large, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec 1990, préf. M. VIVANT – J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, LGDJ 1996, préf. P. LAGARDE. Pour les droits voisins, v. T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, op. cit., n°557s.

¹²⁰ V. not. sur ce point M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, th. Paris I, Economica 2002, préf. L. AYNÈS, n°4 p. 4 – F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 32s. – E. GAVIN-MILAN, « Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux », RRJ 2003-1, p. 125.

¹²¹ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°11, p. 20 note 88 : « Sans être la plus délicate, une des questions qui se pose est de savoir à propos de quel contrat on doit traiter les difficultés de frontière avec un autre : ainsi, la distinction entre vente et bail, doit-on l'évoquer en traitant de la vente, ou du bail ? Le choix fait est souvent guidé plus par l'inspiration de l'auteur que par la pure logique ».

En premier lieu, il est impératif d'opérer une qualification du contrat au regard du droit d'auteur, qui, en tant que *lex specialis*, ne laisse au droit civil qu'un espace résiduel. Si toute opération de qualification part de l'analyse d'un contrat « individuel »¹²², la première mission d'un juge, plus largement de tout juriste, ne peut que consister à en déterminer le rattachement aux catégories érigées par la loi spéciale, lorsqu'une telle loi existe, avant de le situer par rapport à des catégories plus générales. Si, d'ailleurs, le problème juridique reçoit une réponse dans cette loi particulière, le parcours s'arrêtera logiquement à cette première marche. En outre, un rapprochement entre contrats d'auteur et contrats nommés du code civil ne peut s'envisager qu'après avoir identifié de façon très précise les éléments et la structure de qualification des contrats d'auteur : une comparaison des catégories ne saurait évidemment que succéder à l'examen de leur composition. Or, contrairement à la plupart des catégories civiles, la définition des catégories spéciales n'apparaît pas toujours aussi claire, notamment sur l'exigence d'une cession, d'un prix monétaire ou d'une obligation d'exploiter.

Après avoir identifié ce qu'est un contrat d'auteur et, plus précisément, ce en quoi consistent exactement les divers contrats nommés du code de la propriété intellectuelle, il reste néanmoins utile, sinon nécessaire, d'examiner si ces conventions sont des types *sui generis* ou si, en dépit de leur nomination légale¹²³, elles ne sont finalement que des *variétés* du *genre* que constitue chacun des contrats nommés du code civil¹²⁴. Ce n'est qu'au terme de cette analyse que l'opération de qualification trouve son achèvement naturel, justifiant, soit de la mise en œuvre, soit de l'éviction des dispositions régissant tout phénomène contractuel, qui ne se réduisent pas à un droit commun à tout accord, mais s'étendent au contraire aux règles propres aux modèles reconnus par le législateur.

Un examen de la qualification du contrat au regard du droit d'auteur (première partie) précèdera ainsi celui de la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil (seconde partie).

¹²² V. *supra*, n°10.

¹²³ Des contrats nommés peuvent être dits *sui generis*, en ce que leur spécificité interdit d'y voir des sous-espèces d'un contrat nommé du droit commun. V. sur ce point J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°105 : « En réalité, le contrat *sui generis* n'est pas nécessairement un contrat innomé (...). Il s'agit seulement d'un type spécial, prévu par la loi ou défini par les parties, qui ne s'apparente à aucun autre contrat nommé ».

¹²⁴ Sur la distinction entre genre (le contrat), espèce (un contrat spécial) et variété (une sorte de sous-espèce) et le « phénomène de ramification », v. A. BÉNABENT, *Contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7^e éd. 2006, n°7.

PREMIÈRE PARTIE

LA QUALIFICATION DU CONTRAT AU REGARD DU DROIT D'AUTEUR

13. Protection de l’auteur contre l’exploitant. – « *Le 1^{er} octobre [1866], je passai chez Dostoïevski qui venait de rentrer de Moscou. Il marchait de long en large dans sa chambre en fumant et se trouvait dans un état d’agitation visible.*

« – *Pourquoi êtes-vous aussi sombre ? lui demandai-je.*

« – *Il y a de quoi être sombre quand on est au bord de la catastrophe ! répondit-il sans cesser ses allées et venues.*

« – *Comment ? Qu’est-ce qui se passe ?*

« – *Eh bien, êtes-vous au courant de mon contrat avec Stellovski ?*

« – *Vous m’avez parlé de ce contrat, mais je ne connais pas les détails.*

« – *Alors voyez vous-même. »*

« *Il s’approcha de son bureau, prit un papier qu’il me tendit, puis se remit à arpenter la pièce.*

« *J’étais perplexe. Sans parler même de la somme insignifiante pour laquelle Dostoïevski cédait les droits sur ses œuvres, il y avait dans le contrat une clause selon laquelle Fédor Mikhaïlovitch s’engageait à remettre pour le 1^{er} novembre de la même année 1866 un roman inédit d’au moins dix feuillets d’imprimerie à grand format. S’il ne le faisait pas, Stellovski recevrait un important dédit. Et au cas où le roman ne serait pas remis pour le 1^{er} décembre (...) « libre à lui, Stellovski, d’éditer pendant neuf ans comme il le voudrait tout ce que j’écrirai sans avoir à me verser de gratification » ».*

Ce que rapporte dans ses mémoires un ami de l’illustre écrivain russe, retraçant la genèse du *Joueur*¹²⁵, montre bien contre quels excès la loi doit protéger l’auteur. Voici un éditeur qui, au regard du droit positif français, viole à peu près l’ensemble des dispositions constituant le droit contractuel d’auteur, de la prohibition des cessions globales d’œuvre future¹²⁶ au principe de rémunération proportionnelle¹²⁷, en passant par l’exigence de délimitation des

¹²⁵ Cet ami est A. P. MILIOUKOV, dont le propos est rapporté par G. PHILIPPENKO, dans ses *Commentaires du Joueur* de Dostoïevski, trad. C. ANDRONIKOF et A. DE COURISS, in *Le livre de poche*, p. 197.

¹²⁶ Art. L. 131-1 CPI.

¹²⁷ Art. L. 131-4 CPI.

cessions¹²⁸. A défaut d'être né à notre époque et sous le ciel français, du moins Dostoïevski parvint-il à écrire le roman dans le délai et, déjouant la ruse de l'éditeur qui se fit déclarer absent et donna pour consigne à son employé de refuser de prendre réception du manuscrit, déposa celui-ci au commissariat de police du quartier en faisant enregistrer le jour et l'heure du dépôt¹²⁹.

14. Protection de l'auteur et qualification du contrat. – Bien que, fort heureusement, les éditeurs contemporains ne soient normalement pas aussi sournois, l'auteur n'est plus abandonné aujourd'hui à sa seule sagacité : il est, aujourd'hui et sur le territoire national à tout le moins¹³⁰, protégé contre de telles pratiques. Or cette protection qu'accorde la loi dépend de la qualification du contrat.

En élaborant un droit commun à tout contrat d'auteur, mais aussi des régimes propres à certains d'entre eux, le législateur a cependant rendu nécessaire deux opérations de qualification¹³¹. S'impose d'abord, tout naturellement, une qualification des contrats individuels au regard du « droit commun des obligations artistiques » – ainsi faudra-t-il vérifier qu'un contrat d'auteur ne peut être qualifié tel qu'à la double condition d'être conclu par un auteur, relativement aux droits d'exploitation nés à l'égard de sa création. Vient ensuite la qualification du contrat au regard des diverses catégories forgées par la loi spéciale, nécessitant l'identification des critères propres à les distinguer. Cela étant, bien qu'il s'agisse de deux opérations successives, il ne convient pas d'aborder séparément chacune d'elles, dans la mesure où les critères d'application de l'une et l'autre de ces qualifications procèdent sans doute, au moins en partie, de la même inspiration.

15. Rôle des effets et de l'environnement du contrat. – L'on a vu que toute qualification repose sur une double structuration de ces éléments constitutifs : une structure de ses effets, notamment de ses obligations, mais aussi une structure dite externe, en ce qu'elle rassemble

¹²⁸ Art. L. 131-3 CPI.

¹²⁹ V. G. PHILIPPENKO, *Commentaires du Joueur de Dostoïevski*, *op. cit.*, pp. 203-204 : l'éditeur avait en effet tout intérêt à ce que le roman ne fût pas remis dans les délais, puisque si l'écrivain ne remplissait pas ses engagements, il aurait pu de toute façon obtenir ce roman et tous ceux créés pendant neuf ans, sans avoir à verser une quelconque rémunération... L'histoire apprend que Dostoïevski, en même temps qu'il parvint à s'arracher des griffes de cet éditeur sans scrupules, tomba amoureux de la sténographe à qui il dicta *Le Joueur* en un temps si bref, entre la Ve et la VIe partie de *Crime et châtiment*.

¹³⁰ L'auteur jouit certes aujourd'hui d'une protection internationale étendue (not. par la Convention de Berne du 9 septembre 1886 et plusieurs conventions dérivées, ainsi de la Convention de Genève du 6 septembre 1952, de l'accord ADPIC du 15 décembre 1994 et des traités OMPI du 20 décembre 1996. V. not. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°1256s. Il faut cependant rappeler l'absence de règles relatives aux contrats d'auteur, abandonnés à des législations nationales fort disparates et, pour le moins, inégalement protectrices.

des éléments accidentels, et qu'on peut sans doute appeler de façon plus évocatrice son « environnement »¹³². Il faut alors se demander si les *effets* du contrat d'auteur, tout en participant à sa qualification, ne se révèlent pas insuffisants, à un double niveau. Sont-ils des éléments qui distinguent le contrat d'auteur au regard du droit civil, en ce que l'effet translatif ou les obligations auxquelles il donne naissance présenteraient en eux-mêmes une originalité propre ? Sont-ils des éléments qui suffisent à distinguer les contrats d'auteur les uns des autres, dans la mesure où la diversité même de leurs agencements suffirait à isoler les diverses catégories ? Rien n'est moins certain. En vérité, l'on peut se demander si la qualification du contrat au regard du droit d'auteur ne se démarque pas avant tout par le poids que revêt un élément qui apparaît, dans la perspective générale du droit civil, comme *accidentel* – la qualité des parties, la qualité d'auteur notamment, ou encore par l'influence d'un critère qui n'est ordinairement, en droit civil, qu'un facteur de qualification en sous-ordre : l'objet sur lequel porte le transfert, les droits d'exploitation d'une œuvre de l'esprit. En d'autres termes, il n'est pas exclu que l'environnement humain et matériel du contrat ne mette mieux en lumière l'originalité du contrat d'auteur au regard du droit civil, en fondant l'édiction de règles particulières et en isolant les critères propres à chaque qualification spéciale. Il s'agit ainsi de mettre en exergue le poids, dans l'opération de qualification du contrat au regard du droit d'auteur, de facteurs qui sont, au regard du droit civil, accidentels ou de sous-ordre, ce qui facilitera d'autant plus un rapprochement.

Aussi, pour mettre parfaitement en lumière la part d'originalité de la qualification du contrat au regard du droit d'auteur, préalable indispensable à celle projetée au regard du droit civil, est-il préférable de distinguer, parmi les critères de qualification du contrat d'auteur, entre les critères insuffisants que constituent les effets du contrat (titre 1), d'une part, et les critères complémentaires nécessaires que représentent l'environnement humain et matériel du contrat, d'autre part (titre 2).

¹³¹ Sur la distinction entre droit commun des obligations, droit commun et droit spécial des contrats d'auteur, V. *supra*, n°4.

¹³² V. *supra*, n°10.

TITRE 1

UN CRITÈRE INSUFFISANT :

LES EFFETS DU CONTRAT

16. Distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel. – La récente systématisation de la distinction entre *force obligatoire* et *contenu obligationnel* du contrat a fait grand bruit¹³³. L'idée, résumée à gros traits, consiste à souligner que le contrat ne peut être réduit à son effet créateur d'obligations, c'est-à-dire à son *contenu obligationnel*, mais qu'au contraire, en tant qu'acte créateur de normes, le contrat déploie une *force obligatoire* à laquelle se rattachent d'autres effets – qualifiés, dès lors, de non obligationnels¹³⁴ : ainsi le transfert de propriété ne serait-il pas l'exécution d'une obligation du vendeur, mais un effet automatique du contrat de vente, soit une conséquence de sa force obligatoire¹³⁵.

Si, de fait, une grande majorité de la doctrine note depuis fort longtemps que le transfert de propriété ne résulte pas de l'exécution d'une obligation¹³⁶, certains auteurs plaident toutefois encore en faveur de la reconnaissance d'une obligation de donner¹³⁷, qui existerait au moins

¹³³ V. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, 771.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 779.

¹³⁵ V. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », p. 782s. Comp. M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1995, 85, qui évoque un effet *légal* et automatique du contrat, alors que dans la proposition de M. ANCEL, le transfert résulte de la force obligatoire, soit d'une norme contractuelle : c'est un effet non obligationnel, mais un effet contractuel, même si le contrat ne peut être considéré comme acte créateur de normes qu'en vertu de la loi (art. 1134 c. civ.).

¹³⁶ V. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil*, t. 5, Éd. Techniques S.A., 6^e éd. 1946, par P. ESMEIN, § 349 – M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par M. PICARD, 2^e éd. 1952, n°618 et t. X, *Contrats civils*, par J. HAMEL, F. GIVORD et A. TUNC, 2^e éd. 1956, n°9 – R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^{nde} éd., t. XI, *La vente, Le louage des choses*, avec la coll. de J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, Arthur Rousseau, Paris, 1938, n°17. Cependant, cette doctrine considère que la vente ne réalise pas par elle-même ce transfert lorsqu'elle porte sur une chose de genre ou une chose future, ou encore lorsque les parties sont convenus d'ajourner ce transfert (n°19), alors que l'analyse en terme d'effet du contrat peut inclure ces hypothèses d'après Mme FABRE-MAGNAN, art. préc., n°8 (dans les ventes de choses de genre, le transfert de propriété se produit de plein droit par l'individualisation, qui procède d'une obligation de faire – individualiser les choses vendues – ; dans les ventes avec clause de réserve de propriété, le transfert est entraîné par l'exécution, par l'acheteur, de l'une de ses obligations, le complet paiement du prix. V. aussi sur ce point J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », RTD civ. 2000, 477 – C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière », Mél. Raynaud, Dalloz 1985, n°733 – N. PRYBIS-GAVALDA, *L'obligation de donner*, th. Montpellier, 1997.

¹³⁷ P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », RTD civ. 1988, 673 – J. HUET, « Des différentes sortes d'obligation et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », Mél. J. Ghestin, LGDJ 2001, 425 ; F. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd. 2008, n°178.

un instant de raison entre formation et exécution du contrat¹³⁸, notamment dans le but de garantir une homogénéité des critères de qualification¹³⁹. La doctrine, dans sa grande majorité, continue d'ailleurs d'adopter une présentation classique de la qualification¹⁴⁰. Le recours à la notion d'« effet non obligationnel » pourrait être, il est vrai, source de difficultés d'ordre pédagogique : par exemple, dans la mesure où il n'est pas contesté que la jouissance d'un preneur à bail est une créance, soit un « effet obligationnel », et où le bail et la vente se distinguent par le biais de la distinction entre transfert de droit et créance, il semble plus complexe d'opposer le contrat en caractérisant le premier par un « effet non obligationnel », l'autre par l'une des obligations auxquelles il donne naissance, qu'en les caractérisant chacun par une obligation propre. Pourtant, il faut bien voir que la différence d'approche – que l'effet translatif se produise en vertu d'une obligation ou de la force obligatoire du contrat – n'a pas d'incidence concrète sur l'opération de qualification : cela ne change rien à l'idée qu'il est un élément caractéristique du contrat de vente¹⁴¹. Pour déterminer le centre de gravité non plus : la notion de « prestation » caractéristique, par exemple, a pu être fondée sur l'idée que le terme de prestation englobe aussi bien ce qui résulte d'un effet de la norme contractuelle que d'une obligation¹⁴². De toute évidence, une simple difficulté terminologique, qui plus est non insurmontable, ne saurait condamner l'analyse.

Dans l'optique d'une identification des divers contrats d'auteur, il convient ainsi de rechercher s'ils produisent un effet translatif (chapitre 1), avant de déterminer les obligations auxquelles le contrat donne naissance (chapitre 2).

¹³⁸ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. dactyl. Nancy II, 1992, n°326, qui plaide notamment en faveur de l'obligation de donner dans les ventes de chose de genre, car l'analyse selon laquelle il n'y aurait qu'un différé de l'effet translatif à l'exécution d'une obligation de faire méconnaît la possibilité d'exécution forcée qui doit ici être reconnue. Mais il est des obligations de faire qui pourraient faire l'objet d'une telle exécution forcée...

¹³⁹ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°334 : « L'opération de qualification est alors gouvernée par un principe général : tous les éléments constituant la structure de qualification d'un contrat ont la nature d'obligation. Les critères de distinction de toutes les conventions sont alors homogènes, situation en définitive logique, puisque la qualification oblige à des rapprochements, à des comparaisons ou à des oppositions qui se conçoivent mieux entre des éléments de même nature ». V. aussi P. BLOCH, art. préc., n°5 et n°85, qui met en exergue la nature d'obligation essentielle et fondamentale de l'obligation de donner et son rôle structurant.

¹⁴⁰ Aussi M. Ghestin, bien qu'il dépasse l'approche subjectiviste du contrat conçu comme le pur produit de la volonté des parties et souscrive de façon nuancée à la conception normativiste du contrat conçu comme acte créateur de normes, n'aborde la qualification que dans des termes réduisant le contrat à son effet créateur d'obligations. V. en ce sens P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, 771, spéc. pp. 776-777. Relis. en effet J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001, n°74s.

¹⁴¹ La distinction présente un intérêt plus évident sur le plan de la résolution du contrat, de l'opposabilité aux tiers, etc. V. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, 771, spéc. pp. 801s. et 804s.

¹⁴² V. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique*, Economica 2002, préf. L. AYNÈS, n°151.

Chapitre 1

CONTRAT D'AUTEUR ET EFFET TRANSLATIF

17. À tous égards, le droit commun des contrats d'auteur que composent les articles L.131-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle apparaît tel un droit commun des *cessions*¹⁴³. Dans la constellation des contrats qu'un auteur peut conclure, la cession n'est pourtant pas un astre isolé. Elle ne doit pas éclipser d'autres types de convention, desquels il convient de la distinguer, ainsi notamment des contrats par lesquels le cocontractant du créateur se borne à lui rendre un service ou, à l'inverse, du contrat de travail et de la commande d'une œuvre de l'esprit, mais aussi peut-être du contrat de licence. Dans la perspective de la qualification d'un contrat individuel au regard du droit d'auteur, il s'avère ainsi primordial de rechercher si la convention produit (section 1) ou non (section 2) un effet translatif, sans perdre de vue la finalité de la qualification spéciale¹⁴⁴.

Section 1

CONTRATS PRODUISANT UN EFFET TRANSLATIF

18. Bien que relativement peu disert quant aux critères de la distinction, une grande partie de la doctrine, hier¹⁴⁵ comme aujourd'hui¹⁴⁶, s'accorde sur le principe d'une opposition entre cession et licence de droit d'auteur. De fortes voix portent cependant une opinion contraire : il

¹⁴³ En dépit de l'absence de définition légale du concept de cession, les textes qui composent le droit des contrats d'auteur s'y réfèrent constamment, voire exclusivement. Aussi l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI) porte-t-il prohibition de la « *cession* globale des œuvres futures », tandis que l'article L. 131-3 subordonne « la *transmission* des droits de l'auteur » à une mention distincte de « chacun des droits *cédés* (...) dans l'acte de *cession* » et que l'article L. 131-4 énonce un principe de participation proportionnelle à l'exploitation des droits qui font l'objet d'une cession totale ou partielle.

¹⁴⁴ L'on n'aura de cesse de rappeler que l'opération de qualification ici examinée se conduit au regard du droit d'auteur, non du droit civil. Dès lors, il s'agit seulement de savoir si le droit d'auteur, et seulement lui, fournit ou non des critères pour distinguer entre cession et licence d'une part, entre les qualifications civiles de contrat de service et la qualification spéciale d'autre part.

¹⁴⁵ V. déjà p. ex. G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, Paris, Marchal et Billard, 1903, n°65, qui définit une catégorie générique de contrat de publication comme un « contrat par lequel l'auteur d'une œuvre (...) ou ses ayants cause transfèrent ou s'engagent à transférer à une autre personne un droit réel sur cette œuvre, ou s'engagent à lui en assurer la jouissance, à charge de publication » et reconnaît ensuite deux variétés : « tantôt, c'est un droit réel, propriété ou usufruit, qu'acquiert le publicateur, tantôt c'est un droit de créance, l'auteur s'engageant à lui assurer la jouissance de l'œuvre à l'occasion de laquelle le contrat est conclu » (n°66).

¹⁴⁶ V. not. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°560 – Ch. CARON, *Manuel*, n°311 – J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11113, p. 65 – Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°122 et 288. V. aussi P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, th. Poitiers, 1996, n°537.

faudrait, soit rendre les armes et se placer ainsi dans la catégorie indéterminée de contrat *sui generis*, en renonçant en quelque sorte à discerner des critères de distinction parmi des formes « extrêmement variables »¹⁴⁷, soit opter pour une seule des deux catégories, en réduisant l'une à l'autre – c'est alors souvent le modèle de la cession qui est choisi pour rendre compte de la diversité des contrats d'exploitation¹⁴⁸. Tel qu'il figure dans la partie du code de la propriété intellectuelle relative à la propriété littéraire et artistique, le concept de cession demeure pourtant, aujourd'hui encore, empreint d'un certain « flou juridique »¹⁴⁹. Tenter de le mettre en lumière implique ainsi d'en définir le sens (§1.) et d'en circonscrire le domaine (§2.).

§ 1. – SIGNIFICATION DU CONCEPT DE CESSION EN DROIT D'AUTEUR : UN EFFET TRANSLATIF

19. Dès lors que le code de la propriété intellectuelle n'évoque pas expressément ou clairement la distinction entre cession et licence, le principe d'une opposition entre ces deux figures ne pourrait être rejeté qu'après avoir déterminé la « compréhension » du concept de cession, auquel le code précité se réfère dans de nombreuses dispositions¹⁵⁰. La difficulté jaillit alors de ce que la loi spéciale ne précise pas de façon explicite ce qu'il faut entendre par ce concept. Il importe ainsi de procéder à une analyse littérale, mettant en exergue la référence à un effet du contrat plus qu'à une qualification contractuelle (A) avant d'examiner l'incidence de cette définition sur la méthode de qualification (B).

¹⁴⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°940 : « Aussi l'emploi du terme cession est-il au fond assez indifférent (il est parfois remplacé par le mot « autorisation »), car déconnecté du concept de vente : il recouvre toutes les formes d'autorisation d'exploiter, dont l'étendue peut être extrêmement variable, de sorte que, dépassant la terminologie employée, il faut plutôt y voir une catégorie de contrat *sui generis*, à notre sens ». Il convient ici de noter que la qualification *sui generis* proposée l'est au regard du droit civil ; l'auteur semble cependant plutôt se rattacher, au regard du droit d'auteur, à une qualification exclusive de cession, soumettant l'ensemble des contrats d'exploitation aux art. L. 131-1 et s. CPI.

¹⁴⁸ V. not. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°567 – H. DESBOIS, *Traité*, n°492 – C. COLOMBET, *Précis*, n°290 – F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Domat Montchrestien, 1999, n°55. V. également J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec 1990, préf. M. Vivant, n°161-162 – A. TOURNIER, « Le bilan de la loi », RIDA 2/1958, n° spécial sur la loi du 11 mars 1957, p. 73, spéc. p. 103. V. aussi, dans la doctrine civiliste, RIPERT et BOULANGER, *Traité*, n°2646.

¹⁴⁹ La distinction entre cession et licence, qu'elle soit rejetée ou adoptée, ne donne souvent lieu qu'à de sommaires développements. Les tenants de la distinction n'en fournissent pas le ou les critères, tandis que ses pourfendeurs ne justifient pas précisément le fondement de l'assimilation ou de la fusion des modèles. Mais c'est aussi – comme un retour sur ce point le montrera plus avant – que la démonstration de l'une ou l'autre de ces thèses nécessite de trancher un certain nombre de discussions préalables, not. sur la nature du droit d'auteur et du droit cédé au regard du droit civil.

¹⁵⁰ Sur la « compréhension » du concept, v. *Dictionnaire culturel de la langue française*, Le Robert 2005, v° « Compréhension », sens 4 : « Ensemble des caractères qui appartiennent à un concept, le constituent et servent à le définir (opposé à *extension*) ».

A. – Analyse littéraire

20. Absence de distinction explicite entre cession et licence. – Il est acquis que le code de la propriété intellectuelle n'opère pas de façon claire une distinction entre cession et licence¹⁵¹. En effet, la loi emploie, dans la définition des contrats qu'elle nomme, non pas toujours le premier de ces termes¹⁵², mais jamais le second¹⁵³. Toutefois, la lecture des textes n'exclut pas non plus cette « *summa divisio* » de façon évidente. Si certaines dispositions sont équivoques, elles invitent donc, au minimum, à ne pas conclure trop hâtivement à l'adoption de la distinction par le législateur¹⁵⁴.

Un même bilan, en demi-teintes, résulte d'ailleurs d'un rapide tour d'horizon des autres sources, législatives ou jurisprudentielles. Certes, quelques textes, relatifs notamment à l'audiovisuel, utilisent le terme de « concession »¹⁵⁵, suivis en cela par la jurisprudence rendue en matière de droit de la concurrence¹⁵⁶. Il n'est pas moins vrai que les deux termes, « cession » et « licence », se retrouvent dans le droit communautaire, tant dans la jurisprudence¹⁵⁷ que dans des directives¹⁵⁸. L'absence de réflexions avancées sur une

¹⁵¹ V. cpt. A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », D. 1976, chron. p. 55 (spéc. p. 56) qui relève que nulle part la loi n'évoque la licence.

¹⁵² V. les art. L.132-1 (contrat d'édition), L.132-24 (contrat de production audiovisuelle) et L.132-31 CPI (commande pour la publicité) se référant à une « cession ».

¹⁵³ V. art. L.132-18 CPI (contrat de représentation), se référant à une « autorisation » mais n'évoquant cependant pas pour autant une licence du droit de représentation.

¹⁵⁴ Comp. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°939, qui souligne inversement que les termes de la loi invitent à ne pas rejeter trop hâtivement l'existence d'une distinction.

¹⁵⁵ V. not. le code de l'industrie cinématographique, qui dans son art. 24, relatif aux conditions de projection des films cinématographiques, vise la « *concession des droits de représentation publique d'une œuvre cinématographique de long métrage* », et dans son art. 33, relatif au registre public du cinéma et de l'audiovisuel (RPCA), vise les « *concessions de droit d'exploitation (...) d'un film* » ; le décret du 10 janvier 1983, qui dans son art. 12, relatif aux groupements et ententes de programmation, précise que les « *entreprises de distribution ne doivent conclure aucun contrat de concession de droits de représentation publique d'une œuvre cinématographique* » (JO 12 janvier 1983). V. aussi l'article 13-3 du même décret, modifié par décret du 9 septembre 1999 (JO 11 sept. 1999).

¹⁵⁶ V. not. T. corr. Paris, 22 décembre 1980, GP 1981, 1, 147, note MARCHI, qui considère que le contrat de diffusion en salles est « une concession temporaire d'exploitation ». V. aussi Cons. Conc. 29 octobre 1991, BOCC 26 novembre 1991, 321 ; 8 juin 1999, RIDA 2/2000, 394, CCE février 2000, comm. n°17, obs. Ch. CARON (licéité de la concertation entre les parties à un contrat de « concession de droits patrimoniaux », visant à fixer un prix de vente des supports reproduisant une œuvre de l'esprit, au regard du droit interne de la concurrence).

¹⁵⁷ V. not. CJCE, 6 octobre 1982, « Coditel II », Rec. 1982, 3381, RIDA 1/1983, 120, obs. FRANÇON, JCP E 1984 II, 13389, note J.-B. BLAISE et G. BONET, D. 1985, SC 275, obs. GAVALDA et LUCAS DE LEYSSAC, RTD com. 1982, 558, obs. FRANÇON, RTD eur. 1983, 297, obs. G. BONET. V. également les conclusions en ce sens de l'av. gén. Reischl, Rec. 1982, 3404, spéc. p. 3410.

¹⁵⁸ V. le 30^e considérant de la directive n°2001/29 du 22 mai 2001 « sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », selon lequel « les droits visés dans la présente directive peuvent être transférés, cédés ou donnés en licence contractuelle, sans préjudice des dispositions législatives nationales pertinentes sur le droit d'auteur et les droits voisins ».

harmonisation des législations nationales relatives aux contrats d'auteur conduit cependant à ne tirer aucune conclusion ferme sur ce point¹⁵⁹.

Comment donc ne pas s'étonner que la plupart des règles fondatrices de l'édifice de protection du créateur ne se réfèrent qu'au concept de cession, à l'exclusion de celui de licence ? Il ne faut pas ignorer qu'à l'époque de l'élaboration de la loi du 11 mars 1957, l'opposition entre cession et licence était déjà classique en droit de la propriété industrielle¹⁶⁰. N'est-il pas étrange que les travaux préparatoires de ladite loi ne relatent pas même l'existence d'un débat sur l'opportunité d'une distinction¹⁶¹ ? Aujourd'hui encore, ce silence est « assourdissant »...¹⁶² Une analyse littérale s'impose ainsi, ne serait-ce que pour faire ressortir la signification des termes puisés dans l'encre du législateur.

21. Cession et exploitation. – L'article L. 131-8 du code de la propriété intellectuelle dispose qu'« *en vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres* »¹⁶³, les auteurs bénéficient d'un privilège. Quant à l'article L. 333-2 du même code, il prévoit que « *sont insaisissables, dans la mesure où elles ont un caractère alimentaire, les sommes dues, en raison de l'exploitation pécuniaire ou de la cession des droits de propriété littéraire ou artistique* »¹⁶⁴. Mais de fait, le législateur distingue là entre cession de droit et exploitation, non entre cession et licence. Or le terme « exploitation » ne renvoie par aucun

¹⁵⁹ La référence aux catégories de cession et de licence peut en effet ne s'expliquer que par le respect des terminologies propres à chaque législation nationale dans un domaine non harmonisé : la loi allemande ne se réfère ainsi par exemple qu'au concept de licence (V. p. ex. M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, Étude de droit comparé et de droit international privé*, GLN Joly, 1995, préf. P. Lagarde, n°54s.). Ce qui implique bien, à l'échelon communautaire, d'utiliser le terme aussi bien que celui de cession.

¹⁶⁰ V. p. ex. P. ROUBIER, *Traité*, t. I, n°33s. (cession) et n°36 (licence).

¹⁶¹ V. Travaux préparatoires de la loi du 11 mars 1957, fasc. broché IRPI. Quant au silence de la loi elle-même, on peut y voir là l'effet d'une « insouciance » : V. en ce sens J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec 1990, préf. M. VIVANT, n°162. Mais ce n'était pas là l'avis de DESBOIS (*Traité*, n°462). Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°567, p. 430 note 12, qui observent que la distinction entre cession et licence était déjà inconnue des lois de 1791 et 1793, qui ne visent que les cessionnaires.

¹⁶² V. p. ex. l'absence de transposition, en droit d'auteur, de l'art. 4 dir. n°2004/48/CE du 29 avril 2004 visant au respect des droits de propriété intellectuelle, qui souhaitait que, si la législation nationale le permettait, le licencié ait qualité pour agir en contrefaçon. V. sur ce point Ch. CARON, « La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon », JCP G 2007, 1, 205, n°9, qui regrette cette absence dans une « discipline où l'on s'obstine à ne pas reconnaître officiellement l'existence de licences qui n'en existent pas moins en pratique ».

¹⁶³ Nous soulignons.

¹⁶⁴ Nous soulignons.

lien nécessaire à la notion de licence¹⁶⁵. Il peut tout aussi bien évoquer un contrat d'entreprise ou de société ou, de façon plus générale, toutes formes contractuelles axées sur la prestation de service que peut être l'exploitation¹⁶⁶. En outre, l'ensemble des dispositions relatives aux contrats d'auteur, dont la plupart visent la cession de droits, se trouve regroupé sous un titre relatif à l'exploitation des droits. Il paraît donc difficile de s'appuyer sur cette référence à l'exploitation pour fonder la distinction entre cession et licence.

22. Cession et autorisation. – Le code de la propriété intellectuelle évoque parfois aussi l'« autorisation » donnée par l'auteur¹⁶⁷. Si, dans une acception juridique précise, le terme ne vise qu'un acte permissif levant l'interdiction d'exercice pesant sur le titulaire d'un droit¹⁶⁸, il est vrai que le mot se rencontre néanmoins souvent dans le domaine des droits de la personnalité ou du droit moral de l'auteur, pris comme synonyme de « renonciation » ou d'« engagement unilatéral »¹⁶⁹ : l'inaliénabilité de tels droits s'oppose en effet à la reconnaissance de « cessions ». Quoiqu'il en soit, la référence à une « autorisation » peut surprendre, s'agissant de désigner des actes ayant pour objet les droits patrimoniaux que sont les divers droits d'exploitation reconnus à l'auteur. Certes, il est tentant de croire, pour donner une signification propre à ce terme, que la distinction entre cession et licence peut s'y adosser. En réalité, rien ne permet pourtant d'affirmer que la loi spéciale utilise le mot autrement que dans un sens commun ou, à tout le moins, dans cette acception juridique précise.

¹⁶⁵ D'aucuns estiment au contraire que cette rédaction invite à reconnaître la distinction. V. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°939 (« la rédaction de certaines dispositions (...) incite aussi à opérer une distinction entre la cession (aliénation du droit) et les autres autorisations d'exploiter (licences) et à ne pas voir dans la cession le seul type d'acte possible ». La référence à l'exploitation ne renvoie toutefois pas nécessairement à la licence.

¹⁶⁶ Le privilège de l'art. L.131-8 CPI ou le caractère insaisissable prévu par l'art. L.333-2 CPI devraient ainsi s'étendre aux sommes obtenues par l'auteur aux termes d'un contrat d'édition à compte d'auteur (contrat d'entreprise) ou de compte à demi (société en participation).

¹⁶⁷ V. p. ex. art. L. 131-2 (autorisation gratuite d'exécution) et 132-18 CPI (contrat de représentation, par lequel l'auteur autorise à représenter).

¹⁶⁸ V. B. THULLIER, *L'autorisation, Étude de droit privé*, LGDJ 1996, préf. A. BÉNABENT, n°23. Selon cet auteur, l'autorisation est une catégorie d'acte permissif, qui restitue au titulaire de la prérogative réglementée la possibilité de l'exercer (n°22). De toute évidence, la qualification forgée est alors inapplicable aux actes passés par l'auteur, qui ne consistent en aucune façon à restituer une prérogative à son titulaire. V. aussi *Vocabulaire juridique Capitant*, PUF 2007, dir. G. CORNU, V° « Autorisation », sens 1 : « Permission accordée par une autorité qualifiée (juges, parents, administration) à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule, soit en raison d'une incapacité d'exercice, soit en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence ».

¹⁶⁹ La référence à l'autorisation est courante s'agissant d'actes relatifs au droit moral, dans la jurisprudence ou la loi elle-même. V. p. ex. art. L.132-11 al. 2 CPI, interdisant à l'éditeur de modifier l'œuvre « sans l'autorisation écrite de l'auteur ». V. aussi p. ex. Th. HASSLER, « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image », LP octobre 2007, II, 123, n°23, qui, notant l'opposition entre cession de droit à l'image et autorisation de la personne à diffuser ses traits, observe que la « première expression traduit la conception patrimoniale de l'image, alors que la seconde est un langage

Tout d'abord, il est exclu de considérer que la double terminologie renvoie nécessairement à une opposition fondée sur les effets du contrat. En effet, il est difficile de considérer que la référence à l'autorisation, prise dans son sens commun, exclut en elle-même la qualification de cession. Du seul point de vue du droit d'auteur, on peut noter que l'article L. 132-18 du code de la propriété intellectuelle, alors même qu'il évoque un contrat par lequel le titulaire de droits « autorise » à représenter ou « confère » la « faculté » de le faire, prévoit une dérogation à un principe qui ne concerne que les « cessions » - la prohibition des cessions globales d'œuvres futures¹⁷⁰. L'article L. 131-6 évoque quant à lui la « *clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat* »¹⁷¹. Sous la plume du législateur, les termes « autorisation » et « cession » ne paraissent guère opposés à cet égard, ce qui invite tout au moins à douter que la loi utilise le terme « autorisation » autrement que dans son sens commun. Dans un langage ordinaire, il peut effectivement être dit qu'un contrat de cession autorise le cessionnaire à exploiter... C'est pourquoi le terme « autorisation » ne semble pas pouvoir être invoqué pour justifier d'une distinction entre *contrat* de cession, d'une part, et *contrat* de licence, d'autre part, en considérant que la référence à l'autorisation exclut *nécessairement* la cession. Inversement, rien ne permet de dire qu'un contrat de licence, qui *autoriserait* le licencié à exploiter, ne peut pas comporter un effet translatif.

La double terminologie de cession et autorisation pourrait en réalité renvoyer à une opposition fondée sur la nature contractuelle ou unilatérale de l'acte. Tout à fait incontestable historiquement¹⁷² – il s'agissait alors d'opposer une autorisation révocable à une cession offrant une stabilité à l'exploitant¹⁷³ - la distinction entre *contrat* de cession et autorisation *unilatérale* n'est effectivement peut-être pas tout à fait obsolète. Certes, l'article L. 132-18 du code de la propriété intellectuelle, qui évoque l'autorisation d'exploiter que confère le contrat

symptomatique des droits de la personnalité : je n'exploite pas une image, j'autorise simplement autrui, ponctuellement (...) à reproduire mon image en renonçant à me prévaloir de mon droit d'interdire ».

¹⁷⁰ Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°701, qui en tire argument pour retenir la qualification de cession à l'égard du contrat de représentation.

¹⁷¹ Nous soulignons.

¹⁷² V. art. 23 projet de loi de 1936, rapporté par J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, annexe p. 204 : « L'exercice du droit pécuniaire de l'auteur a lieu, soit par voie d'autorisation unilatérale, soit par voie de contrat conclu avec un tiers, en vue d'une concession temporaire, portant sur l'exploitation d'un des droits compris dans le droit d'auteur ».

¹⁷³ V. art. 24 projet de loi de 1936, rapporté par J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, annexe p. 204 : « L'autorisation (...) doit être expresse et donnée par écrit ; elle est toujours révocable ».

de représentation, semble de prime abord poser un obstacle au cantonnement de l'« autorisation » aux seuls engagements unilatéraux¹⁷⁴. En droit commun, la cession semble quant à elle pouvoir s'inscrire aussi bien dans un contrat que dans un acte unilatéral¹⁷⁵. Mais ce n'est pas pour autant que le terme « autorisation » ne peut pas être utilisé pour désigner un acte unilatéral qui ne comporte pas cession, conformément au sens donné à ce mot s'agissant des droits de la personnalité, par exemple. De ce point de vue, il n'est peut-être pas anodin que l'*autorisation* gratuite d'exécution soit distinguée du *contrat* de représentation¹⁷⁶. Si la portée pratique de la distinction entre autorisation unilatérale et cession contractuelle n'est sans doute pas bien grande, il est en tout cas exclu de prendre appui sur le terme « autorisation » pour fonder ou rejeter une distinction entre cession et licence.

23. Distinction entre cession-effet du contrat et contrat de cession. – S'il semble exclu d'opposer cession et exploitation, ou cession et autorisation, il n'est en revanche pas inutile de souligner la double acception du terme « cession ». Si le terme « cession », en droit commun, sert aussi bien à désigner l'*effet* d'un acte juridique unilatéral ou bilatéral que l'*acte* lui-même, c'est effectivement dans le premier de ses sens que la loi spéciale s'y réfère avant tout.

De fait, il faut se garder de confondre deux distinctions, la première entre contrats de cession et de licence, la seconde entre effets translatifs et constitutifs – laquelle renvoie à la distinction entre cession et « concession ». Dans la théorie générale du droit, l'acte translatif se comprend avant tout par opposition à l'acte constitutif¹⁷⁷ : un *acte translatif* établit une relation d'auteur à ayant cause en transmettant à un nouveau titulaire un droit existant¹⁷⁸,

¹⁷⁴ Arg. art. L. 132-18 CPI. Sur la signification de cette référence à l'autorisation, v. *infra*, n°121.

¹⁷⁵ V. not. sur ce point J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey 12^e éd. 2006, n°498. Il faut souligner que la réponse dépend cependant de la conception adoptée relativement à la force obligatoire de l'engagement unilatéral, qui tend néanmoins à être reconnue. V. des mêmes, n°500s. Mais surtout, il faut noter, d'une part, que la qualification de contrat s'impose dès lors qu'un prix sera stipulé et, d'autre part, que l'acte unilatéral de cession à titre gratuit paraît difficilement admissible en dehors d'une prévision expresse de la loi, car il contourne le modèle de la donation et ses règles impératives. En réalité, il faut convenir qu'il n'y a guère que le testament qui produise unilatéralement un effet translatif, ce qui exclut l'acte unilatéral de cession entre vifs.

¹⁷⁶ Arg. art. L. 131-3 CPI.

¹⁷⁷ Il faut rappeler que le mécanisme du transfert de propriété fait l'objet d'approches variées, en miroir des diverses conceptions de la propriété elle-même. Ainsi, certains analysent l'opération de transfert comme un processus d'extinction (du droit du cédant) et de constitution (du droit du cessionnaire) : v. F. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens*, n°187 – L. RIGAUD, *Le droit réel*, th. Toulouse 1912 – VAREILLE-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD civ. 1905, 443, spéc. 458. La notion même d'acte translatif ne paraît cependant pas devoir disparaître, le vocable lui-même de transfert ne disparaissant pas sous la plume de ces auteurs. L'acte translatif se singularise alors par son double effet simultané, extinction et création.

¹⁷⁸ V. C. BRENNER, « Acte », *Encycl. Dalloz*, n°221. Comp. I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, th. Montpellier, 2003, n°12, pour laquelle l'acte translatif fait succéder deux personnes dans la titularité du droit, et dont les recherches tendent à soumettre à l'examen les deux caractères *a priori* incontestables qu'elle

tandis que *l'acte constitutif* fait naître un droit ou une situation juridique nouvelle, qu'il s'agisse d'un droit de créance, d'un droit réel ou, si tant est qu'il soit reconnu, d'un droit patrimonial *sui generis*¹⁷⁹. Dès lors, il est tentant de ramener à cette distinction l'opposition éventuellement admise entre contrats de cession et de licence. Un contrat de *cession* produit indéniablement un effet translatif, à défaut de quoi il devient impossible de qualifier ainsi l'acte en cause, tandis que le contrat de *licence* produit nécessairement un effet constitutif¹⁸⁰. Ceci n'est pas faux. Mais le code de la propriété intellectuelle ne permet pas pour autant de forger sur ce critère une opposition entre contrats de cession et de licence. S'il est évident qu'un contrat de cession produit également un effet constitutif – création des obligations de l'une et l'autre des parties – il n'est pas impossible que le contrat de licence produise un effet translatif accessoire.

L'acte de cession, même s'il est caractérisé par son effet translatif, *constitue* également des obligations liant chacune des parties l'une à l'égard de l'autre : c'est alors un terme synonyme de celui de vente, utilisé en général pour qualifier les contrats translatifs portant sur d'autres droits que le droit de propriété : droits réels, droits de créance, parts sociales, etc.¹⁸¹ Or le code de la propriété intellectuelle évoque la cession qu'opèrent certains contrats d'auteur, alors même qu'il prévoit diverses obligations, dont parfois l'obligation d'exploiter¹⁸². Ce faisant, il faut bien comprendre que le terme « cession » est avant tout utilisé pour désigner un effet du contrat (ou plus généralement l'effet d'un acte), et non le contrat lui-même – même si, lorsque ledit code admet la cession à titre onéreux aussi bien que la cession à titre gratuit¹⁸³, le terme semble pouvoir être compris comme se référant aussi bien à l'effet d'un acte juridique qu'au contrat lui-même.

Il faut ainsi souligner que le débat qui s'élève sur la distinction entre cession et licence est souvent faussé, en ce qu'il part d'une confusion entre le *contrat* de cession d'une part, l'*effet*

a reconnu à l'acte translatif, qui suppose la titularité du droit à transmettre d'une part, la perte du droit transmis d'autre part.

¹⁷⁹ V. C. BRENNER, « Acte », *op. cit.*, n°219. Comp. I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, th. Montpellier, 2003, n°14. Il ne peut du moins s'agir que d'un droit patrimonial : il n'est pas offert à la volonté d'un sujet de droit de créer un droit de la personnalité, par exemple.

¹⁸⁰ La qualification de licence ne serait alors cependant peut-être pas pour autant systématiquement éligible, dans la mesure où l'acte constitutif peut donner naissance à un droit réel et non pas toujours à un droit personnel.

¹⁸¹ V. *Vocabulaire juridique* Capitant, dir. G. CORNU, V° « Cession ».

¹⁸² V. not. les art. L. 132-1 CPI (contrat d'édition), L. 132-24 (production audiovisuelle).

¹⁸³ Art. L. 122-7 CPI.

translatif d'autre part¹⁸⁴. L'idée que l'effet translatif n'existe que dans le contrat de cession est pourtant, sinon erronée, du moins dénuée de fondement au regard du droit d'auteur¹⁸⁵. En évoquant la cession, le code de la propriété intellectuelle n'oblige qu'à reconnaître un *effet* du contrat, sans préjuger de la *nature* du contrat. La loi spéciale n'exclut pas la qualification de contrat de licence, mais simplement la mise à l'écart de tout effet translatif. En d'autres termes, en visant un *effet* translatif du contrat, la loi spéciale n'oblige pas à retenir l'existence d'un *acte* translatif, l'acte concerné pouvant très bien produire un effet constitutif aussi bien que translatif. De même, rien ne permet de conclure que le contrat de licence est un acte purement constitutif, un effet translatif pouvant se concevoir concomitamment à son effet principal. Au minimum, il faut reconnaître que seule une analyse de droit civil peut le dire : il faudrait montrer que la licence n'est pas un contrat d'entreprise (qui peut comporter un tel effet) ou que la qualification de bail, conférant un droit personnel de jouissance, ne peut pas comporter cession des fruits de la chose¹⁸⁶. La référence de la loi spéciale à un effet du contrat, et non à une qualification donnée, ne reste pas sans conséquences sur la méthode de qualification du contrat au regard du droit d'auteur.

B. – Effet translatif et qualification du contrat

24. Méthode de qualification. – Il est acquis que la distinction qui peut être établie au regard du droit d'auteur oppose ainsi l'effet translatif à l'effet constitutif, et non le contrat de cession au contrat de licence, qui ne pourront en fait être opposés qu'au terme d'une analyse faite au regard du droit civil. Cela étant, il faut se garder de partir de la qualification du contrat pour caractériser son effet, alors que c'est de cet effet que dépendra, au moins en partie, la qualification. En effet, il paraît préférable, entre deux méthodes ordinairement suivies pour trancher en faveur ou en défaveur d'une reconnaissance de la distinction entre cession et licence, d'adopter celle qui se conforme à la lettre et à l'esprit du droit positif.

¹⁸⁴ Pour une telle confusion, v. p. ex. Ph. GAUDRAT, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », RIDA 2001/4, 71, note 57, qui écrit : « on s'aperçoit que la conception globale de la cession qui résulte de ces différents textes [art. L. 131-3 et 131-4 CPI] transcende les catégories contractuelles usuelles et notamment l'opposition classique entre licence et cession. En effet, lorsque la cession est consentie pour une durée limitée pendant laquelle l'exploitation donne droit à rémunération proportionnelle, quoique reposant sur un mécanisme translatif essentiellement différent d'un louage, le résultat économique n'en reste pas moins exactement celui d'une licence contractuelle volontaire. C'est cette plasticité de la cession du droit d'exploitation qui explique que le droit d'auteur français ignore la licence contractuelle. Le résultat recherché à travers une licence peut être obtenu par une cession adéquatement paramétrée. La qualification en licence ne pourrait avoir pour effet (et donc pour but) que de contourner le droit impératif de la cession, ce qui n'est pas admissible ».

¹⁸⁵ En droit civil, l'effet translatif existe ainsi par exemple dans le contrat d'entreprise (v. *infra*, n°55).

Première méthode, l'analyse part du droit civil, et non du droit d'auteur. Après avoir arrêté les frontières de la cessibilité de la branche patrimoniale de ce dernier¹⁸⁷, la cession et la licence peuvent en effet être distinguées de la même façon que le bail est opposé à la vente : la cession, transfert d'un droit patrimonial de l'auteur, se différencie ainsi de la licence, concession d'un droit personnel de jouissance¹⁸⁸.

Un tel raisonnement - quelle que soit sa pertinence - ne semble pas de bonne méthode, qui conduit à ignorer la précellence de la qualification du contrat au regard du droit d'auteur. D'un point de vue théorique, la qualification ne se justifie en effet, faut-il le rappeler, qu'en tant que titre d'application d'un régime déterminé¹⁸⁹. Lorsqu'il s'agit de savoir si un contrat individuel doit répondre aux prescriptions du code de la propriété intellectuelle, loi spéciale, aucune raison ne justifie de commencer par examiner la qualification au regard du droit civil : elle ne saurait s'imposer, dès lors que n'est pas en jeu l'application de la loi générale. Il n'est pas question de nier l'existence d'un effet translatif, lorsque la loi évoque la cession. D'ailleurs, il est significatif que la doctrine opposant licence et cession sur le critère de l'effet translatif soit conduite à une contorsion pour éviter le défaut d'application au donneur de licence des règles protectrices du cédant, en plaçant alors pour une application par analogie qui vide de tout intérêt la distinction faite, au regard du droit d'auteur¹⁹⁰. D'un point de vue pratique ensuite, un juge, saisi d'une atteinte à la loi spéciale, va rechercher d'abord si cette loi spéciale est applicable, sans s'enfermer dans un débat sur la nature du droit du cocontractant au regard du droit civil. Souvent les parties ne précisent pas - et peu importerait qu'elles le fassent, en vérité - si le contrat porte cession d'un droit patrimonial d'auteur ou s'il s'agit de la concession d'un droit personnel de jouissance. Dans la mise en œuvre de la loi spéciale, l'interprète ne peut chercher à identifier la présence d'une cession qu'au regard d'éléments fournis par cette loi : délimitation du domaine d'exploitation, obligation d'exploiter, exclusivité. Si de tels éléments ne présentent pas de caractère discriminant, force

¹⁸⁶ V. *infra*, n°414 et 466s.

¹⁸⁷ Certaines analyses faites au regard du droit civil conduisent à rejeter toute cessibilité du droit d'auteur (V. sur ce point *infra*, chap. 5, n°274s.) : les analyses retenant une distinction entre cession et licence doivent donc commencer par dissocier droit moral et branche patrimoniale, pour justifier la cessibilité de la seconde.

¹⁸⁸ V. *infra*, n°364s.

¹⁸⁹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001, n°60.

¹⁹⁰ V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°468 (quant à l'application de l'art. L. 131-3 CPI aux licences, au motif que les exigences « seraient trop facilement tournées »). Mais d'autres considèrent que le contrat de licence pourrait ne pas respecter les dispositions des art. L.131-1s. CPI : V. en ce sens M.-A. LEDIEU, « Et si la licence de logiciel était une location ? », CCE 2003, étude 27, spéc. p. 13.

est de retenir un effet translatif. Ce n'est pas à dire, pourtant, qu'il s'agira d'un *contrat* de cession. La loi spéciale, faut-il le répéter, ne contraint pas à éliminer la qualification de contrat de licence dès lors qu'un effet translatif est caractérisé.

Enfin, il semble toujours préférable de s'accorder à la lettre de la loi. Bien sûr, il ne s'agit pas de sombrer dans un littéralisme que ne prônait pas même l'École de l'exégèse¹⁹¹. Mais outre que l'esprit des textes pourrait utilement être invoqué en faveur d'une application généralisée de ses dispositions visant la cession, deux idées semblent pouvoir recueillir une approbation unanime. D'une part, il s'avère au moins nécessaire de scruter la lettre de la loi, pour déterminer l'interprétation qu'elle favorise. Malgré l'absence d'une définition formelle de la cession, le code de la propriété intellectuelle fournit-il ou non les critères d'une distinction entre effets translatif et constitutif ? C'est précisément l'objet de ce chapitre que de les rechercher. D'autre part, sans qu'il soit question de nier *a priori* toute pertinence des interprétations déformantes proposées au regard du droit civil, la démarche explicative qui s'appuie sur la lettre de la loi s'en trouve à tout le moins renforcée. Or des théories sont concevables, ainsi qu'il sera montré dans la seconde partie de cette étude, qui concilient logique du droit civil et lettre du code de la propriété intellectuelle¹⁹². Il ne paraît donc pas infondé de commencer par établir précisément ce que dit cette dernière.

Aussi bien, pour conclure au rejet de la distinction entre *contrat* de cession et *contrat* de licence par la loi spéciale, encore faudrait-il convaincre que la loi entend retenir la qualification de *contrat de cession*, visant l'acte lui-même plutôt qu'un effet de l'acte. Or *jamais*, la loi n'envisage la cession en tant que qualification du contrat. Lorsque la loi évoque la cession que produit un contrat, tout en prévoyant la délimitation du domaine d'exploitation, une obligation d'exploiter ou l'absence d'exclusivité ou sa nature contractuelle, il ne s'agit que de reconnaître un effet translatif. C'est pourquoi il reste maintenant à mesurer l'extension du concept de cession, c'est-à-dire le domaine de l'effet translatif¹⁹³.

¹⁹¹ V. p. ex. sur ce point H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec Traités, 2002, n°349, notant que ce n'est pas « une école du littéralisme, c'est-à-dire de l'interprétation grammaticale du texte. C'est l'école du *psychologisme* : la loi y est regardée comme un acte de volonté de l'autorité publique... ».

¹⁹² V. *infra*, n°397s.

¹⁹³ Sur l'« extension » du concept, v. *Dictionnaire culturel de la langue française*, Le Robert 2005, v° « Extension », sens II : « Ensemble des objets concrets ou abstraits auxquels s'applique un concept... », « Le fait

§ 2. – DOMAINE DE L'EFFET TRANSLATIF

25. Il convient en effet d'examiner la pertinence de divers critères de la distinction entre cession et licence, classique en droit de la propriété industrielle, au regard du droit d'auteur. Il apparaîtra ainsi qu'en réalité, tant la délimitation des droits d'exploitation (A) que l'existence d'une obligation d'exploiter (B) ou d'une exclusivité (C) ne peuvent constituer des critères opératoires en la matière, en ce qu'ils n'empêchent pas la loi d'évoquer un effet translatif.

A. – Effet translatif et délimitation des droits d'exploitation

26. La doctrine et la jurisprudence ont déduit de véritables principes généraux du fondement de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle, qui imposent d'en vérifier le sens (1) avant de mettre en lumière la compatibilité de l'effet translatif avec cette délimitation du domaine d'exploitation (2).

1) Sens de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle

27. Signification de la délimitation de l'étendue et de la destination du domaine d'exploitation des droits. – L'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle subordonne la transmission des droits de l'auteur à la délimitation du domaine d'exploitation des droits cédés, notamment quant à son étendue et à sa destination¹⁹⁴. Il n'est néanmoins guère évident de distinguer l'« étendue » de la « destination », que le législateur s'est bien gardé de définir.

L'« étendue » du domaine d'exploitation du droit visé dans la convention ne renvoie évidemment pas aux catégories de droit patrimonial que la loi a forgées – droit de reproduction ou droit de représentation. L'article L.131-3 évoque d'ailleurs l'étendue du « domaine d'exploitation » des « droits », c'est-à-dire de chaque droit cédé. Par « étendue », il

d'acquérir une plus grande extension logique, de s'appliquer à plus d'objets (pour un signe), « *Ensemble défini en extension*, défini par l'énumération de tous ses éléments ».

¹⁹⁴ Pour une présentation générale, v. A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », D. 1976, chron. p. 55 – C. COLOMBET, « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, p. 63.

conviendrait donc d'entendre, soit la forme de la reproduction permise¹⁹⁵ – graphique, mécanique, partielle ou totale, etc. – ou la forme de la représentation autorisée¹⁹⁶, soit, au contraire, le nombre d'exemplaires¹⁹⁷.

Par « destination », il faudrait alors entendre la finalité de l'exploitation permise¹⁹⁸ – exploitation de l'œuvre en tant que telle, exploitation publicitaire, etc. – mais aussi peut-être les modalités concrètes de la reproduction autorisée – édition courante, édition de luxe (sur papier de qualité supérieure, couverture rigide, reliure de cuir, etc.), ce que d'autres spécialistes classent cependant plutôt dans la mention relative à l'étendue¹⁹⁹. Indéniablement, les concepts ne s'illustrent pas par leur clarté... D'un point de vue pratique, la question essentielle concerne cependant moins la distinction des deux types de mentions que la détermination précise des indications exigées.

28. Mention des modes d'exploitation. – L'attention se porte d'abord sur les modes d'exploitation. Un point semble certain : ne saurait être admise la clause prévoyant une cession ou une autorisation selon « tous modes d'exploitation », ou « tous droits compris », clause que sa généralité rendrait inopérante²⁰⁰. La recherche d'une définition exacte du contenu de l'exigence formelle paraît en revanche beaucoup plus difficile, alors que l'enjeu n'en est pas moins cardinal. Il en va ainsi, notamment, du lien entre mode d'exploitation et vecteur physique ou immatériel de diffusion. S'agissant de contrats auxquels l'article L.131-3 est inapplicable, certains juges du fond ont considéré qu'une convention visant expressément la seule exploitation d'un support déterminé pouvait s'étendre à celle de supports inscrits dans

¹⁹⁵ V. H. DESBOIS, *Traité*, n°528 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°579, pour lesquels référence est faite aux modes d'exploitation visés par l'article L.122-7 alinéa 4 CPI, par exemple aux différents modes de reproduction énumérés par l'article L.122-3 (« notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique »).

¹⁹⁶ V. art. L.122-2 CPI (récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, télédiffusion, etc.)

¹⁹⁷ V. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°956 – Ch. CARON, *Manuel*, n°405, mais aussi X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°739, pour lequel même « cette exigence porte essentiellement sur le nombre d'exemplaires ou de représentations ». V. CA Paris, 10 juin 1993, RIDA 1993/3, 242.

¹⁹⁸ V. en ce sens H. DESBOIS, *Traité*, n°288, qui estimait que le concept renvoyait à la question : « pourquoi et à quelle fin ? ». Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°579.

¹⁹⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°956 : le contrat, au titre de l'étendue, doit « indiquer que l'on permet de reproduire une photo déterminée sous une certaine forme, en un nombre d'exemplaires donné ; céder à un éditeur, le droit de reproduire des dessins pour l'édition d'un livre pour enfants, accompagné d'un texte et à un autre, pour une édition de luxe et sans le texte ».

²⁰⁰ V. en ce sens Cass. 1^{er} civ., 9 octobre 1991, D. 1993, SC p. 91, obs. COLOMBET ; SC p. 249, obs. Th. HASSLER.

sa continuité, ainsi par exemple de DVD, succédant aux cassettes VHS²⁰¹. La solution n'est alors pas douteuse, dès lors que le juge peut déceler la commune intention des parties en ce sens²⁰². Lorsque l'article L.131-3 est applicable, il faut en revanche apporter une réponse nuancée. La règle de détermination de l'objet s'oppose, de façon générale, à dépasser les termes précis du contrat : lorsque l'acte mentionne, et non à titre d'exemple, un support déterminé, l'accord doit être pleinement respecté. Lorsque le contrat vise un terme générique (ainsi par exemple le « vidéogramme »), même en l'assortissant d'illustrations (VHS, DVD...), le doute est permis. La précision du support s'inscrira dans la mention obligatoire de l'étendue si, et dans la mesure où, la fixation sur un nouveau type de support procède d'une nouvelle forme de reproduction²⁰³. Toute la difficulté vient de ce que la compréhension du concept de mode de reproduction reste incertaine²⁰⁴.

Une partie de la doctrine adopte un raisonnement en deux temps :

- S'agissant des modes d'exploitation visés dans la liste énonciative de l'article L.122-2 pour le droit de représentation²⁰⁵ ou celle de l'article L.122-3 pour le droit de reproduction²⁰⁶, il faudrait exiger que la convention les mentionne expressément, puisque chacun peut être identifié de façon distincte²⁰⁷.

- En revanche, s'agissant de toute autre forme d'exploitation, le seul critère adéquat serait alors l'*autonomie* du mode de reproduction ou de représentation : ne devraient être

²⁰¹ V. en ce sens CA Paris, 16 janvier 2004, CCE 2004, comm. n°38, note Ch. CARON – CA Paris, 26 avril 2006, CCE 2006, comm. n°109, note Ch. CARON.

²⁰² V. en ce sens CA Paris, 16 janvier 2004, *op. cit.*, qui fait notamment application de l'article 1156 c. civ.

²⁰³ Ce sera cependant souvent le cas. Ainsi par exemple la fixation sur DVD ne s'inscrit elle pas dans le cadre de la reproduction analogique, mais numérique : le nouveau support donne lieu à un nouveau mode de reproduction.

²⁰⁴ Ainsi par exemple la loi vise l'enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique, alors que la pratique contractuelle ou la gestion collective oppose souvent reproduction graphique et mécanique, la seconde englobant donc sous un terme générique l'enregistrement cinématographique, magnétique ou numérique... Faut-il donc déceler un ou trois modes différents de reproduction ?

²⁰⁵ Art. L. 122-2 CPI, visant notamment la récitation publique, l'exécution lyrique, la représentation dramatique, la projection publique et la transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée, ainsi que la télédiffusion.

²⁰⁶ Art. L. 122-3 CPI, visant notamment la reproduction par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique.

²⁰⁷ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°602. Jugé ainsi par exemple que la communication des œuvres d'un artiste au public par voie de télédiffusion constitue une représentation desdites œuvres indépendante de la reproduction ou de la représentation de celles-ci dans le cadre d'une exposition dans un musée : TGI Paris, 3^e ch., 23 février 1999, D. 1999, Jur. 580, note P. KAMINA (dans une affaire où, cependant, le droit du public à l'information avait été jugé par ce tribunal justifier la diffusion).

expressément visés que les modes de diffusion autonomes, ceux ne présentant pas ce caractère étant implicitement inclus dans les premiers²⁰⁸.

Il reste ce faisant à définir ce qui constitue un mode d'exploitation autonome : il pourrait s'agir d'une *forme indépendante techniquement et économiquement*²⁰⁹, ainsi que le suggère cette même doctrine²¹⁰. Pour apprécier l'indépendance économique du mode d'exploitation, il faudrait sans doute alors se référer à la notion de marché : un mode présenterait une telle indépendance lorsqu'il crée un nouveau marché. Ainsi, lorsqu'un nouveau vecteur de diffusion supprime un ancien, devenu obsolète, il conviendrait de considérer qu'il ouvre moins un nouveau marché qu'il ne marque l'évolution d'un marché préexistant : les DVD ont supplanté les cassettes VHS, de la même façon que la télévision en couleur a supplanté la télévision en noir et blanc, le CD les disques vinyles et audiocassettes²¹¹. Si c'est en revanche un produit différent qui est proposé aux côtés du ou des supports déjà commercialisés, un nouveau marché apparaît : il faudrait donc caractériser un mode autonome. Il devrait en aller ainsi de la diffusion *on line* de fichiers numériques²¹², par exemple, qui présentent un attrait concurrent du CD, lequel ne perd pas toute attractivité pour le public, de telle sorte que des marchés distincts coexistent.

Ce critère n'emporte pourtant pas une conviction inébranlable. Tout d'abord, la qualification de mode *autonome* d'exploitation paraît devoir être gouvernée par le principe d'interprétation *in favorem auctoris*, puisqu'elle implique une mention distincte dans l'acte de cession. Aussi semblerait-il déjà justifié de s'en tenir, à tout le moins, à une indépendance technique ou

²⁰⁸ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°602 : « les modes d'exploitation non compris dans l'énumération légale et auxquels les parties ne se sont pas référé ne devraient être exclus de la cession que s'ils ont acquis une autonomie suffisante pour justifier raisonnablement une mention distincte ».

²⁰⁹ V. en ce sens une décision allemande rendue par le Bundesgerichtshof, 5 juin 1985, GRUR 1986, 62, citée par A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel allemand depuis la réforme du 22 mars 2002, PI, note 142 p. 405, qui renvoie à « toute forme d'utilisation de l'œuvre, concrète et indépendante, techniquement et économiquement ».

²¹⁰ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°602, qui indiquent reprendre à leur compte l'acception retenue par le Bundesgerichtshof, déc. préc. V. aussi C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, n°350, qui considère que la seule autonomie technique ne justifie pas dans le principe une mention distincte.

²¹¹ V. p. ex. A et H.-J. LUCAS, qui, dans leur *Traité* (n°602) considèrent qu'il « n'y a pas de raison de penser que la télévision en couleurs représente un mode d'exploitation distinct de la télévision en noir et blanc ». Certes, les vecteurs anciens perdurent souvent, mais restent tout aussi souvent purement subsidiaires : ainsi du disque vinyle, qui offre des usages propres et un son que certains regrettent. Quant à la télévision noir et blanc, il ne faut pas confondre modalités de la création, souverainement décidées par le créateur (photo noir et blanc, film noir et blanc) et techniques de diffusion (réception en noir et blanc de films réalisés en couleur) : ce n'est pas une prophétie que d'affirmer que le marché des téléviseurs en réception noir et blanc a bien disparu.

²¹² Ainsi des fichiers mp3, wma, wav, m4a, etc.

économique²¹³. Mais surtout, il ne semble pas inutile de mettre en doute la pertinence d'une référence à la signification *économique* du mode d'exploitation, au regard de la conception légale du droit de propriété intellectuelle et, plus spécialement, du droit d'exploitation. En effet, le droit d'exploitation est décomposé, en vertu de la loi, en fonction d'opérations matérielles de communication au public – reproduction, représentation –, soit, en d'autres termes, de la *technique* utilisée²¹⁴. Jamais la loi ne dissocie l'une ou l'autre des prérogatives patrimoniales en fonction de potentialités économiques. Lorsque les cocontractants fractionnent les droits patrimoniaux en fonction de l'étendue du domaine d'exploitation, la logique ne devrait-elle pas rester identique ? Aussi convient-il de considérer que l'aspect technique prévaut sur tout autre : il n'est pas nécessaire qu'une technique spécifique ait une signification économique propre, même si tel est souvent le cas. D'ailleurs, il est loin d'être évident de juger *a priori* de la signification économique d'une nouvelle technique... Or cette appréciation ne pourra être faite par les cocontractants qu'au moment de la conclusion de leur accord, et c'est de cette appréciation que dépendra l'inclusion ou non de cette technique dans la cession prévue par ledit contrat, nécessairement antérieur à son apparition²¹⁵. Un mode autonome d'exploitation devrait donc être reconnu chaque fois qu'une indépendance technique peut être constatée²¹⁶, car ceci constitue le seul critère objectif pertinent. Ceci n'empêche pas, toutefois, que l'interprétation du contrat repose également sur un critère subjectif : il appartient au juge de déceler la commune intention des parties, en veillant notamment à un examen scrupuleux des termes utilisés. Le raisonnement partant cependant ici de l'hypothèse de l'emploi d'un terme générique, il importe de ne pas en déduire automatiquement le consentement à une cession étendue. Des clauses précises seraient ainsi bienvenues²¹⁷.

²¹³ Cependant, la télévision en couleurs est plus attractive que la télévision en noir et blanc : sans doute faut-il admettre que la technique a pu accroître le succès de ce mode d'exploitation, et donc modifier la configuration du marché.

²¹⁴ V. sur ce point n°370s.

²¹⁵ L'exemple des fichiers MP3 peut être repris pour illustrer le propos : coexistant aujourd'hui avec les CD, il n'est pas exclu que, dans un avenir plus ou moins éloigné, il supplante totalement ce vecteur de diffusion des œuvres musicales. Doté aujourd'hui d'une indépendance technique et économique, il n'aura peut-être plus demain pas plus d'indépendance économique que la télévision en couleur par rapport à la télévision en noir et blanc.

²¹⁶ A telle enseigne, par exemple, que les reproductions provisoires effectuées dans le cadre de la diffusion *on line* ne sont pas exclues du monopole, mais objets d'une exception au monopole. Pourtant, il est évident qu'elles n'ont pas de signification économique propre.

²¹⁷ V. p. ex. obs. Ch. CARON sous CA Paris, 16 janvier 2004, CCE 2004, comm. n°38, suggérant les formules suivantes : « X cède en exclusivité à Y. les droits pour la distribution, la vente et la location de l'œuvre sous forme de vidéogrammes » ou plus précis « X. cède en exclusivité à Y. les droits pour la distribution, la vente et la location de l'œuvre sous forme de vidéogrammes, étant entendu par les parties que sont concernés les vidéocassettes, les vidéodisques, les DVD et tous nouveaux supports de commercialisation, qui se situeront dans leur prolongement technologique ».

29. Absence d'indication du volume de l'exploitation. – Quelque soit la conception retenue du mode d'exploitation, il n'est tout au moins pas contestable que la mention de l'étendue doit s'y référer. Il en va autrement du nombre d'exemplaires ou de représentations. Le contrat doit-il vraiment obligatoirement comporter l'indication du volume de l'exploitation envisagée ? Il est de fortes raisons d'en douter, dans la mesure où ce n'est que par des dispositions spéciales, l'une propre à l'édition²¹⁸, l'autre au contrat de représentation²¹⁹, que le législateur a expressément formulé une telle règle, en en faisant seulement, de surcroît, la première branche d'une alternative²²⁰. Il paraît tout de même bien hasardeux, dans un tel contexte, de considérer que le code de la propriété intellectuelle ne fait alors que rappeler une exigence découlant déjà naturellement de son article L. 131-3, pour de surcroît la tempérer, alors même que la réglementation spéciale a plutôt pour objet d'accroître la protection du créateur.

30. Mention de la destination de l'exploitation. – Quant à l'exigence d'une précision de la destination de l'exploitation, il semble opportun de formuler le problème à partir de l'acception première du terme : à qui l'exploitation s'adresse-t-elle, à quel public est-elle destinée ? Lorsqu'un public propre s'attache à une exploitation donnée, il est certain qu'une indication précise doit en être portée au contrat : ainsi par exemple de la diffusion de certains supports particuliers – livres de luxe ou livres de poche, etc. – ou d'une exploitation publicitaire²²¹. Là encore, critères objectif et subjectif paraissent devoir être cumulés. Si l'existence d'un public propre peut être retenue au terme d'une analyse objective – en recherchant par exemple l'existence d'un marché distinct²²² – l'intention de l'auteur doit être prise en compte : le créateur peut restreindre le périmètre de la diffusion autorisée comme il

²¹⁸ Art. L. 132-10 CPI : « Le contrat d'édition doit indiquer le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux contrats prévoyant un minimum de droits d'auteur garantis par l'éditeur ».

²¹⁹ Art. L. 132-19 CPI : « Le contrat de représentation est conclu pour une durée limitée ou pour un nombre déterminé de communications au public ».

²²⁰ Puisque le contrat d'édition qui comporte un minimum de droits d'auteur garantis ou le contrat de représentation qui prévoit une durée limitée ne comporte pas une telle obligation pour l'exploitant (v. art. L. 132-10 CPI, *op. cit.*).

²²¹ Il va sans dire que les publics sont en effet propres à chacun de ces types d'exploitation. Le public d'une édition de luxe n'est pas le même que celui d'une édition courante ou sous forme d'exemplaire de poche. Le public atteint par une utilisation publicitaire n'est pas le même que celui constitué par les amateurs de l'œuvre en elle-même et pour elle-même.

²²² La notion de marché n'est en effet pas loin, sous cet angle : un public propre constitue un marché distinct. On notera ce faisant au passage que la référence au marché semble ainsi d'autant plus incongrue pour définir ce qu'est un mode autonome d'exploitation au titre de la mention de l'étendue de l'exploitation permise (v. *supra*, n°28).

l'entend²²³. A dire vrai, peu importe en revanche de savoir si cette indication s'inscrit davantage dans la mention de la destination que dans celle de l'étendue²²⁴. Les deux facteurs de délimitation jouent en un certain sens de façon combinée : une mention expresse sera exigée dès lors que l'un ou l'autre de ces critères est rempli, étant entendu que, bien souvent, l'un comme l'autre conduira aux mêmes conclusions²²⁵.

31. Signification de la délimitation spatio-temporelle. – La délimitation géographique du domaine d'exploitation s'explique par la spécificité des biens intellectuels, dont la nature ubiquitaire permet un usage simultané. S'il n'est pas concevable de dissocier l'usage d'une chose corporelle en fonction d'une aire géographique déterminée, cette délimitation territoriale est tout à fait concevable s'agissant des droits d'exploitation des œuvres de l'esprit²²⁶. La première question qui se pose consiste à savoir si le contrat peut prévoir une exploitation universelle. Les clauses ne sont pas rares, qui prévoient une cession pour le monde entier, voire tout l'univers ! Pour fantaisiste qu'elle soit, une telle clause paraît cependant possible²²⁷, dans la mesure où il est seulement enjoint aux cocontractants de définir le lieu, ce qui n'appelle pas une distinction des pays dont les frontières dépendent d'ailleurs avant tout de facteurs politiques, sur lesquels les parties ne peuvent avoir de prise. Délimiter n'est pas forcément restreindre²²⁸. Il est à noter qu'aucun obstacle à la qualification de cession

²²³ V. p. ex. Cass. 1^{er} civ., 21 février 1989, Bull. civ. I, n°90 (photographe admis à réclamer une rémunération supplémentaire pour la reproduction dans une encyclopédie d'œuvres dont les droits n'avaient été cédés qu'en vue d'illustrer un numéro spécial de magazine). Pour de nombreux autres exemples, v. A et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°603.

²²⁴ Sur les hésitations doctrinales, v. *supra*, n°27.

²²⁵ Il va de soi, en effet, que la précision d'un mode d'exploitation au titre de l'étendue va en principe dans le même sens que celle qui pourrait être faite au titre de la destination : un mode autonome de diffusion touche un public propre. Mais la mention de la destination borne souvent de façon plus stricte : à ce titre, un auteur peut par exemple limiter la reproduction au numéro d'une revue, et interdire une réutilisation dans un numéro suivant, alors que le mode d'exploitation est alors incontestablement le même.

²²⁶ Encore que la diffusion des œuvres sur Internet constitue un obstacle de fait au cloisonnement territorial de l'exploitation. V. en ce sens X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°741. Il n'est cependant peut-être pas insurmontable, dans la mesure où la langue d'utilisation ou des mesures techniques, par exemple, peuvent constituer des obstacles ou à tout le moins des freins à l'accès des œuvres depuis un pays autre que celui pour lequel l'autorisation a été donnée. V. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°406. Dans un autre ordre d'idées, il faut également tenir compte de l'épuisement communautaire du droit de distribution (F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°960).

²²⁷ Plus réservé, v. Ch. CARON, *Manuel*, n°406, pour lequel « le lieu est précisé, mais il n'est pas délimité ». V. aussi Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *Encycl. Dalloz*, 2007, n°45, pour lequel il ne s'agirait pas d'une cession totale (admise) mais d'une cession illimitée. Avec cet auteur, même si cela ne nous paraît pas un obstacle à la validité de la clause mais un risque de résolution ou de résiliation sous l'angle de l'obligation d'exploiter, il faut noter que l'exploitant qui se fait céder des droits sur un territoire donné doit exploiter sur ce territoire donné, d'où la nécessité pour cet exploitant de mesurer l'intérêt d'une cession large et d'en peser les conséquences sur le périmètre de ses obligations.

²²⁸ Il faut d'ailleurs comprendre, ainsi qu'il sera montré plus avant (n°...), que l'art. L. 131-3 CPI est une règle de forme : enjoindre aux cocontractants de mentionner un lieu n'est pas contraindre de restreindre le périmètre de l'exploitation. A dire vrai, une telle interprétation semble cependant justifiée même si ce dernier art.

n'apparaît de ce point de vue, dans la mesure où il n'y a pas alors de découpage territorial du droit ou de restriction géographique de son usage. En revanche, la question se pose dès lors que le domaine d'exploitation est territorialement limité – même s'il faut avouer qu'en matière numérique, tout cloisonnement territorial est impossible de la part des cocontractants²²⁹.

S'agissant de la limitation dans le temps des droits d'exploitation attribués à l'auteur, la première question qui se pose consiste là aussi à savoir si le contrat d'exploitation peut valoir jusqu'à la révolution du monopole. Et la réponse semble tout aussi indiscutable : la mention obligatoire d'une durée ne saurait interdire en soi la stipulation d'un terme correspondant à la durée légale de la protection patrimoniale²³⁰. Les clauses couvrant la durée intégrale du monopole, clauses de style dans la plupart des contrats d'auteur, sont admises par une fraction de la doctrine²³¹, dans le silence de la jurisprudence²³². Ceci paraît justifié, au regard tant de la lettre que de l'esprit de la loi : contraindre les parties à prévoir la durée, pour permettre au créateur de mesurer la portée de son engagement, n'est pas interdire que l'auteur consente à une cession pour une durée équivalente au monopole²³³. C'est d'ailleurs par une règle spéciale au contrat de représentation que le législateur a imposé, dans ce type de contrat, de prévoir une durée limitée ou un nombre déterminé de représentations au public²³⁴. En revanche, le contrat doit formellement comporter une mention de la durée : une durée illimitée ne peut être déduite du silence des cocontractants. Le contrat d'édition pourrait quant à lui être à durée

est analysé comme une règle de fond, car délimiter n'est toujours pas restreindre : prévoir que la cession opère pour tous pays du monde délimite bien le domaine géographique de l'exploitation.

²²⁹ V. sur ce point Ch. CARON, *Manuel*, n°406, qui précise que les cocontractants peuvent cependant préciser par exemple la diffusion de l'œuvre sur un site actif, en langue française, etc. Il s'agit alors d'une mention relative à l'étendue ou à la destination de l'exploitation.

²³⁰ *Contra*, v. Ph. GAUDRAT « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *Encycl. Dalloz*, 2007, n°44, qui, prudemment, se demande s'il ne s'agirait pas plus d'une cession *indéterminée* que d'une cession *totale*.

²³¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°959 – X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°742. Plus hésitant, v. Ch. CARON, *Manuel*, n°407, qui s'interroge sur la mise en œuvre de la prohibition des engagements perpétuels.

²³² Il importe cependant de ne pas confondre la question de la validité de la clause de durée équivalente au monopole et la question de l'absence de précision relative à la durée : une telle clause encourt la nullité. V. en ce sens CA Paris, 22 octobre 1993, CCE février 2004, comm. n°13, obs. Ch. CARON (clause de cession dans un contrat de travail) – Cass. 1^{er} civ., 23 janvier 2001, RIDA 3/2001, 327, obs. A. KÉRÉVER ; CCE 2001, comm. n°34, obs. Ch. CARON.

²³³ V. aussi A. DIETZ, « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur », *Mél. A. Françon*, Dalloz 1995, p. 107, pour un aperçu de droit comparé qui met en exergue que le droit français, contrairement à d'autres droits (le droit italien p. ex., fixant un délai maximum de 20 ans pour le contrat d'édition), ne fixe pas une durée maximale de la cession.

²³⁴ En ce sens que l'article L.132-19 al. 1^{er} CPI interdit à l'auteur de s'engager pour la durée du monopole ou même sa vie durant, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°706. *Contra*, v. A. HUGUET, *L'ordre public*

indéterminée²³⁵. Il reste cependant à définir ce qu'il faut entendre par là : d'aucuns semblent considérer qu'il s'agit du contrat se référant à la durée du monopole²³⁶. Certes, une telle lecture ne semble pas tout à fait fidèle au droit commun des obligations : un terme incertain n'en demeure pas moins un terme, le contrat étant dès lors à durée déterminée²³⁷. Or si la durée du monopole dépend de la date, inconnue au jour de la conclusion du contrat, de la mort de l'auteur, il s'agit bel et bien d'un terme incertain, et non d'une condition. Il faudrait alors considérer que l'article L. 132-10 du code de la propriété intellectuelle déroge à l'article L. 131-3 du même code, en permettant que le contrat d'édition ne stipule aucune durée... Rien ne montre pourtant dans la première de ces dispositions que telle était l'intention du législateur, bien au contraire : le texte ne fait que préciser que les droits du cessionnaire s'éteignent alors de plein droit²³⁸. Admettre la qualification de contrat à durée indéterminée aboutirait de surcroît à reconnaître une faculté de résiliation unilatérale à l'exploitant aussi bien qu'à l'auteur et, partant, à une moindre protection de ce dernier. Tel ne peut avoir été l'objectif poursuivi. Plus sûrement, c'est ici une maladresse de plume qu'il convient de relever, le législateur ayant ignoré la subtile distinction entre terme incertain et condition.

32. Articulation des articles L. 131-3 et L. 131-6 du code de la propriété intellectuelle. –

L'article L. 131-6 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel la « *clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélative aux profits d'exploitation* », confirme les vues précédemment exprimées. Certes, d'aucuns ont soutenu que, la lettre du texte évoquant indifféremment les formes *non prévues* et *non prévisibles*, aucune raison décisive ne commanderait d'exclure du champ d'application de ce texte les formes non prévues, bien qu'existantes au jour de la conclusion du contrat²³⁹. Il semble pourtant préférable de souscrire à l'opinion de la plupart des spécialistes, selon laquelle une telle interprétation retirerait à l'article L. 131-3 toute signification, dans la mesure où il

et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, LGDJ 1962, n°261, qui considère que la disposition reprend seulement l'exigence d'une précision de la durée posée par l'art. L. 131-3 CPI.

²³⁵ V. l'art. L. 132-11 al. 5 CPI, visant l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée. *A contrario*, il semble ainsi admis que le contrat d'édition soit à durée indéterminée. V. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°407.

²³⁶ Ch. CARON, *Manuel*, n°407.

²³⁷ V. Ch. LARROUMET, *Les Obligations, Le Contrat*, t. III, 1^{re} partie, Economica 6^e éd. 2007, n°208 : « un contrat conclu pour une durée qui dépend de l'arrivée d'un terme incertain n'est pas pour autant un contrat à durée indéterminée ».

²³⁸ Relis. art. L. 132-10 CPI, *in fine*.

²³⁹ Telle était l'opinion de Huguet, qui entendait l'adjectif « imprévu » comme « non énoncé dans l'acte ». V. A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ 1962, préf. R. Savatier, n°179.

suffirait à l'exploitant de mentionner deux ou trois modes d'exploitation et de se prévaloir de l'article L. 131-6 pour tous les autres²⁴⁰. Il convient d'ajouter qu'en réalité, l'interprétation extensive paraît condamnée par la contradiction qui en résulterait avec l'article L. 122-7 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel la portée d'une cession totale est « *limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat* »²⁴¹ : si l'article L. 131-6 permettait d'inclure dans la cession tous les droits non visés expressément dans l'acte, il y aurait une cession totale... dont la portée devrait être limitée aux modes d'exploitation *prévus* dans le contrat !

Il reste à déterminer ce qu'il faut alors entendre par la « *forme non prévue à la date du contrat* »²⁴². Aux yeux de certains spécialistes, il pourrait s'agir du mode d'exploitation qui pouvait être prévisible à court terme mais a néanmoins été omis : ne serait ainsi concerné, en toute hypothèse, qu'un mode inexistant à la date de l'accord²⁴³. Cette fois-ci, cette interprétation paraît néanmoins exagérément restrictive. D'une part, la lettre du texte ne comporte aucune référence au caractère connu ou inconnu, dans l'« état de la technique », du mode d'exploitation non prévu ou non prévisible. Exclure tous les modes d'exploitation existants fait ainsi produire à cette disposition plus que sa lettre n'en dit. D'autre part, cette interprétation conduit à vider de toute portée la référence à la « forme non prévue », car de deux choses l'une : ou bien le cocontractant de l'auteur pouvait envisager l'apparition d'un nouveau mode, et dans ce cas il avait la faculté de négocier une cession expresse, ou bien il s'agit d'un mode *imprévisible*²⁴⁴. Il semble donc préférable d'y reconnaître, plus largement, tout mode d'exploitation déjà existant au jour de la conclusion du contrat, mais légitimement ignoré des parties²⁴⁵. La difficulté sera cependant, à la charge de l'exploitant, d'établir la légitimité de l'ignorance²⁴⁶.

²⁴⁰ H. DESBOIS, *Traité*, n°529, suivi not. par F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°966 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°583.

²⁴¹ Nous soulignons. Pour une allusion en ce sens, v. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°966, qui note que seraient vidés de leur substance le principe d'interprétation restrictive des cession, « ainsi que les articles L.122-7 et L.131-3 ».

²⁴² V. art. L. 131-6 CPI, préc.

²⁴³ V. en ce sens H. DESBOIS, *Traité*, n°530, suivi par F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°966. Il faudrait faire ainsi une distinction, parmi les seuls modes inconnus au jour du contrat, entre la forme envisageable et la forme imprévisible, même pour les « esprits les plus perspicaces et prévoyants » (H. DESBOIS, *op. cit.*).

²⁴⁴ L'article L.131-6 se présente alors surtout, s'agissant des formes non prévues, comme une prime à l'idiot.

²⁴⁵ V. aussi en ce sens P. SIRINELLI, *Mémento Droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz 2003, p. 120.

33. Articulation des articles L. 122-7 et 131-3 du code de la propriété intellectuelle. –

L'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle doit enfin être interprété à la lumière du dernier alinéa de l'article L. 122-7 du même code. Cette disposition, qui distingue entre cession partielle et cession totale, prévoit cependant que, « *lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits [d'exploitation principaux], la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat* ». Il est assez surprenant de constater que la règle est peu commentée par la doctrine soucieuse de la qualification des contrats d'auteur²⁴⁷, alors que son exégèse est à n'en pas douter source d'interrogations majeures²⁴⁸. Est-il vraiment possible de distinguer la cession partielle de la cession totale de portée limitée ?

34. Inanité de la distinction entre cession partielle et cession totale de portée limitée. –

La lecture la plus orthodoxe de l'article L. 122-7 conduit à condamner une telle distinction et, partant, à considérer, non seulement que le cessionnaire ne saurait exploiter selon les modes non prévus, mais encore que le créateur, cédant, peut consentir à une cession, en faveur d'un tiers, en vue d'une exploitation selon les modes non prévus dans le premier contrat. Ayant « retenu » une partie de son droit, le créateur devrait en disposer librement.

Certes, une analyse littérale de l'article L.122-7 alinéa 4 pourrait inviter à tirer une autre conclusion. Force est en effet d'admettre que cette disposition évoque la « cession totale ». Si la cession est totale, n'est-ce pas que l'auteur est pleinement dépouillé du droit cédé ? En d'autres termes, ne serait-il pas impossible d'inférer, de ce que l'exploitant ne peut exploiter le droit cédé selon les modes non prévus, que l'auteur peut en revanche autoriser un tiers à exploiter selon ces derniers ? Une chose est de permettre que soit restreint l'usage que l'acquéreur peut faire de la chose vendue, une autre de considérer que la chose est fractionnée et que chaque fraction peut être vendue séparément. L'intérêt d'une cession totale serait alors, pour l'acquéreur, de ne pas souffrir d'une exploitation, par un tiers, selon les modes non prévus, quand bien même il ne pourrait exploiter lui-même. De même, il faut noter que si l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle précise que la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés et leur domaine

²⁴⁶ On pensera par exemple à une technique de diffusion qui n'en est qu'au stade de l'expérimentation, ou qui n'est utilisée que dans d'autres pays. Il s'agit sans doute d'un mode *objectivement* prévisible, mais non prévu.

²⁴⁷ V. cpt. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°511, qui se bornent toutefois à illustrer le principe, sans se livrer à une exégèse des termes de l'article.

d'exploitation soit précisé, c'est l'article L.131-4 *in limine*, passage rarement relevé, qui dispose que la cession peut être totale ou partielle. Ne faut-il pas en déduire que les concepts de cession totale ou partielle ne dépendent pas tout à fait de la délimitation opérée par le biais des mentions de l'article L.131-3, autrement dit que le concept de cession partielle n'a pas forcément vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats qui comporteront des limites à l'exploitation ? Dans la perspective de l'opération de qualification, l'enjeu d'une telle analyse est décisif : le problème du fractionnement du droit d'exploitation disparaîtrait dans le cas d'une « cession totale » ainsi comprise. La qualification de vente ne soulèverait qu'une question relative à sa compatibilité avec la restriction de l'usage que l'acquéreur peut faire de la chose vendue.

Il est pourtant fort douteux qu'une telle analyse soit recevable, ainsi qu'en convainc une interprétation *a coherentia*²⁴⁹ des textes du code. Il faut d'abord observer que si la loi évoque la « cession totale », elle admet certainement la « cession partielle » : le problème se poserait alors de distinguer, en pratique, entre cession totale de portée limitée et cession partielle. Même si les cocontractants respectent le formalisme imposé par la loi, il ne ressortira souvent que d'une interprétation des termes de la convention, et rarement d'une affirmation explicite, qu'ils sont convenus d'une cession totale ou partielle. Partant, on mesure la difficulté que rencontrerait le juge pour distinguer entre cession totale de portée limitée et cession partielle... La distinction apparaît, il faut le reconnaître, pour le moins byzantine. Il ne s'agit cependant peut-être pas en soi d'une objection dirimante, simplicité ne faisant pas loi²⁵⁰. D'autres arguments peuvent néanmoins être avancés. Notamment, il est permis de douter qu'une « cession totale » puisse être effective, dans le respect du principe d'interprétation restrictive. En effet, il est possible de considérer qu'en évoquant une « cession totale », le

²⁴⁸ V. A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, n°170s., qui s'interroge longuement sur la « contradiction » des articles 30 et 35 de la loi du 25 mars 1957 (devenus les art. L.122-7 et L.131-4 CPI).

²⁴⁹ Sur cet argument d'interprétation, v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF 2001, p. 257 : « L'argument *a coherentia* est celui qui, partant de l'idée qu'un législateur raisonnable ne peut pas régler une même situation de deux façons incompatibles, veut qu'il existe une règle permettant d'écarter l'une des deux dispositions provoquant l'antinomie. Il faut dès lors interpréter chaque texte en fonction de son contexte, de manière à ne pas laisser subsister de lacune ni de contradiction avec le reste des textes établis dans le même domaine, voire dans l'ensemble du système juridique ».

²⁵⁰ Il serait toujours possible, bien que complexe, de distinguer cession totale de portée limitée et cession partielle : le point certain, c'est l'importance que prendraient les termes utilisés par les parties pour intituler le contrat ou les clauses de celui-ci. Il semblerait alors raisonnable de penser que lorsque les parties envisagent une « cession du droit de reproduction », il s'agit du droit de reproduction en son entier : il est naturel qu'une chose soit cédée dans son état intègre ; il n'appartient pas au juge de présumer un fractionnement de la chose vendue, et ce même si la précision du domaine d'exploitation conduirait à restreindre l'usage que

législateur a entendu ne pas exclure la possibilité pour l'exploitant de se faire consentir la cession de tous les modes d'exploitation connus et prévisibles. Cela étant, il a été remarqué qu'une « cession totale » n'existe en réalité que si l'exploitant met en œuvre la faculté que lui reconnaît l'article L.131-6 de se faire céder les modes d'exploitation imprévus et imprévisibles²⁵¹. Or, dans la mesure où l'article L.131-6 subordonne la cession à la stipulation d'une participation proportionnelle, il faut considérer que la cession est inopérante lorsqu'il sera impossible de mettre en œuvre cette participation – lorsque, par exemple, il sera impossible de déterminer la base de calcul²⁵². Surtout, il semble que la règle de l'article L. 122-7 ait en réalité pour utilité de distinguer la cession partielle explicite (par exemple la cession d'un droit de reproduction graphique) d'une cession qui se présenterait telle une cession totale (cession du droit de reproduction) en énumérant des modes d'exploitation. Le texte s'oppose ainsi justement à ce qu'une distinction soit faite entre les diverses rédactions des cocontractants : même s'il est prévu une cession du « droit de reproduction », et non par exemple du seul « droit de reproduction sous forme graphique », la portée du contrat sera cependant pareillement limitée aux modes précis d'exploitation énoncés au contrat. Il paraît ainsi raisonnable de conclure que le seul objectif de l'article L.122-7 – mais c'est déjà beaucoup – est de fonder un principe d'interprétation restrictive des cessions²⁵³. La distinction entre cession totale de portée limitée et cession partielle n'a donc aucun intérêt de ce point de vue, n'emportant aucune conséquence.

Maintenant que la signification de l'exigence de délimitation des droits cédés est mise en lumière, il reste ainsi à montrer en quoi celle-ci, bien qu'elle ne s'inscrive pas *naturellement* dans le cadre des cessions, découle cependant de la qualification.

2) Compatibilité entre cession et délimitation du domaine d'exploitation des droits cédés

35. Comparaison avec le brevet d'invention et le droit de marque. – La cession d'un brevet d'invention ou d'un droit de marque peut être totale ou partielle, ainsi qu'en dispose le

l'acquéreur pourrait faire du droit « totalement cédé ». Néanmoins, le principe d'interprétation *in favorem auctoris* ne devrait-il pas conduire à une solution contraire ?

²⁵¹ HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, n°177.

²⁵² *Ibid.*, n°178.

²⁵³ *Ibid.*, n°172 : « En matière de cession totale, c'est le principe d'interprétation restrictive qui est lui-même d'ordre public ; car une clause contractuelle insérée dans la convention et tendant à renverser la méthode d'interprétation restrictive en interprétation extensive, serait illicite ».

code de la propriété intellectuelle dans des termes aussi clairs qu'à l'égard de la licence. Il est ainsi communément admis que la cession ne porte que sur une application déterminée d'une invention protégée par un brevet qui en revendiquerait plusieurs²⁵⁴, sur une partie seulement des modes d'exploitation de l'invention²⁵⁵, ou sur certains seulement des produits et services désignés par une marque déposée²⁵⁶. De même est-il jugé que la licence peut être limitée à une application de l'invention brevetée, à la fabrication ou à la vente de produits qui la mettent en œuvre²⁵⁷, ou à certains des produits et services couverts par la marque enregistrée²⁵⁸.

La délimitation dans l'espace appelle en revanche des règles particulières. S'agissant des brevets d'invention, il est parfaitement admis que la cession soit limitée territorialement²⁵⁹. Mais en droit des marques, l'article L.714-1 du code de la propriété intellectuelle dispose au contraire que la « *cession, même partielle, ne peut comporter de limitation territoriale* ». Dans cette matière, cession et licence peuvent ainsi être distinguées à cet égard, une interprétation *a contrario* permettant de déduire que la licence, non expressément visée par une telle interdiction, peut comporter une telle limitation dans l'espace²⁶⁰.

Mais c'est surtout à l'égard de la délimitation dans le temps qu'un obstacle semble se dresser contre la qualification de cession. Aussi l'un des premiers critères distinctifs de la cession et de la licence semble-t-il tenir, en matière de propriété industrielle, à la durée du contrat. En effet, il est généralement observé que la cession de brevet est en principe un contrat emportant transfert définitif du brevet, du moins jusqu'à l'extinction de ce dernier. Si le concept de cession temporaire n'est pas fermement rejeté, la doctrine est soit silencieuse²⁶¹, soit très

²⁵⁴ P. ROUBIER, *Traité*, t. 2, n°179 – J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz 6^e éd. 2006, n°446 – F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Domat Montchrestien, 1999, n°604.

²⁵⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°604.

²⁵⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°1324 – J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, n°1492.

²⁵⁷ J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, n°491 – F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.* n°631.

²⁵⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°1339

²⁵⁹ V. en ce sens J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, n°446 – F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°604.

²⁶⁰ Il peut donc s'agir de limitations territoriales internes. V. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°1339.

²⁶¹ V. p. ex. J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *op. cit.*, n°446, qui se bornent à relever que la « cession peut être limitée dans le temps », même s'il « s'agit d'une modalité rarement utilisée en raison des inconvénients qu'elle présente » (disparition des droits consentis aux tiers à l'expiration du contrat).

embarrassée par l'analyse de sa nature juridique²⁶². La qualification de cession sous condition résolutoire²⁶³ ne semble pas tenable, dans la mesure où l'expiration de la durée prévue constitue un terme et non une condition²⁶⁴. Le mécanisme de cession doublée d'une contre-cession²⁶⁵ soulève également des difficultés, notamment dans la définition de l'obligation de garantie attachée à la rétrocession²⁶⁶. S'agissant du droit de marque, il semble bien que, pour la doctrine dominante, la stipulation d'une durée oppose pareillement cession et licence²⁶⁷.

Enfin, il faut relever que la cession partielle devrait conduire, pour certains, à la copropriété du brevet²⁶⁸ et, partant, à l'application du régime prévu par la loi à cet égard²⁶⁹ : la situation du licencié est sous cet aspect très différente de celle du cessionnaire²⁷⁰.

36. Comparaison entre droit d'auteur et droit civil. – Rien de tel en droit d'auteur. Contrairement aux cessions de brevet d'invention ou de droit de marque, largement abandonnées aux lumières du droit civil, les cessions de droit d'auteur font l'objet de dispositions spécifiques²⁷¹. Aussi l'article L. 122-7 du code de la propriété intellectuelle

²⁶² Certains auteurs ne fournissent pas d'explications : A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Propriété industrielle*, Précis Dalloz, 1998, n°273, qui notent cependant qu'il s'agit d'une modalité rarement utilisée, en raison des inconvénients pratiques qu'elle présente (disparition des droits que le cessionnaire aura pu consentir aux tiers, notamment) – J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Cours Dalloz, 2^e éd. 2003, n°546. D'autres n'évoquent pas cette possible restriction dans le temps : J. SCHMIDT-SZALEWSKII et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec 3^e éd. 2003, n°238.

²⁶³ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°604.

²⁶⁴ B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°481.

²⁶⁵ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF 1991, p. 424.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 425. « C'est une analyse qu'on peut sans doute faire, encore que, trop formelle, elle ne rende pas parfaitement compte de la réalité : si le cessionnaire qui « perd » la propriété du titre doit garantir au cédant qui retrouve sa propriété d'origine contre la déchéance du titre qui pourrait être de son fait, il est indubitable qu'il ne saurait garantir la validité du titre qu'il tenait de son partenaire ! Est-il besoin de souligner combien, en fait, la construction est contournée et propre à masquer une licence qui ne s'avouerait point ? ».

²⁶⁷ A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Propriété industrielle*, *op. cit.*, n°1131 : « Le contrat de licence [de marque] est aussi normalement limité dans le temps, et c'est ce qui permet de le distinguer de la cession ».

²⁶⁸ V. en ce sens J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, n°446 – J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, p. 425 : la « cession partielle débouche obligatoirement sur une copropriété, ce qui n'est pas sans créer une certaine lourdeur ». V. cpt. P. ROUBIER, *Traité*, t. I, Sirey 1952, qui admet la cession temporaire (n°33), et ne recense pas la cession partielle au nombre des sources de copropriété (n°35), semblant alors opposer cession et licence au seul regard de la portée du droit de l'exploitant, le propriétaire du brevet pouvant en cas de licence continuer d'exploiter (n°143).

²⁶⁹ V. art. L.613-29s. CPI.

²⁷⁰ La différence étant notamment que le copropriétaire peut exercer l'action en contrefaçon à son profit, consentir une licence simple sous la seule condition d'indemniser le ou les copropriétaires qui n'exploitent pas, etc., alors que le licencié non exclusif ne peut agir en contrefaçon, et, licencié exclusif ou non, le bénéficiaire ne peut consentir sauf clause expresse en ce sens de sous-licences ou de cessions de licence, etc.

²⁷¹ Bien entendu, seule l'analyse au regard du droit civil pourra permettre de dire si la « cession » de droit d'auteur correspond à une vente. Mais il faut relever dès à présent que, alors que rien dans le code de la propriété intellectuelle ne contraint à retenir, s'agissant de brevets ou de marques, l'existence d'une « cession » en cas de limitation dans le temps par exemple, il en va différemment en droit d'auteur, car la référence à la cession est explicite alors même que de telles modalités sont envisagées.

indique-t-il clairement que la cession de chacun des droits d'exploitation peut être totale ou partielle, et que même la portée de la cession totale est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat. Surtout, en disposant que la « *transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* », l'article L.131-3 du même code invite sans ambiguïté à admettre que l'effet translatif s'accommode parfaitement de toutes sortes de délimitation du droit cédé, y compris d'une délimitation spatiale ou temporelle. Allant plus loin encore, le législateur interdit même d'exclure l'effet translatif lorsque le contrat précise le volume de l'exploitation : si l'indication du nombre d'exemplaires n'est pas exigée au titre de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, il est des hypothèses dans lesquelles le contrat d'édition, qui comporte indubitablement une telle cession, doit indiquer l'importance du premier tirage²⁷².

Il faut ce faisant souligner que tout concourt, dans ce système propre au droit d'auteur, à appliquer l'exigence de délimitation à un effet du contrat, l'effet translatif, et non à une qualification donnée, celle de contrat de cession.

En droit civil, en vertu d'un « principe de conservation », le droit est transmis avec ses qualités, ses caractères²⁷³. C'est en principe un droit de même nature que le cédant acquiert. Cela étant, l'effet translatif n'est pas nécessairement exclu lorsque le droit cédé n'est pas, entre les mains du cessionnaire, exactement le même que celui du cédant. C'est là qu'il importe de ne pas confondre contrat de cession et effet translatif du contrat. De fait, il n'est pas exclu qu'effets translatif et constitutif se conjuguent dans un même acte juridique, si, tout au moins, sont clairement distingués ces deux effets du contrat. En technique juridique, il faut par exemple distinguer la constitution d'un usufruit au profit d'une personne du transfert de ce droit d'usufruit à un tiers²⁷⁴. De même, une simple cession d'un droit de nue-propriété n'est possible que lorsque ce droit préexiste à la convention, ainsi par exemple lorsque l'acquéreur sous réserve d'usufruit se dépouille de son droit au profit d'un tiers. Au contraire, lorsque le

²⁷² L'exemple du contrat de représentation pourrait également être ajouté, dès lors que son effet translatif paraît également consacré par le code de la propriété intellectuelle. V. sur ce point *infra*, n°40.

²⁷³ V. art. 2477 al. 2 C. civ. (rédac. Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006) V. C. BRENNER, « Acte », *Encycl. Dalloz*, n°222, sur cette expression de « principe de conservation ».

²⁷⁴ Sur le point de savoir si l'acte constitutif d'usufruit peut s'inscrire dans le cadre d'un contrat de vente, v. *infra*, n°376s. Mais ce qu'il importe de relever ici, c'est qu'en tout état de cause le contrat ne produit pas qu'un effet translatif, mais d'abord et avant tout un effet constitutif du droit.

vendeur d'une chose s'en réserve l'usufruit pour une période postérieure à la vente, jusqu'à son décès par exemple, il ne s'agit pas d'une simple cession de nue-propriété, mais d'une cession du droit de propriété doublée d'une constitution d'usufruit²⁷⁵. Néanmoins, même en postulant la mise en œuvre de la qualification de *contrat de cession*, il ne se produit pas *seulement* un effet translatif lorsque le cédant entend se réserver certaines de ses prérogatives de propriétaire. Le contrat de vente emporte cession soit du droit de propriété, soit d'un droit réel constitué antérieurement ou concomitamment, mais jamais d'une composante du droit de propriété (*usus, fructus...*).

En droit d'auteur, il faut ainsi tirer conséquence de ce que la cession ne peut pas porter sur l'ensemble du monopole²⁷⁶, mais seulement sur un droit d'exploitation délimité dans son étendue, sa destination, le temps et l'espace. De même qu'un propriétaire ne *cède* pas les attributs de son droit (son droit de jouissance par exemple), mais peut éventuellement céder un droit réel préalablement ou simultanément constitué, on peut penser que l'exploitant, à le qualifier de cessionnaire, n'est que cessionnaire d'un droit préalablement constitué.

Certes, on peut s'étonner que rien ne soit dit d'un éventuel effet constitutif préalable, *i.e.* de la constitution du droit cédé, qui est nécessairement circonscrit plus étroitement que le monopole d'exploitation du créateur. D'aucuns, défenseurs de la qualification de *contrat de cession*, estiment que, nonobstant le silence du législateur sur cette phase de constitution²⁷⁷, le droit transmis à l'exploitant serait bien un droit précédemment ou simultanément créé et partant, distinct de sa matrice²⁷⁸. Schématiquement, soit il est admis que le droit cédé est bien une composante de la propriété du créateur, la cession résultant d'un démembrement²⁷⁹, soit le

²⁷⁵ La dissociation de la nue-propriété et de l'usufruit procède de la convention des parties : ce n'est qu'en vertu du contrat que l'usufruit est attribué au vendeur. Ce dernier, titulaire d'un droit de propriété complet, n'a donc pas créé le droit de nue-propriété qu'il cède *en dehors du contrat* ; c'est au contraire parce que le contrat crée un droit d'usufruit qu'il aboutit à ne conférer à l'acquéreur qu'un droit de nue-propriété : le contrat ne peut donc être réduit à une cession du droit de nue-propriété, car c'est lui qui opère constitution d'usufruit. Techniquement, il ne peut donc s'agir que d'une cession du droit de propriété doublée d'une constitution d'usufruit.

²⁷⁶ Art. L. 122-7 CPI. V. aussi *supra*, n°34.

²⁷⁷ V. not. en ce sens Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2° Droit des exploitants) », *op. cit.*, n°30 : « la « cession » de droit commun ne décrit avec exactitude que la *phase finale* de l'*opération d'exploitation des droits de l'auteur*. La nature de la propriété requiert impérativement qu'elle soit précédée d'une phase antérieure, inconnue dans la loi, de création du *droit-autorisation*, objet actuel de la cession ».

²⁷⁸ V. not. en ce sens Ph. GAUDRAT « Propriété littéraire et artistique (2° Droit des exploitants) », *op. cit.* n°23. Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°568, qui n'évoquent pas explicitement de phase préalable de création du droit cédé, mais un « démembrement » (lequel résulte bien, en droit civil, d'un effet constitutif).

²⁷⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°568. Sur cette conception, v. *infra*, n°365s.

droit cédé est regardé tel un droit d'une autre nature²⁸⁰. Dans une telle optique, un effet constitutif précède bien l'effet translatif, ou du moins l'acte comporte-t-il un double effet, constitutif et translatif... On comprend alors que le concept de cession qu'emploie le code de la propriété intellectuelle renvoie à un effet du contrat, et non pas au contrat lui-même.

Il n'est pas non plus d'emblée exclu d'admettre que l'effet translatif devant être délimité se produise dans le cadre de la licence, bien qu'il s'agisse avant tout d'un acte constitutif. En régissant un effet du contrat, la loi ne préjuge pas de sa nature. Ce que la lettre du code de la propriété intellectuelle invite à reconnaître, c'est un *effet* translatif, et non une qualification de *contrat de cession*. En outre, il est évident que la licence, en postulant son admission, pourrait tout à fait être pareillement délimitée. Dès lors, cette délimitation n'interdit pas plus la qualification de contrat de cession que de contrat de licence, et ne saurait par conséquent constituer un critère de distinction entre les deux modèles au regard du droit d'auteur²⁸¹. Il en est de même de l'existence d'une obligation d'exploiter.

B. – Cession et obligation d'exploiter

37. Coexistence d'un effet translatif et d'une obligation d'exploiter. – En droit de la propriété industrielle, l'effet translatif n'est pas exclu du seul fait de la présence d'une obligation d'exploiter à la charge du cocontractant du titulaire originaire du titre – brevet d'invention ou marque. Bien que le contrat de cession se caractérise par le transfert du titre en contrepartie d'un prix, l'obligation d'exploiter peut découler de la stipulation d'un prix proportionnel à l'exploitation²⁸². Il n'en demeure pas moins que la cession et la licence s'opposent, dans cette matière, en ce que la seconde comporte par nature une obligation d'exploiter, contrairement au contrat de cession²⁸³.

²⁸⁰ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2° Droit des exploitants) », *op. cit.*, qui distingue entre les droits du créateur et ceux du cédant, qui seraient de simples « droits-autorisation » (n°21), et réfute la qualification de démembrement (n°26).

²⁸¹ Sur leur distinction au regard du droit civil, v. *infra*, n°364s.

²⁸² P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1991, p. 320 – J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, n°449 (brevet) et 1496 (marques) – F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°606 (brevet) et 1334 (marques).

²⁸³ Il est vrai cependant qu'une telle affirmation ne découle qu'indirectement de la lettre de la loi ; la lecture doctrinale est néanmoins unanime. En faveur de l'obligation d'exploiter pesant sur le licencié, v. not. J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, n°509 (brevet) et 1503 (marque) – F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°652 (brevet) et 1349 (marque) : l'obligation d'exploiter est justifiée par le fait qu'une telle obligation pèse sur le titulaire lui-même, sous peine de licences obligatoires (brevet) voire de déchéance du titre (marque).

Il n'est pas certain qu'il en aille de même en droit d'auteur. De façon générale, le principe reste que le contrat de cession n'emporte pas en lui-même une obligation d'exploiter : la présence d'une telle dette du cocontractant du créateur n'exclut pas la qualification. Ainsi par exemple, l'article L. 132-1 du code de la propriété intellectuelle, précisant que l'auteur *cède* le droit de fabriquer *à charge pour l'éditeur de publier et de diffuser* l'œuvre, dissocie-t-il la cession de l'obligation d'exploiter. Si la « cession » se distinguait de la vente de droit commun, si cette cession d'un « droit d'exploiter » contraignait *automatiquement* le cessionnaire à exploiter, de par la nature même du droit cédé, on ne comprendrait pas pourquoi l'article L. 132-1 précise que l'auteur cède ses droits *à charge* pour le cessionnaire d'exploiter. Il serait en outre illogique de considérer qu'une cession emporte en elle-même obligation d'exploiter, alors que la loi évoque la « cession » à titre gratuit, qui n'emporte évidemment pas une telle obligation²⁸⁴. Sans même devoir s'aventurer sur le terrain de la qualification du droit cédé au regard du droit civil, il est ainsi d'ores et déjà possible d'observer que la lettre du code de la propriété intellectuelle interdit de retenir qu'il serait dans la nature même du droit cédé d'emporter une obligation d'exploiter à la charge du cessionnaire. C'est le contrat qui, en comportant une obligation d'exploiter, fait que le titulaire n'est pas libre de choisir entre exercer *ou ne pas exercer* le droit acquis²⁸⁵. En d'autres termes, l'exploitation n'est qu'une obligation contractuelle, bien qu'elle soit parfois prévue par une loi impérative, et non une obligation légale à proprement parler : l'éditeur n'encourt que des sanctions contractuelles (résiliation, dommages et intérêts...) et non des sanctions légales (déchéance des droits, licences forcées, etc.)²⁸⁶. Cependant, si l'obligation d'exploiter que le contrat met à sa charge interdit peut-être d'y reconnaître un *contrat de vente* – ce que le droit d'auteur ne permet pas de préjuger – elle n'interdit aucunement de caractériser l'effet translatif du contrat. La coexistence d'une « cession » et d'une obligation d'exploiter révèle encore une fois que la « cession » s'entend d'un effet du contrat, non d'une qualification de vente.

²⁸⁴ Arg. art. L. 122-7 CPI. La dénomination de « contrat de cession » sera également possible dans le cadre de contrats comportant un prix en contrepartie du transfert de droit, en l'absence d'obligation d'exploiter. Cela étant, l'admission d'un tel modèle dépend de considérations propres à la matière. Sur ce point, v. *infra*, n°97s.

²⁸⁵ Sur les justifications et le domaine de l'obligation d'exploiter, v. *infra*, n°126.

²⁸⁶ Contrairement à ce qui prévaut en droit de la propriété industrielle. V. p. ex. art. L. 613-11 CPI (licence d'office du brevet en l'absence d'exploitation) ou l'art. L. 714-5 CPI (déchéance du droit de marque en l'absence d'usage sérieux pendant une période ininterrompue de 5 ans, sans justes motifs).

En regard, il faut constater que la stipulation d'une obligation d'exploiter n'empêche en rien la production d'un effet constitutif. Corrélativement, rien, en vertu de la lettre du code de la propriété intellectuelle, ne permet cependant d'imposer une obligation d'exploiter à la charge du licencié. Plus ennuyeux encore, le constat suivant s'impose : s'agissant du contrat de représentation, que d'aucuns érigent en parangon de la licence, le code de la propriété intellectuelle ne prévoit même pas de façon expresse une telle obligation²⁸⁷. En outre, il n'est point ici de menace de déchéance du titre ou d'octroi de licence forcée qui puisse justifier que le titulaire d'une licence soit contraint d'exploiter²⁸⁸. Par conséquent, une éventuelle distinction entre contrats de cession et de licence ne pourra de ce point de vue résulter que d'une qualification au regard du droit civil. Au regard du droit d'auteur, la présence ou l'absence d'une obligation d'exploiter ne distingue en rien les deux modèles, en ce qu'elle ne fait pas plus obstacle à l'effet constitutif qu'à l'effet translatif, lequel n'est pas davantage condamné par l'absence d'exclusivité.

C. – Effet translatif et exclusivité

38. Suivant la lettre du code de la propriété intellectuelle, l'effet translatif se produit aussi bien en présence qu'en l'absence d'exclusivité (1), quelle que soit la nature de celle-ci (2).

1) Existence de l'exclusivité

39. Coexistence d'un effet translatif et de l'absence d'exclusivité. – L'exclusivité constitue en droit de la propriété industrielle un autre critère de distinction entre cession et licence – peut-être même, en réalité, le plus décisif. De fait, le contrat de cession produit nécessairement un effet exclusif, en ce qu'il emporte le transfert d'un droit exclusif : le brevet d'invention ou le droit de marque. Au contraire, la licence peut être simple ou exclusive, l'exclusivité consentie au profit du cocontractant du titulaire n'étant alors, de surcroît, qu'un engagement contractuel dudit titulaire. Il s'avère ainsi possible de bien distinguer entre droit d'exploitation exclusif, d'une part, exclusivité contractuelle, d'autre part²⁸⁹.

²⁸⁷ Ce n'est pas dire que le contrat de représentation n'en comporte pas, mais seulement qu'elle résultera du droit commun à tout contrat d'auteur – ce qui revient au même sur l'inaptitude de l'obligation à fournir un critère de distinction entre cession et licence. Sur ce point, v. *infra*, n°155.

²⁸⁸ Contrairement au droit de la propriété industrielle, ainsi que le soulignent les spécialistes.

²⁸⁹ Sur les conséquences de la distinction, v. *infra*, n°395.

En droit d'auteur, s'il est acquis que, *dans le principe*, un cédant ne « stipule » pas une exclusivité, mais consent au transfert de droits qui sont exclusifs par essence (les droits d'exploitation), l'exclusivité ne paraît pourtant pas constituer de façon évidente un critère de distinction, dans la mesure où certaines dispositions invitent à conclure que *même la cession* n'emporte pas nécessairement exclusivité.

En effet, le contrat d'édition est défini par l'article L.132-1 du code de la propriété intellectuelle comme une *cession* du droit de fabriquer ou de faire fabriquer, alors qu'il est admis par l'article L. 132-8 du même code qu'une clause écarte l'exclusivité de principe. Aux yeux de qui la cession emporte nécessairement l'exclusivité, il a été remarqué que résidait là une contradiction dans les termes : à défaut d'exclusivité, il n'y aurait point de cession, or à défaut de cession, il n'y aurait point de contrat d'édition²⁹⁰... Plusieurs voies peuvent cependant justifier du défaut d'exclusivité d'une cession. Le rejet de la thèse conduit à considérer que le concept de « cession non exclusive » ne peut être reçu sans dissoudre la notion et sans méconnaître la nature des droits patrimoniaux, droits exclusifs dont la cession ne pourrait que transférer l'exclusivité. Or cette réfutation part d'un postulat que rien, au terme d'une analyse au regard du seul droit d'auteur, ne peut conforter. Non seulement rien ne permet d'affirmer que sont effectivement cédés les droits exclusifs de l'auteur, mais encore faut-il relever que l'exclusivité pourrait bien n'être qu'un engagement contractuel qui s'*ajoute* à la cession de droits qui ne confèreraient pas en eux-mêmes une exclusivité d'exploitation. L'effet translatif peut très bien concerner des droits autres que ceux qui composent le monopole reconnu au créateur²⁹¹. Enfin et peut-être surtout, il faut rappeler ici la position de principe qui préside à l'étude entreprise dans ses lignes : l'interprète doit commencer par établir la lettre de la loi, sa rédaction fût-elle sujette aux critiques. Les références au concept de « cession » sont bien trop nombreuses pour y voir une simple maladresse de plume : tout au moins l'interprète n'est-il donc pas invité à partir de son analyse pour conclure au rejet de la qualification de cession, mais au contraire à partir de son admission dans l'hypothèse même du défaut d'exclusivité pour construire une analyse explicative, même si l'analyse au regard du droit civil peut toujours dépasser la lettre des textes. Aussi s'avère-t-il au moins utile de souligner qu'à suivre la lettre claire et précise des articles L. 132-1 et L. 132-8 du code de la

²⁹⁰ Ch. CARON, *Manuel*, n°430 : « si le droit n'est pas cédé à titre exclusif, il faut considérer que le contrat s'apparente à une licence. Il n'y aurait donc plus de transfert de propriété, ce qui interdirait de qualifier le contrat de contrat d'édition ».

²⁹¹ V. *infra*, n°397s. (l'effet translatif peut s'appliquer aux fruits du monopole, droits de propriété sur chaque reproduction ou représentation résultat).

propriété intellectuelle, le contrat d'édition produit un effet translatif, en présence comme à défaut d'exclusivité²⁹². Là encore, il faut toutefois se garder de confondre effet translatif et contrat de cession : ne visant la cession que comme effet du contrat d'édition, la loi spéciale ne préjuge en rien d'une qualification de contrat de vente.

De même, il faut lire attentivement l'article L.132-18 alinéa 2 : alors même que le contrat général de représentation ne confère en principe aucune exclusivité à l'entrepreneur de spectacles, et devrait alors ne pas pouvoir recevoir la qualification de cession, le texte dispose que, dans ce cas, « *il peut être dérogé aux dispositions de l'article L.131-1* ». Or cette dernière disposition ne vise que la *cession* globale des œuvres futures. Si la législateur a admis une dérogation, c'est bien que le principe lui semblait applicable, *i.e.* que le contrat général de représentation lui semblait emporter un effet translatif, en dépit du défaut d'exclusivité²⁹³. Mais là encore, ce n'est pas à dire, loin s'en faut, qu'une qualification de contrat de cession s'impose. La reconnaissance d'un effet translatif ne préjuge pas de l'éviction de la qualification de contrat de licence. La lettre de la loi n'évoque qu'un *effet* du contrat, sans préjuger de la *nature* de l'acte.

Un double enseignement résulte ainsi de l'analyse faite au regard du droit d'auteur. D'une part, le défaut d'exclusivité, contrairement au droit de la propriété industrielle, ne fait pas plus obstacle à l'effet translatif qu'une délimitation du domaine d'exploitation ou la stipulation d'une obligation d'exploiter. Au regard du droit d'auteur, la présence ou l'absence d'exclusivité ne peut donc pas davantage constituer le fondement d'une distinction entre cession et licence. D'autre part, il faut bien comprendre que le *seul* critère de distinction qui resterait opératoire tient dès lors à la nature de l'exclusivité : contractuelle ou consubstantielle au droit transmis. Rejeter ce critère revient à abolir la distinction entre cession et licence, au regard du droit d'auteur, du point de vue de l'effet translatif.

2) Nature de l'exclusivité

40. Distinction entre exclusivité du droit transmis et exclusivité contractuelle. –
L'exclusivité d'exploitation n'est-elle qu'un simple effet du contrat ? Il s'agirait alors de

²⁹² L'art. L. 132-1 CPI définissant *tout* contrat d'édition comme comportant une cession, alors que l'art. L. 132-8 permet d'écarter conventionnellement l'*exercice* exclusif du droit *cédé*.

²⁹³ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°701.

cession, exclusive ou non, d'un droit dont il resterait à identifier la nature au regard du droit civil²⁹⁴. Demeure-t-elle, au contraire, consubstantielle au droit cédé ? La cession porterait alors, ou bien sur un droit exclusif, ou bien sur un droit non exclusif, dont il resterait de même à identifier la nature au regard du droit civil²⁹⁵. La question est, à tout le moins, d'importance. En effet, cession et licence pourraient encore s'opposer, non plus quant à l'*existence*, mais peut-être quant à la *nature* de l'exclusivité : exclusivité contractuelle au titre de la licence, exclusivité « réelle » au titre de la cession²⁹⁶. Seule une analyse de la nature de l'exclusivité peut donc montrer si le cocontractant de l'auteur a bel et bien acquis un droit exclusif, étant un droit de la même nature que celui du créateur, ou si c'est au contraire une exclusivité contractuelle qui accompagne la cession, auquel cas toute distinction s'efface²⁹⁷.

De fait, s'il s'avère que l'exclusivité reconnue au cessionnaire est en réalité de nature contractuelle, il ne subsistera plus *aucun* critère opératoire, au regard de l'exclusivité, pour distinguer cession et licence au regard du droit d'auteur²⁹⁸. Or la lettre du code de la propriété intellectuelle oblige à considérer que l'exclusivité dont profite un cessionnaire peut n'être que contractuelle, ce qui réduit bien à néant tout critère distinctif de la qualification au regard du droit d'auteur.

1° S'inscrit d'abord en ce sens l'article L. 132-8 du code de la propriété intellectuelle, qui ouvre aux parties au **contrat d'édition** la faculté d'écarter l'exclusivité par une clause contraire, ce qui laisse bien supposer que l'exclusivité ne présente qu'une nature contractuelle, alors même que l'éditeur est dit cessionnaire. Il est donc exclu de s'appuyer sur le caractère contractuel de l'exclusivité pour exclure un effet translatif. Mais, là encore, ce

²⁹⁴ Sur cette analyse au regard du droit civil, v. *infra*, n°391s.

²⁹⁵ L'objet de la cession peut en effet faire l'objet de plusieurs appréciations différentes au regard du droit civil, ainsi qu'on l'a dit et qu'on le démontrera plus avant (v. *infra*, chap. 6, n°...) : ainsi par exemple la théorie du démembrement conduit elle à considérer que la cession peut porter sur un démembrement non exclusif. Il ne peut en revanche s'agir d'un droit personnel, puisque l'existence d'une cession l'exclut : une créance résulte d'un acte constitutif.

²⁹⁶ L'exclusivité dite ici « réelle », dans un souci de simplification, s'entend de l'exclusivité consubstantielle au droit cédé. L'épithète ne se trouvera cependant justifiée qu'à partir du moment où la nature réelle du droit cédé aura été démontrée. V. sur ce point *infra*, n°333.

²⁹⁷ V. sur ce point, n°383s.

²⁹⁸ Le seul et dernier critère de distinction envisageable serait la faculté pour l'auteur de céder ses droits. En cas de cession ou de licence non exclusive, l'auteur pourrait céder à nouveau. Mais en cas de cession exclusive, l'auteur ne pourrait plus le faire, alors qu'il le pourrait en cas de licence exclusive, le cessionnaire prenant sa place dans la position du donneur de licence : une différence apparaîtrait bien de ce point de vue entre cession et licence. Le problème est qu'il s'agit davantage d'un effet de la qualification que d'un critère, les parties indiquant de surcroît rarement si le cédant conserve ou non cette faculté. Il faut douter que, par cette seule stipulation, l'exploitant puisse se prévaloir d'une qualification de licence propre à le soustraire à toutes les dispositions qui gouvernent les cessions. Le seul critère paraît donc bien consister dans la nature de l'exclusivité.

n'est pas pour autant que la qualification de *contrat* de cession s'impose. La loi impose seulement de retenir un effet translatif, non une qualification de *contrat* de cession.

2° La même conclusion découle de l'article L. 132-19 du même code, relatif au **contrat de représentation**. Certains spécialistes, partisans de l'extension du concept de cession à l'ensemble des contrats d'auteur et, partant, du rejet de la distinction entre cession et licence, estiment que le contrat de représentation serait également un contrat de cession du droit éponyme, qui serait alors exclusif ou non exclusif²⁹⁹. Une telle position, qui reste assez minoritaire³⁰⁰, confond là encore *nature du contrat* et *effet du contrat*. La loi n'impose pas une qualification de contrat de cession. Il est vrai, en revanche, que le contrat de représentation produit un effet translatif. En effet, la dérogation à la prohibition des cessions globales d'œuvre future que constitue l'admission du « contrat général de représentation » conduit à retenir dans ce dernier un effet translatif qu'il deviendrait incongru de dénier au « contrat de représentation », alors qu'il suit la même logique de qualification³⁰¹. En outre, si le texte précise que le contrat ne « *confère aucun monopole d'exploitation* », il ne peut en être déduit, loin s'en faut, que l'effet translatif est par là même exclu. La loi ne précise aucunement que l'auteur reste titulaire du droit, ou qu'il ne s'opère pas de cession – termes simples et clairs que le législateur aurait pu employer si telle avait été son intention. Le texte dispose seulement que le contrat ne *confère* aucun *monopole*, dans des termes qui font plutôt allusion au caractère contractuel d'une exclusivité qui ne découle pas naturellement de la qualification, mais doit être prévue expressément³⁰².

S'il est admis que le contrat de représentation comporte un effet translatif, se pose en effet la question de savoir si l'exclusivité est consubstantielle au droit cédé ou n'est qu'une exclusivité contractuelle. Il a été souligné que l'analyse conduite au regard du seul droit d'auteur ne pouvait définitivement trancher la question. Cela étant, il est opportun de relever

²⁹⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°701 – R. SARRAUTE et M. GORLINE, *Droit de la cinématographie*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1955, n°295 – M.-E. LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », JCP G 1991, I, 3540, n°35. V. aussi déjà, dans la doctrine ancienne, C. COUHIN, *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1894-1898, t. 2, p. 583 – A. Ch. RENOARD, *Traité*, t. 2, p. 334 – E. POUILLET, *Traité*, n°287.

³⁰⁰ V. en sens contraire P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°616 – Ch. CARON, *Manuel*, n°445 – B. MONTELS, *Le contrat de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, préf. P.-Y. Gautier.

³⁰¹ Sur cet argument, v. *supra*, n°39 et A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°701.

³⁰² Il n'est notamment pas dit que le contrat ne « cède » aucun monopole. Il ne faut pas oublier de surcroît que la cession non exclusive étant admise, il n'est pas inconcevable que l'exclusivité ne résulte que d'un engagement contractuel. V. d'ailleurs *infra*, n°395, la distinction entre droit exclusif et monopole artificiel, l'expression de monopole convenant surtout pour désigner l'effet d'une exclusivité contractuelle.

qu'un argument de texte sert la thèse d'une exclusivité de nature purement contractuelle. La lettre de l'article L.132-19 du code de la propriété intellectuelle semble bien, en effet, favoriser une telle interprétation. L'alinéa 2 du texte évoque la « *stipulation expresse de droits exclusifs* », dans des termes qui renvoient bien à un engagement personnel³⁰³. Surtout, l'alinéa 3 expose que « *la validité des droits exclusifs accordés par un auteur dramatique ne peut excéder cinq années* » et que « *l'interruption des représentations au cours de deux années consécutives y met fin de plein droit* » : or s'il est concevable qu'une créance d'exclusivité disparaisse au cours de l'exécution d'un contrat, il l'est nettement moins que l'objet de la cession soit modifié postérieurement à sa conclusion, passant d'un droit exclusif à un droit non exclusif... Ce serait un non-sens que d'évoquer la « validité de droits exclusifs » pendant une certaine durée, si s'opérait un transfert de droits exclusifs par nature.

Il reste cependant à préciser que c'est seulement en faveur des auteurs dramatiques que la durée de l'exclusivité se trouve limitée à cinq années³⁰⁴. D'une part, il ne faut pas oublier que le principe reste la liberté du créateur d'offrir, ou non, l'exclusivité. En raison du caractère dérogatoire de cette disposition, une interprétation étroite s'impose : la loi ne visant que les auteurs dramatiques, les autres créateurs peuvent, dans le cadre d'un contrat de représentation, accorder l'exclusivité pendant une durée supérieure à cinq années, et l'interruption des représentations pendant deux années consécutives n'y met pas fin de plein droit³⁰⁵. D'autre part, il faut se poser la question de savoir ce qu'il advient du contrat qui ne respecterait pas cette contrainte. Il semblerait de bonne justice de considérer que le contrat reste valable. Certes, le doute surgit en raison du manque de clarté de la formulation de la règle : le législateur semble bien poser une condition de validité, lorsqu'il évoque la « *validité des droits exclusifs* » : il faudrait alors conclure qu'un contrat stipulant une exclusivité supérieure à cinq ans serait passible de nullité. Toutefois, la loi précise que « *la validité des droits exclusifs (...) ne peut excéder cinq années* » : il est permis de comprendre, par ces termes maladroits – le législateur évoque la « validité des droits exclusifs » comme s'il parlait de celle d'un titre de transport ! – qu'il ne s'agit là que de la *définition* de la règle – l'exclusivité

³⁰³ A s'en tenir là, il faut néanmoins concéder que l'expression demeure ambiguë, en ce que l'évocation de « droits exclusifs » renvoie plutôt à une exclusivité consubstantielle au droit cédé. La « stipulation » renvoie bien néanmoins à un engagement contractuel.

³⁰⁴ Art. L.132-19 al. 3 CPI : « La validité des droits exclusifs accordés par un auteur dramatique ne peut excéder cinq années ; l'interruption des représentations au cours de deux années consécutives y met fin de plein droit ».

³⁰⁵ Le principe d'interprétation *in favorem auctoris* semble en effet hors jeu, dans la mesure où il ne peut être affirmé que l'interdiction de l'exclusivité protège l'auteur : un créateur peut avoir intérêt à consentir à

de cinq années au maximum – et non de la *sanction* de la règle. En réalité, ce n'est pas en ces termes qu'il faut résoudre le problème. L'article L. 132-19 étant une disposition d'ordre public, à l'instar de toutes les dispositions protectrices de l'auteur, la clause y contrevenant est nulle. Mais le juge devrait pouvoir exercer la plénitude de ses pouvoirs : la nullité de la clause portant une durée d'exclusivité supérieure aux prévisions légales pourrait, si elle n'a pas été déterminante du consentement, laisser subsister le contrat, et être remplacée par le minimum légal ou une absence d'exclusivité pour le temps restant à courir.

Au regard du droit d'auteur, la caractérisation d'un effet translatif justifie quoiqu'il en soit l'application au contrat de représentation du principe de délimitation du domaine d'exploitation et d'une rémunération proportionnelle à l'exploitation.

3° L'article L. 132-26 du code de la propriété intellectuelle, relatif au **contrat de production audiovisuelle**, ne reprend pas quant à lui les termes qu'emploie l'article L. 132-8 à l'égard du contrat d'édition : disposant seulement que l'auteur « garantit l'exercice paisible des droits cédés », la loi propre au contrat de production audiovisuelle n'évoque pas l'exclusivité et la faculté de l'auteur de l'écarter. Cependant, l'article L. 132-24 évoque quant à lui la cession des « *droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* ». La présomption de cession s'appliquant à des « droits exclusifs », il se déduit que l'exclusivité ne peut être conventionnellement écartée. Le contrat de production audiovisuelle repose nécessairement sur une cession exclusive. Ceci paraît d'autant plus logique que le contrat est conclu antérieurement à la réalisation de l'œuvre qu'il s'agit d'exploiter. Les investissements considérables du producteur ne pourraient s'accommoder d'un défaut d'exclusivité. Cela étant, il ne peut en être déduit que l'exclusivité n'est pas de nature contractuelle.

Alors qu'aucun texte ne s'oppose à la reconnaissance d'une exclusivité contractuelle, il en est au contraire certains qui invitent à lui donner un tel caractère. Par conséquent, il est permis de conclure que la nature de l'exclusivité, pas plus que son existence, ne peut fournir un critère pertinent de la distinction entre cession et licence : l'effet translatif ne rencontre pas d'obstacle de ce point de vue.

l'exclusivité, en ce qu'il peut alors trouver plus aisément un partenaire commercial et prétendre à une meilleure rémunération.

41. Conclusion de la section 1. – Au regard du droit d’auteur, la cession doit s’entendre, non pas telle une qualification contractuelle, mais tel un effet du contrat. La précision est d’importance, car la loi spéciale invite à reconnaître que tout contrat conférant à l’exploitant un droit d’exploiter produit un tel effet translatif. De fait, aucun critère opératoire ne se dégage pour distinguer entre contrat de cession et de licence de ce point de vue. La délimitation du domaine d’exploitation ne peut constituer un tel facteur de distinction, puisque la cession s’opère précisément à cette condition. De même, l’obligation d’exploiter n’exclut pas de relever un effet translatif. Enfin et surtout, l’exclusivité ne peut jouer aucun rôle, puisque la loi admet que la cession ne s’accompagne pas nécessairement d’exclusivité, et invite à reconnaître une exclusivité de nature contractuelle, qui est ordinairement le propre du contrat de licence. La qualification de contrat d’auteur se fait ainsi d’abord par « absorption », puisqu’elle s’applique à tous les contrats qui confèrent à l’exploitant un droit, qu’ils soient dénommés licence ou cession. En d’autres termes, la loi impose de reconnaître dans tout contrat d’exploitation un effet translatif, puisqu’aucun critère discriminant ne le cantonne. La loi n’évoquant qu’un effet contractuel, l’effet translatif, et non une qualification du contrat, il faut cependant admettre que seul le droit civil peut alors permettre de savoir si cet effet translatif peut s’inscrire dans le cadre d’un contrat de licence, au titre d’accessoire de l’effet constitutif du droit personnel de jouissance. De fait, tout en retenant un effet translatif en l’absence même d’exclusivité ou en présence d’une exclusivité purement contractuelle, le code de la propriété intellectuelle n’affirme pas que l’objet de la cession tient dans le droit d’exploitation tel qu’il est entre les mains du créateur, ce qui ne sera pas sans incidence au regard du droit civil. La qualification de cession au regard du droit d’auteur reste « fonctionnelle » : en tant que titre d’application d’un régime déterminé, son but n’est que de justifier l’application au contrat d’auteur des règles visant la cession, qui constituent l’essentiel des articles L. 131-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. C’est d’ailleurs pourquoi certains contrats, qui ne comportent pas d’effet translatif, sont soustraits à leur empire.

Section 2

CONTRATS NE COMPORTANT PAS D’EFFET TRANSLATIF

42. La qualification du contrat d’auteur s’opère aussi par soustraction. Certaines dispositions du code de la propriété intellectuelle conduisent en effet à exclure l’effet translatif de certains contrats par lesquels, soit l’auteur, soit son cocontractant, s’engage à rendre un service. Dès

lors que le droit commun des contrats d'auteur régit essentiellement l'effet translatif, la qualification de « contrat d'auteur » s'en trouve ainsi logiquement évincée³⁰⁶. Certes, les contrats ayant pour objet une telle prestation pourront recevoir une qualification du droit civil. L'opération préalable de qualification au regard du droit d'auteur apparaît néanmoins indispensable, dans la mesure où le droit d'auteur peut contrarier certains effets ordinaires de telle ou telle qualification civiliste. Il faut ainsi distinguer entre les contrats portant sur l'exploitation d'une œuvre de l'esprit (sous-section 1), ceux portant sur la création (sous-section 2) et la simple promesse de cession (sous-section 3).

Sous-section 1

CONTRATS PORTANT SUR L'EXPLOITATION D'UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT

43. Certains contrats, qu'ils soient expressément prévus par le code de la propriété intellectuelle ou qu'ils concernent simplement un objet protégé par le droit d'auteur, n'emportent pas transfert des droits d'exploitation, mais portent au contraire sur une prestation de service promise par l'exploitant : il en va ainsi des contrats à compte d'auteur et de compte à demi (§1.) et de certains contrats du web 2.0 (§2.). Il doit en revanche être exclu, après examen, d'appliquer la qualification de contrat de production audiovisuelle en l'absence de cession (§3.).

§ 1. – CONTRATS À COMPTE D'AUTEUR ET DE COMPTE À DEMI

44. Contrats dit « à compte d'auteur ». – Au titre d'un contrat de compte d'auteur, le créateur ne fait que solliciter un service de la part de son cocontractant : la fabrication et la diffusion d'exemplaires de son œuvre, moyennant rémunération de ce dernier³⁰⁷. Le contrat, expressément qualifié par la loi *louage d'ouvrage*³⁰⁸, comporte-t-il néanmoins une cession du droit de reproduction, en ce qu'elle serait le moyen nécessaire de l'exécution des prestations ?

³⁰⁶ Comp. C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, n°430, qui distingue acte matériel de reproduction et de représentation et acte d'exploitation, pour restreindre la notion de contrat d'exploitation au contrat qui permet à l'exploitant de tirer profit d'un acte d'exploitation (n°421). Notre logique consiste pour notre part à considérer qu'un contrat d'auteur se définit comme le contrat emportant un effet translatif, puisque le droit commun des contrats d'auteur est un droit commun des cessions.

³⁰⁷ Art. L.132-2 CPI : par un contrat dit à compte d'auteur, « l'auteur ou ses ayants droit versent à l'éditeur une rémunération convenue, à charge par ce dernier de fabriquer en nombre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, des exemplaires de l'œuvre et d'en assurer la publication et la diffusion ».

³⁰⁸ Art. L.132-2 préc., al. 3.

Une telle vision ne paraît pas fondée³⁰⁹ et, encore une fois, le parallèle opéré avec le droit de propriété corporelle permet de le comprendre. En effet, la logique d'un contrat d'entreprise ne semble pas devoir varier selon qu'il porte sur une chose corporelle ou une œuvre de l'esprit. Lorsqu'un entrepreneur doit accomplir un travail sur une chose matérielle confiée par le maître d'ouvrage, l'analyse juridique ne retient pas plus un transfert du droit de propriété que la concession d'un droit personnel de jouissance³¹⁰. Certes, un travail sur la chose implique l'exercice du droit de propriété – du droit d'usage et de jouissance, mais aussi du droit de disposition, puisqu'il y aura en principe altération de la chose : ce n'est cependant pas l'entrepreneur qui exerce lui-même ce droit, à quelque titre que ce soit, mais au contraire le propriétaire, en demandant à un tiers d'exécuter une prestation déterminée. De même, lorsqu'un créateur conclut un contrat de compte d'auteur, ce n'est donc pas son cocontractant, prestataire de services, qui exerce le droit de reproduction, mais l'auteur lui-même : peu importe qu'il n'accomplisse pas lui-même les opérations de reproduction et de diffusion. Dès lors que la qualification de contrat d'entreprise s'applique, le contrat ne porte que sur l'aspect matériel de la reproduction ; il ne fait qu'offrir au créateur les moyens matériels d'exercer son droit³¹¹.

45. Contrat dit « de compte à demi ». – Dans le principe, n'emporte pas non plus d'effet translatif le contrat dit de compte à demi, par lequel l'auteur confie à un partenaire la charge de fabriquer et diffuser des exemplaires de l'œuvre, moyennant un partage des bénéfices et des pertes³¹². Le contrat étant expressément qualifié par la loi de société en participation³¹³,

³⁰⁹ La majorité de la doctrine exclut la présence d'une cession par le seul effet de la qualification de louage d'ouvrage : A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°649, relevant que l'éditeur à compte d'auteur « n'est qu'un façonnier (...) cessionnaire d'aucun droit d'auteur » – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°563 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1018 – Ch. CARON, *Manuel*, n°456.

³¹⁰ L'entrepreneur est, au contraire, tenu d'une obligation de conservation et de restitution de la chose confiée, avec un régime de responsabilité particulier. V. art. 1789 C. civ. – J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°32228.

³¹¹ La situation est d'ailleurs encore comparable à celle d'un imprimeur, à qui un éditeur sous-traite souvent la fabrication des exemplaires de l'œuvre : l'imprimeur n'est pas cessionnaire du droit de reproduction cédé à l'éditeur. V. Ph. GAUDRAT « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *op. cit.*, n°136 (« L'opération s'analyse alors en un simple louage d'ouvrage, sans dimension de droit d'auteur : l'éditeur ne sous-traite que la *dimension matérielle* de l'ouvrage auquel il a souscrit »). La même analyse prévaut à l'égard du distributeur des exemplaires fabriqués.

³¹² Art. L.132-3 CPI : par un contrat dit de compte à demi, « l'auteur ou ses ayants droit chargent un éditeur de fabriquer, à ses frais et en nombre, des exemplaires de l'œuvre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, et d'en assurer la publication et la diffusion, moyennant l'engagement réciproquement contracté de partager les bénéfices et les pertes d'exploitation, dans la proportion prévue ».

³¹³ Art. L.132-3 préc., al. 3.

l'auteur reste titulaire de ses droits³¹⁴. En effet, dans la mesure où la société en participation est dépourvue de la personnalité morale, les associés restent propriétaires de leurs apports³¹⁵ – sauf peut-être à admettre qu'une cession s'opère au profit de l'exploitant en tant que gérant³¹⁶.

§ 2. – CONTRATS DU WEB 2.0

46. Contrats conclus entre auteurs et fournisseurs d'hébergement. – Depuis l'avènement de l'ère du Web 2.0, ouvrant sur de nouvelles perspectives économiques³¹⁷, prolifèrent les sites offrant une communication gratuite d'œuvres de l'esprit aux internautes³¹⁸, sites qui se présentent fréquemment tels de simples prestataires d'hébergement³¹⁹. Or nombre de ces fournisseurs d'hébergement stipulent, dans leurs conditions générales, que le « fournisseur de contenu » – ainsi l'auteur peut-il être dénommé dans l'univers numérique...³²⁰ – accorde une « licence » des droits de reproduction et de représentation au site hébergeur³²¹. Se pose donc la question de savoir si ces contrats doivent vraiment comporter une cession de droits

³¹⁴ Il convient cependant de relever le silence d'une grande partie de la doctrine sur ce point : A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°650 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°563 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1019 – Ch. CARON, *Manuel*, n°457.

³¹⁵ V. art. 1872 al. 1 c. civ. V. aussi Ph. MERLE, *Droit des sociétés*, Précis Dalloz 10e éd. 2005, n°603, qui note qu'il faudrait d'ailleurs mieux évoquer une « mise » (mise à disposition) qu'un apport.

³¹⁶ Certains considèrent que l'apport en nature d'un associé en participation opère une mise à la disposition de la société, qui en aurait la jouissance (Ph. MERLE, *op. cit.*, *loc. cit.*, citant CA Paris, 5 juillet 1994, Bull. Joly 1994, 108 ; Rev. Sociétés 1994, 525, obs. Y. GUYON). En réalité, c'est au(x) gérant(s) que cette mise à disposition s'adresse (P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Précis Domat Montchrestien, 2^e éd. 2003, n°1359), car dénuée de personnalité, la société en participation ne peut pas plus être propriétaire que créancière. Il faut relever que si la distinction entre cession et licence est rejetée, il n'en demeure pas moins indéniable qu'il ne peut malgré tout exister de cession au profit de la société : même s'il est admis que la cession porte sur un droit non exclusif, il n'en demeure pas moins que la figure de la cession ne peut exister dès lors qu'il n'existe pas de personne morale. En revanche, on pourrait peut-être admettre une telle cession (non exclusive) au profit du gérant...

³¹⁷ V. Ph. CHANTEPIE, « Éléments d'économie du Web 2.0 : interfaces, bases de données, plateformes », PI 2007, 285. V. aussi, pour une présentation, notre *introduction générale*, n°5.

³¹⁸ Certains sites, propriétés de fournisseurs d'accès, permettent la création de pages personnelles où l'internaute communique ce qu'il souhaite (photos, vidéos, textes, etc., restant à savoir ce qui est protégeable au titre du droit d'auteur...), d'autres sont des sites de partage axés sur certains *media* (vidéo ou musique, notamment). S'agissant de ces derniers, il suffit de songer, en matière musicale et vidéographique notamment, à « Myspace », « YouTube » ou « DailyMotion », mais aussi en matière littéraire, à « Wikipédia » (encyclopédie en ligne).

³¹⁹ V. L. 21 juin 2004, art. 6-I-2, définissant les fournisseurs d'hébergement ainsi que des « personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toutes natures fournis par des destinataires de ces services ». V. Ch. FÉRAL-SCHUL, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz Praxis 2006, n°114.11.

³²⁰ Pour une critique de ce vocable, v. p. ex. A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF 2001, n°824, qui note cpt. que le terme est utile pour désigner de manière indifférenciée les données produites, qu'elles s'incarnent ou non dans des œuvres protégeables par le droit d'auteur.

³²¹ « Wikipédia » fonctionne p. ex. sur la base de la licence GNU Free Documentation Licence. D'autres ont créé un contrat d'adhésion qui leur est propre, ainsi p. ex. le site « DailyMotion ».

d'exploitation. Une distinction s'impose d'emblée entre les sites qui se bornent à offrir aux utilisateurs la communication de leurs œuvres personnelles et des sites qui proposent une œuvre collective, les problèmes juridiques soulevés étant différents.

47. Communication des œuvres. – Lorsqu'un fournisseur d'hébergement offre de stocker et de communiquer au public les œuvres des utilisateurs³²², il est usuel qu'il subordonne ce service à l'acceptation d'une « licence » des droits - ou ce qui pourrait être appelé une cession de droits non exclusifs³²³. Le caractère gratuit d'une telle cession ne soulève aucune difficulté : il est possible d'exclure toute contrepartie, rémunération aussi bien qu'obligation d'exploiter³²⁴. En revanche, alors que la cession devrait être délimitée, dans le temps notamment, le fournisseur d'hébergement ne prévoit souvent pas de durée, se bornant à permettre un retrait des œuvres au moment où le créateur le décide³²⁵. Dans la mesure où l'auteur est suffisamment protégé par cette liberté de rompre le contrat à tout moment, il serait inopportun de fermer cette voie. Il faut néanmoins justifier juridiquement de cette faculté. De même, il faut savoir si, en l'absence de telles précautions, le site de partage pourrait être attaqué en contrefaçon par l'un de ses membres, arguant du défaut de cession ou d'une délimitation imprécise du domaine d'exploitation.

Pour échapper à la qualification de cession, plusieurs pistes peuvent être explorées. D'abord, il serait possible de se demander si, en réalité, l'autorisation que donne l'auteur de reproduire et représenter ses œuvres ne procède pas d'un acte unilatéral³²⁶. Cette voie se découvre cependant bien vite être une impasse, car cette autorisation s'inscrit dans le cadre d'un véritable accord de volontés : le fournisseur d'hébergement doit accepter le stockage et la communication de l'œuvre sur son site. En réalité, il faut plutôt rechercher si les droits d'exploitation doivent vraiment, dans le cadre de la fourniture d'hébergement, faire l'objet d'un quelconque acte juridique, sous forme d'une stipulation contractuelle ou autrement. C'est ici qu'un parallèle avec le contrat à compte d'auteur pourrait être invoqué : lorsque le cocontractant du créateur se borne à rendre un service à ce dernier, il n'exerce pas lui-même

³²² Il faut noter que la finalité se borne souvent à la représentation : il n'est pas offert aux internautes, par exemple, de télécharger les œuvres représentées sur le site. Mais il est possible que l'utilisateur permette le téléchargement.

³²³ Les développements qui suivent n'utiliseront que la terminologie de cession, exclusive ou non, étant entendu que certains admettent une distinction entre cession et licence. Dès lors qu'une application analogique du droit commun des cessions est néanmoins retenue, les problèmes examinés se posent en termes identiques. V. *supra*, section 1.

³²⁴ V. sur ce point *infra*, n°99.

³²⁵ V. p. ex. les conditions générales « Myspace » ou « YouTube ».

un droit de reproduction ou de représentation ; c'est l'auteur qui exerce son droit. Pas plus que l'éditeur à compte d'auteur, le fournisseur d'hébergement ne serait-il *juridiquement* celui qui exerce le droit de reproduction ou de représentation : il ne ferait qu'offrir à l'auteur les moyens matériels d'exercer ses droits patrimoniaux. Le seul lien juridique entre le créateur et le fournisseur d'hébergement tiendrait précisément dans le contrat de fourniture d'hébergement *stricto sensu*. Dès lors, le contrat n'aurait donc pas à comporter de cession des droits patrimoniaux, et il se comprend que les parties puissent envisager une durée indéterminée et une faculté de résiliation unilatérale.

Il faut néanmoins observer que, si l'absence de cession au titre du contrat à compte d'auteur se justifie par son classement parmi les louages d'ouvrage, la qualification du contrat de fourniture d'hébergement reste incertaine. S'il n'entre pas dans le propos de cette étude d'étudier la qualification d'un tel contrat, il faut néanmoins relever que les diverses qualifications proposées – bail³²⁷, prêt³²⁸, entreprise ou contrat *sui generis*³²⁹ – ne posent aucun obstacle déterminant au raisonnement analogique, tant que la convention reste ordonnée autour de prestations substantielles – mise à disposition ou service – au bénéfice de l'auteur³³⁰.

Il faut en revanche souligner que l'absence de cession ne se justifie précisément que dans le cas où la seule qualification de fourniture d'hébergement suffit, ce qui implique l'absence d'exploitation au profit de cet intervenant, notamment l'absence d'utilisation commerciale, donc payante, des œuvres hébergées sur le site. Il reste que la frontière est parfois ténue, notamment dans l'hypothèse – fréquente en pratique – d'exploitation publicitaire du site de

³²⁶ Sur l'autorisation unilatérale, v. *supra*, n°22.

³²⁷ V. not. en ce sens *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2007, sous la resp. M. VIVANT, n°2335 : « Il semble (...) que, les prestations techniques étant tout à fait accessoires dans l'économie d'ensemble de l'opération, il faille privilégier l'acte de mise à disposition et songer donc davantage à la qualification de louage de choses » (il est cpt. souligné plus loin que la nature juridique peut varier selon les circonstances). Rapp. O. ITÉANU, « Les contrats du commerce électronique », *Dr. & patr.* 1997, n°55. Ce qui est déterminant de la qualification retenue semble alors la mise à disposition de l'abonné d'une partie des ressources des machines du fournisseur d'hébergement (espace disque dur et capacité de traitement en temps machine).

³²⁸ V. en ce sens la thèse avancée par le défendeur dans TGI Paris, réf., 9 juin 1998, RIDA 1999/1, 427 ; *Expertises* 1998, p. 319, selon laquelle il s'agirait d'un prêt d'octets...

³²⁹ V. A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF 2001, n°826, qui réfutent la qualification de louage de choses comme trop réductrice, sans proposer une autre qualification civiliste, mais en relevant que l'économie du contrat est plutôt orientée vers la fourniture d'un résultat – établir un lien continu entre fournisseur de contenu et fournisseur d'accès – qui implique différentes prestations techniques. Il est en outre relevé que le fournisseur offre souvent d'autres services : création de pages web, mises à jour, etc.

³³⁰ V. d'ailleurs A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, n°826, notant que l'hébergé « reste, dans le silence du contrat, seul titulaire des droits d'auteur ».

partage. Il est d'autant plus difficile de tracer cette frontière que les considérations relatives au droit d'auteur s'enchevêtrent alors avec celles tenant au régime de responsabilité des divers intervenants. Il faut en effet remarquer que le fournisseur d'hébergement est parfois sorti de son rôle, pour devenir lui-même « fournisseur de contenu »³³¹. Or cette qualification propre au « cyberdroit »³³² pourrait conduire à exclure une qualification de simple entrepreneur, au profit de celle, non pas forcément d'éditeur, partie à un contrat d'édition (1°), mais au moins de cessionnaire (2°).

1° Si la loi pour la confiance dans l'économie numérique ne définit pas le fournisseur de contenu, renvoyant seulement à une activité d'« édition » d'un « service de communication au public en ligne »³³³, il ne faut toutefois pas le confondre avec un éditeur au sens du code de la propriété intellectuelle : un « éditeur » de contenu peut très bien n'être pas – et ne sera même souvent pas – partie à un contrat d'édition avec l'auteur dudit contenu – il suffit de songer à tous les fournisseurs de contenu non professionnels que sont les auteurs eux-mêmes (auteurs dès lors que ledit « contenu » est protégeable). La qualité d'éditeur de contenu, appelant un régime de responsabilité particulier, dépend donc de critères différents³³⁴. Il est d'ailleurs significatif que la « responsabilité éditoriale » de fournisseurs d'hébergement ait plutôt été retenue, jusqu'à présent, dans des cas de contrefaçon, où ces derniers avaient communiqué la création de tiers³³⁵ : un contrat d'édition ne peut évidemment être alors caractérisé entre le

³³¹ Pour une proposition de définition, v. Ch. FÉRAL-SCHUL, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, n°121-11, visant « toute personne physique ou morale qui, à titre professionnel ou non, édite et met en ligne de l'information, au sens le plus large du terme, à destination des internautes, en la publiant sur son site internet ».

³³² Sur cette expression, v. Ch. FÉRAL-SCHUL, *op. cit.*, titre de l'ouvrage.

³³³ V. L.2004-575 du 21 juin 2004 (mod. L.2007-297 du 5 mars 2007), art. 6, III, 1, visant les « personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne », devant porter à disposition du public, « dans un standard ouvert », un certain nombre d'informations permettant leur identification (et notamment le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982). La loi vise distinctement les « personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne », qui peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus.

³³⁴ La responsabilité du fournisseur d'hébergement et du fournisseur de contenu obéissent par suite à des régimes différents (V. sur ce point Ch. FÉRAL-SCHUL, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz Praxis 2006, n°114-31 (principe d'irresponsabilité du fournisseur d'hébergement, sauf si le fournisseur d'hébergement persiste à diffuser le contenu illicite ou n'agit pas promptement) et n°121-31 (responsabilité de l'éditeur de contenu). Il ne faut toutefois pas trop surestimer cette différence en pratique, des décisions (v. notes ci-après) ayant condamné un site de partage, tantôt à titre d'éditeur de contenu, tantôt à titre de fournisseur d'hébergement, lequel répond dans certaines conditions de la communication illicite.

³³⁵ V. p. ex., entre autres nombreuses décisions, CA Paris, 4^e ch. A, 7 juin 2006, LP 2006, III, 181, note crit. F. CHAFIOL-CHAUMONT (reproduction de bandes dessinées protégées d'un tiers sur les pages personnelles d'un internaute) ; v. aussi TGI Paris, ord. réf., 22 juin 2007, CCE 2007, n°143, note Ch. CARON ;

fournisseur d'hébergement et un internaute qui communique, non ses œuvres, mais les œuvres d'un tiers – qu'elles soient protégées ou non, d'ailleurs. Il faut donc veiller à ne pas inférer de la qualité de fournisseur de contenu celle de partie au contrat d'édition.

2° Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence qui a, pour définir le régime de responsabilité du site à l'égard des tiers, retenu la qualification d'« éditeur » de contenu, a suivi un raisonnement qui contrarie celui, précédemment exposé, établissant un parallèle avec le compte d'auteur pour conclure à l'absence de cession dans le cadre d'une prestation de service : en effet, cette jurisprudence s'appuie justement sur l'idée que l'intervention du fournisseur d'hébergement ne se réduit pas à une prestation de stockage et de communication, mais s'étend à la fourniture de moyens de création et à une exploitation³³⁶. De tels motifs induisent, par leur généralité, l'exigence d'une cession par l'utilisateur, fût-elle de droits non exclusifs et à titre gratuit : le fournisseur d'hébergement, érigé en fournisseur de contenu, perd sa qualité de simple prestataire, pour devenir un exploitant. Faut-il donc admettre que l'exploitation publicitaire du site impose de rejeter la qualification de contrat d'entreprise, et de faire de l'exploitation commerciale des œuvres fournies par les « utilisateurs » la finalité de leur relation ? Il ne faut pas perdre de vue que le service offert à l'internaute étant gratuit, les recettes publicitaires représentent un financement nécessaire. Il semble qu'il faille donc vraiment scruter l'économie de l'opération : si l'exploitation des œuvres est une fin en soi, maîtrisée par le site, il sort du rôle de prestataire de services ; s'il ne maîtrise pas cette exploitation, il est possible de considérer qu'il ne s'évade pas de cette fonction. Or cette seconde proposition paraît la plus fréquente en réalité³³⁷. Au titre de la responsabilité du

LP septembre 2007, I, p. 125 ; RIDA 2007, 305, obs. P. SRINELLI ; RLDI 2007/29, n°966, qui, pour condamner un site de partage de données en raison de la mise en ligne, par un membre, de sketches d'un humoriste réputé, retient la qualification de fournisseur de contenu (« éditeur ») dudit site. Pour d'autres exemples, v. note suivante

³³⁶ V. p. ex. CA Paris, 4^e ch. A, 7 juin 2006, *op. cit.* (site jugé intervenir en tant que fournisseur de contenu, étant considéré que « son intervention ne saurait se limiter à cette simple prestation technique [hébergement] dès lors qu'elle propose aux internautes de créer leurs pages personnelles à partir de son site (...) de sorte que [le site] doit être regardé comme ayant aussi la qualité d'éditeur dès lors qu'il est établi qu'elle exploite commercialement le site (...) puisqu'elle propose aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires payants directement sur les pages personnelles » – TGI Paris, ord. réf., 22 juin 2007, *op. cit.*, qui, retenant la qualification de fournisseur de contenu (« éditeur ») du site de partage de données, relève qu'il impose une structure de présentation par cadres et diffuse à l'occasion de chaque consultation des publicités.

³³⁷ Il faut noter que ce qui importe n'est pas tant que le public paye ou non la communication ou le téléchargement de l'œuvre que le fait que le cocontractant du créateur rémunère ou non ce dernier : si une station de radio ou une chaîne de télévision hertzienne ne fait pas payer l'auditeur ou le téléspectateur, il n'en demeure pas moins que celle-ci ne se contente pas de rendre un service au créateur, en diffusant ses œuvres ! Elle exploite l'œuvre, et doit donc acquérir les droits patrimoniaux reconnus à son égard. Bien entendu, la frontière peut paraître ténue entre l'activité d'un diffuseur ou d'une entreprise de communication audiovisuelle et celle du fournisseur d'hébergement, dans la mesure où tous deux exercent cette activité à titre lucratif, grâce aux recettes publicitaires notamment. Seule une analyse de l'économie de l'opération permettra alors en effet de faire le partage entre le contrat de service (au profit de l'auteur) et le contrat de cession. Il apparaît cependant à l'heure actuelle que, pour nombre de sites, ressortent nombre de différences, révélant la différence de finalités. La chaîne

prestataire d'hébergement, les décisions retenant la qualification de fournisseur de contenu ont d'ailleurs été critiquées par des commentateurs³³⁸, et ne font pas l'unanimité parmi les juges³³⁹, au motif précisément de l'absence de dépassement des simples fonctions de prestataire de service (fonctions techniques)³⁴⁰. Les décisions les plus récentes semblent privilégier la qualification d'hébergeur, en considérant que le choix éditorial ne se dévoile que dans la détermination des contenus et non dans leur simple organisation, et sans tenir compte de l'activité publicitaire³⁴¹. Cela étant, il n'est pas exclu que la première proposition soit retenue plus souvent dans un avenir proche, à l'endroit de sites qui mettent en place de véritables politiques d'exploitation³⁴². Il faut ainsi surtout, en conclusion, relever que les

de télévision choisit les œuvres diffusées et maîtrise sa grille de programmes, tandis que le fournisseur d'hébergement se contente de stocker les œuvres et de proposer indifféremment leur communication au choix des internautes. S'agissant de la VoD (vidéo à la demande), la différence s'atténue certes sur ce point, mais ressortira éventuellement du caractère payant ou non de la diffusion en *streaming* ou du téléchargement : souvent les internautes ne paient rien (vidéos amateur). Le membre inscrit sur un site de partage est libre de retirer ses œuvres à tout moment, tandis que les titulaires de droit sont engagés à l'égard des chaînes de télévision ou des stations de radio. Le site n'aura pas en principe de politique de valorisation du contenu (en faisant par exemple une sélection et une promotion des œuvres) et n'interviendra pas dans le parcours de l'œuvre auprès du public : ainsi est-ce le cas, nous semble-t-il, lorsque le site se contente d'afficher en premier les nouvelles contributions ou les pages les plus consultées.

³³⁸ V. p. ex. note F. CHAFIOL-CHAUMONT, sous CA Paris, 4^e ch. A, 7 juin 2006, LP 2006, III, 181, (observant qu'il s'agit d'un arrêt d'opportunité, en ce qu'il retiendrait à tort la qualification d'éditeur pour retenir la responsabilité du fournisseur d'hébergement, exclue dans le principe par la LCEN), et qui note que l'hébergeur ne prend connaissance du contenu avant sa mise en ligne et n'intervient pas.

³³⁹ V. CA Aix-en-Provence, 13 mars 2006, RLDI 2006/15, n°452 (excluant la qualification de fournisseur de contenu s'agissant de fourniture de moyens en ligne permettant la création du site personnel de l'internaute) – V. aussi TGI Paris, 3^e ch. 1^{er} sect., 15 avr. 2008 (2 décisions – qualification d'hébergeur), LP 2008, III, 100, note F. CHAFFIOL-CHAUMONT ; CCE 2008, étude n°6, obs. B. MONTELS – T. com. Paris, 8^e ch., 20 févr. 2008, RLDI 2008/36, n°1197 (hébergeur, mais responsable pour n'avoir pas empêché une *nouvelle* diffusion) – TGI Paris, 3^e ch. 2^e sect., 13 juill. 2007, CCE 2007, comm. 143, note Ch. CARON ; RIDA 2007/4, 285 et 352, obs. P. SIRINELLI ; RLDI 2007/30, n°999, note S. PROUST et 2007/31, n°1035, note M. JAILLET – LP sept. 2007, III, p. 167 (qualification d'hébergeur ; rejet de la diffusion de publicités comme critère de la qualification d'éditeur) – 19 oct. 2007, CCE préc. et RLDI 2007/33, n°1098, note L. THOUMYRE (qualification d'hébergeur, mais responsable pour n'avoir pas empêché une *nouvelle* diffusion) – TGI Lyon, 21 juillet 2005, RLDI 2006/14, n°420 (de même s'agissant de la mise à disposition d'un espace de stockage de discussions).

³⁴⁰ La notion d'éditeur - fournisseur de contenu a pu être exclue à propos d'une plateforme de partage vidéo, sa responsabilité étant néanmoins retenue au titre de l'hébergement : v. p. ex. TGI Paris, 3^e ch. sect. 2, 13 juillet 2007, *op. cit.* : jugé que « la commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas de qualifier [le site] d'éditeur de contenu, dès lors que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion, raison pour laquelle il engage sa responsabilité ».

³⁴¹ V. not. TGI Paris, 15 avr. 2008, *op. cit.*

³⁴² V. encore p. ex. TGI Paris, 3^e ch. sect. 2, 13 juillet 2007, *op. cit.*, qui, excluant dans le principe la qualité d'éditeur de contenu du prestataire d'hébergement, note toutefois qu'il en va autrement en cas d'accords passés entre le site et des producteurs (ainsi par exemple des accords entre Dailymotion d'une part, Universal et Warner d'autre part), « *qui aboutissent à un changement de nature d'activité, [le site] devenant un éditeur voire un coéditeur dès lors qu'il devient l'auteur de la mise en ligne des vidéos considérées* ». S'il ne faut pas oublier que le tribunal évoque ici la qualification de fournisseur de contenu, non celle d'éditeur au sens du code de la propriété intellectuelle, il semble que l'observation produit des conséquences sur la possibilité d'appliquer la qualification de prestation de services au détriment de celle de cession : le site doit devenir cessionnaire dès lors qu'il mène une politique d'exploitation propre, destinée à valoriser son contenu pour accroître ses recettes publicitaires. Tel sera alors le cas de l'exploitation de catalogues de titulaires de droits, mais aussi de

flottements jurisprudentiels relatifs au statut des intervenants au titre de la responsabilité invitent à une extrême prudence dans l'analyse du contrat avec les internautes créateurs au regard du droit d'auteur. Même si la cession ne se révèle pas nécessaire au regard de la qualification adoptée, il est compréhensible que la pratique aille dans le sens d'une stipulation systématique. Certaines réserves ne peuvent cependant qu'être émises relativement à leur rédaction, dès lors que la pratique ne respecte que rarement le régime applicable aux cessions, notamment la prohibition des cessions globales³⁴³ et l'exigence de délimitation³⁴⁴.

On peut se demander si, au fond, la qualification du contrat entre la plateforme et l'auteur – simple hébergement ou cession de droit d'auteur – ne devrait alors pas dépendre justement des modalités du contrat : la première qualification ressortirait des clauses prévoyant que le retrait de l'œuvre est laissé à l'appréciation exclusive et discrétionnaire de l'auteur, la seconde de stipulations aux termes desquelles le créateur consent une cession de droit non exclusif délimitée, restant alors à savoir si la cession est correctement délimitée³⁴⁵. Il faut également relever, en tout état de cause, que les fournisseurs d'hébergement ménageant une licence à leur profit délimitent tout de même souvent le domaine d'exploitation dans son étendue, sa destination et l'espace.

Dernière piste, on peut enfin se demander, s'il fallait généraliser l'exigence d'une cession, si la faculté reconnue à l'auteur de rompre le contrat d'hébergement, mettant ainsi terme à la cession, ne suffirait pas à remplir l'exigence de délimitation temporelle. Indirectement, une durée est effectivement prévue : celle de la durée du contrat d'hébergement, lequel est interdépendant de la cession³⁴⁶.

l'exploitation des œuvres inédites des membres inscrits. Mais il faut observer alors que le site quittera alors sans doute le « créneau » des cessions gratuites, et proposera une rémunération au membre qui « alimente » le site.

³⁴³ V. art. L.131-1 CPI. Il faut en effet relever que l'internaute consent alors une cession de droits de l'ensemble des œuvres diffusées sur le site pendant le contrat d'hébergement, alors que la prohibition s'applique dès lors que le contrat porte sur deux œuvres ou plus (v. not. sur ce point DESBOIS, *Traité*, n°537 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°596).

³⁴⁴ V. art. L.131-3 CPI. Il a déjà été noté que les contrats ne procèdent généralement pas à une délimitation dans le temps ou dans l'espace.

³⁴⁵ Il n'est pas sans intérêt de relever que, lorsque le fournisseur d'hébergement se rapproche d'un exploitant, il se fait consentir des « licences » non exclusives mais délimitées : il ne s'agit plus de permettre aux internautes de retirer l'œuvre quand ils le souhaitent.

³⁴⁶ Il faut en effet relever que l'hébergeur organise souvent une interdépendance entre le contrat d'hébergement et la « licence » (ou cession non exclusive) : l'internaute créateur qui a la faculté de rompre le contrat d'hébergement met ainsi fin à la cession. De fait, la durée de la cession est liée à celle du contrat d'hébergement. Le problème vient alors de ce que ce dernier contrat est lui-même à durée indéterminée (ce qui

48. Création et diffusion de l'œuvre. – La situation se présente sous d'autres auspices lorsque le site a pour but de communiquer au public une œuvre issue de contributions des internautes, telle une encyclopédie en ligne que tout un chacun peut entreprendre de compléter ou de modifier, *sous le contrôle des propriétaires du site*. Sans doute, un tel projet pourrait entrer dans la catégorie légale des œuvres collectives³⁴⁷, qui sont propriétés de la personne qui a pris l'initiative et la responsabilité de leur création³⁴⁸. Aussi faut-il souligner que, là encore, il se comprend mal, au fond, que les participants soient pressés de consentir une « licence » des droits relatifs à leur(s) contribution(s). Si la qualification d'œuvre collective s'avère effectivement applicable, le site n'a pas besoin de prévoir une cession non exclusive ou une licence de droits qui lui sont légalement dévolus par la loi ! La participation à une œuvre collective peut tout à fait s'inscrire dans le cadre d'un contrat à titre gratuit³⁴⁹. En pratique, le régime de l'œuvre collective conviendra parfaitement à ce genre de projet et n'emportera pas de solutions opposées à celles adoptées par ces sites³⁵⁰.

49. Jeux vidéo évolutifs. – Une nouvelle génération de jeux vidéo se répand aujourd'hui, se jouant en ligne et consistant dans la mise en place d'un univers virtuel persistant, évoluant de manière perpétuelle et autonome, indépendamment même des actions des joueurs³⁵¹. Il se peut

justifie d'ailleurs la faculté de rupture de l'internaute...). Cela étant, l'art. L.131-3 exige mention d'une durée, non pas d'une durée nécessairement déterminée... si elle est déterminable.

³⁴⁷ V. article L113-5 CPI, al. 1 : « L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée » et al. 2 : « Cette personne est investie des droits de l'auteur ». Une encyclopédie en ligne pourrait correspondre à la notion d'œuvre collective, dès lors que se relèvent initiative et direction d'un promoteur, édition et divulgation sous son nom, fusion des contributions dans un ensemble. Sur les conditions de l'œuvre collective, v. p. ex. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°204 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°686 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°366s. – Ch. CARON, *Manuel*, n°229s. L'encyclopédie est de façon générale l'un des parangons de l'œuvre collective, même si ce type d'œuvre n'en constitue pas forcément une (CA Paris, 4^e ch., 28 avril 2000, RIDA 2001/1, 314, CCE 2000, comm. n°86, note Ch. CARON, à propos d'une encyclopédie en CD-Roms, qualifiés d'œuvre multimédia devant faire l'objet d'un contrat d'édition – on relèvera dans cette affaire qu'il y avait un auteur unique, situation bien différente de la pluralité infinie des coauteurs d'une encyclopédie en ligne).

³⁴⁸ Art. L.113-5 CPI. Il n'est ainsi pas certain, loin s'en faut, que le modèle Wikipédia entre dans cette qualification, dans la mesure où il faut douter que puisse être caractérisée une direction du projet, en l'absence de contrôle, de supervision ou d'organisation des contributions par une autorité de l'entreprise. V., défavorable à la qualification, Ch. CARON, « Le « web 2.0, évolution ou révolution ? », CCE novembre 2007, éditorial n°10.

³⁴⁹ Bien entendu, le propriétaire d'une œuvre collective, bien qu'attributaire initial des droits sur l'œuvre, est néanmoins souvent engagé dans une commande à titre onéreux ou un contrat de travail avec les différents contributeurs. Mais rien ne semble devoir proscrire une participation à titre gratuit.

³⁵⁰ Ainsi par exemple, si la « licence » non exclusive que le site se fait octroyer n'interdit pas en principe les auteurs à utiliser commercialement leur apport, les contributeurs d'une œuvre collective peuvent faire une exploitation séparée de leur contribution, tant qu'elle ne porte pas préjudice à celle de l'œuvre collective.

³⁵¹ Sur cette définition, v. P. VAN DEL BULCK, « Le régime juridique des avatars créés dans le cadre des jeux vidéo. Premières réflexions », PI 2007, 279. V. aussi A. CHERON, « L'application du droit dans l'univers virtuel persistant d'un jeu vidéo en ligne » (www.cejem.com). Ces jeux sont connus sous le terme (anglo-saxon) de MMOG. Il faut distinguer les jeux d'aventure interactifs (MMORPG), les jeux de stratégie en temps réel (MMORTS) et les jeux de tir en caméra subjective (MMOFPS).

qu'un droit d'auteur naisse alors au profit des joueurs eux-mêmes³⁵². Dans un tel cas, il faut déterminer la nature juridique des rapports entre, d'une part, les concepteurs de jeux ou les cessionnaires de leurs droits et, d'autre part, les joueurs, utilisateurs devenus également, du moins peut-être, des créateurs. Premier point, qui ne soulève pas de difficultés : il ne pourrait s'agir que d'œuvres *dérivées*, dites encore *composites*. Par conséquent les « propriétaires » du jeu vidéo peuvent très bien – et c'est ce qu'ils font d'ailleurs – interdire l'exploitation de l'œuvre dérivée, laquelle requiert indubitablement leur consentement³⁵³. Ce n'est pas dire cependant qu'ils sont titulaires des droits de l'œuvre composite³⁵⁴. Or l'exploitation du jeu vidéo emporte nécessairement celle des « avatars » ou des objets virtuels créés par les utilisateurs³⁵⁵. Les éditeurs prévoient des clauses selon lesquelles aucune revendication de propriété n'est reconnue : cela ne constitue qu'un avertissement inefficace, car il ne saurait valoir cession au profit du « propriétaire » de l'œuvre originale : non seulement il n'est pas alors question de cession, mais encore faudrait-il relever l'absence de toute délimitation, pourtant obligatoire³⁵⁶. Il ne paraît néanmoins pas impossible de prévoir une cession gratuite conçue en termes larges, pour la durée du droit d'auteur et pour le monde entier.

Il n'est pas certain, en définitive, que tous les contrats du Web 2.0 aient à produire un effet translatif, s'ils ne tendent pas à l'exploitation commerciale des contributions des internautes. Il en va toutefois différemment du contrat de production audiovisuelle et de la commande pour la publicité.

§ 3. – PRODUCTION AUDIOVISUELLE ET COMMANDE POUR LA PUBLICITÉ

50. Effet translatif du contrat de production audiovisuelle. – L'article L.132-24 du code de la propriété intellectuelle prévoit une « présomption de cession » au profit du producteur

³⁵² Il ne revient pas à la présente étude d'analyser les conditions dans lesquelles peut naître un droit d'auteur. V. sur ce point P. VAN DEL BULCK, art. préc., p. 281. Relevons cependant la distinction faite entre deux modes de création : le *crafting* traditionnel, qui consiste en la récupération et la fusion d'objets préexistants dans l'univers en cause – le joueur ne peut dans ce cas prétendre à aucune création – et le *crafting* moderne, qui offre au joueur un véritable outil de modélisation et de création d'un « avatar » en trois dimensions – il pourrait éventuellement s'agir d'une création originale, donc protégeable.

³⁵³ Art. L.113-4 CPI.

³⁵⁴ Même art.

³⁵⁵ Il faut en effet observer que, s'agissant d'univers virtuels « persistants », l'avatar créé par un joueur peut subir des évolutions alors même que ce joueur serait déconnecté (v. A. CHERON, « L'application du droit dans l'univers virtuel persistant d'un jeu vidéo en ligne » (www.cejem.com)). De telle sorte que l'avatar fait partie intégrante du jeu, l'exploitation de celui-ci impliquant celle de celui-là.

³⁵⁶ V. en ce sens P. VAN DEL BULCK, art. préc., p. 283.

audiovisuel³⁵⁷. Mais qu'est-ce donc alors qu'un contrat de production audiovisuelle ? Ne comporte-t-il pas toujours un effet translatif ? Il importe de relever que la loi ne pose qu'une présomption *simple* de cession au profit du producteur audiovisuel³⁵⁸. Dès lors, deux positions peuvent être défendues :

1° Dans la mesure où le législateur n'a pas restreint la portée de la clause évasive de la présomption, pourquoi interdire aux auteurs de conserver leurs droits ? La qualification de contrat de production audiovisuelle pourrait alors demeurer en l'absence même de toute cession, la loi admettant la clause contraire sans la limiter à la possibilité de stipuler une cession plus restreinte. Le problème tient cependant à ce que le contrat engage le producteur à une exploitation. Certes, celle-ci ne passe pas nécessairement par le transfert des droits au producteur, lequel pourrait se contenter d'offrir ses services aux co-auteurs. En ce sens, il faut à tout le moins relever que l'obligation d'exploiter posée par le législateur n'est pas liée au jeu de la présomption de cession³⁵⁹. Ce qui, en toute rigueur, signifierait que le producteur est tenu d'exploiter quand bien même il ne serait pas cessionnaire des droits... Il serait pourtant quelque peu abusif de tirer parti des ambiguïtés du texte. Une analyse trop littérale ne peut conduire qu'à des impasses, et l'interprétation téléologique constitue un guide bien plus fiable. Or à cet égard, il ne faut pas oublier la définition du producteur comme personne prenant l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre³⁶⁰. Etrange renversement de logique, que celui qui soumettrait le fer de lance de la création au statut de prestataire de services !

2° Plus favorable au producteur, la position contraire paraît surtout plus convaincante : ce que signifie le caractère non irréfragable de cette présomption de cession, ce ne peut être d'exclure le transfert de droits comme élément constitutif de la qualification, mais simplement d'exclure le bénéfice de la *présomption* de transfert. En d'autres termes, la clause contraire peut exclure

³⁵⁷ V. sur ce point V. CHARDIN, « La présomption de cession des droits de l'auteur au producteur de l'œuvre audiovisuelle » LP, 1996, p. 139 – B. PARISOT, « La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle, mythe ou réalité ? », D. 1992, chron. 75 – A. FRANÇON, « Les présomptions de cession de droits dans la loi française sur le droit d'auteur », Mél. Deliyannis, Université de Thessalonique, 1991, p. 341 – « Le contrat de production audiovisuelle », RIDA 1986/1, 71.

³⁵⁸ V. art. L.132-24 CPI : « le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle (...) emporte sauf clause contraire (...) cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle » (souligné par nous).

³⁵⁹ Arg. art. L.132-27 CPI, qui prévoit l'obligation d'exploiter indépendamment de toute référence à la mise en œuvre de la présomption de cession.

³⁶⁰ Art. L. 132-23 CPI.

la *présomption* de cession, mais non la cession elle-même³⁶¹. En effet, la présomption vise seulement à permettre à l'exploitant de se prévaloir de tout droit d'exploitation principal, quand bien même il ne serait pas visé expressément, et délimité conformément aux exigences de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle. Une partie de la doctrine se prononce en ce sens³⁶², ainsi qu'une jurisprudence établie³⁶³. Le doute avait pourtant pu naître sur ce point, compte tenu de la formule de l'article L.132-24 – la présomption jouerait « *sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles (...) L.131-2 à L.131-7 (...)* ». Plutôt qu'une analyse littérale un peu forcée³⁶⁴, et dans le respect de la *ratio legis*³⁶⁵, il est tout lieu d'appliquer ici à la loi une méthode d'interprétation des conventions de bon sens, qu'exprime magistralement l'article 1157 du Code civil : « *lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun* »... Ce n'est au demeurant qu'une expression du principe de l'effet utile³⁶⁶.

Il sera par ailleurs démontré que la qualification exclut de son périmètre la commande de l'œuvre³⁶⁷. Quel serait alors le domaine de la qualification, si elle n'appréhendait point la création, ni n'organisait le transfert des droits ?

En définitive, la différence des situations que peut couvrir le contrat de production audiovisuelle ne tient pas à la distinction entre cession de droits et contrat d'exploitation non translatif, mais peut ainsi se présenter :

- *en l'absence de clause contraire*, la présomption de cession offre à l'exploitant la maîtrise de tout droit d'exploitation principal³⁶⁸,

³⁶¹ Ceci se comprend d'ailleurs parfaitement lorsqu'est admise la lecture précédemment faite de l'art. L.132-24 CPI, dissociant les contrats de commande (al. 1^{er}) du contrat de production audiovisuelle proprement dit (al. 2) : la clause contraire est partie du contrat de commande ou de travail, qui donne à défaut naissance à la présomption de cession ; peut évidemment ensuite, en dépit d'une élimination de la présomption, être consenti un contrat de cession, ou même concomitamment, un simple contrat d'option d'acquisition.

³⁶² V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°600 – B. EDELMAN, *Droits d'auteur, droits voisins*, Dalloz 1993, n°167.

³⁶³ V. Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1988, RIDA 3/1988, p.106 ; RTD. com. 1988, p.629, obs. crit. FRANÇON – 5 novembre 1991, D. 1992, IR, 3.

³⁶⁴ V. B. EDELMAN, *op. cit.*, *eod. loc.*, selon lequel l'expression « *sans préjudice* » signifierait « *nonobstant* »...

³⁶⁵ L'intention du législateur n'est pas vraiment douteuse. V. JO Débats Assemblée nationale, 2^e séance du 28 juin 1984 : selon le rapporteur M. RICHARD, « il peut paraître paradoxal qu'un mécanisme instaurant une présomption légale de cession introduise ensuite des conditions de forme du contrat quant à l'ampleur de cette cession, qui seraient, me semble-t-il, la négation même de son caractère implicite »... V. aussi en ce sens une réponse ministérielle, JO Sénat (Q), 8 septembre 1988, n°332, p.988 ; JCP 1988, IV, 333.

³⁶⁶ V. F. TERRÉ, *Introduction générale*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2006, n°444.

³⁶⁷ V. *infra*, n°64s.

- *en cas de clause contraire*, la cession doit se trouver circonscrite par rapport aux exigences de l'article L.131-3 du CPI, et présente ainsi une portée variable en fonction des négociations – cette clause ne pouvant en aucun cas exclure toute cession dans le cadre d'un contrat de production audiovisuelle, puisque dans ce cas c'est la qualification elle-même qui tombe : on se trouverait là dans le cadre d'une commande pure et simple.

Cette lecture théorique semble de surcroît présenter le mérite de correspondre à la pratique, où, en fait de clause contraire à la présomption, s'observe essentiellement soit une clause prévoyant une durée des droits plus limitée que celle du monopole³⁶⁹, que la jurisprudence a pu adopter au contraire comme référence lorsque la présomption n'est pas écartée³⁷⁰, soit l'accompagnement d'une commande par un simple contrat d'option d'acquisition des droits.

51. Effet translatif du contrat de commande pour la publicité. – De même, en l'absence de cession de droits, il n'existe point de « contrat de commande pour la publicité » : il ne s'agirait que d'une commande pure et simple³⁷¹. Là encore, il faut comprendre que la clause contraire, à laquelle se réfère l'article L. 132-31, ne peut qu'exclure la *présomption* de cession – cession de tous droits d'exploitation de l'œuvre. Les cocontractants peuvent seulement convenir d'écarter la présomption, pour négocier une cession expresse, obéissant au droit commun des obligations artistiques. Le texte, en réalité, est passablement mal rédigé : le régime de ce contrat spécial – bien maigre d'ailleurs – renvoyant à la rémunération fixée par un accord collectif ou une commission spéciale à raison des diverses exploitations, on ne voit pas comment il pourrait recevoir application en l'absence de cession, laquelle est précisément indispensable à l'exploitation de l'œuvre commandée !

À l'exclusion des contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité, seuls les contrats à compte d'auteur, de compte à demi et certains contrats du web 2.0 entrent

³⁶⁸ Sur la portée exacte de la présomption de cession, v. *infra*, n°215. Sur l'inapplicabilité de l'art. L. 131-3 CPI en cas de jeu de la présomption, v. A. FRANÇON, « Les présomptions de cession de droits dans la loi française sur le droit d'auteur », Mél. Deliyannis, Université de Thessalonique, 1991, p. 341s. (p. 348). *Contra*, v. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1098.

³⁶⁹ V. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°450 p. 356.

³⁷⁰ V. Cass. 1^{er} civ., 22 mars 1988, RIDA 3/1988, p.106 ; RTD. com. 1988, p.629, obs. crit. FRANÇON ; civ. 1^{er}, 5 novembre 1991, D. 1992, IR, 3.

³⁷¹ Il n'y certes pas trace d'une telle obligation d'exploiter dans le régime légal du contrat de commande, mais il faut dire... qu'il n'existe pas de régime spécifique à ce contrat ! La définition du contrat n'est en effet suivie d'aucune disposition lui attachant un régime, la loi renvoyant à un accord interprofessionnel. Cela étant, du point de vue de l'exploitant comme de celui de l'auteur, le contrat perd de toute façon, là encore, tout sens à partir du moment où l'exploitation n'est pas permise : les auteurs ne pourraient percevoir la rémunération, assise sur le mode d'exploitation, et le cocontractant ne pourrait diffuser l'œuvre.

donc dans la catégorie des contrats portant sur l'exploitation d'une œuvre de l'esprit qui ne comportent pas d'effet translatif. Un tel effet est cependant encore exclu s'agissant de contrats qui portent cette fois sur une prestation de service de l'auteur : les contrats portant sur la création d'une œuvre de l'esprit.

Sous-section 2

CONTRATS PORTANT SUR LA CRÉATION D'UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT

52. Le code de la propriété intellectuelle, en tant qu'il s'oppose à tout effet translatif des droits d'exploitation des contrats de louage d'ouvrage et de service, interdit la qualification exclusive de contrats portant à la fois sur la création et le transfert desdits droits d'exploitation (§1.). La qualification distributive soulève ainsi certaines difficultés, qui ne s'avèrent cependant pas insurmontables (§2.).

§ 1. – ÉCHEC DE LA QUALIFICATION EXCLUSIVE

53. La loi spéciale oblige à reconnaître une succession de contrats – un contrat portant sur la création de l'œuvre, un autre portant sur l'exploitation des droits nés à son égard – et condamne toute qualification unitaire. En effet, dès lors que le code de la propriété intellectuelle s'oppose à l'effet translatif de droits d'exploitation des contrats de commande ou de travail (A), il s'ensuit nécessairement que l'obligation de créer ne saurait compter au nombre de celles nées d'un contrat d'exploitation (B).

A. – Absence d'effet translatif des droits d'exploitation des contrats de louage d'ouvrage et de service

54. Ni le contrat de commande (1), ni le contrat de travail (2) n'emportent un effet translatif des droits d'exploitation, ce qui exclut une qualification exclusive sous l'une ou l'autre de ces bannières.

1) Rejet de la qualification unitaire de contrat de commande

55. Absence d'effet translatif du contrat de commande. – Dans la galaxie des contrats passés par un auteur, la commande n'est pas une planète désertée. Qu'il s'agisse d'œuvre des arts appliqués ou d'œuvres littéraires, scientifiques, audiovisuelles, du secteur de la presse ou de la publicité, la réalisation d'œuvres en vertu d'un tel contrat est très fréquente³⁷². Il s'agit cependant d'une figure contractuelle que ne régit pas spécifiquement le code de la propriété intellectuelle. Dès lors, la qualification du contrat ne peut s'opérer au regard du seul droit d'auteur : dans la mesure où nulle disposition spéciale ne prévoit ni ne régit l'obligation de créer ou de remettre un support de la création, son « contenu obligationnel » dépend avant tout de la qualification opérée au regard du droit civil³⁷³. Il n'en demeure pas moins que le code de la propriété intellectuelle, de par son article L.111-1 – lequel affirme clairement que la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle – induit une définition négative du contrat de commande, ce qui montre que la qualification s'opère aussi au regard du droit d'auteur³⁷⁴ : le contrat de commande ne peut emporter cession des droits d'exploitation de l'œuvre commandée ; dès lors, l'acte instrumentaire prévoyant une obligation de créer et stipulant une cession ou une autorisation d'exploitation ne saurait entraîner l'application d'une qualification unitaire de commande. Il faut donc distinguer :

³⁷² V. p. ex. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1117.

³⁷³ Certes, il ne faut pas oublier que l'exercice du droit moral peut perturber le jeu des règles du droit civil, notamment dans l'exécution de l'obligation de créer ou de remettre le support corporel de l'œuvre commandée (v. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1118). Mais en réalité, l'application de dispositions particulières au droit de la propriété littéraire et artistique ne peut surgir *qu'en cours d'exécution du contrat*, au fur et à mesure de la création, c'est-à-dire au fur et à mesure de l'apparition de l'œuvre de l'esprit : cette application est alors incidente, *extérieure* à toute manifestation de volonté contractuelle – la qualité d'œuvre de l'esprit originale et, partant, protégée, ne peut être prévue *a priori*. Les problèmes la justifiant ne concernent pas, de surcroît, le droit contractuel d'auteur, mais la conciliation entre le droit moral de l'auteur et le droit commun des obligations civiles (impact du droit de divulgation sur la sanction du refus de livraison, du droit au respect sur le contenu de l'obligation de faire etc.), conciliation qu'il n'y a donc pas lieu d'envisager ici (pour une étude de cette conciliation des principes du droit civil avec le droit moral de l'auteur, v. not. S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec IRPI, 1999, préf. A. FRANÇON, n°154s.). Le code de la propriété intellectuelle ne comporte aucune disposition spéciale relative au contrat de commande : or il s'agit, dans la première partie de la présente étude, d'envisager la qualification du contrat au regard du seul droit d'auteur.

³⁷⁴ En réalité, il faut néanmoins relever que l'article L.111-1 vise deux qualifications précises : celle de contrat d'entreprise et celle de contrat de travail. Dès lors, la loi elle-même procède indirectement à la qualification du contrat de commande au regard du droit civil : il est évident que, sinon la lettre, du moins l'esprit de la loi, s'oppose à l'adoption d'une qualification *sui generis* du contrat de commande, qui permettrait de le soustraire à l'empire du principe posé, en ce qu'il ne serait pas un louage d'ouvrage !

- Dans l'hypothèse d'une commande qui n'est pas négociée en vue d'une exploitation de l'œuvre future, mais aux fins de l'acquisition par le commanditaire du support appelé à la recueillir – la commande *stricto sensu*³⁷⁵ – cette convention ne saurait se réduire, ainsi que n'importe quel contrat d'entreprise, à l'accomplissement d'un travail dont le maître d'ouvrage ne pourrait profiter : ce dernier doit être mis en mesure de jouir du fruit de ce travail. Cela étant, les frontières du louage d'ouvrage ne sont pas dépassées : l'effet translatif de propriété du support de l'œuvre peut être attaché au contrat d'entreprise sans heurter les principes du droit d'auteur³⁷⁶. La qualification exclusive ne triomphe que dans la mesure où les droits d'exploitation restent hors du champ contractuel.

- Dans l'hypothèse d'une œuvre commandée dans le but de son exploitation – il s'agit alors d'une commande *lato sensu*³⁷⁷ – l'exploitation des droits nés à l'égard de l'œuvre de l'esprit ne peut au contraire que s'inscrire dans le cadre d'un contrat de cession conceptuellement distinct du contrat de commande. Même s'il s'agit bien de créer une œuvre et de donner naissance à des droits d'exploitation, chacun sait que l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle interdit de faire produire un effet translatif des droits d'exploitation au louage d'ouvrage, et de le retenir ainsi comme qualification *exclusive* des deux temps de l'opération³⁷⁸.

2) Rejet de la qualification unitaire de contrat de travail

56. Œuvres de droit commun. – Sauf le cas de l'œuvre collective ou de l'œuvre de presse, l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle affirme nettement que la conclusion

³⁷⁵ La terminologie distinguant entre commandes *stricto sensu* et *lato sensu* est empruntée à S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande*, n°11 et n°19s.

³⁷⁶ La discussion relative à l'effet translatif de propriété du contrat d'entreprise ne se place en effet que sur le terrain du droit civil. En ce sens que le contrat d'entreprise portant sur une chose à fabriquer emporte transfert de propriété, v. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2002, préf. B. TEYSSIE, n°197s. et n°408s. – L. MARINO, « Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise », *Deffrénois* 2001, 907.

³⁷⁷ En réalité, la commande *lato sensu* pourrait aussi s'entendre de contrats tendant simplement à l'utilisation de l'œuvre par le commanditaire, en matière de commande de logiciel par exemple. En effet, les droits patrimoniaux naissant sur le logiciel ne sont pas seulement des droits d'exploitation auprès du public, ils peuvent aussi prendre la forme d'un « droit d'utilisation » (Art. L.122-6 CPI). Dès lors, la simple commande du logiciel ne permet même pas au malheureux commanditaire de jouir de la création qu'il a commandée ! C'est ce dont certaines sociétés commerciales ont fait la triste expérience (V. p. ex. CA Poitiers, 1^{er} ch. civ., 14 mai 2003, CCE oct. 2003, p.57, comm. Ch. CARON) : le concepteur du logiciel peut attendre que le logiciel soit créé sur leur demande pour ne leur proposer qu'ensuite la licence nécessaire à une simple jouissance de celui-ci, contre rémunération supplémentaire évidemment, déjouant les prévisions de cette société cliente. Savoir comment il convient de protéger le commanditaire contre de tels excès nécessite ainsi de se pencher sur le cas plus général des commandes passées en vue de l'exploitation de l'œuvre.

d'un « louage de service » n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits par l'auteur³⁷⁹. C'est assez dire que tout contrat d'exploitation des droits d'auteur pourra être conclu par le créateur salarié, à l'instar d'un commandité. En dépit de pressions en faveur de son abandon³⁸⁰, le principe est encore sauf aujourd'hui. Il est d'ailleurs si capital qu'il a pu être appliqué par analogie à propos des interprétations des artistes titulaires de droits voisins du droit d'auteur, alors même que ce principe ne figure pas expressément dans le livre II du code précité³⁸¹. Une disposition dérogatoire s'applique en revanche s'agissant des logiciels.

57. Logiciels. – L'article L.113-9 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle dispose que « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer* »³⁸². D'après la loi spéciale, il s'agit donc de *dévolution* et non de *cession contractuelle* : le seul contrat qui unit l'auteur salarié et son employeur est le contrat de travail³⁸³. Par conséquent, la seule contrepartie de la création accomplie dans l'exercice des fonctions ou d'après les instructions de l'employeur consiste dans le salaire prévu par ce contrat de travail. La doctrine s'étonne à juste titre que l'auteur soit ainsi moins bien traité qu'un inventeur³⁸⁴. La clarté de la loi interdit cependant toute discussion. En revanche, il devrait être exclu de s'appuyer sur la stipulation d'une rémunération forfaitaire pour juger que

³⁷⁸ Ce principe a été régulièrement affirmé s'agissant du louage d'ouvrage : v. p. ex. Cass. 1^e civ., 24 octobre 2000, Bull. n°267, CCE décembre 2000, comm. n°123, obs. Ch. CARON.

³⁷⁹ V. not., sur le droit d'auteur des salariés, F. POLLAUD-DULIAN, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », JCP G, I, 150, p. 1283s. – « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTD com., 273s.

³⁸⁰ Sur les pressions des industries culturelles, v. F. POLLAUD-DULIAN, Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », *op. cit.*, n°13 à 15, et pour un écho favorable à celles-ci, v. p. ex. I. FALQUE-PERROTIN, *Internet et les réseaux numériques*, Rapport, La Documentation française, 1998, p.137. Pour une position plus mesurée, v. le rapport (resté sans suite) du Professeur P. GAUDRAT, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, présenté par G. VERCKEN in CCE janv. 2002, p.19. V. aussi P. SIRINELLI, « Créations de salariés : travaux du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique », PI octobre 2002, 44 ; « Droit d'auteur des créateurs salariés, Suite et à suivre ? », PI janvier 2003, 40 (aucun accord des participants sur la solution à mettre en œuvre n'a pu cependant être dégagé). V. aussi F.-M. PIRIOU, *Personne morale et droit d'auteur en France et aux Etats-Unis*, th. Paris II, 2001, n°386s.

³⁸¹ V. en effet Cass. 1^e civ., 6 mars 2001, Bull. n°58, D. 2001, p.1868, note B. EDELMAN, JCP G 2002, II, 10014, p. 185s., CCE 2001, comm. n°44, par C. CARON ; v. aussi JCP E 2001 n°25 p.1050, note C. CARON (2^e arrêt). Cet arrêt pose un principe identique à celui que pose l'art. L.111-1 CPI en matière de droit d'auteur, l'autorisation de l'artiste-interprète devant dès lors être exigée pour chaque utilisation de sa prestation. La doctrine reste en revanche partagée sur la mise en œuvre d'un tel principe aux contrats de création de dessins et modèles : v. not. sur ce débat et une opinion négative, A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°159.

³⁸² Sur l'appréciation plutôt souple que les juges opèrent des conditions d'application de ce texte, notamment de l'exigence d'un logiciel créé par le salarié dans l'exercice de ses fonctions, v. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°660, et la jurisprudence citée.

³⁸³ Les mêmes règles sont applicables, en vertu de l'art. L.113-9 al. 3 CPI aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractères administratifs. C'est alors le statut de fonctionnaire qui fonde la dévolution légale, ou le contrat de droit public.

le logiciel a bien été créé dans l'exercice des fonctions³⁸⁵ : il est illogique d'admettre la preuve, par un effet de la règle – l'absence de cession et, partant, de contrepartie spécifique à la cession – que l'une de ses conditions d'application est remplie³⁸⁶. Il devrait de même être exclu de retenir une présomption en faveur de l'employeur³⁸⁷ : dans la mesure où l'application du texte conduit à une dévolution légale des droits d'exploitation, *i.e.* une dérogation au principe d'un transfert libre et volontaire d'une partie de la propriété de l'auteur, une appréciation stricte devrait être portée sur les conditions de sa mise en œuvre³⁸⁸.

Une stipulation contractuelle peut du moins exclure cette dévolution légale. S'opère alors un retour au principe d'autonomie du contrat d'auteur par rapport au contrat de travail : l'employeur ne deviendra titulaire du droit qu'en vertu d'une cession, appelant normalement une contrepartie propre, distincte du salaire³⁸⁹. Si les éléments de la qualification sont réunis, l'effet translatif pourra se produire dans le cadre d'un contrat d'édition, par exemple.

En définitive, sauf exceptions, la notion de commande *lato sensu* paraît source d'égarements, la qualification distributive s'imposant par la force de la loi. Il n'existe que des commandes *doublées* de cession de droits d'exploitation, chacune suivant son régime propre. Le contrat de commande n'est donc pas en tant que tel un contrat d'auteur, en ce sens qu'indépendant du contrat d'exploitation, il n'est pas soumis au droit commun des obligations artistiques. De surcroît, l'analyse juridique des différents contrats d'auteur pourra faire abstraction de l'obligation de créer, laquelle ne peut en effet être tenue pour une prestation caractéristique du contrat d'exploitation...

³⁸⁴ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°160.

³⁸⁵ Contrairement à ce qu'a pu par exemple décider CA Paris, 14^e ch., 29 octobre 1987, JCP G 1988, I, 3376, n°22, obs. B. EDELMAN ; JCP E 1988, II, 15297, n°6, obs. M. VIVANT et A. LUCAS.

³⁸⁶ De deux choses l'une : ou bien cette rémunération forfaitaire constitue le salaire, or la possibilité pour l'employeur de ne pas verser d'autre contrepartie s'explique par l'absence de cession contractuelle et l'application de la dévolution légale – on ne peut alors prouver par un effet de la règle que sont réunies ses conditions d'application ! – ou bien cette rémunération forfaitaire s'ajoute au salaire, et c'est alors au contraire le signe que les conditions d'application ne sont pas réunies ou que l'employeur a renoncé au jeu de la dévolution légale...

³⁸⁷ Contrairement encore à ce qu'ont pu décider CA Versailles, 1^e ch., 8 octobre 1990 (Juris-Data n°049184) – CA Lyon, 3^e ch., 26 septembre 1997 (Juris-Data n°056028) – CA Nancy, 7 mai 1998 (Juris-Data n°055627), cités par A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°160, note 40.

³⁸⁸ Il ne s'agirait au fond que d'appliquer l'adage *exceptio strictissimae interpretationis*.

³⁸⁹ Sur ce point, v. *infra*, n°77s.

B. – L’absence d’obligation de créer dans les contrats d’exploitation

58. Si la qualification unitaire de contrat de commande ou de travail est exclue lorsque le créateur s’engage à créer *et* à céder les droits d’exploitation, il en va de même d’une qualification unitaire de cession de droits sur œuvre future. C’est ce qu’il importe désormais de vérifier, s’agissant aussi bien des contrats relevant du seul droit commun des obligations artistiques (1) que des qualifications spéciales (2).

1) L’absence d’obligation de créer dans les contrats du droit commun des contrats d’auteur

59. Distinction entre contrat de commande et contrat d’auteur. – Exclure la qualification unitaire de contrat de commande ne suffit pas à distinguer cession et commande : encore faut-il prouver la réciproque de la proposition précédente. Est-il ainsi possible de placer la convention, en son entier, dans le giron du droit commun des obligations artistiques, sous l’angle d’une cession de droits sur œuvre future, ou faut-il se résoudre à reconnaître une succession de contrats – à discerner un contrat de travail ou de commande au stade de la création, un contrat de cession au seul stade de l’exploitation ?

60. Thèse de la qualification unitaire de cession d’œuvre future. – S’il vient d’être rappelé que la qualification de contrat de commande ne peut être appliquée exclusivement à un accord qui comporterait un double engagement de l’auteur à créer une œuvre et à en céder les droits d’exploitation, certains spécialistes semblent admettre, en revanche, que puisse n’être conclue qu’une cession de droits sur œuvre future : le contrat se réduirait à une cession de droit d’auteur³⁹⁰.

L’analyse s’appuie surtout sur la *cause* du contrat : puisque le but du commanditaire est l’exploitation de l’œuvre, il faudrait fédérer autour de cet objectif aussi bien la phase de

³⁹⁰ V. P.-Y. GAUTIER, obs. RTD civ. 1994, pp. 631s., à propos de Cass. civ.1^{er}, 24 nov. 1993 et son *Précis*, n°503, dans lequel il retient la qualification de contrat mixte (louage d’ouvrage et cession), mais qu’il estime constituer à titre principal une cession de droits sur œuvre future (la qualification de contrat mixte s’inscrit alors en fait dans le courant qui estime que le contrat d’entreprise ne produit pas d’effet translatif de propriété, et qu’il se combine donc toujours avec une vente lorsqu’il porte sur une chose fournie par l’entrepreneur). V. aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1123, qui écrit que le « contrat de commande se sépare aussi du contrat d’édition d’une œuvre future, par lequel l’auteur cède ses droits sur une œuvre déterminée mais pas encore créée, ce qui est compatible avec les dispositions de l’article L.131-3 ».

création que la phase de cession des droits. Se fondant sur la maxime « *accessorium sequitur principale* », il est en effet possible de plaider, lorsque la commande n'est passée qu'en vue de l'exploitation future de l'œuvre, pour une prévalence de la cession sur le louage d'ouvrage. Mais encore faudrait-il que cela corresponde bien à l'intention des parties³⁹¹... Déterminer cette volonté des cocontractants paraît déjà une tâche difficile quand elle n'est pas clairement exprimée : il faudrait ici collationner les indices, tirés notamment de la nature de l'objet commandé³⁹², de l'activité habituelle des parties³⁹³, de la nature et du mode de rémunération³⁹⁴, du nombre d'actes instrumentaires³⁹⁵, etc.

Le but avoué d'une telle réduction du contrat à l'un de ses aspects est la protection de l'auteur contre un commanditaire indélicat, qui, une fois l'œuvre achevée, pourrait le menacer de laisser l'œuvre inexploitée³⁹⁶, sauf à consentir à une cession à des conditions désavantageuses³⁹⁷. La cession envisagée sur l'œuvre future contraindrait au contraire l'exploitant à présenter ses propositions avant même que l'auteur ait créé l'œuvre, lui laissant toute latitude pour s'engager ou non³⁹⁸. La qualification unitaire pourrait cependant aussi servir les intérêts du donneur d'ordres : elle lui offrirait l'assurance de pouvoir procéder à

³⁹¹ Rappelant ces conditions d'application de la maxime précitée, v. S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande*, n°78.

³⁹² Certaines œuvres ont une vocation naturelle à être diffusées et exploitées en nombre, ainsi les œuvres littéraires ou audiovisuelles. Cette « présomption d'exploitation » pourrait alors être un élément justifiant une qualification unitaire de cession, contrairement aux œuvres relevant des arts graphiques, v. p. ex. sur ce point, S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le contrat de commande*, n°81.

³⁹³ Il s'agirait d'un indice complémentaire, confirmant ou infirmant celui tiré de la nature de l'œuvre : un manuscrit commandé par un éditeur est de toute évidence destinée à la publication, non le poème commandé par un jeune homme amoureux à l'écrivain public, nous dit p. ex. Mlle DENOIX DE SAINT-MARC, in *Le contrat de commande*, n°82.

³⁹⁴ L'existence d'une rémunération unique de l'auteur, proportionnelle aux résultats de l'exploitation, est évidemment aussi révélatrice de l'intention des parties d'exploiter l'œuvre future... V. S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le contrat de commande*, n°80.

³⁹⁵ C'est un indice faible, mais un indice tout de même. V. S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le contrat de commande*, n°80.

³⁹⁶ En stipulant not., p. ex., une clause d'acceptation de l'œuvre : la qualification de cession d'œuvre future permet plus facilement de retenir le caractère potestatif d'une telle clause. V. p. ex. CA Paris, 1^e ch., 15 avril 1989, RIDA 1990/1, 314 ; D. 1990, SC 58, obs. COLOMBET ; RTD civ. 1990, 284, obs. J. MESTRE (alors que la convention comportait une clause aux termes de laquelle l'éditeur se réservait le droit d'apprécier si le manuscrit « convient bien au public et aux buts visés », jugé qu'il ne s'agissait « pas d'un contrat de commande dans lequel la cession du droit d'éditer et de vendre est précédée d'une option consentie à l'éditeur en vue précisément de cette cession » et que « la nature et l'étendue des prérogatives abandonnées à l'éditeur livraient à son entière discrétion l'œuvre des deux co-auteurs », en conséquence de quoi le contrat d'édition fut annulé en tant que subordonné à une condition purement potestative) – TGI Paris, 3^e ch., 12 avril 1995, RIDA 1997/1, 269, obs. A. KÉRÉVER (faits et motifs similaires). V. sur cette clause, *infra*, n°567.

³⁹⁷ La qualification de contrat d'entreprise n'impose notamment pas la détermination du prix, dans la mesure où l'article 1129 du code civil a été jugé inapplicable à la détermination du prix et où aucun texte n'impose cette détermination s'agissant du contrat d'entreprise.

³⁹⁸ La qualification de vente impose que le prix soit déterminé dès la conclusion du contrat (art. 1591 c. civ.).

l'exploitation envisagée, évitant le risque d'un refus de cession, opposé par l'auteur une fois l'œuvre créée³⁹⁹.

61. Réfutation de la thèse de la qualification unitaire. – La protection de l'auteur que procurerait la qualification unitaire peut pourtant paraître largement illusoire. En réalité, la qualification exclusive, en tant que cession de droit sur œuvre future, conduit au contraire à une situation plus défavorable, car elle prive l'auteur de contrepartie spécifique à la création de l'œuvre. En outre, le but proposé – imposer une cession concomitante à la commande – échoue *en fait*. Dans les faits, quel qu'en soit le risque pour l'auteur, il est en effet difficile de contraindre un commanditaire à acquérir des droits en vue de la commercialisation de l'œuvre⁴⁰⁰. La qualification distributive paraît ainsi à certains, sur ce seul constat, une voie plus raisonnable⁴⁰¹.

A première vue, il n'en va rien de moins que de la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Une qualification unitaire en tant que cession de droits ne peut évidemment jouer que si une cession est bel et bien prévue en même temps que la commande ! Mais en réalité, la qualification unitaire se fonde sur l'examen de la *cause* de l'opération envisagée, pour réunir *conceptuellement* ses deux temps (la création, puis l'exploitation) dans un même ensemble. Ce qu'il importe alors de démontrer, c'est qu'une *même qualification* ne peut, en droit d'auteur, appréhender ces deux dimensions, du fait d'obstacles théoriques incontournables. Plusieurs raisons justifient en effet le rejet de la qualification unitaire, avec les conséquences pratiques qu'elle emporte.

La raison première tient à l'inanité d'une analogie avec les analyses du droit civil s'agissant de la fabrication de choses corporelles. On sait qu'après avoir abandonné la voie d'une

³⁹⁹ Sous réserve du droit de divulgation, qui pourrait être brandi – selon une jurisprudence ne faisant pas l'unanimité – pour ne pas livrer l'œuvre. V. p. ex. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°203s.

⁴⁰⁰ En ce sens, v. l'arrêt « Michel de Saint-Pierre » (préc.), net : « Attendu que la cession des droits patrimoniaux sur son œuvre n'est pas nécessairement concomitante avec la commande qui peut lui être faite de cette œuvre ».

⁴⁰¹ V. S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le contrat de commande*, n°87, qui envisage la question sous l'angle de l'annulation de la convention complexe. La thèse unitaire conduirait en effet, selon cet auteur, à ce que la concomitance entre commande et cession de droits soit nécessaire, faute de quoi le créateur commandité pourrait toujours en demander l'annulation. Elle se demande alors « si cette opinion (...) ne risque pas d'échouer, au moins en partie, dans le but qu'elle se propose. En effet, si elle permet à l'auteur d'invoquer la nullité d'un contrat de commande qui ne répondrait pas aux conditions de l'écrit et de la détermination préalable du prix qu'exige la cession des droits d'exploitation, elle ne l'autorise pas pour autant à contraindre le commanditaire à acquérir les droits patrimoniaux de l'œuvre en vue de l'exploitation. Or, en général, l'auteur n'a

qualification distributive⁴⁰², la doctrine élit désormais une qualification unitaire au regard des caractéristiques de l'objet de la prestation, *i.e.* de la chose commandée ou acquise⁴⁰³. Il faut ainsi rappeler que le travail fait sur indications spécifiques s'inscrit dans le cadre d'un contrat d'entreprise translatif de propriété⁴⁰⁴, mais que s'il s'agit de fabrication de produits standardisés, le transfert de propriété devrait au contraire se produire dans le cadre d'une vente de choses futures, peu important alors que le cédant ait *lui-même* accompli ou non le travail de fabrication, *qui s'opère en fait hors de la sphère contractuelle*⁴⁰⁵. En droit d'auteur, il est impossible de raisonner ainsi. En effet, le raisonnement semble aporétique : si le contrat d'entreprise ne saurait en la matière produire un effet translatif des droits d'exploitation, et ne peut être ainsi retenu comme qualification exclusive de la commande *lato sensu*, la qualification unitaire en tant que vente d'un objet futur se heurte au constat selon lequel la création d'une œuvre de l'esprit ne peut aucunement être assimilée à la fabrication de produits standards. Pourtant, il est indéniable que dans le cas d'une cession de droits sur œuvre *future*, l'aspect « création » ne peut être tenu hors de la sphère contractuelle. Pareillement, l'exploitation requiert incontestablement une cession de droits patrimoniaux afférents à l'œuvre réalisée.

Pour sortir de l'impasse, il suffit au vrai de dissiper la confusion qui règne en la matière à propos de ce qui fait exactement l'objet et l'enjeu de la commande : la création de l'œuvre de l'esprit ou l'exploitation des droits qui naissent à son endroit.

1° Tout contrat de commande – *stricto sensu* ou *lato sensu* – a bien évidemment pour objet immédiat la création d'une œuvre de l'esprit. Aussi faut-il admettre que lorsque l'auteur

pas intérêt à l'anéantissement du contrat de commande ; ce qu'il attend, au contraire, est que la création qu'il a réalisée soit exploitée ».

⁴⁰² Sur la qualification mixte, v. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. XI, *Contrats civils (deuxième partie)*, par A. BESSON, J. LEPARGNEUR, A. ROUAST et R. SAVATIER, 2^e éd. 1954, n°912. Le contrat comporterait la juxtaposition d'une vente et d'un contrat d'entreprise.

⁴⁰³ Les juridictions civiles ne résistent pas toujours à la tentation de la qualification mixte, essentiellement pour des raisons d'opportunité (sur ce point, v. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Précis Domat, Montchrestien, 7^e éd. 2006, n°482), mais l'effet translatif de propriété du louage d'ouvrage est reconnu du point de vue théorique, ce qui permet une qualification unitaire en contrat d'entreprise... ou en vente de choses futures, ce qui imposa donc de définir les critères déjà énoncés pour les départager au cas par cas.

⁴⁰⁴ Il y a contrat d'entreprise, et non vente, lorsque le professionnel est chargé de réaliser « un travail spécifique en vertu d'indications particulières » : Cass. 3^e civ., 5 février 1985, Bull. civ. III, n°23 ; D. 1986, 499, note J. HUET ; RTD civ. 1985, 737, obs. Ph. RÉMY – Com., 4 juillet 1989, Bull. civ. IV, n°210 ; D. 1990, 246, note G. VIRASSAMY ; JCP G 1990, II, 21515, note DAGORNE LABBÉ ; RTD civ. 1990, 105, obs. Ph. RÉMY.

⁴⁰⁵ Il s'agit d'une vente, et non d'un contrat d'entreprise, lorsque la chose ne présente aucune particularité spécifique, même si elle a été choisie selon des spécifications indiquées par le client (Com., 6 mars

s'engage contractuellement à céder des droits sur une œuvre qui n'existe pas encore, qu'il n'a pas déjà créé, indépendamment de tout accord avec un exploitant, il s'engage *nécessairement* à créer l'œuvre dont il cède les droits. Il existe donc un contrat de commande qui double la cession⁴⁰⁶. La qualification d'une telle obligation de créer s'inscrit en droit civil dans le cadre de l'obligation de faire, laquelle appelle bien le titre de contrat d'entreprise lorsqu'elle est stipulée moyennant contrepartie⁴⁰⁷. Certes, il peut alors être considéré que, lorsque l'auteur conclut directement une cession de droits sur œuvre future, il ne réclame pas de contrepartie spécifique à l'obligation de créer – c'est d'ailleurs souvent le cas, le créateur étant souvent satisfait par une participation aux profits générés par l'exploitation⁴⁰⁸. L'absence de contrepartie qui peut résulter des faits de la cause n'empêche toutefois en rien la reconnaissance d'une dualité de qualifications – d'une part, la commande, fût-elle à titre gratuit ; d'autre part, la cession. Il ne faut pas ignorer que la qualification de vente de choses futures est effectivement impossible si la phase de création s'inscrit dans le même canevas contractuel, puisque comme ceci a été souligné, cette qualification supposerait que l'élaboration de l'œuvre soit extérieure au périmètre contractuel, à l'instar d'un produit standardisé : ce n'est pas et ce ne saurait être le cas en ce qui concerne la création d'une œuvre de l'esprit. Il faut d'ailleurs rappeler que, du point de vue de la théorie générale de qualification, la méthode exclusive fondée sur l'attraction de l'accessoire par le principal n'est possible que si la liberté contractuelle n'est pas contrecarrée dans son dessein par des dispositions d'ordre public⁴⁰⁹. L'article L.111-1 n'en constitue-t-il pas incontestablement un bel exemple, dans un sens comme dans l'autre ? La prohibition de l'effet translatif du contrat de commande fulminée par l'article précité contraint en définitive à renverser le syllogisme : dès lors que l'auteur cède des droits relatifs à une œuvre future, il s'engage contractuellement

2001, JCP 2001, II, 10564, note F. LABARTHE – 3^e civ., 11 mai 2005, Bull. civ. III, n°102), ou même fabriquées à sa demande, mais sans aucune particularité (Com., 1^{er} octobre 2001, Bull. civ. IV, n°268).

⁴⁰⁶ Peu importe alors que les cocontractants aient d'ores et déjà prévu la cession ou se soient contentés d'une option : ce ne peut être un critère pour distinguer commande et cession de droits sur œuvre future (*contra*, v. CA Paris, 1^e ch., 15 avril 1989, RIDA 1990/1, 314 ; D. 1990, SC 58, obs. COLOMBET ; RTD civ. 1990, 284, obs. J. MESTRE (jugé qu'il ne s'agissait « pas d'un contrat de commande dans lequel la cession du droit d'éditer et de vendre est précédée d'une option consentie à l'éditeur en vue précisément de cette cession) – TGI Paris, 3^e ch., 12 avril 1995, RIDA 1997/1, 269, obs. A. KÉRÉVER (faits et motifs similaires)). En effet, l'existence d'un contrat de commande dépend de l'existence d'une obligation de créer à la charge de l'auteur. Un contrat de commande existe donc de ce seul fait, qu'il se superpose à une option de cession ou à une cession des droits sur l'œuvre future !

⁴⁰⁷ Il faut bien voir que si le prix n'est pas nécessairement déterminé, il reste un élément constitutif du contrat d'entreprise, et ainsi de la commande ; V. sur ce point S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande*, n°60.

⁴⁰⁸ Sur ce point, v. *infra*, n°77s.

⁴⁰⁹ Sur cette condition d'application de la maxime précitée, v. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°97. V. aussi CA Paris, 15 janvier 2003, RIDA 2003/3, 304.

à créer l'œuvre visée et, s'il est ainsi engagé à la créer, c'est nécessairement en vertu d'une commande préalable.

2° En revanche, l'exploitation des droits nés à l'égard de l'œuvre de l'esprit, finalité de la commande *lato sensu*, ne peut que s'inscrire, à son tour, dans le cadre d'un contrat de cession conceptuellement distinct du contrat de commande. Même s'il s'agit bien de créer une œuvre et de donner naissance à des droits d'exploitation, l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle interdit de faire produire un effet translatif des droits d'exploitation au louage d'ouvrage, et de le retenir ainsi comme qualification *exclusive* des deux temps de l'opération⁴¹⁰. Là encore, il faut souligner que la méthode exclusive fondée sur l'attraction de l'accessoire par le principal n'est possible que si la liberté contractuelle n'est pas contrecarrée dans son dessein par des dispositions d'ordre public, et ce sont, cette fois, les articles L. 131-1 et suivants, qui fixent un ordre public de protection de l'auteur, qu'il faut invoquer.

Ainsi, ou bien la phase de création est tout à fait hors de la sphère contractuelle – l'auteur d'une œuvre achevée et divulguée la présente à l'exploitant, ainsi l'écrivain démarchant des éditeurs dans l'espoir d'une publication – ou bien la phase de création fait l'objet d'un contrat, et celui-ci, quand bien même l'exploitation serait de pair envisagée, doit suivre sa propre qualification et son propre régime, l'article L. 111-1 précité interdisant tant de faire produire au louage d'ouvrage un effet translatif des droits que de dissoudre l'obligation de créer dans une cession de droits sur œuvre future. Toute qualification unitaire doit ainsi être rejetée. De même, l'obligation de créer doit être exclue des qualifications spéciales que comprend le code de la propriété intellectuelle.

2) L'absence d'obligation de créer dans les contrats spéciaux du droit d'auteur

62. Si la phase de conception et de réalisation de l'œuvre de l'esprit a pu être exclue du domaine des contrats d'auteur, il importe d'en tirer les conséquences dans la définition des conventions nommées de la matière, s'agissant aussi bien des contrats d'édition et de

⁴¹⁰ Ce principe, constant en matière de création salariée, a également pu être affirmé s'agissant du louage d'ouvrage : v. p. ex. Cass. 1^e civ., 24 octobre 2000, Bull. n°267, CCE 2000, comm. n°123, obs. C. CARON

représentation (a) que des contrats de production audiovisuelle (b) et de commande pour la publicité (c).

a) Œuvre de commande et contrats d'édition et de représentation

63. Distinction entre contrats de commande, d'édition et de représentation. – La volonté d'assembler rapports de création et d'exploitation conduit souvent à évacuer la question du cadre juridique de l'exploitation de l'œuvre commandée. Il est symptomatique à cet égard que la doctrine s'intéressant à la commande ne parle plus ensuite que de « cession de droits », comme si les qualifications contractuelles du code de la propriété intellectuelle n'étaient plus applicables. Bien entendu, d'aucuns admettent qu'une simple cession de droits succède à la commande, sans que le commanditaire s'engage ensuite à exploiter, s'en ménageant la simple possibilité⁴¹¹. Mais il faut aussi souligner que les principaux contrats d'auteur, les contrats d'édition et de représentation, doivent rester les schémas de base de l'exploitation projetée, dès lors que celle-ci est la finalité en considération de laquelle la commande avait été acceptée et que les éléments de la qualification spéciale sont réunis.

La configuration de ces contrats nommés que sont l'édition et la représentation confirme alors la nécessaire distinction conceptuelle et pratique de la commande et de l'exploitation des droits. En effet, ces derniers n'appréhendent pas en tant que tels la phase de création de l'œuvre, comme en témoigne d'ailleurs l'absence de toute référence à une obligation de création dans leur définition ou leur régime légal⁴¹². S'agissant de l'analyse de la nature juridique, la conséquence première de ce qui précède est de justifier la mise à l'écart de l'obligation de créer comme élément caractéristique des contrats nommés précités, et de pouvoir ainsi identifier ce qui est au cœur de ces qualifications spéciales, pour les rapprocher du modèle de droit civil adéquat. Bien entendu, il ne peut cependant être exclu que ces contrats soient conclus à propos d'œuvres futures. Mais si la création est alors initiée par l'exploitant lui-même, il doit *doubler* la convention d'un contrat de commande, quand bien même un lien d'indivisibilité devrait être reconnu entre ces deux contrats⁴¹³.

⁴¹¹ Sur le point de savoir si peuvent être admises les cessions pures et simples, v. *infra*, n°126s.

⁴¹² Aucune disposition ne prévoit ni ne régit une obligation de créer au sein du contrat d'édition ou du contrat de représentation. Relis. Art. L.132-1s. CPI (contrat d'édition) et art. L.132-18s. CPI (contrat de représentation)

⁴¹³ Sur les liens entre les deux contrats qu'il est possible de forger, v. *infra*, n°75.

b) Œuvre de commande et contrat de production audiovisuelle

64. Distinction entre commande d'une œuvre audiovisuelle et contrat de production audiovisuelle. – Au regard de l'exclusion du contrat de commande du domaine des contrats d'auteur, la qualification du contrat de production audiovisuelle peut laisser perplexe. En effet, ce contrat nommé par le code de la propriété intellectuelle a pu être rapproché du contrat de commande, alors même qu'il s'agit indéniablement d'un contrat d'auteur soumis comme tel au droit spécial du code précité⁴¹⁴. Il est vrai que cet accord intervient en principe avant même la création de l'œuvre, et que sa définition légale est pour le moins ambiguë, assez déconcertante pour le civiliste : plutôt que de le présenter clairement comme contrat de cession des droits d'exploitation, le législateur a instauré une *présomption simple* de transfert des droits au producteur⁴¹⁵. Puisque cette présomption n'est pas irréfragable, faut-il alors convenir que la qualification nommée demeure quand bien même la cession serait écartée par une clause en ce sens, ne renfermant plus alors qu'une simple commande non translatrice de droits ? Rien n'est moins sûr, et pour tout dire, cela n'aurait aucun sens. Est-il besoin de rappeler combien cette « présomption de cession » apparaît telle une curiosité⁴¹⁶, voire tel un « mythe » juridique⁴¹⁷ ? Ne convient-il pas d'admettre que le contrat de production audiovisuelle n'est pas en fait *lui-même* un contrat de commande ? C'est ce qu'il importe de démontrer ici.

65. Rejet de la qualification du contrat de production audiovisuelle en tant que contrat de commande. – Une qualification n'a d'intérêt que par rapport au régime dont elle est le titre d'application. A cet égard, il est révélateur qu'*aucune* disposition relative à ce contrat nommé ne soit prévue s'agissant de la création de l'œuvre par les coauteurs, pas plus que pour les contrats d'édition ou de représentation, ce qui rend tout de même bien difficile une qualification de contrat de commande articulée, en tant que contrat d'entreprise, autour de cette obligation de faire !⁴¹⁸

⁴¹⁴ Sur cette qualification du contrat de production audiovisuelle en tant que contrat de commande, v. P. KAMINA, « Contrat de production audiovisuelle », J.-Cl. PLA, fasc.1340, 2003, n°20.

⁴¹⁵ V. *supra*, n°50.

⁴¹⁶ Ch. CARON, *Manuel*, n°450 p. 356.

⁴¹⁷ B. PARISOT, « La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ? », D. 1992, chron. p. 75.

⁴¹⁸ En ce sens, v. V. CHARDIN, « Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle », D. 1997, chron. p. 202s., spéc. p. 203 : « le contrat de commande au sens strict, indépendamment de la cession de droits qui

L'analyse littérale de la loi reflète en outre l'embarras du législateur face à son propre système de qualification. Alors que les contrats d'édition et de représentation sont précisément dénommés en vue de leur définition⁴¹⁹, la nomination du contrat de production audiovisuelle n'est non seulement pas mise en exergue, mais encore se trouve-t-elle présentée de façon détournée : avant de définir la convention, le code de la propriété intellectuelle présente la notion de *producteur audiovisuel*⁴²⁰, et alors qu'il s'agirait de présenter la qualification contractuelle, il est évoqué non pas directement un « contrat de production audiovisuelle », mais le « contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle (...) »⁴²¹. Qu'un lien soit établi entre le producteur aux auteurs, ce n'est pas douteux pour qu'existe un *contrat*, mais à quel titre ce lien a-t-il été créé ? S'il s'agit d'un contrat relatif à la création, comment comprendre alors que le législateur ne fasse état que de la cession et de l'obligation d'exploiter ? Et si le contrat de production audiovisuelle n'emporte pas nécessairement cession de droits (une clause écartant la présomption), qu'est-ce qui le distingue d'une commande ordinaire, et où réside donc l'intérêt de la qualification ? Peut-être dans l'obligation d'exploiter, même en l'absence de cession... Mais voilà une interprétation qui serait bien défavorable au producteur, très éloignée de la *ratio legis*⁴²², et qui a ainsi été précédemment condamnée⁴²³ ! Il ne faut donc pas trop attendre de l'analyse littérale⁴²⁴, et celle-là seule ne semble pas une raison suffisante pour attribuer au contrat de production audiovisuelle les caractères d'un contrat de commande.

La pratique va aussi dans le sens du recentrage de la qualification autour de la cession et de l'exploitation. L'existence d'un contrat unique liant la multitude des co-auteurs du film à un producteur – voire de multiples coproducteurs – réunissant création de l'œuvre, transfert et exploitation de droits sous une qualification exclusive, procède d'une simple vue de l'esprit.

l'accompagne normalement, ne nous semble pas devoir être classé dans la catégorie des contrats de production audiovisuelle ».

⁴¹⁹ V. art. L.132-1 CPI : le contrat d'édition est nommé et défini dès la première disposition s'y rapportant (« Le *contrat d'édition* est le contrat par lequel (...) » (souligné par nous)). De même l'art. L.132-18, pour le contrat de représentation.

⁴²⁰ La section III du chapitre consacré à l'exploitation des droits, intitulée « Contrat de production audiovisuelle », s'ouvre en effet... par une définition du « producteur de l'œuvre audiovisuelle » (art. L.132-23 CPI) !

⁴²¹ V. art. L.132-24 CPI, *in limine*.

⁴²² En ce sens que les dispositions relatives au contrat de production audiovisuelle, édictées par la loi du 3 juillet 1985, ont été prises dans le souci de ménager les intérêts du producteur, v. not. A. et H.J. LUCAS, *Traité*, n°719 (« le producteur n'est pas perçu comme une menace potentielle pour les auteurs, mais comme un entrepreneur au service de la création dont le service doit être encouragé »).

⁴²³ V. *supra*, n°50.

⁴²⁴ Comp. Ch. CARON, *Manuel*, n°450 p. 355, qui dénonce la « formulation complexe et alambiquée » de l'art. L.132-24 CPI.

Bien au contraire, la réalité atteste de l'existence d'une pluralité de contrats de commande ou de travail, passés avec les différents co-auteurs, auxquels s'adjoignent des cessions de droits sur leur contribution⁴²⁵.

Il ne faudrait pourtant pas considérer qu'il est aussi facile d'éviter la qualification, l'ordre public de protection plaidant pour une application du modèle dès lors que les éléments caractéristiques se retrouvent dans le(s) montage(s) contractuel(s) de la pratique. D'où l'importance, corrélativement, de bien définir ces éléments caractéristiques, et de montrer que le schéma du législateur peut s'appliquer à ces montages contractuels.

En effet, peu importe la nature juridique du rapport de création, du moment que celui-ci s'inscrit dans l'initiative et la responsabilité du producteur, formule « neutre » à cet égard. Cette analyse permet en effet de concilier les différentes qualifications adéquates du rapport de création avec celle du contrat de production audiovisuelle proprement dit : si l'exploitation encadrée par ce dernier peut porter sur une œuvre de commande à proprement parler, il paraît tout à fait possible que la création de l'œuvre s'inscrive dans le cadre d'un contrat de travail, ou dans le cadre d'une commande à l'égard de certains, d'une relation de travail à l'égard d'autres⁴²⁶. A aucun moment le législateur ne restreint son propos à l'œuvre de commande, ni n'évoque clairement la qualification de commande : au contraire évoque-t-il le « contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle », sans préciser à quel titre ce lien a-t-

⁴²⁵ La consultation des contrats-types établis par les sociétés de gestion suffirait à en convaincre : le dispositif contractuel encadrant la création de l'œuvre audiovisuelle est éclaté en de multiples accords. V. aussi Ch. CARON, *Manuel*, n°449, qui relève que le contrat de production audiovisuelle « est finalement relativement peu utilisé en pratique » ; B. MONTELS, « Pratique des contrats audiovisuels », CCE 2003, étude 18, p. 13, pour lequel ce contrat est essentiellement symbolique.

⁴²⁶ Il ne faut pas oublier qu'au terme de la loi elle-même, le réalisateur est considéré comme salarié pour son travail technique (art. L. 762-1 C. trav.). Bien sûr, il s'agit normalement de prestations techniques indépendantes de la prestation artistique, qui elle devrait s'inscrire dans le cadre d'une commande. Mais bien souvent, dans le cas d'une distinction des deux aspects de son travail dans le contrat signé avec le producteur, on envisage que la cession au titre du droit d'auteur (v. p. ex. le contrat-type de réalisateur établi par le Syndicat des producteurs audiovisuels : « A. Salaire : En rémunération de son travail de réalisation (...) » un *salaire* est fixé « couvrant forfaitairement l'ensemble de ses prestations pour la réalisation de l'œuvre », tandis que le B. est intitulé comme suit : « En contrepartie de la cession des droits » etc.). Rapp. P. KAMINA, « Le contrat de production audiovisuelle », *op. cit.*, n°20 : « Notons que pour le réalisateur, les prestations de service sont détachées du contrat de cession et font l'objet d'un contrat de travail. Le contrat de production audiovisuelle est alors réduit à un simple contrat de cession ». V. encore V. CHARDIN, *La présomption de cession des droits de l'auteur au producteur de l'œuvre audiovisuelle*, LP, 1996, p.139, à propos de l'exigence d'un écrit pour que joue la présomption : « cette règle conduit à rejeter la présomption lorsque aucun accord ne peut être constaté entre l'auteur et le producteur (...). Il pourra s'agir par exemple du contrat de travail conclu entre le réalisateur et le producteur ». D'autres participants à la création audiovisuelle peuvent être salariés (ateliers d'écriture). L'on avoue qu'à faire ainsi entrer la phase de création de l'œuvre dans le contrat de production audiovisuelle, les problèmes de qualification deviendraient inextricables : comment y faire entrer des éléments caractéristiques

il été tissé⁴²⁷. La qualification légale de « contrat de production audiovisuelle » ne saurait, de surcroît, englober en son sein un ou des contrats recevant la qualification nommée de « contrat de travail » et de contrat d'entreprise (commande) ! La qualification de contrat de travail ne peut pas se fondre dans celle d'un contrat de production audiovisuelle qui n'en partage pas les traits caractéristiques... L'application de la qualification de contrat de travail ou d'entreprise entraîne donc nécessairement une qualification distributive, la qualification de contrat de production audiovisuelle ne pouvant s'appliquer à deux contrats !

Là encore, il faut donc, tout en reconnaissant le lien entre commande et cession de droits, admettre l'indépendance conceptuelle des deux figures.

Sur le plan théorique, l'analyse de la qualification de contrat de production audiovisuelle peut faire abstraction de l'obligation de créer à la charge des auteurs, qui n'est pas une obligation née de ce contrat, mais d'un contrat de commande, quand bien même une interdépendance pourrait être constatée entre les deux conventions⁴²⁸.

c) Contrat de commande pour la publicité

66. Le contrat de commande pour la publicité, ou le bien mal nommé... – Contrat de *commande* pour la publicité, sa dénomination légale elle-même induit pareillement en erreur sur sa nature juridique.

Pas plus que pour le contrat de production audiovisuelle, nulle trace ne peut être repérée, dans sa réglementation, d'une quelconque obligation de créer à la charge du ou des auteurs⁴²⁹. L'existence d'une œuvre de commande pour la publicité peut ainsi être présentée comme une condition de la qualification plus que sa création l'effet de celle-ci⁴³⁰.

aussi contradictoires que ceux du louage d'ouvrage, du contrat de travail, à concilier de surcroît avec l'aspect transfert et exploitation des droits ?

⁴²⁷ Arg. art. L.132-24 al. 1 CPI.

⁴²⁸ V. *infra*, n°70 et 75.

⁴²⁹ Relis. art. L.132-31 CPI.

⁴³⁰ V. sur ce point *infra*, n°236

§ 2. – CONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION DISTRIBUTIVE

67. L'adoption d'une qualification distributive explique qu'une cession expresse soit en principe indispensable (A) et qu'il faille appliquer aux deux volets de l'opération le régime juridique propre à chacun (B).

A. – Exigence d'une cession expresse

68. L'exigence d'une cession expresse est un principe (1) souffrant toutefois quelques exceptions (2).

1) Principe

69. Risques de refus de cession. – Adopter une qualification distributive conduit à reconnaître le danger d'une opposition de l'auteur à la cession des droits, aussi bien que le risque d'un refus d'exploitation par le donneur d'ordres, alors que la création a été réalisée sur commande ou en exécution d'un contrat de travail⁴³¹. Avant d'examiner les exceptions au principe, il convient cependant de rechercher quelles voies de droit peuvent, sinon éviter la déconvenue d'un employeur ou d'un commanditaire, du moins lui permettre de se dégager d'une relation privée d'intérêt.

70. Anéantissement du contrat de commande. – Le commanditaire pourrait chercher à se soustraire au paiement du prix de la commande, parce que faute d'accord postérieur sur la cession de droits, l'exploitation envisagée devient impossible.

A cet égard, la comparaison entre contrat de travail et commande s'avère significative : la commande, de même que le contrat de travail, ne sauraient être annulés, dès lors que les conditions de formation sont réunies, et qu'ils ont été exécutés. Ainsi par exemple dans les hypothèses où une entreprise cliente se trouve flouée par une autre société, titulaire de droits sur les créations commandées (œuvres collectives, logiciels, créations salariées cédées), il

⁴³¹ Le problème de la cession des droits relatifs aux créations salariées constitue l'une des principales sources de tension de la discipline, dans la mesure notamment où il désavantagerait les entreprises françaises dans la compétition avec des sociétés étrangères qui, en vertu de leur droit national, sont cessionnaires ou

serait possible d'arguer d'un vice du consentement⁴³². Certes, les conditions de formation du contrat de commande doivent s'apprécier au regard de ce seul contrat, mais il ne peut être exclu de retenir que le consentement au contrat de commande a été vicié lorsqu'il a été exprimé par le donneur d'ordres sur la foi d'une autorisation d'exploiter l'œuvre commandée. C'est bien le consentement au *contrat de commande* qui est, dans ce cas, vicié. Il semblerait toutefois judicieux de distinguer selon le vice invoqué. S'agissant de l'erreur, il sera certainement souvent établi qu'elle aura eu un caractère *déterminant* du consentement. En revanche, il est douteux qu'il puisse lui être souvent reconnu un caractère *excusable*, à tout le moins lorsque le commanditaire est un professionnel. Le dol supposera établies les manœuvres frauduleuses du commandité, pour faire croire à son cocontractant qu'il pouvait exploiter l'œuvre commandée. Pour les mêmes raisons, le manquement à l'obligation d'information ne devrait pouvoir être invoqué avec succès que par un commanditaire n'étant pas professionnel de la même spécialité⁴³³.

En revanche, il se comprend difficilement que la voie d'un lien entre les deux contrats – par le biais de l'indivisibilité ou de l'interdépendance contractuelle – puisse être empruntée⁴³⁴. Pourtant, certains juges du fond ont pu, par exemple, recourir au mécanisme de l'indivisibilité de la commande et de la cession de droits⁴³⁵. Le fondement ne s'impose pas avec évidence : l'indivisibilité est ordinairement relevée s'agissant d'accords de volonté avérés ! Il s'agit seulement, par cette voie, de lier le sort de deux contrats conclus par les parties, et non celui d'un accord manifeste avec un contrat espéré... Il faudrait ainsi réserver le mécanisme, en principe, aux hypothèses où les parties ont envisagé *et* la commande *et* la cession, la nullité de

attributaires *ab initio* des droits d'exploitation. V. sur ce point G. ROUSSEL, « Le droit d'auteur des auteurs salariés et employés », *Droit d'auteur* 1990, p. 232.

⁴³² Mais encore faut-il prouver l'intention dolosive, qui ne peut être présumée (art. 1116 C. civ.) : l'obstacle probatoire risque d'être difficile à contourner.

⁴³³ Théorie jurisprudentielle et doctrinale formée autour de l'idée de bonne foi et de l'art. 1134 C. civ., le manquement à l'obligation d'information n'est pas sanctionné de façon autonome mais par l'intermédiaire des institutions classiques du droit civil, permettant p. ex. de prononcer la nullité pour erreur, ou le versement de dommages-intérêts pour faute – ce qui éventuellement pourrait permettre au commanditaire de se rembourser du prix de la cession à laquelle il aurait finalement consenti. Sur les conditions d'application et les sanctions de cette théorie, v. F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les Obligations*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2005, n°258s.

⁴³⁴ V. F. AHRAB, « Les conséquences de la nullité ou de la résolution d'un contrat au sein d'un groupe de contrats », *RRJ* 1999, 167s. – S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois* 2002, art. 37505

⁴³⁵ V. p.ex. CA Poitiers, 14 mai 2003, CCE oct. 2003, p.27, comm. Ch. CARON (indivisibilité entre la commande d'un logiciel spécifique et la cession du droit d'utilisation de celui-ci, indivisibilité « garante de la cohérence de l'opération et ce conformément aux dispositions des articles 1217 et 1218 du Code civil » ; annulation du contrat, restitution du prix par le commandité, du logiciel par le commanditaire).

l'un rejaillissant alors sur l'autre⁴³⁶. De surcroît, l'indivisibilité objective, résultant de la nature de l'obligation⁴³⁷, semble contrariée par le principe d'indépendance de la commande et de la cession posé par l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle : des contrats indépendants peuvent-ils vraiment être par nature indivisibles ? Quant à l'indivisibilité subjective, elle doit en principe être clairement stipulée par les parties⁴³⁸. Cela étant, l'intention peut être tacite, et sans doute est-ce la référence à la cause de l'opération qui justifie alors l'application de la notion. Quoiqu'il en soit, ces actions ne sauraient bien entendu conduire qu'à l'annulation des contrats, et non à un transfert forcé des droits permettant l'exploitation (sauf à ce que le commandité se ravise sous la menace d'une telle sanction...) ⁴³⁹.

Les mêmes observations valent pour le fondement de l'interdépendance contractuelle.⁴⁴⁰ En tout état de cause, si le mécanisme conduit à l'anéantissement en cascade des contrats interdépendants, encore faut-il que l'un des deux contrats présente un vice de formation ou ait été inexécuté⁴⁴¹. Il se comprendrait mal qu'un contrat qui n'a pas été négocié – la cession de droits d'exploitation – justifie ainsi l'annulation du contrat de commande, au prétexte que le commanditaire avait imaginé conclure un contrat permettant également l'exploitation. Dans ce cas, il faut s'en tenir au contrat de commande, et aux éventuelles causes d'annulation que constitueront un vice du consentement. La notion d'interdépendance contractuelle ne pourra donc être invoquée que lorsque les parties se seront accordées *et* sur la commande, *et* sur la cession de droits, et lorsque l'un des contrats sera frappé de nullité ou ne sera pas exécuté. En aucune façon, le problème ne peut être réglé sur ce fondement lorsqu'il s'agit, pour le commanditaire, d'obtenir la cession de droits d'exploitation de l'œuvre commandée.

⁴³⁶ C'est en ce sens que semble critiquable CA Poitiers, 14 mai 2003, *op. cit.* : il est jugé en l'espèce que le contrat initial n'est pas valablement formé, en raison de ce qu'aucun accord n'est intervenu entre les parties sur une cession de droits d'auteur essentielle à la réalisation du projet commandé. Si la solution est justifiée en opportunité (remboursement de l'acompte versé pour la réalisation d'un logiciel inutilisable en raison de l'absence de cession de droits), le fondement de l'indivisibilité, retenu par les juges, apparaît douteux dans une espèce où le contrat de cession n'existe justement pas. En l'espèce, la nullité pour vice du consentement aurait constitué, par exemple, un fondement plus approprié.

⁴³⁷ Art. 1217 c. civ. V. p. ex. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 4^e éd. 2006 par J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, n°330

⁴³⁸ V. not. sur ce point J. MOURY, « De l'invisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994, 255, n°8s. – J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n°331.

⁴³⁹ V. d'ailleurs CA Poitiers, 14 mai 2003, *op. cit.*

⁴⁴⁰ V. sur cette notion, S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrat*, th. Paris II, 2005 – S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001.

2) Exceptions

71. La doctrine, très majoritairement, s'accorde sur la difficulté que pose le principe d'une cession expresse, à l'égard notamment d'un employeur⁴⁴². De surcroît, en raison de la prohibition de la cession globale des œuvres futures⁴⁴³, un employeur ne devrait même pas pouvoir se ménager une cession expresse *a priori* des droits d'exploitation des œuvres créées dans l'exécution du contrat de travail⁴⁴⁴. D'aucuns proposent alors, *de lege ferenda*, des solutions plus conciliantes des intérêts de chacun : présomption de cession⁴⁴⁵, dérogation à l'interdiction précitée des cessions globales⁴⁴⁶, transposition du régime des inventions de salarié⁴⁴⁷... *De lege lata*, le principe vacille déjà en raison de flottements jurisprudentiels : s'il est douteux qu'une cession forcée puisse être ordonnée, il n'est pas exclu qu'une cession implicite soit parfois admise (a). En outre, le législateur a déjà tempéré la rigueur du principe en application d'une logique catégorielle (b).

a) Exceptions jurisprudentielles

72. Cession forcée des droits d'exploitation. – Peut-être le commanditaire pourrait-il invoquer la mauvaise foi du commandité dans l'exécution du contrat, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. Dans l'hypothèse où l'auteur aurait livré au donneur d'ordres le support de l'œuvre de l'esprit commandée (manifestant ainsi la divulgation de sa création), le juge ordonnerait alors le transfert des droits, compte tenu des circonstances de la cause. La question du transfert forcé reste encore, cependant, sujette à controverses⁴⁴⁸.

⁴⁴¹ V. p. ex. S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrat*, th. Paris II, 2005, n°404s.

⁴⁴² A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°165 – Ch. CARON, *Manuel*, n°202-203 – « L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise », *Legicom* 2003/1, 13 – « Gérer la création salariée dans l'entreprise », *Cah. Dr. entreprise*, 2006, n°4, p. 64.

⁴⁴³ Art. L.131-1 CPI.

⁴⁴⁴ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°165 – Ch. CARON, *Manuel*, n°201 (il est cependant noté que la prohibition de la cession globale pourrait éventuellement ne pas s'appliquer à la clause de cession insérée dans un contrat de travail à durée déterminée conclu pour une mission créative spécifique) et n°409, qui estime qu'« il ne serait pas incohérent d'écarter cette règle en matière de création salariée ».

⁴⁴⁵ V. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°165 ; Ph. GAUDRAT, « La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création », présenté par G. VERCKEN *in* CCE janv. 2002, p.19.

⁴⁴⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », *JCP G*, I, 150, n°18.

⁴⁴⁷ J.-M. MOUSSERON et J. SCHMIDT, « La création d'employés », *Mél. MATHÉLY*, Litec 1990, 288.

⁴⁴⁸ V. p. ex. la jurisprudence relative à la sanction de l'inexécution d'une promesse unilatérale de vente : Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, *D.* 1994, 507, note F. BÉNAC-SCHMIDT ; *JCP G* 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1994, art. 35845, n°61, obs. Ph. DELEBECQUE (exclusion du transfert forcé).

Le fondement de l'article 1135 du Code civil a aussi pu être proposé, l'idée étant de considérer la cession de droits comme une « suite » du contrat de commande, et de réunir ainsi les deux conventions dans un ensemble formé autour de la cause subjective des opérations envisagées⁴⁴⁹. Encore faudrait-il cependant que « l'équité, l'usage ou la loi » dictent de telles suites à « l'obligation d'après sa nature », ce dont il est tout de même permis de douter. De façon générale, il faut en effet bien comprendre que ces mécanismes du droit commun des obligations ne peuvent être mis en œuvre que dans le respect de la loi spéciale. Aussi bien ces textes ne paraissent-ils surtout justifier qu'une résolution de la commande, dans le cas où le créateur refuserait par la suite de céder les droits d'exploitation. La cession qui n'a pas expressément été prévue ne devrait pouvoir être caractérisée qu'à la condition que le code de la propriété intellectuelle ne s'oppose pas à une cession implicite.

73. Cession implicite des droits d'exploitation. – Une telle cession, implicite, des droits nés à propos de l'œuvre commandée, ne paraît pas, cette fois-ci, contraire à l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle⁴⁵⁰. En effet, le principe posé postule seulement que soit dénié au *louage d'ouvrage ou de service* un effet translatif des droits d'exploitation, et implique par conséquent l'existence de deux contrats conceptuellement distincts, une indépendance du contrat d'entreprise ou du contrat de travail, d'une part, de la cession de droits, d'autre part. Mais – et même si le procédé est quelque peu artificieux – il est possible d'admettre que l'une des conventions (la commande) soit *expresse*, et que l'autre (la cession) soit *tacite*, dans le respect du principe de leur indépendance. En d'autres termes, admettre une cession implicite n'est pas dire que le contrat d'entreprise ou le contrat de travail est en lui-même translatif de droit, bien au contraire : c'est reconnaître l'exigence d'une cession, mais soutenir en revanche qu'elle ne doit pas être obligatoirement expresse, et peut résulter d'une intention latente des parties, exprimée par des indices tels que l'activité professionnelle de l'auteur, la nature de l'œuvre, etc.⁴⁵¹ De fait, il serait opportun de ne pas confondre tout à fait cession *implicite* et cession *automatique* résultant de la commande ou du contrat de travail⁴⁵².

⁴⁴⁹ V. G. BLANC-JOUVAN, « Les stipulations à effet post-contractuel en propriété littéraire et artistique », CCE juin 2003, chron. 15 p.14, et spéc. note 10.

⁴⁵⁰ *Contra*, V. S. DURRANDE, « Le contrat de commande », J.-Cl. PLA, fasc. 1342, 2002, n°94 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°163 « Si le législateur prend soin de préciser que l'existence d'un contrat de travail n'empêche aucune dérogation à la jouissance des droits d'auteur (...), c'est pour mettre l'accent sur le fait que le salarié ne doit pouvoir être dépouillé des droits qu'il tient de sa qualité d'auteur que par une disposition **expresse**, c'est-à-dire très exactement le contraire d'une cession **tacite** ».

⁴⁵¹ Le mécanisme de la cession implicite n'est d'ailleurs concevable et utile qu'à cause du principe d'indépendance de la commande et de la cession de l'art. L.111-1 CPI : si le contrat d'entreprise pouvait en la

De surcroît, il est indéniable que l'article L.111-1 précité n'interdit qu'une dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle. Or la reconnaissance d'une cession implicite n'altère pas la jouissance du droit de propriété intellectuelle⁴⁵³ : non seulement l'auteur conserve son droit moral, mais encore devra-t-il bénéficier de toutes les règles protectrices qui encadrent la cession de ses droits d'exploitation⁴⁵⁴. Ainsi, l'article L.111-1 a-t-il pour intérêt, même au cas de cession implicite, d'exclure de fonder la rémunération de la création dans celle de l'exploitation, et de contraindre le donneur d'ordres à respecter le principe de participation proportionnelle à l'exploitation⁴⁵⁵.

Les mêmes observations valent au regard de l'article L.111-3, selon lequel l'acquéreur d'un objet matériel reproduisant la création n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits de l'auteur. La cession de droits d'exploitation ne peut résulter du seul *fait de l'acquisition de l'objet matériel*, mais peut tout à fait résulter, implicitement, d'un faisceau d'indices.

matière produire un effet translatif, point ne serait besoin de caractériser une cession seulement implicite... Ce serait en tout cas faire dire à l'art. L.111-1 plus qu'il n'en dit que d'y rattacher une interdiction des cessions implicites, qui relève en fait, comme on va le voir, de l'art. L.131-3.

⁴⁵² La cession peut être dite automatique, si le contrat de travail ou la commande emporte d'eux même une cession. La cession implicite doit résulter au contraire d'un faisceau d'indices, le contrat de travail ou la commande ne pouvant d'eux mêmes intégrer une cession.

⁴⁵³ *Contra*, A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°163 : « Vainement objecterait-on la prétendue ambiguïté du terme « jouissance » pour en inférer qu'il ne règle de manière certaine que le problème de la titularité initiale (...). Décider que le salarié est réputé avoir cédé ses droits patrimoniaux à son employeur alors même qu'il n'en a rien dit, et qu'il n'y a peut-être pas songé, revient en pratique à lui retirer toute aptitude à être titulaire de ces droits ». V. aussi A. LUCAS, J.-Cl. PLA, fasc. 1185, n°37.

⁴⁵⁴ Il semble en effet que la thèse défendue par MM. LUCAS pêche par excès : admettre une cession implicite des droits patrimoniaux prive l'auteur de leur exercice, mais non de leur titularité initiale, et de ce fait le principe de rémunération proportionnelle, l'encadrement du forfait et sa révision pour cause de lésion ou imprévision, etc., profitent à l'auteur salarié comme à tout autre cédant ; surtout, le créateur salarié conserve en toute hypothèse son droit moral. En d'autres termes, l'art. L.111-1 permet seulement d'affirmer qu'un contrat de travail ou d'entreprise ne saurait empêcher la naissance du droit d'auteur et priver le créateur de la protection que lui accorde le CPI, ainsi qu'en témoigne d'ailleurs la place de ce principe à la suite de celui selon lequel le droit d'auteur naît du seul fait de la création

⁴⁵⁵ *Contra*, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°163. Il ne faut pourtant pas méconnaître qu'une différence essentielle subsiste en effet entre la thèse d'une commande translatrice et la thèse d'une cession implicite se greffant sur le contrat de commande ou de travail : seule la première thèse justifie que l'auteur ne perçoive qu'une rémunération à raison de l'exploitation des droits cédés. Admettre une cession implicite n'est pas nier, au contraire, l'indépendance de la commande et de la cession, et l'impératif de contreparties propres à chacun des deux contrats. Du point de vue de la jouissance de son droit de propriété intellectuelle, la situation de l'auteur qui a cédé expressément ses droits ne paraît pas différente de celui qui est considéré les avoir implicitement cédés : sa jouissance passe alors notamment par la perception de la rémunération proportionnelle de principe.

Aussi faut-il clairement discerner ce qui relève, d'une part, des articles L.111-1 et L.111-3 et, d'autre part, ce qui relève de l'article L.131-3⁴⁵⁶. Car il est indéniable que cette dernière disposition, en ce qu'elle exige une mention distincte des droits cédés, semble en revanche poser un obstacle dirimant à la reconnaissance d'une cession implicite⁴⁵⁷. Plusieurs précisions s'imposent toutefois :

1°/ Dans le principe, il devrait être réservé un sort différent à l'auteur et aux professionnels, dans la mesure où la jurisprudence a écarté la mise en œuvre de l'article L.131-3 au profit des derniers⁴⁵⁸. Or, à cet égard, la jurisprudence ne s'illustre pas par sa cohérence :

- S'agissant d'une **personne morale, titulaire des droits d'auteur**, il serait bien excessif de bannir par principe les cessions implicites. Outre que le principe d'indépendance du contrat d'entreprise et de la cession de droits n'est pas malmené par l'admission d'une cession implicite, le formalisme protecteur de l'auteur ne doit pourtant pas bénéficier à un professionnel, conformément à la jurisprudence d'ailleurs réaffirmée depuis⁴⁵⁹. C'est en ce sens que la position de la Cour de cassation, concernant une *société commerciale*, ne s'avère pas toujours compréhensible. Dans un arrêt récent, la Cour régulatrice a pu en effet rejeter toute cession implicite de droits d'exploitation d'un logo commandé à une telle société⁴⁶⁰. Mais ne faut-il pas alors s'étonner qu'à la lecture de l'arrêt, l'impression se dégage que la société se voie reconnaître la qualité... d'auteur⁴⁶¹ ? Au-delà de ce cas d'espèce, il semblerait donc préférable qu'entre professionnels, la cession implicite puisse être admise en fonction de critères tels que la nature de l'œuvre commandée, l'activité des parties, le montant de la rémunération versée, etc., laissant les juges du fond jouir de leur pouvoir d'appréciation. C'est

⁴⁵⁶ Il est d'ailleurs significatif que la loi du 1^{er} août 2006, qui a prévu une cession de plein droit du droit d'exploitation d'une œuvre créée par un fonctionnaire, ait inséré l'exception dans un article L.131-3-1, après l'article de principe L.131-3.

⁴⁵⁷ V. en ce sens, à propos du contrat de travail, Cass. 1^{er} civ., 16 décembre 1992 (RIDA 2/1993, p.193, note P. SIRINELLI), qui exige de l'employeur qu'il justifie d'une « convention de cession comportant les stipulations prévues » par l'article L.131-3.

⁴⁵⁸ V. sur ce point *infra*, n°249.

⁴⁵⁹ V. *infra*, n°249.

⁴⁶⁰ Cass 1^{er} civ., 24 octobre 2000, Bull. n°267, CCE 2000, comm. n°123, obs. Ch. CARON (commande d'un logo, cession du droit d'exploitation de l'emblème ne pouvant résulter de sa seule fourniture au client) : l'arrêt est rendu sous le visa des art. L.111-1 et L.131-3 CPI, lesquels sont pourtant inapplicables aux exploitants. Ce visa inapproprié semble bien, en effet, exclure le principe même d'une cession implicite. L'arrêt ne concerne en effet pas un commandité auteur, personne physique, mais une société (société Base Line).

⁴⁶¹ En effet, l'arrêt évoque « l'emblème créé par la société Base Line » (souligné par nous), et la référence à l'article L.131-3 CPI, alors que celui-ci est traditionnellement réservé à l'auteur, ne laisse pas d'intriguer dans ce contexte.

dans cette direction que s'inscrit en principe la Cour de cassation, de façon plus cohérente⁴⁶². Il ne semble pas inutile de souligner qu'en revanche, la seule fourniture de l'objet matériel ne devrait pas, en application de l'article L.111-3, constituer un indice recevable⁴⁶³.

- S'agissant au contraire d'un **auteur** commandité ou salarié, la loi devrait garder le juge de positions en sa défaveur : le mécanisme de la cession implicite n'est pas en effet contraire à l'article L.111-1, mais certainement à l'article L.131-3, disposition protectrice de ses intérêts. Il ne saurait donc jouer en principe à son encontre⁴⁶⁴, sauf peut-être le cas de la présomption de cession en matière audiovisuelle ou publicitaire⁴⁶⁵. Relativement au contrat de commande, c'est pourtant à son égard que la jurisprudence a pu être la plus encline à se fonder sur l'intention tacite des parties, notamment attestée par des indices tels que la nature de l'œuvre⁴⁶⁶, l'activité du cocontractant⁴⁶⁷, etc. Les juges du fond se sont ainsi souvent contentés de limiter la cession à l'activité du commanditaire, refusant seulement la cession de l'intégralité des droits patrimoniaux⁴⁶⁸. La Cour de cassation, favorable un temps à ces solutions libérales, se serait ravisée récemment⁴⁶⁹. Rappelant l'indépendance du contrat

⁴⁶² Cass. 1^e civ., 19 février 2002, RIDA 3/2002, p.399, PI 2002, n°5, p.53, obs. A. LUCAS : cet arrêt approuve les juges du fond d'avoir retenu l'existence d'une cession implicite pour l'utilisation de documents publicitaires, au vu de divers éléments telles que l'importance des coûts facturés, la destination des signes créés, la collaboration des parties... Or il s'agissait de rapports entre une commune (donneur d'ordres) avec une agence de publicité (commanditée), donc de rapports entre professionnels... V. aussi Cass. 1^e civ., 13 octobre 1993, Bull. civ. I, n°284 ; RIDA 1994/2, 210 ; D. 1994, 166, note P.-Y. GAUTIER ; RTD com. 1994, 272, obs. FRANÇON.

⁴⁶³ L'art. L.111-3 CPI précise que l'acquéreur de l'objet matériel n'est investi, du fait de l'acquisition, d'aucun des droits d'auteur. En toute logique, il devrait donc être exclu que l'acquisition de l'objet matériel puisse être ne serait-ce qu'un indice de la cession implicite de droits d'exploitation. C'est en ce sens qu'on peut alors approuver Cass. 1^e civ., 24 octobre 2000, *op. cit.* (jugant que la cession du droit d'exploitation de l'emblème commandé ne pouvait résulter de sa seule fourniture au client), curieusement rendu sous le visa des art. L.111-1 et L.131-3 CPI.

⁴⁶⁴ V., en matière de contrat de travail, Cass. 1^e civ., 16 décembre 1992, RIDA 2/1993, p.193, note P. SIRINELLI (« viole l'article L. 111-1 la cour d'appel qui admet une cession tacite au profit de l'employeur ») – 21 octobre 1997, Bull. n°28, JCP G 1997, IV, 2390, D. affaires 1997, p.1395 - 12 juin 2001, CCE juillet/août 2001, p. 23, note Ch. CARON - 12 avril 2005, RTD com. 2005, 493, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; LP 2005, III, 130.

⁴⁶⁵ V. sur ce point *infra*, n°75.

⁴⁶⁶ Cass. 1^e civ., 27 mai 1986, RIDA 2/1987, p.61 (maquette publicitaire de dessins pour des manuels d'instruction automobile).

⁴⁶⁷ Cass. 1^e civ., 27 octobre 1993, RIDA 1/1994, p.318 (commande par une agence de presse).

⁴⁶⁸ V. p. ex. CA Paris, 5 mai 2000, RIDA 2/2001, p.352 (cession implicite des photographies commandées par une galerie spécialisée dans l'exposition d'œuvres d'art, mais limitée à son activité ; absence d'autorisation de les exploiter à d'autres fins ou de céder les droits à des tiers) – CA Paris, 14 mai 1997, RIDA 1/1998, p.318 (maquette de journal pouvant être utilisée pour les besoins du magazine en vue duquel elle a été commandée, mais non pour une autre revue) – CA Paris, 20 septembre 1994, RIDA 2/1995, p.367 (photographies illustrant une revue, mais non exploitable sur d'autres supports).

⁴⁶⁹ Cass. 1^e civ., 24 octobre 2000, Bull. n°267, CCE décembre 2000, comm. n°123, obs. C. CARON (commande d'un logo, cession du droit d'exploitation de l'emblème ne pouvant résulter de sa seule fourniture au client) : l'arrêt est rendu sous le visa des art. L.111-1 et L.131-3 CPI. M. CARON (obs. préc., n°2) y voit un

d'entreprise et de la cession des droits, qui ne « peut résulter que d'une convention », la Cour souligne que quelque soit la nature de la création, sa « seule fourniture au client » serait impropre à autoriser de ce seul fait l'exploitation des droits nés à son propos.

Récemment, la jurisprudence a même refusé de reconnaître une obligation d'information, à la charge de l'auteur commandité, de la nécessité d'une cession des droits d'exploitation⁴⁷⁰.

2°/ Le champ d'application de l'article L.131-3 n'a cependant pas seulement été restreint, *ad personam*, aux seuls auteurs. Son application paraît aussi, dans la jurisprudence la plus récente, devoir être cantonnée à certains seulement des contrats spéciaux du droit d'auteur⁴⁷¹.

Dès lors, l'admission d'une cession implicite devrait dépendre de la qualification du contrat d'exploitation qui succède au contrat de commande ou de travail : s'agit-il d'un contrat d'édition ou de représentation, la cession ne devrait pouvoir résulter que d'une stipulation expresse⁴⁷² ; s'agit-il au contraire d'une autre convention, une cession implicite pourrait être admise... L'opération paraît bien hasardeuse, s'agissant de qualifier une cession *implicite*. Il faut noter toutefois que, très souvent, l'employeur ou le commanditaire recherchera le bénéfice d'une cession régie par le seul droit commun des contrats d'auteur⁴⁷³, et c'est

revirement de jurisprudence. Appliquée à une société commerciale abusivement assimilée à un auteur, la jurisprudence est à l'abri de la critique s'agissant d'un auteur personne physique.

⁴⁷⁰ Cass. 1^{er} civ., 3 avril 2007 (Bull. civ. I, n°153) : jugé que « le photographe n'est pas tenu d'une obligation d'information et de conseil, à l'égard du client qui se borne à lui passer commande de la réalisation d'un cliché, quant à la nécessité de conclure un contrat de cession de droits d'auteur en cas d'exploitation », et donc que la cour d'appel (Paris 23 juin 2004) avait « retenu à bon droit que la société T..., à qui la société C... avait confié la réalisation d'une photographie sans préciser quel usage elle entendait en faire, n'avait pas manqué à ses obligations contractuelles en ne précisant pas que les frais techniques facturés n'emportaient pas cession des droits d'exploitation ». Il convient d'observer que l'arrêt concerne une personne morale : la position pourrait paraître alors sévère, dans la mesure où il est déjà critiquable de refuser dans cette hypothèse une cession implicite. Mais il faut constater qu'en l'espèce, la personne morale était « transparente » : s'agissant de protéger un auteur, il n'est aucune raison de moins le protéger s'il exerce son activité dans le cadre d'une société...

⁴⁷¹ V. Cass. 1^{er} civ. 1^{er}, 21 novembre 2006, CCE 2007, comm. n°3, obs. Ch. CARON (jugé, en termes limpides, qu'après « avoir justement énoncé que les dispositions de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle, qui ne visent que les seuls contrats énumérés à l'article L.131-2, alinéa 1^{er}, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquaient pas aux autres contrats, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que la cession d'exploitation sur des modèles n'était soumise à aucune exigence de forme et que la preuve pouvait en être rapportée selon les prescriptions des articles 1341 à 1348 du code civil, auxquelles l'article L.131-2 alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle renvoie expressément ». Il faut néanmoins d'ores et déjà relever que la portée de cet arrêt, non publié, reste incertaine. V. *infra*, n°518s. V. également en sens contraire, depuis cette date, CA Paris, 4^e ch. A, 9 mai 2007, CCE 2007 comm. n°118, note Ch. CARON (qui dénonce l'insécurité juridique résultant de cette divergence). Pour une approche critique, v. *infra*, n°558s.

⁴⁷² Les cas du contrat de production audiovisuelle ou de commande pour la publicité sont spécifiques, dans la mesure où la cession est présumée en vertu d'un texte spécial.

⁴⁷³ Il suffit de penser p. ex. à une entreprise ou une administration qui commande des photographies ou divers supports publicitaires pour établir des brochures, catalogues, tracts et autres documents, ou son site internet. Le contrat conclu en bonne et due forme serait vraisemblablement non un contrat d'édition, mais une cession régie par le seul droit commun des contrats d'auteur : le forfait serait alors certainement possible, et le

d'ailleurs pour admettre la cession implicite du salarié que la Cour de cassation a récemment restreint le domaine d'application de l'article L.131-3⁴⁷⁴. Le contrat de travail n'ayant pas pour objet l'exploitation de droits, il est en tout cas exclu de considérer que l'article L.131-3 est inapplicable du seul fait de son absence de la liste des contrats d'auteur soumis à l'exigence. C'est au regard de la seule qualification du contrat d'exploitation concomitant que son applicabilité pourrait être exclue. En outre, même s'il s'agit d'une cession de droit commun à laquelle l'article L.131-3 serait inapplicable, il faudrait cependant que les indices retenus établissent clairement l'intention des parties, et surtout de l'auteur. À cet égard, il faut se rappeler de la distinction entre cession *implicite* et cession *automatique* résultant de la commande ou du contrat de travail⁴⁷⁵.

b) Exceptions légales

74. Œuvres créées par des journalistes ou des fonctionnaires. – Les droits patrimoniaux que comprend le droit de propriété intellectuelle ne sont pas dévolus à l'employeur par l'effet de la loi : la cession reste un effet du contrat liant le journaliste à l'entreprise de presse. Il se déduit cependant d'une interprétation *a contrario* de l'article L.121-8 du code de la propriété intellectuelle⁴⁷⁶ et de l'article L.761-9 du code du travail⁴⁷⁷ que la cession du droit de première publication est automatique. Il n'est donc nul besoin de prévoir la cession par une stipulation expresse.

La compréhension de la portée respective de l'article L.111-1 et de l'article L.131-3 doit cependant rester la même : il ne s'agit pas de dérogation à l'article L.111-1, mais seulement d'une exception aux conditions de preuve de la cession. En conséquence, le journaliste devrait percevoir une rémunération distincte pour la création et à raison de l'exploitation de ses

cocontractant serait libre d'exploiter ou non. Si, comme il arrive fréquemment, les parties se contentent de la commande, la cession implicite devrait être admise si des indices suffisent à établir le consentement du créateur à l'exploitation : montant de la rémunération, nature de l'œuvre, qualité de professionnel de l'auteur, etc.

⁴⁷⁴ Dans l'affaire tranchée par Cass. 1^e civ., 21 novembre 2006, préc., il s'agissait en fait d'un montage complexe (apport en société et contrat de travail du styliste).

⁴⁷⁵ V. ce n°73, *in limine*.

⁴⁷⁶ Cet article dispose en effet, dans un second alinéa, que pour « toutes les œuvres publiées ainsi dans un journal ou recueil périodique, l'auteur conserve, sauf stipulation contraire, le droit de les faire reproduire ou de les exploiter, sous quelque forme que ce soit, pourvu que cette reproduction ou cette exploitation ne soit pas de nature à faire concurrence à ce journal ou recueil périodique ». Si l'auteur « conserve » le droit d'exploitation sous d'autres formes, la loi sous-entend clairement qu'il a nécessairement cédé le droit pour une première publication.

œuvres⁴⁷⁸. S'il ne faut pas oublier que l'article L.132-6 du code de la propriété intellectuelle prévoit une exception au principe de participation proportionnelle et autorise donc le forfait⁴⁷⁹, la rémunération devrait être ventilée entre le salaire proprement dit et la contrepartie de la cession, ne serait-ce que pour déterminer le régime social applicable⁴⁸⁰.

Un propos similaire peut être tenu s'agissant des œuvres créées par des fonctionnaires. L'article L.131-3-1 du code de la propriété intellectuelle prévoit une cession de plein droit du droit d'exploitation, dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public⁴⁸¹.

75. Œuvres audiovisuelles et publicitaires. – Le réalisme conduit, on l'a vu, à reconnaître qu'une cession doit intervenir entre producteur et co-auteurs de l'œuvre audiovisuelle pour que la qualification de contrat de production audiovisuelle s'applique⁴⁸². Si le contrat de production audiovisuelle n'est pas une commande emportant cession de droits, il consiste néanmoins dans une cession présumée à partir des contrats de commande ou de travail passés en vue de la création de l'œuvre. En d'autres termes, il n'a pas pour effet de présumer une cession, il est une cession présumée, ou, d'ailleurs expresse. Peut ainsi tomber sous le coup de la qualification de contrat de production audiovisuelle toute cession consentie à un producteur. La lettre de l'article L.132-24 peut être éclairée sous ce nouveau jour :

- Au premier alinéa, le législateur n'évoque que le « contrat qui lie le producteur aux auteurs », parce que justement il ne s'agit pas du contrat de production audiovisuelle à proprement parler : celui-ci est la cession présumée à partir de ce contrat (de ces contrats, en

⁴⁷⁷ Cet article subordonne à une convention expresse le droit pour l'employeur de faire paraître les œuvres créées par les journalistes « dans plus d'un journal ou d'un périodique ». C'est donc que la cession est automatique pour la première publication dans l'organe de presse auquel appartient le journaliste.

⁴⁷⁸ V. art. L.761-9 c. trav., selon lequel « Tout travail commandé ou accepté par une entreprise de journal ou périodique et non publié doit être payé. Le droit de faire paraître dans plus d'un journal ou périodique les articles ou autres œuvres littéraires ou artistiques dont les personnes mentionnées à l'article L.761-2 sont auteurs est obligatoirement subordonné à une convention expresse précisant les conditions dans lesquelles la reproduction est autorisée ».

⁴⁷⁹ V. art. L.132-6 CPI *in fine* : « En ce qui concerne les œuvres de l'esprit publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre et par les agences de presse, la rémunération de l'auteur, lié à l'entreprise d'information par un contrat de louage d'ouvrage ou de service, peut également être fixée forfaitairement ». Il importe de relever qu'il s'agit du seul texte applicable lorsque le journaliste est lié par un contrat de commande.

⁴⁸⁰ Le salaire est en effet notamment soumis à des charges sociales différentes des redevances au titre des droits d'auteur.

⁴⁸¹ Art. L. 131-3-1 CPI (loi du 1er août 2006).

⁴⁸² V. *supra*, n°50.

réalité – chaque co-auteur signant le sien, au titre d’une commande ou dans le cadre de la relation de travail)⁴⁸³.

- Au second alinéa, il est bien fait référence au « contrat de production audiovisuelle », qui n’emporte pas cession des « droits graphiques et théâtraux » sur l’œuvre⁴⁸⁴. Mais là, il ne s’agit pas tant de circonscrire le domaine de la présomption de cession – comme on le relève habituellement⁴⁸⁵ – que de délimiter les différentes qualifications nommées de la matière : les droits graphiques relèvent du contrat d’édition, quand il faut certainement voir derrière les « droits théâtraux » un avatar du droit de représentation publique, ressortissant donc au contrat de représentation... Présumée ou expresse, la cession de tels droits n’a aucunement vocation à entrer dans la qualification du contrat de production audiovisuelle, qui méritait donc d’être nommé ici⁴⁸⁶.

Il est vrai qu’une telle analyse semble se heurter à l’article L.131-2 du code de la propriété intellectuelle, qui précise que le contrat doit être établi par écrit : n’est-il pas illogique d’exiger qu’une cession *présumée* soit établie par écrit ? Le paradoxe n’est cependant qu’apparent : bien que la cession soit *présumée*, le contrat doit prévoir les modalités de la rémunération des créateurs, la reddition des comptes, etc., de telle sorte que l’exigence d’un écrit se comprend à cet égard. Il faut en outre observer que les parties n’auront peut-être pas expressément tracé les contours de la cession : la présomption permet d’éviter la précision, même si elle ne dispense pas d’établir un écrit. Il s’agit donc de règles d’ordre différent : une règle de preuve d’une part, une règle de fond d’autre part.

⁴⁸³ V. *supra*, n°65.

⁴⁸⁴ Sur la portée de ces droits exclus de la présomption, v. A. KESSLER-MICHEL, th. préc., n°379s. : selon cet auteur, la présomption étant d’interprétation stricte, l’exclusion de la présomption doit être d’interprétation large, sans oublier que de surcroît, le principe d’interprétation *in favorem auctoris* permet d’abonder en ce sens. V. aussi en ce sens P.-Y. GAUTIER, n°602. Les droits graphiques doivent donc être compris comme tous droits d’édition ou de reproduction sur support papier ou numérique autres que l’exploitation audiovisuelle proprement dite (v. A. KESSLER-MICHEL, préc., n°387).

⁴⁸⁵ V. A. KESSLER-MICHEL, th. préc., n°379s.

⁴⁸⁶ Remarquez en effet que, dans le 1^{er} alinéa du texte, il est tout à fait permis de voir une « présomption » de cession, dans la mesure où, supportant la preuve contraire, elle ne constitue qu’une dispense de preuve d’une cession expresse. En revanche, dans le 2nd alinéa, si le législateur décide que le contrat n’« emporte » pas cession des droits graphiques et théâtraux, laissant ainsi penser qu’il ne s’agit que de restreindre la présomption, il faut à notre sens voir là qu’une délimitation du périmètre du contrat de production audiovisuelle proprement dit, qualification qui doit être distinguée des autres contrats nommés que sont les contrats d’édition et de représentation. Il faut ainsi relever à cet égard que cette exclusion des droits graphiques et théâtraux ne souffre pas la preuve contraire : il ne s’agit pas de présomption à proprement parler. En d’autres termes, si bien entendu une telle cession reste toujours possible, elle ne saurait être englobée dans la qualification de production audiovisuelle, et partant suivre le même régime.

Pareillement, la qualification du « contrat de commande pour la publicité » ne s'applique en réalité qu'à un contrat de cession. Le contrat de commande pour la publicité est avant tout une cession présumée à partir de la commande passée par l'agence de publicité ou directement l'annonceur. Si une clause contraire exclut la présomption de cession, il ne devrait néanmoins pas s'opérer un retour au droit commun : une cession de droit commun ne devrait succéder qu'au cas où l'exploitation ne concerne pas une « œuvre de commande pour la publicité », mais une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de travail ou une œuvre préexistante, utilisée ensuite dans la publicité⁴⁸⁷. Lorsque le contrat concerne bien une « œuvre de commande pour la publicité », à la commande succède le régime spécial des articles L. 132-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle, notamment du point de vue de la rémunération⁴⁸⁸.

B. – Application du régime juridique propre à chacun des contrats

76. La distinction entre commande et contrat d'exploitation n'est pas toujours d'application pratique évidente et se révèle d'une portée toute relative quant à la protection du créateur. Quelques difficultés peuvent ainsi être examinées s'agissant de la rémunération (1), de l'obligation d'exploiter (2), de la preuve (3) ou de la remise d'un support de l'œuvre (4).

1) Rémunération du commanditaire

77. Un principe : une rémunération distincte au titre de la commande. – Chaque étape, sur le chemin partant de la composition de l'œuvre jusqu'à sa communication au public, devrait suivre ses règles propres, avec notamment pour conséquence la nécessité de rémunérer de façon distincte l'auteur pour la création de l'œuvre et son exploitation⁴⁸⁹.

À cet égard, la pratique du secteur de l'édition suscite quelques réserves, qui s'en tient soit à un défaut total de toute rémunération au titre de la commande – c'est, il faut bien l'avouer, le cas le plus fréquent – soit à la prévision d'un « minimum garanti » – une avance non remboursable sur les redevances d'exploitation, que prévoient certains des contrats conclus

⁴⁸⁷ Sur cette condition de la qualification, v. *infra*, n°236.

⁴⁸⁸ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°764. *Contra*, v. Ch. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ 1997, n°249, qui considère possible la renonciation au bénéfice du texte, d'ordre public de protection.

⁴⁸⁹ Pour l'exigence d'une ventilation de la rémunération entre honoraires perçus pour la réalisation de l'œuvre commandée et redevances de droits d'auteur, lorsque la commande s'accompagne d'une cession, v. S. DURRANDE, « Le contrat de commande », J.-Cl. PLA, fasc. 1342, 2002, n°99.

par un auteur à succès. Se comprend parfaitement l'usage selon lequel le minimum garanti est non remboursable : ce minimum garanti devrait en réalité être présumé constituer le prix de la commande. Il ne semble pas justifié, en revanche, de considérer que ce minimum garanti puisse être automatiquement compensé avec les redevances issues de l'exploitation.

En matière audiovisuelle, il conviendrait également d'exiger une ventilation de la rémunération entre prix de l'effort créateur et redevances d'exploitation⁴⁹⁰. Il faudrait, ainsi et surtout, veiller à ce que le prix de la commande soit versé lorsque l'œuvre réalisée en exécution du contrat ne fait pas ensuite l'objet d'une exploitation. Du fait de la confusion entre commande et production audiovisuelle, les juges s'écartent parfois de cette règle au détriment des créateurs⁴⁹¹. Il semble pourtant plus que douteux de justifier la mise à l'écart de la rémunération de l'auteur par le simple constat que la rémunération étant proportionnelle à l'exploitation, une œuvre non exploitée pourrait ne faire l'objet d'aucune rémunération : le contrat de commande est indépendant du contrat d'exploitation.

78. Gratuité de la commande ou référence à l'économie de l'opération. – Une explication plus convaincante pourrait éventuellement se fonder sur le caractère gratuit du contrat de commande de la contribution à l'œuvre audiovisuelle ; cela supposerait cependant que la volonté de l'auteur soit clairement établie en ce sens : l'intention libérale ne se présume pas⁴⁹². De même, l'éditeur pourrait ainsi prouver que le minimum constitue, pour tout ou

⁴⁹⁰ Sur la pratique, v., assez neutre, V. CHARDIN, « Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle », D. 1997, chron. p. 202s., spéc. p.203 : la « rémunération peut consister soit en une rémunération forfaitaire indépendante de la rémunération de la cession de droits, parfois appelée « prime d'inédit » ou « prime d'exclusivité », soit en une somme à valoir sur les sommes (avance garantie et pourcentages) revenant à l'auteur en contrepartie de la cession de droits sur l'œuvre ». En réalité, il nous semble que là encore, la rémunération devrait être obligatoirement distincte, avec les conséquences fiscales en résultant. V. *supra*, note, pour les avantages pour l'auteur.

⁴⁹¹ V. CA Paris, 4^e ch. A, 26 avril 2006 (affaire *Un gars, une fille*), LP 2006, III, p. 217, note F. COTTIN-PERREAU, CCE juin 2007, p. 28, n°11, obs. B. MONTELS. Dans cette affaire, alors que le jugement attaqué avait condamné le producteur à verser une somme au titre de la commande de « sketches » (ou « capsules », dans le jargon du secteur) destinés à une série télévisuelle à succès, la cour d'appel a validé le système mis en place par la production, selon lequel les auteurs, tenus d'envoyer un grand nombre de textes, n'étaient rémunérés que pour les sketches retenus, c'est-à-dire choisis, tournés par le producteur et diffusés par la chaîne.

⁴⁹² En ce sens que l'intention libérale ne se présume pas, v. Cass. 3^e civ., 31 mai 1999, Bull. civ. III, n°126 (« Il appartient à celui qui se prévaut d'un contrat à titre gratuit de démontrer l'intention libérale », affirme la Cour dans une affaire où un architecte, qui avait établi un projet de construction d'une maison à la demande d'un ménage, avait été débouté de sa demande en paiement d'honoraires au motif qu'il lui appartenait de faire la preuve de la convention d'honoraires). La solution paraît devoir être généralisée à tous les contrats de services, alors que celui qui invoque un don manuel n'a en revanche pas à prouver l'intention libérale (v. sur ce point Ph. MALAURIE, *Les successions, Les libéralités*, Defrénois 2^e éd. 2006, n°351). Certes, l'intention libérale paraît mise en doute par la considération suivant laquelle l'engagement de l'auteur est motivé par l'exploitation de l'œuvre future. Mais, compte tenu de l'indépendance conceptuelle de la commande et de l'édition, l'exploitation

partie, une avance sur les produits de l'exploitation, et non le prix de la commande. Ce devrait toutefois être à l'éditeur de rapporter cette preuve, car il n'appartient pas à l'auteur de démontrer que la commande présente un caractère gratuit⁴⁹³. Il en va *a fortiori* de même lorsqu'aucun prix n'est prévu, d'autant plus que sa détermination n'est pas une condition de formation du contrat d'entreprise. Il reste néanmoins que la gratuité ne semble pas pouvoir être prohibée : la liberté contractuelle, bien qu'elle soit « surveillée » en la matière⁴⁹⁴, reste ici de mise. Il faut avouer qu'à cet égard, la gratuité de la commande pourrait être attestée par le constat de l'absence de prévision d'un prix spécifique de la commande et la référence aux seuls taux de participation aux profits de l'exploitation, d'où il ressort que l'auteur a accepté de ne percevoir de rémunération qu'à raison de l'exploitation de l'œuvre commandée. Il en est d'ailleurs de même si le minimum garanti constitue une avance certes non remboursable, mais malgré tout une simple avance.

Pour éviter l'obstacle probatoire, une autre voie pourrait cependant être empruntée, partant de l'idée que la commande et l'exploitation forment un tout du point de vue économique. Un consensus semblant aujourd'hui régner au sujet de l'intégration de la finalité dans l'acte, on pourrait se référer aujourd'hui à l'économie du contrat, notion dynamique. Si, en adoptant une définition abstraite de la cause, la doctrine classique lui a fait jouer un rôle de catégorisation rigide des contrats⁴⁹⁵, l'économie du contrat permet au contraire d'établir ce qui constitue le cœur de la relation contractuelle, par opposition aux clauses périphériques⁴⁹⁶ : au lieu de scinder le contrat en une addition d'obligations, la notion permet d'y voir, dans sa dimension

n'est pas la contrepartie matérielle et obligatoire du contrat de commande (sur ce critère de l'absence d'intention libérale, v. *infra*, n°. Le contrat de commande ne comportant pas de rémunération propre semble donc bien ne pouvoir relever que d'une intention libérale, qu'il faut prouver.

⁴⁹³ Si le minimum garanti s'impute intégralement sur la participation proportionnelle à l'exploitation due à l'auteur, la commande ne donne lieu à aucune rémunération propre, et présente donc un caractère gratuit.

⁴⁹⁴ Chacun reconnaîtra ici l'expression de Françon, in « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », D. 1976, chron. p. 55.

⁴⁹⁵ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, n°251 : « la théorie classique détache la cause du réel, en considérant qu'elle est toujours identique pour un même type de contrat (...). La loi constitue elle-même le contenu juridique du contrat, le même pour tous les contrats de même nature juridique, sans que les intentions particulières et concrètes des parties soient prises en considération. La délimitation du contenu de l'acte juridique ne serait plus l'œuvre de l'autonomie de la volonté, mais l'œuvre de la loi. Les parties ne pourraient plus assouplir les catégories ». V. aussi J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ 2000, n°136 : « en postulant une cause identique par type de contrat », la théorie classique « induisait un système de causes nommées et l'impossibilité de créer d'autres types contractuels fondés sur une cause non identique ».

⁴⁹⁶ J.-J. BARBIÉRI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 628, selon lequel « il faut travailler à l'économie du contrat, au sens qu'avait ce terme au XVIII^e siècle : agencement des éléments ; répartition dans l'ensemble ».

objective, une opération⁴⁹⁷, et dans sa dimension subjective, une matérialisation de l'accord des volontés⁴⁹⁸. La notion d'économie du contrat invite ainsi à un dépassement de la cause de l'obligation⁴⁹⁹. De fait, en analysant l'économie du contrat, le juge interroge la fonction économique précise du contrat – non une fonction abstraite (louer, transporter, etc.) mais concrète. Ainsi par exemple le transfert de la propriété d'une chose en contrepartie de la reprise des dettes d'une société pourrait-il constituer une vente valable, en dépit de l'absence de prix monétaire⁵⁰⁰. On peut ainsi se demander si la référence à l'économie de l'opération auxquelles participent le contrat de commande et le contrat d'exploitation, comme deux pièces d'un tout, ne pourrait pas justifier de l'absence de prix propre à la commande, dès lors que l'auteur est intéressé à l'exploitation de l'œuvre commandée.

79. Modalités du prix de la commande. – Dès lors que le contrat de commande peut recevoir la qualification de louage d'ouvrage, peut tout au moins s'épanouir la liberté de ne déterminer le prix qu'après exécution de la convention⁵⁰¹, comme éventuellement l'intervention du juge au sujet de sa fixation⁵⁰², voire à celui de sa modification⁵⁰³.

⁴⁹⁷ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM 2004, préf. J. BEAUCHARD, n°76, qui définit l'économie du contrat comme « l'ensemble et l'ordre des éléments nécessaires pour obtenir un résultat ». V. aussi Ch. ATIAS, « L'équilibre renaissant de la vente », D. 1993, chron. 1, n°1, qui met en avant « l'ensemble, le principe et la nature de l'opération à réaliser » - J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ 2000, préf. J. GHESTIN, n°506, selon laquelle le contrat « représente une entité, une réunion d'éléments qui, plus que la simple juxtaposition de ses parties, portent sur une finalité et une logique globale ».

⁴⁹⁸ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, n°82, qui note qu'il s'agit néanmoins toujours d'une donnée objective, car le contrat « ne ressort pas exclusivement de la volonté interne de l'une des parties mais d'une conjonction de deux volontés internes qui forment une entité logiquement indépendante du vouloir de chaque contractant ».

⁴⁹⁹ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, n°76, qui note que « la cause se rapporte à l'obligation et suppose une étude analytique du contrat – on part de l'engagement de l'une des parties pour en connaître l'explication. Inversement, l'économie du contrat invite à un examen synthétique et global du contenu de l'acte juridique – on part de l'opération globale pour définir le sens des engagements ».

⁵⁰⁰ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, n°77 (exemple de fonction économique précise du contrat, déterminée d'après l'économie de l'opération).

⁵⁰¹ Sur cette possibilité – inapplicabilité de l'exigence de *détermination* du prix aux contrats d'entreprise – v. P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 3^e éd. 2007, n°766 ; et en droit d'auteur, S. DURRANDE, « Le contrat de commande », *op. cit.*, n°8 et 78s. V. aussi Cass. 1^e civ., 24 février 1987, préc. – CA Paris, 4^e ch. A, 22 avril 2006, LP nov. 2006, III, p. 217.

⁵⁰² L'intervention du juge est incontestée s'agissant de la *fixation* du prix indéterminé : v. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°570, et en droit d'auteur, S. DURRANDE, « Le contrat de commande », *op. cit.*, n°81, qui suggère que le prix peut être fixé en fonction de la notoriété et de la compétence de l'auteur, de la difficulté de la tâche, de la « cote » de l'artiste, des prix demandés dans le passé, des barèmes en usage dans la profession, des usages, etc. *Adde* Cass. 1^e civ., 24 novembre 1993, préc. (rémunération fixée « compte tenu des éléments de la cause »).

⁵⁰³ L'immixtion judiciaire est plus contestée s'agissant de la modification du prix convenu, not. s'agissant de la réduction des « honoraires ». V. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°567s, et en droit d'auteur, S. DURRANDE, « Le contrat de commande », *op. cit.*, n°80, qui doute que les émoluments du créateur puissent recevoir la qualification d'« honoraires », contrepartie de prestations intellectuelles certes, mais renvoyant aux professions libérales, et ne prenant pas en compte le fait que l'auteur est davantage rémunéré pour le support qu'il livre au commanditaire.

2) Obligation d'exploiter

80. Obligation d'exploiter du producteur audiovisuel. – La distinction entre commande et production audiovisuelle présente un intérêt particulier pour le producteur, relativement à la mise en œuvre de l'obligation d'exploiter. En effet, dans la pratique, le processus de commande est en général très éclaté, le commanditaire se réservant de donner suite au projet à chaque étape. Ainsi commande-t-il d'abord souvent un synopsis, ou une bible, et ensuite un scénario, puis après seulement une continuité dialoguée (scénario détaillé avec les dialogues), etc.⁵⁰⁴ Cela étant, il faut ici poser l'hypothèse, qui sera vérifiée plus avant, que le producteur audiovisuel s'oblige quoiqu'il en soit à assurer la réalisation de l'œuvre audiovisuelle⁵⁰⁵.

Aussi, lorsque le contrat de production audiovisuelle est analysé en une commande translatrice, la clause de la commande-cession qui permettrait au producteur de n'exploiter que certaines des créations commandées risque fort d'être jugée potestative⁵⁰⁶. Par ailleurs, il est vain de chercher à distinguer entre les différentes contributions à l'œuvre audiovisuelle. Certes, il est tentant de considérer que la commande d'œuvre audiovisuelle ne concernerait en fait que les éléments préalables nécessaires à sa réalisation (scénario, continuité dialoguée...), quand le contrat de production audiovisuelle encadrerait au contraire la réalisation de l'œuvre audiovisuelle en tant que telle... L'analyse est séduisante, mais aporétique. En effet, sont (présumés) co-auteurs, aussi bien le réalisateur de l'œuvre que les intervenants antérieurs à la réalisation, ainsi de l'auteur du scénario, des dialogues, etc.⁵⁰⁷ Conséquence : il n'y a pas lieu de distinguer la commande du scénario de celle de la réalisation de l'œuvre audiovisuelle proprement dite. La seule alternative est de considérer que le contrat de production audiovisuelle, auquel doivent être parties toutes ces personnes, englobe toute commande relative aux éléments créés par elles, ou s'en distingue. Dès lors que la seconde voie a été élue, il n'est plus possible de justifier un traitement différencié de diverses contributions. Une tentative de distinction entre les éléments de l'œuvre audiovisuelle proprement dite et les

⁵⁰⁴ Sur ce processus, v. V. CHARDIN, « Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle », D. 1997, chron. 202, p.203.

⁵⁰⁵ V. *infra*, n°150.

⁵⁰⁶ V. en ce sens CA Paris, 4^e ch. A, 22 avril 2006, *op. cit.* V. aussi Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique, 2^e Droit des exploitants », *Encycl. Civ. Dalloz*, 2007, n°142.

⁵⁰⁷ Art. L.113-7 CPI. D'après le 1^{er} alinéa, ont d'ailleurs « la qualité d'auteur d'une oeuvre audiovisuelle la ou les personnes qui ont participé à la création intellectuelle de cette œuvre » (souligné par nous). Aucun *distinguo*, donc, entre les différents contributeurs.

œuvres préexistantes conduirait de même à l'égarement. Il est vrai que les auteurs de la « bible » ont pu être tenus pour auteurs d'une œuvre préexistante, et non pour co-auteurs de l'œuvre audiovisuelle⁵⁰⁸. La qualification de production audiovisuelle ne s'appliquerait ainsi qu'au cas d'une commande des éléments créés par les co-auteurs présumés de l'œuvre. Cela étant, le raisonnement ne vaut qu'à l'égard de ces éléments préparatoires, les auteurs du scénario, des dialogues, etc., ne pouvant en revanche être mis à l'écart du mécanisme de la présomption de cession. Surtout, le bien-fondé d'une telle discrimination est discutable, dans la mesure où la liste des co-auteurs n'est pas fermée, et qu'il n'est pas de raison convaincante d'assimiler auteurs d'une bible esquissant directement l'œuvre audiovisuelle future et créateur d'une œuvre préexistante adaptée⁵⁰⁹.

Pour se dédouaner de toute responsabilité consécutive à la non-exploitation, il semble que le commanditaire ne puisse ainsi que tenter de se soustraire *entièrement* au régime de la production audiovisuelle. L'intérêt d'une dissociation conceptuelle entre commande d'une œuvre audiovisuelle et production audiovisuelle est patent de ce point de vue, en ce qu'il élimine toute difficulté : le producteur peut sélectionner les œuvres qui sont créées et lui sont présentées en vertu du contrat de commande, pour obtenir cession des droits sur les seules œuvres qu'il désirerait exploiter. La commande étant honorée de part et d'autre, la présomption de cession n'est qu'un avantage que le producteur peut utiliser ou décliner⁵¹⁰. La voie la plus efficace consiste bien ainsi à distinguer la commande et le contrat de production audiovisuelle, en excluant du second toute obligation de créer, pour le recentrer sur la cession et l'exploitation. On peut dès lors analyser la clause selon laquelle il se réserve la faculté de donner suite au projet comme une clause écartant la présomption de cession dont il est le bénéficiaire : c'est au final une simple option qui serait posée. L'existence d'un contrat de production audiovisuelle, supposant une cession ferme, ne sera établie qu'à partir de l'agrément de l'œuvre commandée.

⁵⁰⁸ TGI Paris, 23 septembre 1992, RIDA 4/1993, p.257. Il s'agissait en l'espèce de savoir si les auteurs de la « bible » bénéficiaient de la qualité d'auteur du scénario, auteur présumé de l'œuvre audiovisuelle (art. L.113-7 al. 2 CPI). Le jugement rejette cette interprétation, mais fait bénéficier les requérants du statut de l'auteur de l'œuvre préexistante adaptée, « assimilé » aux créateurs de l'œuvre audiovisuelle (art. L.113-7 al.3). Cette décision ne tranche pas le problème envisagé, mais bien sûr, cette décision n'est cpt. pas sans portée sur sa solution.

⁵⁰⁹ En ce sens, B. MONTELS, « Titulaires du droit d'auteur. Œuvre audiovisuelle », J-Cl. PLA, fasc. 1190, n°21.

3) Preuve

81. Preuve. – Il convient de soustraire les commandes proprement dites aux exigences du droit commun des obligations artistiques, ainsi par exemple s’agissant de la preuve des commandes de contributions à une œuvre audiovisuelle⁵¹¹. De manière générale, peut ainsi régner l’absence de formalisme, la preuve du contrat obéissant au droit commun de la preuve⁵¹². Il faut toutefois souligner qu’en matière de production audiovisuelle, un écrit est, en toute hypothèse, indispensable pour que joue la présomption de cession⁵¹³.

4) Remise d’un support

82. Délai de remise du support d’une œuvre en vue de son édition. – La dualité de qualification – commande, d’une part, contrat d’exploitation, d’autre part – pose certains problèmes du fait de l’existence, en pratique, d’un seul acte instrumentaire. Ainsi de la difficulté soulevée par la clause relative à la remise du texte que comportent en principe les contrats d’édition⁵¹⁴. De fait, lorsqu’un tel contrat est conclu à l’égard d’une œuvre future, le délai imparti à l’auteur pour remettre le texte définitif constitue en même temps le délai imparti au créateur pour honorer la commande. La clause semble devoir s’inscrire dans le cadre des deux contrats : le retard dans l’exécution de la commande constituera un retard dans l’exécution de l’obligation de remise de « l’objet de l’édition ». Cela étant, le contrat de commande oblige l’auteur, non seulement à créer l’œuvre, mais encore à délivrer le support au commanditaire⁵¹⁵. Il est alors possible de douter que la clause relative au délai ressortisse vraiment au contrat d’édition. Cependant, peut-il être considéré que le non-respect du délai ne constitue pas une inexécution du contrat d’exploitation ? Ceci est douteux. Un lien d’indivisibilité pourrait être caractérisé, et conduire, dans le cas d’une résolution du contrat de commande, à celle de l’édition. En réalité, même si les parties ne prévoient qu’un seul délai,

⁵¹⁰ De la même façon qu’en l’absence d’application d’une présomption de cession, l’auteur ne formulerait à l’égard de l’œuvre réalisée sur commande qu’une offre de cession, que l’exploitant peut accepter ou refuser.

⁵¹¹ Ainsi p.ex. le contrat de commande pourra être soumis au droit commun de la preuve, et non aux exigences probatoires de l’article L.131-2 CPI (en ce sens, v. V. CHARDIN, « Le contrat de commande d’œuvre audiovisuelle », *op. cit.*, p.203), le prix de la commande n’étant déterminé qu’après la création achevée, etc.

⁵¹² Par application des art. 1341s. C. civ. Sur ce point, v. S. DURRANDE, « Le contrat de commande », *op. cit.*, n°3s.

⁵¹³ Sur ce point, v. A. KESSLER-MICHEL, *Présomptions et droit d’auteur*, th. Paris XI, 2001, n°355.

⁵¹⁴ V. contrats-type en annexe. V. art. L.132-9 al. 2 CPI, aux termes duquel l’auteur « doit remettre à l’éditeur, dans le délai prévu au contrat, l’objet de l’édition en une forme qui permette la fabrication normale ».

⁵¹⁵ V. sur ce point J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°3225s.

sans distinguer entre un délai pour créer l'œuvre et un délai pour remettre le support de l'œuvre créée, il faut admettre que le délai stipulé présente cette double signification, et que s'agissant de la remise du support, la prévision d'un délai se rattache *et* au contrat de commande *et* au contrat d'édition, tant et si bien que le non-respect du délai peut entraîner la résiliation *et* de la commande *et* de l'édition⁵¹⁶ et, subséquemment, restitution de l'avance et versement de dommages et intérêts au profit de l'exploitant⁵¹⁷. Seulement, il faudra peut-être se livrer à une appréciation souple, puisque le délai prévu est aussi celui imparti pour créer l'œuvre. Les usages de la profession ou l'ancienneté des relations entre les parties devraient aussi pouvoir être retenus par le juge pour rejeter l'éventuelle demande de résiliation des contrats ou, au moins, exclure la condamnation de l'auteur à des dommages-intérêts⁵¹⁸. Lorsque le contrat d'édition est conclu à l'égard d'une œuvre déjà créée, le délai stipulé prend à l'inverse une signification exclusive : il n'est que le temps nécessaire pour établir une version propre à l'impression et à la diffusion de l'œuvre. Le retard devrait être apprécié plus strictement.

Sous-section 3

LES PROMESSES DE CESSION

83. Existence de « contrats d'option ». – La pratique du secteur audiovisuel a fréquemment recours à des « contrats d'option », notamment pour l'achat des droits d'adaptation d'une œuvre littéraire⁵¹⁹ – la formule peut néanmoins être empruntée dans d'autres secteurs. En principe, il s'agit de véritables promesses – unilatérales – de contrat, dans la mesure où l'auteur ou son ayant cause consent d'ores et déjà au contrat définitif⁵²⁰. De façon liminaire, il faut observer que la qualification du contrat définitif est, sous cet angle, indifférente : la

⁵¹⁶ Sur la résiliation du contrat d'édition aux torts de l'auteur, en cas de retard dans la remise d'un support de l'œuvre, v. p. ex. Cass. 1^e civ., 14 novembre 1978, GP 1979, 1, somm. p. 100. Pour un exemple de résiliation aux torts partagés, v. Cass. 1^e civ., 5 novembre 1975, Bull. civ. I n°316.

⁵¹⁷ L'auteur aux torts duquel la résiliation est prononcée peut ainsi être tenu de restituer les avances qu'il a reçues (CA Versailles, 3^e ch., 20 juin 1997, D. 1998, SC 194, obs. COLOMBET) voire des dommages et intérêts (CA Paris, 4^e ch. B, 4 avril 1997, juris-data n°022820).

⁵¹⁸ Les usages ou l'ancienneté de la relation des parties peuvent être prises en compte par le juge pour fixer le délai non prévu (v. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°666). Ils devraient, nous semble-t-il, pouvoir être retenus dans l'appréciation faite par le juge de la gravité du manquement justifiant la résiliation. A défaut, ils devraient pouvoir écarter réparation du préjudice subi par l'exploitant.

⁵¹⁹ V. sur ce point P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°588.

⁵²⁰ L'expression « contrat d'option » peut être tenue pour équivalente à celle de « promesse unilatérale de contrat », dans la mesure où une promesse unilatérale peut justement se définir comme celle par laquelle « le promettant consent au bénéficiaire une **option**, c'est-à-dire un choix : acquérir (ou vendre) ou renoncer » (A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°83).

promesse de contrat peut viser des contrats de toute nature⁵²¹. Se pose en revanche la question de savoir si, en droit d'auteur, la promesse doit respecter le droit commun des contrats d'exploitation⁵²² ou, au contraire, le seul droit commun des promesses⁵²³.

Il est indéniable que la promesse est un contrat⁵²⁴. Néanmoins, le contrat d'option réserve seulement à l'une des parties – le producteur, de façon générale le cocontractant du créateur – le choix de conclure ou non un contrat d'exploitation et, en cela, il pourrait paraître devoir échapper à l'empire des articles L. 131-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. Pourtant, la portée du « contrat d'option » est tout à fait différente de celle du contrat de commande. Ce dernier n'est pas un avant-contrat, du moins par nature, en ce sens qu'il peut se suffire à lui-même : dans le cas où le maître d'ouvrage n'envisage qu'un usage personnel du support fabriqué, il serait superflu d'adjoindre une cession de droits à la commande de l'œuvre⁵²⁵. Et s'il envisage une utilisation publique ou commerciale, la commande est tout au plus l'une des deux pièces maîtresses d'un processus allant de la création à l'exploitation de l'œuvre. Le contrat de commande présente, en d'autres termes, une « autonomie » par rapport au contrat d'exploitation. Il n'en va pas de même s'agissant du « contrat d'option ». Deux raisons militent en faveur de l'application du droit commun des contrats d'auteur. La première tient au droit civil des contrats. Il est de règle que la promesse de contrat contienne les éléments du contrat définitif envisagé, dans la mesure où le consentement du promettant est d'ores et déjà acquis, et où ce consentement ne se conçoit pas sans que soient déterminés les éléments qui peuvent le déterminer⁵²⁶. La seconde tient au droit d'auteur, qui renforce la position précédente. On sait que le droit commun des contrats d'auteur est conçu dans un esprit de protection du créateur⁵²⁷. Or il est évident que l'auteur, qui donne d'ores et déjà son consentement au contrat définitif dans la promesse, s'expose à de grands risques si la cession

⁵²¹ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF coll. « Thémis » 2005, n°83 p.212 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Manuel Litec 5^e éd. 2007, n°48.

⁵²² Soulevant cette interrogation, v. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°588.

⁵²³ Il semble approprié d'évoquer un « droit commun » des promesses de contrat, dans la mesure où, même si ce type de convention est étudié, par commodité, au regard de la promesse de vente, la doctrine s'accorde à préciser que le modèle de la promesse de vente est extensible à la promesse d'autres contrats. V. not. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, n°48.

⁵²⁴ La promesse de contrat est elle-même un contrat au sens du code civil, dont tous les éléments doivent être réunis. V. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois 3^e éd. 2007, n°442.

⁵²⁵ V. sur ce point *supra*, n°55.

⁵²⁶ V. pour la promesse unilatérale de vente, J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, n°148.

⁵²⁷ V. p. ex. Ch. CARON, *Manuel*, n°394.

n'est pas délimitée ou si le prix n'est pas fixé et doit donc être protégé de la même façon que dans une cession définitive.

Les règles du droit contractuel d'auteur, combinées avec celles du droit civil, doivent donc s'appliquer sans restriction. Tout d'abord, l'article L.131-1 du code de la propriété intellectuelle devrait inclure dans son champ d'application les promesses aussi bien que les contrats définitifs. Admettre les contrats d'option en nombre illimité permettrait indirectement de parvenir au résultat que vise à empêcher la loi : priver le créateur de sa liberté. Il convient donc de limiter le nombre de promesses de cessions admises dans la même mesure que celui des cessions définitives : on retient en général un seuil de deux œuvres⁵²⁸. Ensuite, il faut exiger l'application pleine et entière des articles L.131-3 et L.131-4 : les droits proposés en option d'acquisition doivent être strictement délimités, et le prix de la cession promise doit d'ores et déjà être déterminé dans le respect des exigences que la loi formule⁵²⁹, s'agissant de l'assiette de la rémunération par exemple⁵³⁰. Quelles sont cependant les modalités concrètes que peuvent suivre les cocontractants pour s'assurer de l'efficacité du contrat d'option envisagé ? La meilleure solution consiste sans doute à annexer au contrat d'option le projet de contrat définitif, lequel entrerait en vigueur dans le cas et au jour de la levée d'option⁵³¹. Cela étant, il semble tout à fait admissible que les parties à la promesse conviennent de déterminer plus tard les modalités « secondaires », mais concrètes, de leur partenariat, s'agissant par exemple des facultés de résiliation, des délais dans lesquels les différentes obligations doivent être exécutées, etc. Il est seulement indispensable de préciser dans le contrat les éléments du contrat définitif que régit le droit commun des contrats d'auteur, à savoir essentiellement la délimitation de la cession et la rémunération du créateur, dans le respect des articles L.131-3 et L.131-4 du code de la propriété intellectuelle.

⁵²⁸ Une discussion existe sur le point de savoir à partir de quel nombre de contrats s'applique la prohibition de la « cession globale des œuvres futures », deux ou plus de deux. V., dans un sens restrictif, H. DESBOIS, *Traité*, n°537 bis – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°596 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°972. Dans un sens plus souple, mais prudent, v. Ch. CARON, *Manuel*, n°409.

⁵²⁹ Il faut d'ailleurs noter que le droit commun des promesses de vente prescrit la détermination du prix dès la conclusion de la promesse, dans la mesure où le vendeur exprime d'ores et déjà son consentement à la vente.

⁵³⁰ V. sur ce point P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°484, qui rappelle que l'assiette de la rémunération doit toujours être le prix payé par l'utilisateur.

⁵³¹ V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°588, qui indique que le contrat doit comporter l'énonciation des droits transmis et le prix, et devrait entrer automatiquement en vigueur au jour de la levée d'option.

Il va cependant de soi que ces règles sont protectrices de l'auteur. Il est donc concevable qu'un exploitant s'engage au contraire par un nombre illimité de contrats d'option, s'agissant de l'exploitation des droits dérivés par exemple⁵³². Ces promesses, qu'elles soient de vente ou d'achat, devront respecter les prescriptions du droit civil – notamment la détermination de l'objet et du prix – mais il n'y a pas plus de sens ici qu'ailleurs de lui offrir la protection d'un droit contractuel d'auteur destiné à protéger les seuls créateurs⁵³³.

84. Conclusion de la section 2. – Il importe d'être très conscient de la valeur du principe fondateur du droit de la propriété littéraire et artistique que pose l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle, qui se situe justement en exergue de la partie consacrée au droit d'auteur. Il n'est en effet guère étonnant qu'il siège au seuil des portes du royaume : il en va de l'existence même du domaine du contrat d'auteur. Si d'aventure les contrats de commande ou de travail emportaient cession de droits, il pourrait devenir les schémas contractuels dominants, sinon despotiques, de l'exploitation des œuvres de l'esprit⁵³⁴ : qui empêcherait l'éditeur de salarier ses écrivains, le producteur tous les collaborateurs des œuvres réalisées⁵³⁵ ? La notion même de contrat d'auteur se diluerait, puisque même l'application du droit commun des obligations artistiques serait en bonne partie éludée⁵³⁶. Le contrat d'auteur ne paraît donc pouvoir subsister qu'au prix d'une distinction rigoureuse avec les contrats de commande et travail. Il faut cependant aussi distinguer le contrat d'auteur de conventions, à dire vrai assez exceptionnelles, par lesquelles un créateur reste le maître de son œuvre, se contentant de requérir les services d'un exploitant à qui il ne cède pas ces droits : s'il en va ainsi du compte d'auteur ou du compte à demi, c'est peut-être aussi le cas des contrats du Web 2.0, qui devraient parfois n'être que de simples fournitures d'hébergement. En revanche, les contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité ne sont pas, en

⁵³² Le cas du contrat d'option conclu au bénéfice d'un créateur, s'il suivrait les mêmes règles, semble relever du cas d'école.

⁵³³ Sur le caractère *ad personam* du droit commun des contrats d'auteur, v. *infra*, n°249s.

⁵³⁴ Il n'y aurait en effet pas grand sens, dans cette hypothèse, à faire du contrat d'édition ou du contrat de production audiovisuelle p.ex., des formules obligatoires pour les catégories d'œuvres qu'ils concernent, en laissant au contrat de travail emportant cession un domaine résiduel dont on voit mal ce qu'il recouvrerait.

⁵³⁵ Convention à durée déterminée ou indéterminée, le contrat de travail présente suffisamment de souplesses pour être préféré aux contrats nommés du droit d'auteur et leur carcan légal, notamment pour éviter l'obligation d'exploitation.

⁵³⁶ Si la rémunération proportionnelle était sauvegardée, les limites à l'étendue des cessions seraient largement ignorées, étant entendu que la présomption ne serait certainement guère plus restreinte que celle édictée pour la production logicielle, audiovisuelle ou publicitaire. V. p.ex. sur l'étendue de la présomption de cession en matière audiovisuelle, les arrêts « Vauban » (Cass. 1^{er} civ., 22 mars 1988, RIDA 3/1988, 106, note KÉRÉVER, RTD. com. 1988, 629, obs. Françon) et « Teledis » (5 novembre 1991, RIDA 2/1992, 186), selon lesquels la société de production se trouve investie « par l'effet de la loi et sans limitation de durée des droits

dépit d'une dénomination trompeuse, des commandes : ils s'articulent autour de l'exploitation mais aussi de leur effet translatif. C'est dire que leur régime s'applique en l'absence même de bénéfice d'une présomption de cession dénuée de réalité pratique.

85. Conclusion du chapitre 1. – Tant qu'elle demeure dans les limbes de son esprit, dans le secret de son âme, l'œuvre appartient à son créateur de façon si incontestable que le droit ne pourrait pas même l'en arracher : c'est en des termes éloquents que le législateur révolutionnaire fit un constat sur lequel jamais le droit français ne revînt⁵³⁷. Mais lorsque l'auteur divulgue et consent à l'exploitation de son œuvre, il est dépouillé de la jouissance exclusive de sa création ; il ne peut plus la conserver jalousement. Abstraction faite du droit moral, serait-ce pour cette raison que le législateur contemporain, deux siècles plus tard, n'évoque explicitement que la cession, comme une métaphore du lien brisé⁵³⁸ ? Assurément, un créateur ne loue pas plus son génie qu'il ne le vend : c'est que son talent est hors commerce. Faut-il au contraire admettre que le résultat de la création, à l'inverse, se prête aux cessions aussi bien qu'à de simples licences ? Du moins faudrait-il que la référence à la cession s'accompagne de critères discriminants, qui donnent à celle-ci un effet plus radical que la licence. Or deux séries d'enseignements peuvent être tirés de la *lettre* du code de la propriété intellectuelle, s'agissant du concept de cession.

En premier lieu, il n'existe pas de critères propres au droit d'auteur pour distinguer entre *contrat* de cession, d'une part, *contrat* de licence, d'autre part. Ni la délimitation du domaine d'exploitation, ni la stipulation d'une obligation d'exploiter, pas plus que l'existence ou la nature de l'exclusivité, ne constituent, à s'en tenir à la lettre de la loi, des critères opératoires d'une telle distinction, dans la mesure où rien de tout ceci ne fait obstacle à l'*effet translatif* et où la loi invite à attribuer un tel effet à l'ensemble des contrats d'exploitation. En réalité, le concept de cession utilisé en droit d'auteur renvoie à un effet du contrat, et non à une qualification contractuelle. Aussi le juge devrait-il, à l'égard des règles prévues en cas de cession, c'est-à-dire d'effet translatif, les appliquer aussi bien aux contrats de cession qu'aux conventions qui, présentées sous la dénomination de licence, prétendraient se soustraire à leur

d'exploitation ». V. B. MONTELS, *Le contrat de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n°13s.

⁵³⁷ V., sur l'idée d'une propriété naturelle et originelle de l'auteur par Le Chapelier et Lakanal, rapporteurs des lois révolutionnaires, A.-Ch. RENOUARD, *Traité*, t. I, pp. 309s.

⁵³⁸ Au vrai, c'est d'abord et en des termes plus évidents que le législateur révolutionnaire souligne cette dimension symbolique de la rupture que l'exploitation de l'œuvre opère avec son auteur : Le Chapelier ne disait-

empire : la béquille du raisonnement par analogie n'apparaît pas du moins utile, si l'on s'en tient à l'application de la loi spéciale. Ce n'est pas à dire que le principe de la distinction soit condamné, bien au contraire. Rien, dans la loi spéciale, n'interdit de retenir qu'un contrat de licence produit un effet translatif⁵³⁹. Mais il ressort clairement que la distinction entre cession et licence ne peut se fonder que sur une analyse de la nature du droit du cocontractant du créateur au regard du droit civil, en dépassant la lettre des textes. En d'autres termes, la distinction entre contrats de cession et de licence est une distinction de droit civil, non de droit d'auteur.

En revanche, la lettre du code de la propriété intellectuelle invite à distinguer nettement entre les contrats produisant un effet translatif et les contrats par lesquels soit l'auteur, soit son partenaire, promettent un service. Le droit commun des contrats d'auteur étant un droit commun des cessions, seul les contrats qui comportent un effet translatif sont des contrats d'auteur, à proprement parler. En effet, le droit d'auteur met obstacle à l'effet translatif du contrat de commande, sans même qu'il soit donc nécessaire de trancher la discussion qui existe également sur ce point en droit civil, à propos du contrat d'entreprise. Par ailleurs, il est intéressant de relever que les nouveaux modèles économiques résultant des innovations technologiques, dans le Web 2.0 par exemple, conduiront peut-être à une concurrence accrue, à côté des cessions de droit, des contrats par lesquels un opérateur économique se contente d'offrir un service au créateur. Si la référence à la cession n'est peut être qu'une métaphore au regard du droit civil, en dépit de la lettre de la loi spéciale, encore faut-il néanmoins, avant et afin d'opérer un rapprochement avec les qualifications civilistes, établir le contenu obligationnel du contrat.

il pas qu'à partir de la publication, « l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt lui a transmise tout entière » ? V., citant le propos, RENOUARD, *Traité*, t. I, p. 309.

⁵³⁹ Il n'est qu'à penser au contrat d'entreprise, qui peut produire un effet translatif – de la propriété de la chose fabriquée sur instructions (V. *supra*, n°55), qualification dont le droit d'auteur ne permet pas de préjuger l'inapplicabilité au modèle de la licence. On verra qu'il en va de même de la qualification de bail (chap. 6).

Chapitre 2

LE CONTENU OBLIGATIONNEL DES CONTRATS

D'AUTEUR

86. Les obligations auxquelles le contrat donne naissance, ou plus exactement ses obligations principales, constituent un critère *permanent* de la qualification contractuelle⁵⁴⁰. En d'autres termes, un contrat individuel ne saurait être identifié sans recenser les obligations qu'il comporte et qui le caractérisent, de la même façon que la catégorie de rattachement du contrat individuel ne saurait l'être sans définir les obligations qui la composent. Souvent, aucune difficulté n'apparaît à cette étape lorsque le contrat fait l'objet d'une définition légale : la lettre de la loi indique clairement les éléments de définition de la catégorie de rattachement. Dans cette optique, conserve toute sa valeur la distinction que faisait Pothier, parmi les obligations nées d'un contrat, entre la ou les obligations *essentielles*, à défaut desquelles la qualification ne peut qu'être rejetée ; les obligations *naturelles*, que la qualification comporte dans le principe, mais que les parties peuvent exclure ; enfin, les obligations *accidentelles*, que le contrat ne comporte qu'à condition d'avoir été expressément prévues⁵⁴¹. Il ne saurait être question de s'intéresser ici aux obligations accidentelles, que toute définition légale occulte nécessairement : le propos de ce chapitre consiste moins à chercher la catégorie de rattachement d'un contrat *individuel* qu'à déterminer les contours de cette catégorie – laquelle, par définition, se situe à un niveau plus général que celui auquel se situent les stipulations particulières⁵⁴². Une recension des obligations *essentielles* et *naturelles* s'impose en revanche. En effet, une difficulté apparaît s'agissant des contrats visés par le code de la

⁵⁴⁰ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001, n°74.

⁵⁴¹ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF coll. « Droit fondamental », 2^e éd. 1998, n°41 – POTHIER, *Traité des obligations*, in Œuvres de Pothier, publié par M. Siffrein, Paris 1821, Gallica/BNF, 1^e partie, n°6s. : il est proposé une distinction entre les *essentialia*, dont le défaut « empêche qu'il n'y ait aucune sorte de contrat », les *naturalia*, qui « font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues », les *accidentalia*, qui, « n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière au contrat ». Les premières ne peuvent être écartées par une clause contraire, les secondes sont normalement incluses dans le contrat mais peuvent être conventionnellement écartées, les dernières doivent être expressément stipulées.

⁵⁴² La distinction de Pothier présente cependant aussi des faiblesses pour remplir pleinement une fonction qualificatoire : il n'est pas exclu qu'une obligation *essentielle* appartienne à l'*essence* de plusieurs contrats spéciaux. Il conviendra donc de rechercher, en droit d'auteur, si un contrat spécial donné peut être distingué des autres par une obligation *caractéristique*, i.e. caractéristique de cette seule qualification, ou encore propre à celle-ci et seulement à celle-ci. Il faut cela étant relever que la détermination de cette obligation caractéristique des contrats d'auteur permettra du même coup de déterminer le rattachement pertinent en droit

propriété intellectuelle : la lettre de ses dispositions ne précise pas toujours explicitement le « contenu obligationnel » de la qualification contractuelle, et peut laisser un doute sur la présence de certaines obligations, ainsi par exemple sur celle de verser une rémunération à l’auteur ou de se livrer à une exploitation des droits cédés. Avant de pouvoir déterminer la place qu’elle occupe dans la qualification, il importe ainsi de savoir si une obligation donnée intègre ou non le champ du contrat. De fait, s’impose une recension des obligations de l’auteur (section 1) aussi bien que de celles de l’exploitant (section 2) dans chacun des contrats de la matière⁵⁴³.

Section 1

LES OBLIGATIONS DE L’AUTEUR

87. L’auteur est tenu, en vertu de la loi, d’un certain nombre d’obligations à l’égard de son cocontractant, qui varient toutefois selon les contrats : obligation de délivrance (sous-section 1), de garantie (sous-section 2) mais aussi, parfois, de préférence (sous-section 3).

Sous-section 1

OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

88. L’obligation de délivrance des droits d’exploitation proprement dite (§1.) trouve souvent un prolongement dans celle de remise d’un support de l’œuvre dont les droits sont cédés (§2.).

§ 1. – OBLIGATION DE DÉLIVRANCE DES DROITS D’EXPLOITATION

89. Quasi-absence de règles spéciales. – Le code de la propriété intellectuelle semble ne comporter aucune règle spéciale relativement à la délivrance des droits faisant l’objet d’une cession ou d’une concession de licence. S’agissant de l’édition, pareille obligation de délivrance pourrait éventuellement être découverte dans le libellé du 1^{er} alinéa de l’article L. 132-9 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel l’auteur « *doit mettre l’éditeur en*

civil : la question ne pourra donc être tranchée que par la recherche de la qualification du contrat d’auteur au regard du droit civil.

⁵⁴³ Il convient cependant d’attirer l’attention sur le fait que, s’agissant d’une recherche des éléments de la qualification, il n’entre pas dans le propos de ce chapitre d’étudier le *régime* des diverses obligations (délivrance, garantie, rémunération, exploitation, etc.) mais seulement de s’assurer de leur présence dans le

mesure de fabriquer et diffuser les exemplaires de l'œuvre »⁵⁴⁴. Il faut avouer que la formule n'est cependant pas explicite, et que nulle disposition similaire n'a été édictée pour les autres contrats nommés.

Sans nul doute, l'auteur s'oblige néanmoins à délivrer les droits cédés. Sans qu'il soit nécessaire, à cet égard, de rechercher une qualification contractuelle du code civil ou une application analogique des dispositions qui leur sont propres, le droit commun des obligations suffit à fonder la solution⁵⁴⁵. Au contraire, une telle démarche semble s'imposer pour fixer la forme de la délivrance : c'est en effet au chapitre du contrat de vente que le code civil prévoit qu'en matière de meubles incorporels, la *tradition* s'accomplit par la remise des titres ou par l'usage que l'acquéreur fait du consentement du vendeur⁵⁴⁶. Surtout, ce travail de qualification sera utile pour résoudre les problèmes de conformité de l'œuvre aux attentes de l'exploitant, qui s'inscriront éventuellement dans le cadre de l'obligation de délivrance conforme⁵⁴⁷.

§ 2. – OBLIGATION DE REMISE D'UN SUPPORT DE L'OEUVRE

90. Obligation accessoire de remise d'un support de l'œuvre de l'esprit. – La délivrance d'un support de l'œuvre créée est bien souvent le point de départ de l'exploitation des droits nés sur cette création. Des stipulations pourront en effet être prévues quant à la fourniture et quant à la propriété des supports originaux de la création ; dans le silence du contrat, la loi elle-même règle la question. C'est ainsi par exemple que l'auteur doit s'engager, dans le cadre d'une édition, à remettre « *l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication normale* »⁵⁴⁸, objet qui reste, « *sauf convention contraire ou impossibilités d'ordre technique* », sa propriété personnelle⁵⁴⁹. L'exécution du contrat de représentation peut impliquer également la remise d'une copie de l'œuvre qu'il s'agit de diffuser, lorsque le mode

contrat. Tout au plus sera-t-il fait état des lacunes de la loi spéciale, renvoyant ainsi à la recherche d'une qualification civiliste, dans la seconde partie de l'étude, pour aborder les difficultés apparues en pratique.

⁵⁴⁴ Il faut en effet souligner que le législateur a cru bon de préciser, dans le 2^e alinéa de l'art. L.131-9 CPI, que l'auteur « *doit remettre à l'éditeur, dans le délai prévu au contrat, l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication normale* » (v. n° suivant). L'exégète est donc tenté de donner une signification propre au 1^{er} alinéa du même texte, selon lequel l'auteur doit mettre son cocontractant en mesure de fabriquer et diffuser les exemplaires de l'œuvre : ce pourrait être une référence à la délivrance du droit. Mais il faut avouer que, probablement, le législateur avait à l'esprit une prestation plus matérielle...

⁵⁴⁵ Art. 1136 c. civ.

⁵⁴⁶ Art. 1607 c. civ.

⁵⁴⁷ Sur ce problème, v. *infra*, n°544.

⁵⁴⁸ Art. L.132-9 CPI, al.1 et 2.

⁵⁴⁹ Art. L.132-9 CPI, al.3.

de représentation appelle une telle utilisation. Il faut toutefois relever que l'obligation de remise d'un support de l'œuvre de l'esprit n'est explicitement prévue par la loi qu'à propos du contrat d'édition. Or l'abstraction juridique doit être conciliée avec les réalités pratiques : si, bien entendu, il s'agit d'exploiter les *droits* sur l'œuvre, et non pas l'œuvre en elle-même, et si l'œuvre de l'esprit est indépendante du support qui la recueille en tant que valeur économique et juridique, il n'empêche que l'œuvre ne peut circuler que par un vecteur perceptible par les sens, et que l'exploitation des droits passe ainsi, tout au moins souvent, par l'utilisation d'un tel vecteur⁵⁵⁰. Très concrètement, la délivrance d'un support de l'œuvre de l'esprit se présente comme une nécessité pratique conditionnant l'exploitation des droits, quelle que soit la qualification du contrat.

De façon évidente, cette obligation de remise d'un support n'est pas pour autant une obligation caractéristique du contrat d'auteur. Un principe fondateur ouvre aujourd'hui le corpus du droit d'auteur, mais la disposition figurait anciennement, et ce de manière significative, au chapitre de l'exploitation des droits patrimoniaux : l'article L.111-3 du code de la propriété intellectuelle⁵⁵¹. La règle, qui dissocie les propriétés corporelle et intellectuelle, conduit à considérer que le contrat d'auteur, qui porte sur l'exploitation des droits, ne porte pas, du moins à titre principal, sur la propriété corporelle de l'objet matériel qui recueille l'œuvre de l'esprit⁵⁵². Toutes les obligations relatives au support de la création sont en quelque sorte *finalisées*, ce ne sont que des *moyens* d'exécution des engagements principaux, relatifs aux droits en tant que tels. Juridiquement, il ne peut ainsi s'agir d'obligations caractéristiques, révélatrices de la nature profonde du contrat d'auteur. Ces obligations ne semblent cependant pas pouvoir être exclues, car l'exploitant ne pourrait alors exploiter les droits cédés, et le contrat serait privé de cause. Dès lors, il n'est pas inutile de relever que la loi spéciale reste incomplète, voire muette, sur le régime de l'obligation : délai⁵⁵³, corrections par l'auteur⁵⁵⁴, etc. Un rapprochement avec les contrats civils s'imposera donc⁵⁵⁵, de même que pour l'obligation de garantie.

⁵⁵⁰ Le terme « support » est ici employé dans un sens large. V. *supra*, n°, et L. BREUKER, « Le support de création et le support de commercialisation de l'œuvre », CCE 2003, étude n°2, p. 13.

⁵⁵¹ V. art. 29 L. n°57-298 du 11 mars 1957, sous le Titre II « Exploitation des droits patrimoniaux de l'auteur », codifié ensuite à l'art. L.111-3 CPI, au Chapitre I^{er} du Titre I du Livre I, « Nature du droit d'auteur ».

⁵⁵² V. la jurisprudence citée par X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°377.

⁵⁵³ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°666, qui relève qu'en l'absence de toute indication précise du contrat, la loi ne donne aucune solution.

⁵⁵⁴ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°670, qui observe que la « la loi n'en souffle mot ».

⁵⁵⁵ Il faudra ainsi rechercher si une qualification spéciale pourra permettre de résoudre les problèmes, qui seront donc exposés dans la seconde partie de cette étude. V. *infra*, n°539.

Sous-section 2

OBLIGATION DE GARANTIE

91. Obligation accessoire de garantie. – Indéniablement, l’auteur doit normalement garantie à l’exploitant des droits qu’il a cédés sur l’œuvre visée dans le contrat. L’article L. 132-8 du code de propriété intellectuelle prévoit une telle garantie au titre du contrat d’édition, l’article L. 132-26 au titre du contrat de production audiovisuelle. Dans les contrats de représentation et de commande pour la publicité, son existence devrait dépendre de la qualification civiliste adoptée à leur égard, même s’il s’agit en tout état de cause d’une suite naturelle de la cession (article 1135 du code civil).

Là encore, il s’agit évidemment d’une obligation *accessoire*, dans la mesure où elle ne participe en rien à l’essence d’une quelconque qualification⁵⁵⁶. Peut-elle pour autant être écartée ? La clause évasive est fréquente au sein des licences d’utilisation libre, telles que les licences de logiciel⁵⁵⁷ ou les licences *Creative Commons*⁵⁵⁸. Même lorsque la loi spéciale prévoit une telle obligation, il n’est pas toujours évident de déterminer, au regard du seul droit d’auteur, s’il s’agit ou non d’une disposition impérative. En effet, s’agissant d’une obligation pesant sur l’auteur, ne peut être invoqué l’ordre public de protection. Certaines dispositions spéciales résolvent néanmoins le problème : en ne visant la clause contraire qu’à propos de la garantie d’exclusivité, l’article L. 132-8 du code de la propriété intellectuelle semble bien interdire, aux termes d’une interprétation *a contrario*, une clause excluant la garantie d’exercice paisible des droits cédés à l’éditeur. Pour tous les autres contrats, la réponse dépendra de la qualification donnée au regard du droit civil⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ V. Vocabulaire H. Capitant, sous la dir. G. CORNU, V° « garantie », qui la définit comme « l’obligation accessoire qui naît de certains contrats à la charge d’une partie et qui renforce la position de l’autre lorsqu’en cours d’exécution, celle-ci n’obtient pas les satisfactions qu’elle était en droit d’attendre ». Comp. B. GROSS, *La notion d’obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ 1964, préf. D. TALLON, n°106, qui la définit comme « une obligation complexe, d’origine légale ou conventionnelle, qui, dans certains contrats à titre onéreux où le créancier peut craindre d’être trompé sur les droits que son cocontractant lui transmet sur la chose, ou sur l’utilité de celle-ci, vient se superposer à certaines obligations nées du contrat et assure le garanti du résultat pratique de l’exécution normale de la convention, tout en lui promettant une réparation très efficace du dommage causé au cas où ce résultat ne serait pas atteint définitivement ».

⁵⁵⁷ V. sur ce point Ch. CARON, *Manuel*, n°460 et « Les licences de logiciels dits libres à l’épreuve du droit français », D. 2003, 1556, n°3, qui relève aussi la présence d’une clause évasive de responsabilité – Th. KEELAGHAN, « LINUX, logiciels libres et licences », CCE 2002, étude 6, p. 18s, spéc. p. 19.

⁵⁵⁸ V., relevant l’exclusion de garantie, S. DUSOLIER, « Les licences *Creative Commons* : les outils du maître à l’assaut de la maison du maître », *Prop. intell.* 2006, n°18, p. 10, spéc. p. 13 – M. CLÉMENT-FONTAINE, « Les licences *Creative Commons* chez les Gaulois », RLDI janv. 2005, p. 33.

⁵⁵⁹ V. *infra*, n°545s.

Il faut ensuite et peut-être surtout remarquer que le *contenu* de la garantie que doit l'auteur à son cocontractant n'est pas précisé : le code de la propriété intellectuelle évoque surtout l'exercice *paisible* des droits cédés⁵⁶⁰, et, à propos du seul contrat d'édition, l'exercice *exclusif*⁵⁶¹. La loi, en évoquant l'exercice paisible des droits cédés, semble se rapprocher de la garantie contre l'éviction⁵⁶² : l'existence d'une garantie contre les vices cachés ne dépendra donc, si tant est qu'elle soit concevable, que d'une stipulation expresse, ou de l'élection d'une qualification civile complémentaire comportant une telle garantie, ainsi la vente ou le bail. L'opération de qualification au regard du droit civil s'impose en tout état de cause pour préciser le régime de la garantie prévue. Dans une moindre mesure, il en est de même de l'obligation de préférence.

Sous-section 3

OBLIGATION DE PRÉFÉRENCE

92. Domaine d'application de l'article L.132-4 du code de la propriété intellectuelle. –

L'article L. 132-4 du code de la propriété intellectuelle prévoit et régit un pacte de préférence spécifique⁵⁶³. Dès lors, il convient de déterminer le champ d'application de cette disposition, en cherchant à savoir si ce pacte n'est qu'un accessoire du contrat d'édition, ou si ce régime spécial peut être étendu à d'autres contrats.

Tout d'abord, le code de la propriété intellectuelle n'envisage pas un pacte de préférence souscrit indépendamment du contrat d'exploitation. Les termes de l'article L. 132-4 sont parfaitement clairs : « *Est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés* »⁵⁶⁴. Le pacte de préférence que régit la loi spéciale, en tant qu'il porte sur l'édition d'œuvres *futures*, ne saurait être conclu avant même la conclusion d'un premier contrat d'édition par l'auteur. Prévu par une *stipulation* du contrat d'édition, il ne saurait qu'être intégré dans un contrat principal, et non être envisagé de façon autonome.

⁵⁶⁰ V. art. L.132-8 et L.132-26 CPI.

⁵⁶¹ V. art. L.132-8 CPI.

⁵⁶² C'est d'ailleurs à ce type de garantie que se cantonnent les développements de la doctrine : A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, Ch. CARON, n°429.

⁵⁶³ Pour une étude d'ensemble, v. H. GAUMONT PRAT, *Le pacte de préférence dans le contrat d'édition en droit français*, th. Paris II, 1993.

⁵⁶⁴ Art. L.132-4 al. 1 CPI (souligné par nous).

Subséquent à ce caractère accessoire⁵⁶⁵, le pacte de préférence suit ainsi le sort du contrat d'édition⁵⁶⁶.

Il n'est cependant pas inutile de savoir si le pacte de préférence, tel qu'il est prévu et réglementé par le code de la propriété intellectuelle, peut être conclu à l'égard d'autres contrats que le contrat d'édition⁵⁶⁷. Des juges du fond l'ont admis à propos de contrats de production audiovisuelle⁵⁶⁸. Une doctrine quasi-unanime considère en revanche qu'il s'agit d'un accessoire du seul contrat d'édition⁵⁶⁹, position qui ne peut qu'être approuvée⁵⁷⁰. En effet, non seulement le régime prévu ne paraît-il adapté qu'à ce contrat spécial⁵⁷¹, mais aussi et surtout les raisons d'être de ce régime spécifique ne semblent-elles pas justifier d'une extension analogique aux autres domaines : le domaine de l'édition et le domaine de l'exploitation audiovisuelle, par exemple, obéissent à des considérations économiques très éloignées⁵⁷². Est-ce à dire que, en tant qu'obligation propre au contrat d'édition, il s'agit d'un élément caractéristique de ce type de contrat ?

⁵⁶⁵ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°658 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1054.

⁵⁶⁶ La nullité du contrat d'édition emportera ainsi celle du pacte de préférence (TGI Paris, 3^e ch., 12 janvier 1988, RIDA 1988/3, 116, note P.-Y. GAUTIER), de même que la résiliation (CA Paris, 4^e ch., 24 novembre 1987, RIDA 1988/1, 96).

⁵⁶⁷ Il s'agit ici de savoir si peut s'étendre à d'autres contrats le régime prévu par l'art. L. 132-4 CPI, et non de rechercher si un pacte de préférence de droit commun reste concevable : cette question ne concerne que le droit civil, et sera ainsi traitée dans la seconde partie de la présente thèse. V. *infra*, n°541s.

⁵⁶⁸ CA Paris, 28 novembre 1985, D. 1986, IR 188, obs. COLOMBET (il faut cpt. remarquer, 1^o, que la solution a en l'espèce permis la protection de l'auteur, le pacte ayant été annulé pour non-respect des conditions posées par le texte et, 2^o, que la qualification de contrat d'édition a été globalement retenue – et non seulement celle de pacte de préférence – en raison de l'absence d'exclusion de la fabrication des œuvres cinématographiques du champ de la qualification d'édition) ; TGI Paris, 7 octobre 1998, RIDA 1/1999, p.331, obs. A. KÉREVER.

⁵⁶⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°658 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1054 – Ch. CARON, *Manuel*, n°433 – H. DESBOIS, *Traité*, n°539 – C. COLOMBET, *Précis*, n°345 – A. FRANÇON, *Cours*, p. 268. *Contra*, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°508.

⁵⁷⁰ Il est néanmoins permis de douter de l'une des justifications traditionnellement avancées au soutien d'une telle position, consistant dans l'idée que l'article L.132-4 CPI emporte dérogation à la prohibition des cessions globales d'œuvres futures qu'édicte l'article L.131-1, et doit par conséquent être interprété strictement (v. not. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°658 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1054 ; Ch. CARON, *Manuel*, n°433). Il faut, en effet, observer que l'article L.131-1 CPI ne vise que la « cession » globale d'œuvre future. Or un pacte de préférence n'est même pas une promesse de cession, mais un simple engagement à conclure avec le bénéficiaire au cas où l'auteur déciderait de consentir à une cession. V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°507. Pour un développement de cette critique, v. *infra*, n°541.

⁵⁷¹ V. en ce sens not. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1054.

⁵⁷² Dans le domaine de l'édition, le législateur a considéré que les frais engagés dans l'exploitation d'une œuvre d'un auteur inconnu peuvent s'avérer importants : le pacte de préférence procède ainsi de l'idée que l'éditeur qui prend ce risque mérite d'être associé aux retombées que la renommée acquise par l'auteur peut avoir sur les œuvres suivantes (sur la *ratio legis*, v. p. ex. Ch. CARON, *Manuel*, n°433). Dans le domaine audiovisuel, le succès du film dépend au contraire de facteurs beaucoup plus divers que la renommée des auteurs, et l'investissement du producteur ne dépend bien moins de celle-ci que du coût de la création de l'œuvre : il n'est donc pas de raison de considérer que l'investissement dans une première œuvre est plus lourd que pour les suivantes, et qu'il faut associer le producteur à la renommée donnée à un auteur inconnu, qui peut

93. La clause de préférence, obligation accessoire et éventuelle du contrat d'édition –

Rien n'est moins certain. Le pacte de préférence ne résulte que d'une stipulation expresse de l'éditeur, et non d'une disposition applicable en dehors de la volonté des cocontractants⁵⁷³. Surtout, si seul un contrat d'édition peut comporter le pacte de préférence que prévoit et régit l'article L.132-4 du code de la propriété intellectuelle, la stipulation reste impropre à distinguer ce contrat nommé des autres contrats d'auteur, dans la mesure où il ne s'agit que d'une clause facultative, portant une obligation qui n'est pas de l'essence du contrat d'édition.

94. Conclusion de la section 1. –

Il apparaît nettement qu'aucune obligation de l'auteur – l'effet translatif du contrat étant mis à part – ne joue un rôle dans la qualification du contrat au regard du droit d'auteur, sauf précisément dans les contrats dits d'option, *i.e.* les promesses de cession ou les commandes – l'obligation de faire pesant sur le créateur mène alors évidemment dans ce cas au cœur de la qualification⁵⁷⁴. Aussi, les obligations nées d'un contrat d'exploitation, loin d'être toujours communes à l'ensemble des contrats d'auteur – ainsi de l'obligation de remise d'un support, de garantie ou de préférence – demeurent de surcroît accessoires. La recherche d'une classification civiliste pourra dès lors en exclure toute influence. Si la recension des obligations de l'auteur ne soulève pas de grandes difficultés, le silence de la loi régnant surtout dans le régime applicable à celles-ci, il en va tout autrement des obligations de l'exploitant, dont la présence au sein des divers contrats d'auteur est souvent discutée.

Section 2

LES OBLIGATIONS DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR

95. La qualification du contrat au regard du droit d'auteur ne peut s'opérer qu'au regard d'obligations *contractuelles*, fussent-elles impératives. Doivent ainsi être exclues de l'opération de qualification les « obligations » ou les devoirs qui incombent à l'exploitant, non

même le rester nonobstant le succès du film (scénariste, compositeur de la musique spécialement créée notamment)...

⁵⁷³ Le régime de la clause de préférence, qui contraint notamment à prévoir le genre des œuvres concernées par le pacte, ainsi qu'à faire un choix entre limitation temporelle (5 ans) ou numérique (5 ouvrages nouveaux) de la préférence, s'oppose de façon évidente à une prévision tacite des parties.

⁵⁷⁴ V. sur ce point *supra*, n°52s. (commande) et 83s. (contrat d'option).

pas à l'égard du créateur, mais dans l'intérêt général ou, à tout le moins, au service d'un intérêt dépassant celui des parties au contrat⁵⁷⁵. Ainsi de l'obligation faite aux exploitants d'accomplir les formalités du « dépôt légal » des œuvres⁵⁷⁶ ou de celle de procéder à la publicité des contrats audiovisuels⁵⁷⁷ : la sanction à laquelle s'expose l'exploitant prendra la forme d'une peine – une amende⁵⁷⁸ – ou, sur le plan civil, de l'inopposabilité du contrat⁵⁷⁹. Aussi bien, il ne s'agit pas d'obligations contractuelles impératives, pas même d'*obligations légales* au sens de l'article 1370 du code civil, en ce qu'il ne s'agit pas d'un lien de droit entre particuliers⁵⁸⁰, mais en tout état de cause de règles qui n'appellent aucune sanction contractuelle. Il ne s'agit donc pas même d'obligations contractuelles accessoires⁵⁸¹. Dans

⁵⁷⁵ V. *Vocabulaire juridique* Capitant, dir. G. Cornu, V° « Obligations », sens 1 : « En un sens général, syn. de devoir (résultant en général de la loi) ».

⁵⁷⁶ V. art. L. 131-2 code du patrimoine (l. n°2006-961 du 1^{er} août 2006, codifiant la loi du 20 juin 1992), énumérant les œuvres et documents concernés (« documents imprimés, graphiques, photographiques, sonores, audiovisuels, multimédias, quel que soit leur procédé technique de production, d'édition ou de diffusion (...), dès lors qu'ils sont mis à la disposition d'un public » (al. 1), les « logiciels et les bases de données (...) dès lors qu'ils sont mis à disposition d'un public par la diffusion d'un support matériel, quelle que soit la nature de ce support » (al. 2), « les signes, signaux, écrits, images, sons ou messages de toute nature faisant l'objet d'une communication au public par voie électronique » (al. 3) et l'art. L.132-2, énumérant les personnes tenues (éditeurs). V. aussi E. DREYER, *Le dépôt légal. Essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, LGDJ, 2003 – H. COMTE, « Le dépôt légal des films cinématographiques », JCP G 1980, I, 2969.

⁵⁷⁷ Art. 33 C. ind. cin. Il existe aujourd'hui, outre le Registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel (RPCA), où sont notamment inscrits les « cessions et apports en société du droit de propriété ou d'exploitation ainsi que les concessions de droit d'exploitation d'une œuvre cinématographique », un Registre des options, où doivent être inscrits les contrats d'option visant l'achat de droits d'adaptation audiovisuelle d'œuvres littéraires préexistantes. V. sur ce point J. RAYNARD, « Le tiers au pays du droit d'auteur. Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », JCP 1999, I, 138, n°10 – L. WILLEMETZ, *Les registres publics de la cinématographie et de l'audiovisuel : étude de droit comparé*, Payot 1970.

⁵⁷⁸ Art. L.133-1 code du patrimoine, sanctionnant l'absence de dépôt légal (amende de 75 000 €). V. aussi sur ce point, p. ex., D. BÉCOURT et S. CARNEROLI, *Dépôt légal, de l'écrit à l'électronique*, Litec 2001, n°116s.

⁵⁷⁹ Art. 33 dernier al. C. ind. cin. Sur la sanction de l'inopposabilité aux tiers, v. CA Lyon, 24 novembre 1958, API 1959, 277 ; GP 1959, 1, 63 – Cass. com., 4 juillet 1984 ; CA Paris, 4^e ch., 10 juillet 1991, D. 1992, SC 72, obs. Th. HASSLER – CA Paris, 5^e ch., 22 février 1991, D. 1992, SC 75, obs. Th. HASSLER – T. com. Paris, 8^e ch., 29 janvier 2003, RIDA 2004/3, 328 (il n'y a pas lieu de rechercher si le tiers a eu connaissance du contrat). En revanche, le contrat reste valable entre les parties : v. en ce sens CA Paris, 9^e ch., 5 mars 1999, CCE 1999, comm. n°26, obs. J.-Ch. GALLOUX (n'étant pas un tiers, le concessionnaire qui exploite au-delà de la durée prévue ne peut invoquer le défaut de renouvellement de l'inscription).

⁵⁸⁰ Sur la notion d'obligation *légale*, v. art. 1370 c. civ., qui évoque les engagements qui « résultent de l'autorité seule de la loi ». Chacun sait que cette catégorie a été prévue par POTHIER, in *Traité des obligations*, n°113-116. Il n'est peut-être pas inutile d'observer que ces obligations légales ne peuvent donner lieu à responsabilité contractuelle. V. p. ex. sur ce point H. MAZEAUD, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », RTD civ. 1929, 551, n°8. Mais à dire vrai, il ne s'agit pas dans le cas présent d'obligations légales. Toutes les règles de droit, règles de conduite, comportent en un certain sens des « obligations ». Peut-on dire que la publicité d'une convention est une obligation, de la même manière qu'une obligation de prouver par écrit, ou de respecter certaines formes pour que l'acte juridique soit valable ? Oui, certainement, mais bien que prévue par la loi (qui régit l'admissibilité des modes de preuve, les conditions de validité, etc.), il ne s'agit pas d'obligation légale de ce seul fait. L'hésitation est permise, en revanche, entre responsabilité contractuelle et délictuelle s'agissant de la période pré-contractuelle ou post-contractuelle. V. sur ce point, p. ex., H. MAZEAUD, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », préc., n°21s., opinant en faveur de la responsabilité délictuelle, tandis que IHERING plaide en faveur de son caractère contractuel.

⁵⁸¹ *Contra*, C. BERNAULT, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ 2003, préf. A. Lucas, n°833s., qui ne justifie cependant pas cette qualification.

l'hypothèse d'un préjudice, des dommages-intérêts pourraient éventuellement être accordés sur le fondement de la responsabilité délictuelle⁵⁸².

L'exploitant est en revanche tenu, en vertu de la loi, d'un certain nombre d'obligations *contractuelles*. Il apparaît alors que les contrats prévus et réglementés par le code de la propriété intellectuelle ne comportent pas tous les mêmes obligations. La loi spéciale prévoit et réglemente quatre obligations : l'obligation de rémunérer le créateur à raison de cette exploitation (sous-section 1), mais aussi, parfois, celle d'exploiter les droits transmis (sous-section 2), de rendre des comptes (sous-section 3) ainsi qu'une obligation de conservation (sous-section 4). Il faut cependant vérifier s'il ne pèse pas enfin sur l'exploitant une obligation contractuelle de respecter le droit moral du créateur (sous-section 5).

Sous-section 1

LE PRIX MONÉTAIRE

96. La gratuité ne serait-elle que l'effet d'un séculaire dédain de l'argent par la communauté des créateurs⁵⁸³ ? Ne témoigne-t-elle au contraire que d'une totale, mais injuste, soumission au pouvoir des « serviteurs de Mercure » ? Ou, plus prosaïquement, ne serait-ce qu'une simple option de l'auteur cédant ?

Il serait excessif de considérer que l'exploitant a toujours l'intérêt ou le pouvoir d'imposer l'absence de rémunération ; tout au contraire est-il parfois bien inspiré de consentir des avances propices à retenir l'auteur. Il n'est qu'à prendre, parmi d'innombrables exemples, celui de Gaston Gallimard, qui versant à Albert Cohen son écot mensuel, attendit huit ans son

⁵⁸² Sur ce que l'obligation légale, de par l'absence d'un régime de responsabilité spécifique, peut donner lieu à des dommages et intérêts par application des règles de la responsabilité délictuelle, v. H. MAZEAUD, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », RTD civ. 1929, 551, n°8. Il importe cependant de souligner que la responsabilité pouvant naître de ces violations de règles destinées à protéger des intérêts plus larges que ceux des parties n'apparaît pas dans des contours fermement tracés. En matière de publicité foncière, il existe une responsabilité spécifique, prévue par l'article 30, 4°, al. 1^{er} c. civ. V. S. PIÉDELIEVRE, *La publicité foncière*, LGDJ 2000, n°466s.

⁵⁸³ V. M.-C. DOCK, « Genèse et évolution de la propriété littéraire et artistique », RIDA 1974/1, pp. 180-181, qui explique que la psychologie des écrivains, hostile à porter l'attention des pouvoirs publics sur des questions matérielles, explique en partie l'absence d'une protection plus générale de leurs intérêts sous l'Ancien Régime. Sont également cités d'édifiants vers de Boileau (*L'Art poétique*, Chant IV, v. 127 à 132) : « *Je sais qu'un noble esprit peut sans honte et sans crime / Tirer de son travail un but légitime, / Mais je ne puis souffrir ces auteurs renommés / Qui dégoûtés de gloire et d'argent affamés / Mettent leur Apollon aux gages d'un libraire / Et font d'un art divin un métier mercenaire* ». On pourrait aussi penser à Michel-Ange, qui refusa toute rétribution pour la construction de la coupole de Saint-Pierre de Rome, par souci de ne mêler aucun profit terrestre à une commande destinée à la gloire de Dieu (v. sur cette anecdote E. GOMBRICH, *Histoire de l'art*, Phaédon, p. 323).

premier roman, *Solal* (1930), puis encore huit ans pour *Mangeclous*, et jusqu'en 1968, avec le succès de *Belle du Seigneur*, pour que son investissement soit enfin rentabilisé⁵⁸⁴ ! Il ne faudrait cependant pas davantage sombrer dans l'angélisme : entre mille autres, peut être évoqué le cas de Berlioz, dont *Les Troyens à Carthage* (1863) reçoivent un accueil si désastreux qu'il ne percevra aucune redevance, le contrat signé avec la maison Calmann-Lévy prévoyant qu'elles n'étaient payables qu'après la 30^e représentation⁵⁸⁵. Si la loi du 11 mars 1957 a singulièrement freiné l'imagination des exploitants en matière de montages financiers⁵⁸⁶, les cessions à titre gratuit n'ont cependant pas été formellement prohibées. Aussi faut-il rechercher dans quelle mesure le prix est un élément de la qualification des contrats relevant du droit commun (§1.) et/ou du droit spécial (§2.) des contrats d'auteur.

§ 1. – L'EXIGENCE D'UN PRIX EN DROIT COMMUN DES CONTRATS D'AUTEUR

97. Si l'exigence d'un prix monétaire ne concerne pas l'ensemble des contrats d'auteur (A), ceux qui le prévoient sont soumis à un principe : celui de la participation proportionnelle (B).

A. – L'existence d'un prix monétaire

98. L'article L.122-7 du code de la propriété intellectuelle se borne à disposer que les droits de reproduction et de représentation sont cessibles *à titre gratuit* ou à titre onéreux, sans indiquer ce que recouvre précisément le champ des actes à titre gratuit, ni à quel régime soumettre ces derniers. La question de la gratuité plonge ainsi au cœur de l'une des zones d'ombre de la matière, alors que les praticiens y recourent de plus en plus. Les phénomènes marginaux – libéralités en faveur de proches de l'auteur, par exemple – se trouvant éclipsés par l'édification d'un véritable modèle alternatif au droit d'auteur – système du « *copyleft* »

⁵⁸⁴ E. PARINET, *Histoire de l'édition à l'époque contemporaine, XIXe-Xxe siècle*, éd. du Seuil, Points, coll. « Histoire », 2004, p. 341.

⁵⁸⁵ J.-Y. MOLLIER, *Michel et Calmann Lévy ou la naissance de l'édition moderne (1836-1891)*, Calmann-Lévy, 1984, p. 262 : « Le 29 septembre 1863, il [l'éditeur] signait un traité pour *Les Troyens à Carthage* qu'il paierait " quinze cents francs dont cinq cents à la trentième représentation, cinq cents francs à la soixantième représentation et cinq cents francs à la quatre-vingt-dixième représentation " », mais « l'accueil mitigé fait à l'œuvre ne permit même pas au compositeur de toucher ses droits d'auteur »...

⁵⁸⁶ Parmi les mille autres exemples, peut encore être cité un cas concernant Michel Lévy, convenant avec Jules Labiche, prolifique auteur de vaudevilles à succès, de lui acheter l'une de ses pièces (*L'Inventeur de la poudre*) en contrepartie de 125 francs... les 25 derniers francs étant toutefois réglés "en cinquante brochures de théâtre que M. Labiche prendra à la maison quand bon lui semblera" – l'auteur payait ainsi le prix fort des

ou des « logiciels libres »⁵⁸⁷ – ou par la multiplication de clauses excluant la rémunération par des exploitants frileux ou avides, la « gratuité » tend à étendre son empire de façon quelque peu anarchique, ce qui impose d'en définir les frontières. Si la gratuité, dans l'un de ses sens courants, renvoie à l'absence de prix en argent⁵⁸⁸, la conception qu'en retient le droit paraît en effet plus restrictive. S'il ne fait aucun doute que sont admises les véritables « cessions à titre gratuit » (1), il faut démontrer que ne peuvent être valablement conclus des contrats d'exploitation dépourvus de rémunération au profit de l'auteur (2).

1) Validité des cessions à titre gratuit

99. Une définition de la cession à titre gratuit s'impose (a) avant de retenir l'application à son égard des articles L. 131-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle (b).

a) Définition de la cession à titre gratuit

100. Notion de libéralité. – La gratuité règne avant tout dans l'univers des libéralités⁵⁸⁹. De fait, il est traditionnellement enseigné qu'une libéralité n'existe que sous une triple condition : qu'elle ait un objet patrimonial, ce qui confirme l'impossibilité d'une donation du droit moral⁵⁹⁰, qu'elle en ait formellement l'aspect, du moins en principe, mais avant tout que l'acte soit gratuit⁵⁹¹. Cela étant, en précisant que les droits d'exploitation sont « cessibles à titre gratuit », quels contrats le code de la propriété intellectuelle vise-t-il exactement ? S'agissant d'une notion qui demeure évanescence, une définition de la gratuité s'impose pour établir ce que recouvre précisément l'article L. 122-7. Entrent-elles dans la catégorie, les conventions comportant des restrictions d'usage⁵⁹² ? Doivent-ils bien en être exclus, les contrats qui, tout

ouvrages qui ne coûtaient pas la moitié de leur prix de vente au libraire. Sur ces anecdotes, v. J.-Y. MOLLIER, *Michel et Calmann Lévy ou la naissance de l'édition moderne* (1836-1891), Calmann-Lévy, 1984, pp. 91-92.

⁵⁸⁷ V. not., pour une présentation critique de ce phénomène, Ch. CARON, *Manuel*, n°5, 176, 295, 460 et « Les licences de logiciels dits libres à l'épreuve du droit français », D. 2003, 1556.

⁵⁸⁸ V. *Le Nouveau petit Robert* 2007, V° « gratuit » : « que l'on donne sans faire payer ; dont on jouit sans payer ».

⁵⁸⁹ Mais pas seulement, bien sûr : la catégorie des actes à titre gratuit comprend aussi les contrats de bienfaisance (art. 1105 c. civ.) : prêt, mandat et dépôt gratuits, etc. La notion de gratuité s'entend de la même façon.

⁵⁹⁰ L'impossibilité de la donation du droit moral découle d'abord de l'art. L. 121-1 CPI, qui prévoit l'inaliénabilité du droit sans faire de distinction entre le titre gratuit et le titre onéreux.

⁵⁹¹ V. Ph. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Defrénois 2^e éd. 2006, n°290s., qui dénombre en fait cinq caractères.

⁵⁹² Ces conventions ne seront pas, si une qualification de licence est adoptée au détriment de celle de cession, des libéralités. Mais les développements qui suivent, concernant le critère de la gratuité, s'appliquent sans réserve, puisque la différence entre libéralité et les autres actes à titre gratuit tient justement à la présence

en comportant un engagement d'exploiter de la part du cessionnaire, ne prévoiraient aucun prix en argent, forfaitaire ou proportionnel aux résultats de l'exploitation ? Avant de résoudre ce problème, il est nécessaire de rechercher ce qui représente une contrepartie de nature à exclure la gratuité.

101. Notion juridique de gratuité. – Même si une définition plus objective a pu être proposée – il s'agit alors de marquer la prépondérance de l'existence ou de l'absence de contrepartie au sacrifice consenti⁵⁹³ – la doctrine classique enseigne que la notion de gratuité repose plutôt sur la réunion d'un élément objectif – le disposant doit conférer un avantage sans contrepartie⁵⁹⁴ – et d'un élément subjectif, l'*animus donandi* – le donateur doit être animé d'une intention libérale, une intention de gratifier⁵⁹⁵.

Cet élément subjectif se prête cependant lui-même à des approches divergentes.

1° Dans une conception dite « affective », que la jurisprudence n'a pas encore clairement abandonnée⁵⁹⁶, l'intention libérale supposerait une intention purement altruiste – une éminente doctrine évoque la « *volonté de préférer autrui à soi-même* »⁵⁹⁷, ou « *la satisfaction psychologique, l'intérêt moral que l'on éprouve à être bon* »⁵⁹⁸. L'intention libérale ne serait donc pas seulement exclue en présence d'une contrepartie matérielle, mais aussi lorsque le disposant espère un simple avantage moral ou une gratification éventuelle⁵⁹⁹. Dans une telle conception, il ne fait nul doute que le contrat d'auteur qui comporte une obligation d'exploiter, même en l'absence de rémunération, offre une contrepartie : la satisfaction pour

d'un effet translatif. V. en ce sens Ch. LARROUMET, *Les Obligations, Le Contrat*, t. III, Economica 5^e éd. 2003, n°199.

⁵⁹³ J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, LGDJ 1955, préf. J. MAURY, p. 434 : « Le titre onéreux correspond à l'équivalence objective ou subjective de deux sacrifices antagonistes. Il y a acte à titre gratuit lorsque l'avantage conféré à l'une des parties n'a pas pour fin la compensation d'un sacrifice objectivement ou subjectivement équivalent ».

⁵⁹⁴ Ph. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, n°350. S'agissant des libéralités proprement dites, on doit ainsi relever un appauvrissement du donateur corrélatif à l'enrichissement du donataire. Dans les contrats de service gratuit, il n'y a cpt. pas à proprement parler d'appauvrissement du patrimoine : le critère de la gratuité se réduit à l'absence de contrepartie. V. not. Ch. LARROUMET, *Les Obligations, Le Contrat*, t. III, 1^o partie, Economica 6^e éd. 2007, n°199.

⁵⁹⁵ Ph. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, op. cit., n°351. L'intention libérale doit être présente dans tout acte à titre gratuit : Ch. LARROUMET, *Les Obligations, Le Contrat*, op. cit., n°195.

⁵⁹⁶ V. not. Cass. 1^{er} civ., 8 mars 1988, JCP G 1989, II, 21373, note M. BÉHAR-TOUCHAIS, à propos du don manuel.

⁵⁹⁷ J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil, Les libéralités*, par H. SOULEAU, éd. A. Colin coll. U., 1982, n°41.

⁵⁹⁸ CARBONNIER, *Droit civil*, PUF 2003, t. 2, n°974.

⁵⁹⁹ N. PÉTERKA, *Les dons manuels*, th. Paris II, LGDJ 2001, préf. P. CATALA, n°111 et 136. V. aussi, du même auteur, « L'imposition des dons manuels aux associations déclarées », Defrénois 2002, art. 37454, n°5.

l'auteur de voir son œuvre communiquée et, au mieux, appréciée du public. Ce seul avantage justifierait son exclusion du domaine des contrats à titre gratuit. Mais ce serait peut-être aussi le cas de contrats excluant aussi bien toute rémunération qu'une obligation d'exploiter, en présence d'obligations de mentionner la paternité, de ne pas modifier l'œuvre ou de ne pas en faire une exploitation commerciale⁶⁰⁰. Une telle conception prête ainsi le flanc à la critique. A restreindre pareillement l'intention libérale, le risque est de dissoudre la notion, car il est permis de douter que la générosité puisse être totalement désintéressée, à tous points de vue. Libéralité et gratuité tendent toujours, semble-t-il, à obtenir quelque chose en retour, ne serait-ce qu'une gratitude de la part de celui qui reçoit, ou une satisfaction morale ou de statut social⁶⁰¹.

2° Dans une conception abstraite, l'intention libérale est définie plus étroitement comme la conscience et la volonté du disposant de ne pas recevoir une contrepartie qui soit à la fois *économique* et *obligatoire*⁶⁰². Il faut ainsi se demander si le contrat qui comporterait un engagement d'exploiter de la part du cessionnaire, mais aucun prix, forfaitaire ou proportionnel aux résultats de l'exploitation, offre bien une telle contrepartie. Bien entendu, l'auteur ne perçoit aucune redevance, mais il est des situations où il en retirera un avantage matériel indirect : il ne faut pas oublier qu'une exploitation valorise le monopole, que l'auteur ne cède pas toujours intégralement. Par exemple, il sera peut-être ainsi en meilleure position pour « monnayer » l'exploitation en vertu des modes non compris dans la cession, ou postérieurement à l'expiration des droits cédés. Cela étant, le seul constat d'un avantage *matériel* n'est pas déterminant⁶⁰³. La conception abstraite de l'intention libérale soulève d'ailleurs une difficulté, celle de tracer une nette ligne de partage entre la libéralité avec charges et la cession à titre onéreux. En effet, le disposant peut tout à fait assortir la libéralité d'une charge, qu'elle soit imposée dans son intérêt propre ou dans celui du gratifié ou d'un

⁶⁰⁰ Il s'agit par exemple des licences de logiciel libre ou des licences *Creative Commons*. Pour une présentation, v. Ch. CARON, *Manuel*, n°460 et 461. V. aussi, S. DUSOLLIER, « Les licences *Creative Commons* : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Prop. intell.* 2006, n°18 – M. CLÉMENT-FONTAINE, « Les licences *Creative Commons* chez les Gaulois », *RLDI* janv. 2005, p. 33. Comp. Ch. CARON, « Les licences de logiciels dits "libres" à l'épreuve du droit français », *D.* 2003, chron. 1556.

⁶⁰¹ V. not. J. DUPICHOT, « La gratuité et le droit », synthèse de la Journée Henri Souleau, *GP Rec.* 1999, p. 930, spéc. p. 932.

⁶⁰² N. PÉTERKA, *Les dons manuels*, th. Paris II, LGDJ 2001, préf. P. CATALA, n°112 et 136. V. aussi, du même auteur, « L'imposition des dons manuels aux associations déclarées », *Defrénois* 2002, art. 37454, n°9.

⁶⁰³ La situation paraît comparable à celle, par exemple, qui résulterait de la donation d'usufruit d'un immeuble, dans le cas où l'exploitation faite par l'usufruitier conduirait à renforcer l'attrait du bien sur le marché, et donc à l'augmentation de sa valeur vénale.

tiers⁶⁰⁴. Il faut donc surtout insister sur l'idée que l'obligation d'exploiter constitue bien, dans le principe, une contrepartie matérielle *obligatoire, de nature économique*. L'intention libérale ne se présument pas, l'obligation d'exploiter se présente d'abord et dans le principe comme une véritable contre-prestation matérielle, qui constitue alors la cause (objective) de l'engagement de l'auteur⁶⁰⁵. Il est évident que le créateur qui contracte avec un commerçant, même s'il renonce à toute rémunération pécuniaire, n'entend pas le gratifier. L'intention libérale n'est en rien la cause catégorique de son engagement⁶⁰⁶. Pas plus que la jurisprudence⁶⁰⁷, la doctrine antérieure à la loi du 11 mars 1957 ne s'y était d'ailleurs pas trompée, qui ne doutait pas que le contrat stipulant une obligation d'exploiter était un contrat à titre onéreux, nonobstant l'absence de rémunération du créateur⁶⁰⁸. La gratuité est incontestablement exclue par la contrepartie offerte par l'exploitant⁶⁰⁹. Si elles devaient être admises⁶¹⁰, toutes les cessions consenties en contrepartie d'une exploitation, en dépit de l'absence de prix, échapperaient au moins de façon certaine au régime des libéralités, et notamment à l'exigence de passer l'acte en la forme authentique, sous peine de nullité⁶¹¹.

⁶⁰⁴ Ph. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, n°363. Il convient d'observer que, selon les termes de la libéralité, une obligation d'exploiter à la charge du gratifié sera tantôt prévue dans l'intérêt du seul gratifié (cession d'un droit jusqu'à l'expiration légale), tantôt dans un intérêt du disposant comme dans celui du gratifié (cession d'un droit limité dans le temps : valorisation du monopole pour le temps restant à courir au profit du disposant).

⁶⁰⁵ V., sur l'idée que la libéralité est exclue en cas de contrepartie matérielle obligatoire qui constitue la cause de l'engagement du disposant, N. PÉTERKA, *Les dons manuels*, n°136, et « L'imposition des dons manuels aux associations déclarées », Defrénois 2002, art. 37454, n°10.

⁶⁰⁶ Au contraire, l'auteur qui céderait des droits d'exploitation à l'un de ses proches, mais à charge de faire procéder à l'exploitation, consentirait alors plus une libéralité avec charge : dans ce cas de figure, l'intention libérale serait sans doute bien la cause objective de l'engagement.

⁶⁰⁷ Qui reste cependant rare sur le sujet. V. CA Paris, 9 août 1871, *Garnier et Pataille*, 71, 93 (jugé que « la convention par laquelle un auteur cède à un éditeur le droit de publier un ouvrage, à la charge seulement de le faire illustrer par les dessins d'un artiste déterminé, est un contrat à titre onéreux, encore qu'il n'y ait pas eu de prix stipulé, et ne saurait, dès lors, être soumise aux formalités des donations »).

⁶⁰⁸ V., à propos du contrat d'édition, J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz 1927, p. 311 : « la publication de l'œuvre constitue, dans nombre d'hypothèses, la contrepartie de l'aliénation du droit de reproduction et suffit à écarter, en principe, toute idée de gratuité » – J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Arthur Rousseau 1893, p. 171 : « l'obligation de publier, considérée par les parties comme l'équivalent des droits abandonnés par l'auteur, suffit à assurer au contrat le caractère de contrat à titre onéreux » – E. POUILLET, *Traité*, n°255, qui évoque également des stipulations plus précises, aux termes desquelles l'éditeur accepte de procéder à une publication déterminée – G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, Paris, Marchal et Billard, 1903, n°67, pour lequel le « contrat de publication » est « à titre onéreux, alors même qu'une somme d'argent n'est pas due à l'auteur, car le publicateur s'engage au moins à faire la publication ».

⁶⁰⁹ Comp. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°482, qui considère que la gratuité est exclue lorsque la considération des investissements faits par l'exploitant constitue une cause/contrepartie. Il faut noter néanmoins que, techniquement, la cause objective tient dans l'obligation d'exploiter.

⁶¹⁰ V. *infra*, n°105s., pour une argumentation défavorable.

⁶¹¹ V., soulevant déjà cet intérêt essentiel, POUILLET, *Traité*, n°255 : « l'absence de prix n'enlèvera pas au contrat son caractère de contrat à titre onéreux, et les tiers ne sauraient s'en prévaloir pour soutenir que l'acte est une donation et devrait être fait dans la forme voulue pour les dispositions entre vifs ».

Il n'en irait différemment que dans l'hypothèse où le contrat ne mettrait pas à la charge du cessionnaire une telle obligation d'exploitation, lui laissant au contraire toute latitude pour y procéder ou non. De même, les « licences » de logiciel libre ou les licences « *Creative Commons* » appellent des conclusions différentes⁶¹² : les obligations du « licencié » ne semblent pas constituer une contrepartie *matérielle, économique et obligatoire*. Deux des obligations qui peuvent être mises à la charge du licencié, la mention de la paternité de l'auteur et l'absence de modification de l'œuvre, sont des obligations relatives au droit moral : ce ne sont pas des contreparties matérielles. Le caractère gratuit ne fait pas plus de doute que dans la situation du donateur qui éprouve la satisfaction morale d'avoir donné. Les deux autres obligations éventuellement stipulées, l'absence d'utilisation commerciale libre⁶¹³ et le partage des conditions initiales à l'identique⁶¹⁴, paraissent de même des charges qui n'ôtent pas à l'opération son caractère gratuit : la « licence » n'est pas accordée *en contrepartie* de cet engagement, mais sous ces restrictions. Il s'agit donc bien d'actes à titre gratuit⁶¹⁵.

102. Incidence de l'article L.122-7-1 du code de la propriété intellectuelle. – Avant de conclure sur ce point, il faut ajouter qu'une confusion doit être évitée entre la gratuité de l'accès à l'œuvre et la gratuité de la cession des droits à l'exploitant. Le récent article L. 122-7-1 paraît d'une utilité sujette à caution⁶¹⁶ : disposant que l'auteur « *est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, dans le respect des droits des tiers et des conventions qu'il a conclues* », cet article ne concerne pas le contrat conclu entre auteur et exploitant. Cet article vise d'abord – il ne pose alors aucune difficulté – l'hypothèse du créateur qui n'est pas engagé dans les liens d'un contrat d'exploitation : l'avènement de l'ère numérique a amplement facilité la diffusion par l'auteur lui-même de sa création, c'est-à-dire

⁶¹² Pour une présentation, v. Ch. CARON, *Manuel*, n°461, qui observe que « ces licences sont baignées par la gratuité ». V. aussi, S. DUSOLLIER, « Les licences *Creative Commons* : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Prop. intell.* 2006, n°18, p. 10 – M. CLÉMENT-FONTAINE, « Les licences *Creative Commons* chez les Gaulois », *RLDI* janv. 2005, p. 33 – *Les œuvres libres*, th. Montpellier I, 2006, n°62s (qui se concentre sur l'absence de prix monétaire). Comp. Ch. CARON, « Les licences de logiciels dits "libres" à l'épreuve du droit français », *op. cit.*, n°2, à propos de la licence GPL, qui note que ces contrats peuvent cependant donner lieu à des opérations vénales.

⁶¹³ L'option « Pas d'utilisation commerciale » n'interdit pas définitivement toute utilisation commerciale, mais signifie seulement que toute personne souhaitant effectuer une utilisation commerciale de cette œuvre devra demander l'autorisation, comme sous le régime traditionnel où tous les droits sont réservés.

⁶¹⁴ L'option « Partage des conditions initiales à l'identique » contraint, en cas de modification permise, les auteurs de l'œuvre nouvelle à l'offrir au public avec les mêmes options *Creative Commons* que l'œuvre originale.

⁶¹⁵ Bien que la qualification de cession à titre gratuit semble alors s'imposer, il ne faut pas préjuger de la qualification de donation, non plus que de l'application de l'exigence de forme notariée, qui peut être écartée par d'autres moyens. V. *infra*, n°104 et 487.

⁶¹⁶ Ch. CARON, *Manuel*, n°295, qui souligne que le texte n'est, pour l'auteur, que « l'expression précieuse de son pouvoir de propriétaire qui lui permet de disposer de ses œuvres comme il l'entend ».

sans intermédiaire, par exemple par la mise en ligne de son œuvre. Il est évident qu'il doit pouvoir y procéder même sans exiger de contrepartie pécuniaire, en offrant un accès libre et gratuit à l'œuvre numérisée⁶¹⁷. L'application du texte n'ira pas en revanche sans soulever de difficulté dans l'hypothèse du créateur *qui s'engage dans les liens d'un contrat d'exploitation*. Si la mise à disposition gratuite ne peut être consentie que dans le respect des conventions conclues, rien n'interdit au créateur de prévoir cette modalité dans le contrat d'exploitation, par exemple pour l'un des modes prévus (gratuité du téléchargement par exemple, mais vente d'exemplaires). Quelle correspondance établir alors entre les deux conventions, le contrat entre l'auteur et l'exploitant d'une part, le contrat entre l'exploitant et l'amateur d'autre part ? Faut-il que l'auteur consente à une cession gratuite ? Cette stipulation s'inscrit-elle au contraire dans une cession à titre onéreux ? C'est ce qu'il paraît plus sage de penser, pour deux raisons au moins. D'abord, il est tout à fait possible que l'auteur consente à une mise à disposition gratuite tout en étant rémunéré, au titre du contrat passé avec l'exploitant, par un prix forfaitaire : on voit bien que la mise à disposition gratuite de l'utilisateur n'entretient aucun lien nécessaire avec la cession gratuite à l'exploitant. Ensuite, dès lors que le cessionnaire s'est engagé à exploiter, le caractère gratuit de la cession est exclu, or il sera montré ci-après que la cession à titre onéreux ne peut être dépourvue de prix monétaire. La mise en œuvre de l'article L. 122-7-1 n'exerce donc aucune influence sur le caractère onéreux de la cession.

103. Distinction avec la donation de redevances ou du support matériel. – La donation du support matériel n'emporte pas plus que sa vente cession des droits d'exploitation : l'évidence doit parfois être rappelée par le juge⁶¹⁸.

En outre, certains actes n'emportent pas cession à titre gratuit de droits d'exploitation, mais des redevances versées à l'auteur dans le cadre de l'exécution d'un contrat onéreux. Cela étant, il faut sans doute distinguer entre deux hypothèses : soit l'éditeur et l'auteur s'engagent ensemble – le contrat les unissant prévoyant par exemple que les bénéfices de l'exploitation seront reversés à une association caritative – soit il s'agit d'une initiative du seul auteur. Une cession gratuite de redevances pourrait sans doute être retenue dans le second cas – l'éditeur n'étant pas concerné, la qualification s'appliquerait au rapport entre le bénéficiaire des fonds et l'auteur, créancier des redevances au titre d'un contrat d'exploitation distinct. Dans le

⁶¹⁷ Sur ces contrats, v. *supra*, n°46s.

premier cas il pourrait plutôt s'agir d'une stipulation pour autrui, insérée dans un contrat d'exploitation, à titre onéreux⁶¹⁹.

b) Soumission des cessions à titre gratuit aux articles L.131-1 et suivants

104. Articulation des articles L. 122-7 et L. 131-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. – Il reste à savoir si les cessions à titre gratuit suivent le même régime que les cessions à titre onéreux. Il faut commencer par s'interroger sur la place de l'article L. 122-7, pour réellement comprendre l'articulation qu'il convient d'en faire avec les articles L. 131-1 et suivants. L'article L. 122-7 ne serait-il pas, en réalité, une sorte de pendant de l'article L. 121-1, lequel prévoit les caractères du droit moral, notamment son caractère *inaliénable* ? L'article L. 122-7, placé depuis la codification de 1992 sous un titre relatif au contenu du droit d'auteur, paraît bien avoir pour vocation essentielle de préciser le caractère *cessible* des droits de reproduction et de représentation, ainsi que le principe d'indépendance de leur cession respective. En d'autres termes, l'article L. 122-7 ne paraît pas pouvoir être tenu pour la seule assise de la réglementation des contrats qui n'auraient pas pour objet l'exploitation, le titre sous lequel il est placé étant relatif au contenu du droit d'auteur, non aux contrats passés à son propos. Il semble alors plus naturel de considérer que le titre III, s'il s'intitule « Exploitation des droits », constitue en réalité l'assise de la réglementation de tous les contrats d'auteur. On comprend d'ailleurs pourquoi le législateur vise ici toute « cession ou exploitation », et évoque l'autorisation gratuite d'exécution dans l'article L. 131-2. Au fond, ceci relève de la logique la plus élémentaire : tous les contrats passés à l'égard des droits patrimoniaux se rattachent, directement ou indirectement, à l'exploitation des droits⁶²⁰. Le plan de l'ancienne législation ne fait d'ailleurs que conforter cette interprétation. Dans la loi du 11 mars 1957, l'article 30, devenu l'article L.122-7 du code de la propriété intellectuelle, était placé dans le chapitre relatif à l'exploitation des droits patrimoniaux, ce qui montre bien que les cessions à titre gratuit doivent pareillement que les cessions à titre onéreux être régies par les dispositions des articles L.131-1 et suivants.

⁶¹⁸ V. Cass. 1^e civ., 25 janvier 2005, D. 2005, 956, obs. Ph. ALLAEYS (donation d'un manteau à un musée de la mode, donataire jugé ne pas être investi pour autant du droit de permettre la réalisation et la diffusion de son image dans un magazine).

⁶¹⁹ Sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, v. Ch. LARROUMET, *Les Obligations, Le Contrat*, t. III, n°796s. – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, n°807s. Le stipulant est alors l'auteur, le promettant étant l'exploitant, qui s'engage à reverser la participation proportionnelle due au créateur au bénéficiaire qu'est la personne gratifiée.

Il est évident, notamment, que la prohibition des cessions globales concerne aussi bien les cessions à titre gratuit que celles à titre onéreux, l'esprit de la loi commandant d'ailleurs à *plus forte raison* son application dans ce cas⁶²¹ ! De même, les donations doivent respecter les prescriptions relatives à la forme des cessions, même s'il convient de les articuler ici avec celles que prévoit le code civil. L'article L.131-2 du code de la propriété intellectuelle se borne certes à indiquer que, dans les cas autres que les contrats d'édition, de représentation, de production audiovisuelle et les autorisations gratuites d'exécution, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables. Cela ne saurait cependant exclure la mise en œuvre des autres dispositions du même code, relatives aux conditions de preuve ou de validité des actes juridiques. Il s'agit seulement de permettre expressément la preuve testimoniale, par exception à la règle de l'écrit formulée pour les contrats visés au premier alinéa. L'article L.131-2 n'emporte donc aucune contradiction avec la règle que pose l'article 931 du code civil – exigence d'une forme notariée sous peine de nullité.

La question se pose également de savoir si la qualification de libéralité est compatible avec l'application de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle⁶²². Les rares spécialistes qui se sont interrogés sur ce point concluent en faveur de l'application de l'article L.131-3 aux donations, tout en émettant une réserve au regard de la conciliation entre la délimitation de la cession, dans le temps en particulier, avec le principe d'irrévocabilité de la donation⁶²³. Il semble néanmoins que l'obstacle ne soit pas plus dirimant que celui posé à l'égard des cessions à titre onéreux. Dès lors qu'il est admis que la délimitation de la cession conduit, non pas à une cession temporaire, mais à la cession d'un droit temporaire ou à une précision de l'objet cédé⁶²⁴, l'idée d'une donation d'un droit temporaire n'est pas plus incompatible avec le principe d'irrévocabilité que la vente d'un droit temporaire ne l'est au regard du caractère définitif de son transfert.

En conclusion, il convient ainsi de retenir que, comprise comme synonyme de libéralité, la qualification de cession à titre gratuit ne devrait s'appliquer qu'à une cession qui ne comporte ni de rémunération, forfaitaire ou proportionnelle à l'exploitation, ni d'obligation d'exploiter,

⁶²⁰ V. *supra*, n°180s.

⁶²¹ Il en va de même des licences libres. V. sur ce point M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, th. Montpellier I, 2006, n°197, qui souligne qu'une licence libre ne contredit pas en tant que telle la prohibition.

⁶²² Appliquant l'art. L. 131-3 CPI à une cession à titre gratuit, v. Cass. 1^{er} civ., 23 janv. 2001, CCE 2001/4, comm. n°34, obs. Ch. CARON. Sur les licences libres, v. M. CLÉMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, th. Montpellier I, 2006, n°198.

⁶²³ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°530, p. 600, corps du texte et note 5.

et devrait donc être exclue en présence d'une obligation d'exploiter, même en l'absence de prix⁶²⁵. Seules entrent dans cette catégorie les cessions pures et simples, révélant une intention libérale, qu'elles s'accompagnent ou non de restrictions d'usage. Il faut toutefois se garder d'un jugement trop hâtif sur la validité des cessions à titre onéreux dépourvues de prix monétaire : de ce que les cessions comportant pour seule contrepartie une obligation d'exploiter ne sont pas des cessions à titre gratuit, il ne s'infère pas nécessairement que la loi spéciale les répudie.

2) Nullité des cessions à titre onéreux dépourvues de prix monétaire

105. Position du problème. – La question est loin d'être simple. De prime abord, la combinaison des articles L.122-7 alinéa 1^{er} et L.131-4 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle laisse en effet le commentateur quelque peu perplexe : tandis que le premier de ces textes prévoit que le droit de reproduction et le droit de représentation sont cessibles à titre gratuit, le second prévoit que la cession *doit* comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. Une contradiction semble se dévoiler, dans la mesure où une cession *devant* comporter une rémunération proportionnelle ne saurait être qualifiée de cession à titre gratuit, pourtant expressément admise. Dès lors, deux interprétations s'opposent pour tenter de lever la contradiction. Selon une première proposition, les contrats d'exploitation dépourvus de prix resteraient possibles : les cessions à titre gratuit restant soumises aux règles des articles L.131-1s., il faudrait admettre que l'article L.131-4, qui pose le principe d'une participation proportionnelle, impose seulement les modalités de la rémunération, dont l'existence ou l'absence seraient en revanche librement convenues. Séduisante, cette interprétation paraît pourtant devoir être rejetée au profit d'une autre, plus protectrice de l'auteur (a). Les cessions dépourvues de prix ne peuvent qu'être des cessions consenties dans un but altruiste : seules les véritables cessions à titre gratuit peuvent être dépourvues de prix (b).

⁶²⁴ V. sur ce point *infra*, n°370s.

⁶²⁵ Si la qualification d'acte gratuit peut s'appliquer aussi bien à l'acte sans contrepartie et dans l'intérêt d'autrui qu'à l'acte sans contrepartie mais non sans mobile intéressé, les définitions juridiques excluent ainsi de qualifier de cession à titre gratuit celle qui engage le cessionnaire à exploiter. Sur ces définitions, v. Vocabulaire juridique, dir. G. CORNU, PUF, V° « Gratuit ».

a) Rejet des thèses admettant l'absence de prix dans les contrats d'exploitation

106. Lecture de l'article L. 122-7 du code de la propriété intellectuelle. – L'un des arguments de texte, retenu par des juges du fond pour retenir une thèse favorable à l'absence de prix monétaire dans les contrats d'exploitation, procède d'une confusion dans l'énoncé du problème : exposant que l'article L.122-7 ne précise nullement que la cession à titre gratuit serait uniquement celle dans laquelle le cessionnaire s'interdit d'exploiter commercialement⁶²⁶, ce premier argument, formulé dans des termes trop vagues, semble méconnaître qu'une cession à titre gratuit devrait s'appliquer aux seuls contrats qui ne comportent ni rémunération de l'auteur, ni obligation d'exploiter⁶²⁷ : la cession à titre gratuit n'est certes pas seulement celle dans laquelle le cessionnaire *s'interdit* d'exploiter commercialement, mais ne vise pour autant que le contrat qui lui reconnaît la *liberté* de jouir et disposer comme il l'entend des droits cédés (cession pure et simple, offrant une *faculté* d'exploiter), non le contrat qui prévoirait une obligation d'exploiter nonobstant l'absence de rémunération : un tel acte ne serait évidemment pas un contrat dans lequel « le cessionnaire s'interdirait d'exploiter commercialement », mais ne serait pas non plus une cession à titre gratuit... La confusion dans l'énoncé du problème conduit logiquement à une confusion dans la réponse qui lui est apportée. Si le cocontractant s'engage à exploiter, il ne peut s'agir que d'une cession à titre onéreux : il ne peut dès lors se prévaloir de la validité des cessions à titre gratuit pour exploiter sans verser de rémunération à l'auteur. Pour cette même raison, l'admission de la « gratuité totale » par l'article L. 122-7 ne paraît pas devoir conduire *a fortiori* à reconnaître la « gratuité partielle » que représenterait l'absence de rémunération de l'auteur pour une première période ou un premier tirage⁶²⁸ : dès lors que le cocontractant est tenu d'exploiter, il ne s'agit plus de cession à titre gratuit⁶²⁹.

107. L'article L.131-4 comporte l'exigence d'un prix. – Il serait néanmoins encore possible, dans une thèse favorable à l'exploitant, de se ranger à la définition de la cession à titre gratuit que retient le droit civil, tout en admettant qu'une cession à titre onéreux ne comporte pas de prix monétaire. L'opinion pourrait s'autoriser de l'assentiment d'une

⁶²⁶ V. en ce sens CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, obs. Ch. CARON ; PI avril 2006, p. 183, obs. A. LUCAS.

⁶²⁷ La cour d'appel, dans l'arrêt précité, adopte ainsi une conception erronée de la gratuité lorsqu'elle retient la cession à titre gratuit dans le cadre d'un contrat d'édition, alors qu'en tant que tel, ce dernier comporte une obligation d'exploiter qui lui confère un caractère onéreux.

⁶²⁸ V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°482.

doctrine ancienne quasi-unanime⁶³⁰. Aujourd'hui, il suffirait soit de considérer que l'article L.131-4 ne comporte pas une exigence de rémunération, mais prévoit seulement les modalités de versement du prix éventuellement stipulé, soit que la disposition n'est de toute façon pas d'ordre public, auquel cas il serait évidemment possible de déroger aussi bien au principe d'une rémunération qu'à son caractère proportionnel⁶³¹. C'est donc contre une telle interprétation qu'il faut s'élever.

Il est vrai que la lettre de l'article L.131-4, qui dispose que la cession « *doit comporter une participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* », se prête à de multiples interprétations. Au regard de la seule *lettre* du texte, il n'est cependant pas inconcevable de considérer que, non seulement la participation doit être proportionnelle, mais aussi et surtout que le contrat doit prévoir une rémunération, à défaut de quoi l'exigence relative à la modalité de cette rémunération – le caractère proportionnel – ne saurait être satisfaite...

Il est néanmoins préférable de fonder une telle interprétation sur « l'*esprit* » de cette règle, en invoquant notamment l'esprit de protection des intérêts du créateur, qui irrigue ce texte aussi bien que toutes les autres dispositions du chapitre dans lequel il se situe⁶³².

La jurisprudence semble nettement fixée en ce sens que l'article L. 131-4 s'inscrit dans un ordre public de protection⁶³³. Il y a une profonde incohérence⁶³⁴ entre l'admission de la gratuité, d'une part, et, d'autre part, l'intransigeance des juges sur des questions telles que la

⁶²⁹ En effet, l'absence de rémunération n'est pas l'effet d'une « gratuité totale », puisque la gratuité s'entend de l'absence *et* de toute rémunération *et* d'une obligation d'exploiter. Le raisonnement *a fortiori* bute sur la fausseté de sa première prémisse.

⁶³⁰ V. E. POUILLET, *Traité*, n°255 : « On peut admettre, en effet, que l'auteur, trop pauvre pour faire les frais de la publication, ait, d'un autre côté, la mauvaise chance de ne pas rencontrer un éditeur qui les veuille risquer. On conçoit alors que, désireux de voir son ouvrage publié, comptant sur la réputation que l'ouvrage paru lui fera, il préfère abandonner à l'éditeur tous les bénéfices de la publication en échange de tous les risques qu'elle lui fait courir ». V. aussi, à propos du contrat d'édition, J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 311 – J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, p. 171 – G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, n°67.

⁶³¹ V. P.-Y. GAUTIER, n°482 et 485, dont l'opinion favorable à l'absence de prix semble implicitement s'appuyer sur le caractère supplétif de l'art. L. 131-4 CPI.

⁶³² Là réside le nœud du problème, indéniablement. Il est significatif que M. Gautier, l'un des rares spécialistes ralliés à la thèse favorable à l'absence de prix, considère que l'art. L. 131-4 CPI est une disposition supplétive (V. *Précis*, n°483).

⁶³³ V. en dernier état Cass. 1^{er} civ., 13 février 2007, RIDA 2007/2, 275 : « les dispositions impératives de l'article L. 131-4 CPI ont été prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs, de sorte que leur violation ne donne lieu qu'à une nullité relative ».

⁶³⁴ V. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°414.

vileté du prix⁶³⁵ ou l'assiette de la rémunération, qui ne peut être calculée qu'en proportion du prix public hors taxe⁶³⁶ ? Certes, il n'est guère assuré que cet argument suffise à toujours emporter leur conviction. Des juges du fond ont ainsi récemment pu admettre la validité d'une clause de « cession gratuite », tout en annulant en son entier le contrat – un contrat d'édition en l'espèce – qui prévoyait que l'assiette de la rémunération était le chiffre d'affaires⁶³⁷. La rigueur dans la détermination de l'assiette de la rémunération proportionnelle ne leur a pas paru incohérente avec l'admission de la gratuité... *Prima facie*, il semble n'y avoir là rien de contradictoire, en effet. Dès lors que la cession a été consentie à titre onéreux, qu'il est établi que le cédant n'entendait pas gratifier le cessionnaire, mais percevoir un prix, il faut protéger le cédant à cet égard : le droit de la propriété littéraire et artistique veille aux intérêts de l'auteur dans la fixation des modalités de la rémunération dont il a entendu bénéficier, dans le même esprit que celui de la règle de droit civil qui protège le vendeur contre la stipulation d'un vil prix. Protéger l'auteur qui n'a consenti à la cession qu'en contrepartie d'une rémunération n'implique pas nécessairement de lui interdire de céder à titre gratuit en pleine conscience. D'ailleurs, l'admission des donations par le droit civil n'exclut pas la nullité des ventes à vil prix.

Il paraît néanmoins utile de se souvenir que la protection du créateur, en ce qui concerne la rémunération, se justifie par deux raisons :

1° Malgré sa volonté de céder à titre onéreux, l'auteur risque parfois de ne pas mesurer clairement la rémunération à laquelle il pourra prétendre, et si asseoir la participation sur le prix public hors taxe, le chiffre d'affaires, voire le bénéfice de l'éditeur, ne revient assurément pas au même, le créateur peu soucieux des subtilités comptables pourrait ne pas saisir la différence, ni l'enjeu. Il y a donc de fortes raisons de protéger l'auteur, incontestablement placé dans une situation d'*asymétrie d'informations*⁶³⁸ : il ne peut être certain que sa seule

⁶³⁵ V. TGI Paris, 2 mai 1969, D. 1969 p. 630, note J.-F. P. V. aussi . Ch. CARON, obs. sous CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, n°2 p. 29, qui se demande : « Et pourquoi la jurisprudence lutterait-elle contre les prix vils dans certains cas, alors même qu'elle admettrait l'absence de rémunération dans d'autres hypothèses ? ».

⁶³⁶ V. p. ex. Cass. 1^e civ., 9 octobre 1984, D. 1985, jur. p. 316, obs. C. COLOMBET. V. aussi Ch. CARON, obs. sous CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, n°2 p. 29, qui se demande : « ne serait-il pas paradoxal d'exiger, avec fermeté, que l'assiette de la rémunération proportionnelle soit le public hors taxe, alors même que par ailleurs, l'absence de rémunération serait si aisément admise ? ».

⁶³⁷ CA Paris, 4^e ch., 22 mars 2006, RIDA 3/2006, 348 ; chron. A. KÉRÉVER, 285.

⁶³⁸ Il faut noter qu'une analyse juridique teintée de morale rejoint l'analyse économique. V. aussi P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°485, p. 552 note 3, qui plaide en faveur de l'admission d'une clause contraire en demandant justement si l'essentiel n'est pas d'informer l'auteur.

volonté le prémunisse contre des accords desservant ses intérêts. Dans cette optique, il se comprend parfaitement que la jurisprudence veille particulièrement à ce que l'assiette de la participation soit le prix public (hors taxe), dans la mesure où seule cette assiette assure un mode de calcul simple et immédiatement compréhensible. En revanche, lorsque l'auteur cède à titre gratuit, il est vrai qu'il ne peut que mesurer pleinement la portée de son engagement. De ce point de vue, la *ratio legis* n'invite pas nécessairement à exclure les cessions à titre onéreux dépourvues de prix monétaire.

2° Il est toutefois pareillement indéniable que le principal motif de protection d'une partie contractante tient à sa *faiblesse présumée*. Or il est loin d'être certain que la loi entende laisser à l'exploitant la possibilité de proposer une cession dépourvue de prix. D'une part, la loi prévoit, à côté de l'édition, le contrat à compte d'auteur, dans laquelle c'est même l'auteur qui finance la fabrication et supporte les risques de perte, ou encore le contrat de compte à demi, établissant un partage des risques et profits⁶³⁹. La loi n'enferme pas ainsi l'exploitant dans un modèle de cession à titre onéreux dans laquelle il supporte seul les risques de l'exploitation⁶⁴⁰. Certes, force est d'avouer que cet argument ne serait pleinement convaincant qu'en démontrant qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'auteur de recourir à d'autres formules. Néanmoins, il paraît possible de penser que, si le législateur avait entendu admettre un troisième modèle, dans lequel le cessionnaire supporterait l'intégralité des risques, mais recueillerait l'ensemble des bénéfices, il aurait expressément prévu cette qualification, à l'instar des deux premiers. Ce silence n'est sans doute pas l'effet d'un hasard : cette troisième formule serait beaucoup plus tentante pour l'auteur. Dans le compte d'auteur ou le compte à demi, le créateur supporte toujours un risque, que ce soit pour le tout ou en partage avec un exploitant associé : l'auteur reste ainsi fortement incité à chercher un investisseur prêt à s'engager à supporter les frais de l'exploitation. Dans une cession dépourvue de prix, il serait au contraire beaucoup plus facile à l'exploitant d'attirer des créateurs prêts à renoncer à toute rémunération, attirés par l'engagement d'une diffusion de l'œuvre au public, car ils ne

⁶³⁹ Pour une présentation de ces contrats, v. *supra*, n°44s.

⁶⁴⁰ V. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°414, qui préconise d'explorer ces autres figures contractuelles. V. en ce sens TGI Paris, 30 nov. 1999, CCE 2001 comm. n°87, obs. Ch. CARON : jugé que « s'il n'est pas contestable que l'édition d'ouvrages en sciences humaines est « risquée » à l'heure actuelle, ce risque ne saurait être supporté dans le cadre d'un contrat d'édition par l'auteur, la loi ayant prévu d'autres formes de contrat (contrat à compte d'auteur ; contrat de compte à demi) pour le partage des risques entre l'auteur et l'éditeur lorsque ce dernier estime que la commercialisation de l'ouvrage sollicité est problématique ». V. enfin Ch. CARON, obs. crit. sous CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, n°2 p. 29, arrêt qui n'accueille pas un tel argument.

supporteraient pas les pertes résultant d'un échec⁶⁴¹. L'auteur aura donc du mal à résister aux propositions de cessions gratuites, dans le seul objectif de ne pas manquer une chance de voir son œuvre diffusée.

La raison d'être du principe de rémunération proportionnelle tient de surcroît à la volonté d'associer le créateur dans l'exacte mesure du succès de son exploitation, en évitant que sa position de faiblesse ne le conduise à privilégier trop souvent une somme d'argent « sonnante », *i.e.* un forfait. La validité des cessions dépourvues de prix irait donc bien de ce point de vue à rebours de la *ratio legis*. L'auteur doit être protégé contre la tentation de la gratuité aussi bien qu'il l'est contre celle d'une rémunération forfaitaire, en ce qu'elles excluent toutes deux la participation du créateur aux fruits de sa création.

Enfin, il ne serait guère plus convaincant de s'appuyer sur la soumission des cessions à titre gratuit aux articles L. 131-1 et suivants pour en déduire que l'article L. 131-4, qui devrait s'appliquer de même à ces cessions, ne peut consister dans une exigence de rémunération, mais dans une simple précision de ses modalités. Il est pour le moins évident que l'article L.131-4 ne saurait imposer une rémunération dans le cadre d'une cession à titre gratuit, ne comportant ni obligation d'exploiter ni prix monétaire ! Mais justement, s'il est évident que l'article ne peut concerner les véritables cessions à titre gratuit, expressément admises, il semble bien applicable aux cessions à titre onéreux, qu'elle comporte ou non une obligation d'exploiter. Il n'y a pas lieu d'opérer une distinction dont l'article L. 131-4 ne comporte nulle trace. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁶⁴². L'interprétation *a coherentia* des articles L. 122-7 et L. 131-4 n'implique donc en aucune façon de considérer que sont valides les cessions à titre onéreux dépourvues de prix, improprement appelées cessions gratuites⁶⁴³.

b) Thèse de la restriction des cessions dépourvues de prix aux cessions gratuites

108. Exposé de la thèse. – Une analyse exacte invite à considérer que l'absence de rémunération ne devrait être admise que lorsque la cession est consentie « dans un but

⁶⁴¹ *Ibid.*, *eod. loc.*

⁶⁴² V. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4^e éd. 1999, n°453 (trad. : Où la loi ne distingue pas, il ne faut pas distinguer).

⁶⁴³ Sur la méthode d'interprétation *a coherentia*, v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF 2001, p. 257 : « L'argument *a coherentia* est celui qui, partant de l'idée qu'un législateur raisonnable ne peut pas régler une même situation de deux façons incompatibles, veut qu'il existe une règle permettant d'écarter l'une des deux dispositions provoquant l'antinomie. Il faut dès lors interpréter chaque texte en fonction de son contexte, de manière à ne pas laisser subsister de lacune ni de contradiction avec le reste des textes établis dans le même domaine, voire dans l'ensemble du système juridique »

altruiste »⁶⁴⁴. Encore ne faut-il cependant pas se méprendre sur la signification des termes. Certes, seules les cessions gratuites peuvent être licitement dépourvues de prix monétaire. Un tel raisonnement ne peut néanmoins être compris qu'en le décomposant en deux temps. Dans un premier temps, il invite à considérer que l'article L. 131-4 du code de la propriété intellectuelle *impose* une rémunération de l'auteur – c'est pourquoi une cession à titre onéreux comporte nécessairement un prix⁶⁴⁵. Dans un second temps, il conduit alors à voir dans cet article une dérogation à l'article L. 122-7 du même code, puisqu'il ne peut être nié que ce dernier autorise les cessions à titre gratuit⁶⁴⁶. Ce faisant, reste à trouver le ou les critères permettant de tracer la frontière entre les contrats qui relèvent de l'article L. 131-4 et ceux qui relèvent du seul article L. 122-7, puisque la validité de l'absence de rémunération est alors l'effet de la qualification, et non un critère. Ceci est néanmoins évident, après qu'une définition préalable de la cession à titre gratuit a été dégagée : il s'agit précisément des critères de l'acte à titre gratuit, à savoir une absence de contrepartie et une intention libérale⁶⁴⁷. Il ne faut donc pas non plus exagérément restreindre le périmètre de la gratuité, en invalidant par exemple les cessions consenties à une personne qui revêtira lui-même le costume de l'exploitant. De fait, l'article L.131-4 s'applique aux contrats qui astreignent à l'exploitation des droits⁶⁴⁸ – en d'autres termes, l'absence de prix ne pourra donc pas être stipulée dans un contrat comportant une obligation d'exploiter, qui devient onéreux de ce fait⁶⁴⁹ – mais ne devrait s'appliquer qu'à ceux-là – les contrats conclus dans un but altruiste, laissant au cessionnaire la libre faculté de procéder ou faire procéder à l'exploitation, échapperont à son empire. De ce point de vue, il est significatif que l'univers du « copyleft », où règne la gratuité, n'exclue pas tout à fait l'utilisation commerciale des œuvres⁶⁵⁰. Bien sûr, il conviendra d'établir clairement le consentement de l'auteur, dans le contrat ou par une

⁶⁴⁴ V. le moyen soulevé par un syndicat et une association représentant les intérêts des auteurs dans un appel interjeté devant CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, obs. Ch. CARON ; PI avril 2006, p. 183, obs. A. LUCAS. Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°606.

⁶⁴⁵ V. Cass. 1^e civ., 7 mai 2008, inéd. (n°07-13.885) : jugé que « ayant constaté que les contrats de cession de droits d'auteur et d'artiste-interprète (...) ne comportaient aucune stipulation de rémunération distincte pour l'exploitation sous forme de vidéogrammes, la cour d'appel (Paris, 26 janvier 2007) a exactement décidé, en l'absence d'actes manifestant sans équivoque la volonté [de l'auteur] de renoncer à se prévaloir de ses droits, que la poursuite, sans rémunération, de ce mode d'exploitation (...) était fautive et justifiait l'octroi à celui-ci de dommages-intérêts qu'elle a souverainement évalués ». On remarque que la Cour de cassation semble admettre une renonciation postérieure à la rémunération.

⁶⁴⁶ V. le moyen précité, in CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, *op. cit.*

⁶⁴⁷ V. *supra*, n°... V. aussi en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°606.

⁶⁴⁸ En ce sens, v. Ch. CARON, « De la gratuité inopportune dans le contrat d'édition », obs. sous TGI Paris, 30 novembre 1999, CCE 1999, comm. n°87, n°2 p. 20.

⁶⁴⁹ Selon le moyen précité, l'article L.122-7 CPI ne s'appliquerait pas lorsqu'il « est question d'une exploitation purement commerciale des droits patrimoniaux ».

⁶⁵⁰ Ce sera par exemple le cas des « licences » de logiciel libre ou des licences *Creative Commons* ne comportant pas l'option « Pas d'utilisation commerciale ». V. *supra*, n°101.

renonciation postérieure⁶⁵¹. Faute d'un tel consentement, le contrat devra fixer un prix, dont la loi impose même le caractère proportionnel.

B. – La prévision d'un prix proportionnel

109. Principe de rémunération proportionnelle. – Dès lors que l'auteur cède ses droits à titre onéreux, moyennant un prix monétaire, reçoit application un principe fondamental, en vertu duquel la rémunération convenue doit alors être proportionnelle à l'exploitation⁶⁵². Il n'entre pas dans l'objet de cette étude d'examiner l'ensemble des questions soulevées par sa mise en œuvre – délicate et complexe – le propos étant seulement ici de recenser les éléments de la qualification des contrats d'auteur, préalable indispensable d'une classification éventuelle dans les catégories du droit civil⁶⁵³. Il faut donc ici se borner à relever ce caractère, même si ceci est indispensable : en effet, cette modalité de détermination du prix pourrait avoir une incidence non négligeable sur l'élection de la qualification adéquate au regard du droit civil⁶⁵⁴. Dans cette perspective, il paraît utile de souligner que si la clause contrevenant à ce principe est frappée de nullité relative⁶⁵⁵, l'ordre public de protection qui la fonde s'oppose en revanche à la stipulation d'une clause contraire⁶⁵⁶.

Il est donc acquis que les contrats d'auteur comportant une cession à titre onéreux doivent comporter un prix, fixé en principe sous forme de rémunération proportionnelle⁶⁵⁷. Il reste cependant à vérifier si la nullité des cessions à titre onéreux dépourvues de prix monétaire s'étend également aux divers contrats spéciaux, ou s'ils dérogent au principe.

⁶⁵¹ Sur l'admission d'une renonciation de l'auteur, v. Cass. 1^{er} civ., 7 mai 2008, inéd. (n°07-13.885), *op. cit.* V. aussi, pour le contrat d'édition, *infra*, n°114.

⁶⁵² L'assiette de la rémunération proportionnelle étant en principe le prix public hors taxes, malgré quelques exceptions et, surtout, la résistance de la pratique. V. A. LUCAS, « L'assiette de la rémunération proportionnelle due à l'éditeur », D. 1992, chron. 269 – Y. GAUBIAC, « L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, p. 163 – F. GAULLIER et G. VERCKEN, « Rémunération proportionnelle des auteurs : atténuations et remises en cause du principe de l'assiette prix public hors-tax », PI 2006, n°19, p. 155.

⁶⁵³ Sur le régime de la rémunération proportionnelle, v. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°607s. – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°978s. – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°482s. – Ch. CARON, *Manuel*, n°416s.

⁶⁵⁴ V. *infra*, n°448s.

⁶⁵⁵ V. en dernier état, Cass. 1^{er} civ., 13 février 2007, RIDA 2007/2, 275 : « les dispositions impératives de l'article L. 131-4 CPI ont été prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs, de sorte que leur violation ne donne lieu qu'à une nullité relative ».

⁶⁵⁶ *Contra*, P.-Y. GAUTIER, n°485, qui plaide en faveur de la clause contraire en invoquant le caractère relatif de la nullité. Il faut pourtant relever que si la nullité n'est que relative, c'est précisément parce que la jurisprudence se fonde sur un ordre public de protection. Quel qu'il soit, l'ordre public s'oppose aux clauses contraires (art. 6 c. civ.).

§ 2. – L'EXIGENCE D'UN PRIX DANS LE DROIT SPÉCIAL DES CONTRATS D'AUTEUR

110. Bien que le code de la propriété intellectuelle n'interdise pas les cessions à titre gratuit, il n'est pas certain, loin s'en faut, que toute rémunération de l'auteur puisse être exclue par un éditeur, un entrepreneur de spectacles ou un producteur. Il convient donc de vérifier si le prix est bien ou non un élément essentiel de la qualification de chacun des contrats d'exploitation nommés par le code de la propriété intellectuelle – édition (A), représentation (B), production audiovisuelle et commande pour la publicité (C).

A. – Exigence d'un prix dans le contrat d'édition

111. Il faut d'abord rappeler qu'un contrat à titre gratuit, ainsi qu'il a été vu, s'entend d'un contrat qui ne comporte aucune contrepartie au profit de l'auteur, *i.e.* ni une quelconque rémunération, ni une obligation de fabriquer ou d'exploiter⁶⁵⁸. C'est sans doute pour cette raison que la doctrine antérieure à la loi du 25 mars 1957, qui s'en tenait au caractère onéreux du contrat, admettait dans le principe que le contrat d'édition ne comporte pas de rémunération au profit du créateur : l'obligation de fabriquer des exemplaires de l'œuvre et de les diffuser auprès du public leur paraissait la seule contrepartie *essentielle* de l'engagement de l'auteur⁶⁵⁹. En l'absence de stipulation expresse de rémunération, d'aucuns estimaient même que celle-ci n'était tacite que dans certaines circonstances⁶⁶⁰, certains auteurs admettant

⁶⁵⁷ V. aussi, pour une étude ces cas de forfait, Ph. ALLAEYS, « Hypothèses de forfait en droit d'auteur », PI 2007, n°24, 269

⁶⁵⁸ V. *supra*, n°101.

⁶⁵⁹ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 311 : « On ne saurait conclure de la nature onéreuse du contrat à la nécessité d'une rémunération pécuniaire. La publication de l'œuvre constitue, dans nombre d'hypothèses, la contrepartie de l'aliénation du droit de reproduction et suffit à écarter, en principe, toute idée de gratuité. Là réside, de toute évidence, une des différences qui séparent le contrat d'édition de la vente : la rémunération pécuniaire, le paiement du prix, n'est pas un élément essentiel du contrat » ; V. aussi J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, p. 171 : « à défaut de convention expresse ou tacite sur ce point, l'éditeur n'a rien à payer. Il ne s'est engagé qu'à publier, et l'auteur ne peut rien exiger de plus » – POUILLET, *Traité*, n°255 : « Il se peut que l'auteur cède à un éditeur le droit de publier son œuvre, sans stipuler le versement d'aucun prix entre ses mains ; le contrat n'en perdra pas nécessairement pour cela son caractère de contrat à titre onéreux ».

⁶⁶⁰ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 312 : « Le critérium devra être recherché en principe dans la notion d'équivalence. La rémunération pécuniaire devra être refusée à l'auteur toutes les fois que, eu égard à la nature de l'ouvrage, à ses qualités, à la réputation de l'auteur, en un mot aux possibilités économiques virtuelles que l'œuvre présente, le simple fait de la publication constituera pour l'auteur la compensation équitable des droits par lui cédés. Si, au contraire, les gains possibles l'emportent d'une façon très nette sur les risques de perte, on présumera que l'auteur a entendu se réserver le droit de réclamer une

néanmoins qu'elle soit présumée de façon générale⁶⁶¹. Il importe donc de se demander, non pas si le contrat d'édition est un contrat à titre onéreux, ce qui ne fait aucun doute dès lors que le caractère essentiel des obligations de fabriquer et de diffuser l'œuvre est avéré⁶⁶², mais de se demander s'il est loisible à l'éditeur de se soustraire au paiement d'un prix monétaire.

Aussi faut-il relever que le code de la propriété intellectuelle n'affirme pas expressément que le prix participe de la nature du contrat d'édition, contrairement aux prévisions de projets de loi antérieurs à 1957⁶⁶³. Certes, dans la mesure où la catégorie « autorisation gratuite d'exécution » semble distincte de celle du contrat de représentation⁶⁶⁴, une autorisation gratuite de reproduction serait dans cet esprit distincte du contrat d'édition proprement dit, d'où il s'ensuit que cette dernière qualification impliquerait l'exigence d'un prix. Il faut pourtant se garder, ici comme ailleurs, de conclusions par trop péremptoires. Souvent, la jurisprudence se prononce sur la question de la « gratuité », tenue pour synonyme d'absence de prix, en faisant abstraction de la qualification précise de la convention par laquelle l'auteur autorise la reproduction. Cependant, un certain nombre de décisions de juge du fond admettent l'absence de prix s'agissant du contrat d'édition, soit implicitement, en appliquant les règles du droit spécial du contrat d'édition à un contrat dont la qualification n'est pas corrigée par le juge⁶⁶⁵, soit explicitement, à un contrat d'édition caractérisé comme tel⁶⁶⁶. La

rémunération ». L'éminent juriste renvoie également à d'autres facteurs, tels la réputation de l'auteur, l'existence d'un ou plusieurs contrats antérieurs, dont il pourrait être présumé que les mêmes stipulations doivent être reprises. En ce sens, v. également J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire* pp. 171-172 – C. COUHIN, *Propriété industrielle, artistique et littéraire*, t. II, p. 550.

⁶⁶¹ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, n°84 – P. RUDELLE, *Des rapports juridiques entre les auteurs et les éditeurs*, 1898, in-8, p. 137.

⁶⁶² V. sur ce point, *infra*, n°144.

⁶⁶³ V. p. ex. projet de loi n°1164 sur le droit d'auteur et le contrat d'édition (13 août 1936), art. 35 : « *Le contrat d'édition doit, à peine de nullité, stipuler un prix, qui peut consister soit en une somme déterminée ou fixée proportionnellement aux exemplaires tirés, soit en un pourcentage sur le prix marqué* » (in J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, annexes, p. 206). V. aussi le projet de loi de la société d'études législatives sur le contrat d'édition (juin 1936), art. 1^{er} : « *Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre intellectuelle, ou les ayants cause de l'auteur concèdent, moyennant un prix, à un tiers appelé éditeur...* » (*ibid*, p. 173). V. cpt. le projet de loi n°1039 sur le contrat d'édition (8 décembre 1932), art. 9 : « *Le contrat d'édition est présumé à titre onéreux. Lorsque les honoraires de l'auteur n'auront pas été prévus au contrat, ils seront fixés par les tribunaux* » (*ibid*, p. 169).

⁶⁶⁴ L'article L.131-2 du code de la propriété intellectuelle précise en effet que si les « *contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle doivent être constatés par écrit* », « *il en est de même des autorisations gratuites d'exécution* ». V. *infra*, n°518s.

⁶⁶⁵ V. CA Paris, 25 juin 2003, RIDA 1/2004, 246 : il est intéressant de relever que les juges du fond ne se soucient guère de la qualification précise du contrat litigieux, en se bornant à relever que le contrat litigieux est présenté par les parties comme un contrat de traduction (en langue française, d'une œuvre de littérature allemande du XVIII^e siècle - *Les Abdéritains*, de Christoph-Martin Wieland) comportant une cession du droit exclusif d'imprimer, publier, reproduire et vendre l'ouvrage traduit. La décision comporte cependant une référence au droit spécial du contrat d'édition (article L.132-12 CPI) au chapitre de la réparation du préjudice subi par l'auteur, qui excipait également de manquements à l'obligation d'exploitation suivie, d'où il semble pouvoir être déduit que la décision ne refuse pas, dans le principe, le caractère gratuit du contrat d'édition.

Cour de cassation n'a quant à elle pas encore eu l'occasion de se prononcer⁶⁶⁷. La doctrine restant du fait hésitante⁶⁶⁸, il paraît utile d'examiner comment le problème devrait être posé (1) avant même de tenter d'en proposer une solution (2).

1) Position du problème

112. S'il importe de préciser la façon dont le problème se pose, c'est en raison de la diversité des chemins de traverse que la jurisprudence emprunte, ou qui pourrait séduire le commentateur pressé.

113. Gratuité « partielle » : modalité de la rémunération ou exception au principe de rémunération ? – La jurisprudence récente ne fournit pas d'exemple de contrat d'édition excluant toute rémunération de l'auteur. Dans la pratique, il arrive en revanche que certains éditeurs stipulent un taux nul à l'égard d'une première fraction des ouvrages vendus. La convention se décompose alors, selon les termes usités, en une cession « à titre gratuit » (dépourvue de contrepartie monétaire, plus précisément) et en une cession « à titre onéreux » (prévision d'un pourcentage du prix de vente au public hors taxe)⁶⁶⁹. Il faut cependant s'interroger sur le sens de ce concept de « gratuité partielle »⁶⁷⁰, et se demander si ces stipulations donnent réellement lieu à une cession dépourvue de prix, ou ne font qu'organiser les modalités de la rémunération due à l'auteur.

Pour cerner la problématique et tenter de la résoudre, le raisonnement peut, là encore, partir des contrats portant sur les choses corporelles. Il apparaît ainsi très rapidement qu'une distinction doit être opérée entre, d'une part, ce que recouvre ordinairement le concept de

⁶⁶⁶ CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, obs. C. Caron ; PI avril 2006, p. 183, obs. A. Lucas – 22 mars 2006, RIDA 3/2006, 348 ; chron. A. KÉRÉVER, 285. V. aussi p. ex., plus ancien, CA Paris 4^e ch., 24 novembre 1987, RIDA 1988/1, 96.

⁶⁶⁷ Même si l'occasion n'est pourtant pas passée loin : v. Cass. 1^e civ., 28 févr. 2008, inéd. (07-12.008) : en l'espèce, l'auteur avait invoqué avec succès la nullité du contrat d'édition comportant une cession gratuite pour les mille premiers exemplaires, l'arrêt rendu par la cour d'appel (Paris, 1^{er} déc. 2006) ayant écarté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action (aux motifs que la prescription n'avait pas commencé à courir dès lors que le contrat d'édition était en cours). La cassation a été prononcée aux motifs que la prescription a pour point de départ la signature du contrat et qu'en l'espèce, le délai de 5 ans était expiré au jour de la délivrance de l'assignation en nullité. La Cour n'avait donc pas à se prononcer sur le point de la validité d'un contrat d'édition excluant la rémunération de l'auteur...

⁶⁶⁸ V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°482, qui, rappelant que l'article L.122-7 CPI prévoit les cessions à titre gratuit, se prévaut d'un raisonnement *a fortiori* pour admettre que l'auteur renonce pour une période donnée ou un premier tirage à sa rémunération.

⁶⁶⁹ V., admettant cette clause, CA Paris, 4^e ch., 22 mars 2006, RIDA 2006/3, 348.

⁶⁷⁰ Faut-il le rappeler, la « gratuité partielle » n'est en réalité, plus exactement, qu'une absence partielle de rémunération. C'est ainsi qu'il faudra entendre toute référence postérieure à cette « gratuité » partielle.

« cession partiellement gratuite », la cession gratuite d'une fraction de la chose – une partie d'un terrain, par exemple – et, d'autre part, une convention à exécution successive qui prévoirait un paiement échelonné, mais exigible seulement après un certain temps. Ce dernier cas de figure peut être illustré par un exemple simple : une location de choses mobilières d'une durée d'un an, qui prévoirait le versement d'un loyer mensuel les seuls 6 derniers mois. N'est-il pas loin d'être certain que le contrat, soumis au juge, soit pour partie disqualifié en contrat de prêt ? Le versement d'un loyer dans les seuls 6 derniers mois ne pourrait-il pas être tenu, en d'autres termes, pour une modalité de la rémunération convenue, et non pour une exclusion partielle de toute rémunération ?

De la même manière qu'au sein des contrats portant sur des choses corporelles, une distinction peut ainsi être établie, au sein des contrats portant sur les droits d'exploitation, entre les contrats qui comporteraient la cession « gratuite » (sans prix monétaire) d'une ou plusieurs prérogatives d'exploitation, d'une part, et les contrats qui prévoiraient un taux de 0% pour une première fraction des ventes, d'autre part⁶⁷¹. Si la notion de « gratuité partielle » peut sans nul doute être invoquée dans le premier cas, il faut se demander si, au fond, le contrat d'édition qui prévoit un pourcentage au-delà seulement d'un certain seuil ne prévoit pas en réalité une modalité de la rémunération, et non une exclusion du principe de rémunération⁶⁷². En d'autres termes, le contrat ne serait pas tant une cession partiellement gratuite qu'une cession à titre onéreux, dans laquelle les modalités de la rémunération convenue impliqueraient que l'auteur ne perçoive de redevances qu'au-delà d'un certain seuil d'ouvrages vendus. Il s'agirait de débattre, dans une telle optique, non pas de la possible exclusion du principe de rémunération au sein du contrat d'édition, mais de la possibilité de prévoir un taux nul dans le cadre de *l'application* du principe de participation proportionnelle⁶⁷³.

Une telle approche du problème, pour séduisante qu'elle paraisse, s'avère pourtant contestable. En effet, dans le cas précité de la location mobilière, il est certain que le bailleur

⁶⁷¹ Dans la mesure où le nombre d'ouvrages que l'éditeur se voit reconnaître la faculté ou imposer l'obligation de tirer ne donne pas lieu à un démembrement du monopole d'exploitation (v. *supra*, chap. 4), il ne peut s'agir de la cession gratuite d'une partie de l'objet de cession, contrairement à la cession gratuite d'une partie des prérogatives d'exploitation que la loi reconnaît à l'auteur.

⁶⁷² V. en ce sens la formulation de certaines décisions, ainsi p. ex. CA, 25 juin 2003, RIDA 1/2004, 181, obs. A. KÉRÉVER, selon laquelle « la rémunération de l'auteur contractuellement prévue au-delà des 1000 exemplaires vendus **exclut la gratuité de la cession** » (souligné par nous).

recevra un prix, quand bien même son paiement serait différé, et si, au contraire, l'intention libérale est avérée – un véritable prêt précédant alors la location – les cocontractants auront prévu *ab initio* le caractère partiel de la gratuité⁶⁷⁴. En revanche, dans l'exemple pris du contrat d'édition, l'existence ou l'absence de rémunération dépendra du nombre d'exemplaires vendus. Si le contrat prévoit un premier tirage inférieur au nombre d'exemplaires au-delà duquel l'auteur pourrait prétendre à une rémunération, le contrat sera une cession « à titre gratuit » (absence de contrepartie monétaire), du moins en l'absence de nouveau tirage. Et même dans le cas contraire, où le contrat prévoirait un tirage supérieur au nombre d'exemplaires au-dessous duquel un taux nul serait prévu, il ne faut pas oublier que la participation proportionnelle dépend du nombre d'exemplaires *vendus*, et non du nombre d'exemplaires *tirés*. Ainsi, les seules stipulations du contrat ne peuvent jamais assurer que l'auteur percevra bien une rémunération : tout dépendra de son exécution, plus précisément du nombre de ventes réalisées. La cession pouvant finalement, à défaut de succès de l'œuvre auprès du public, ne jamais donner lieu à participation – le nombre de ventes étant inférieur au seuil au-delà duquel une participation est prévue –, il ne peut jamais être présagé, avec une certitude absolue, que le contrat n'emportera qu'une exclusion *partielle* de rémunération, plutôt qu'une exclusion *totale*. Il est donc impossible de considérer que la fixation d'un taux nul pour un certain nombre d'exemplaires vendus n'est qu'une modalité de la participation proportionnelle, et non une exclusion du principe de rémunération. De surcroît, si la qualification du contrat ne peut pas dépendre des circonstances de son exécution, il faut relever qu'elle ne dépendra pas plus ici de l'existence ou de l'absence d'une intention libérale : faut-il le rappeler, l'intention libérale est exclue dès lors qu'il existe une contrepartie, même s'il ne s'agit pas d'une rémunération monétaire. Or il ne fait nul doute que, même si l'éditeur exclut la participation de l'auteur à la vente d'un certain nombre d'exemplaires, il s'est engagé à les fabriquer et à les diffuser⁶⁷⁵.

114. Renonciation. – Une seconde difficulté réside dans la distinction entre contrat dépourvu de prix *ab initio* et renonciation, distinction délicate dans la mesure où la doctrine n'exclut pas

⁶⁷³ L'exploitant pourrait alors estimer le contrat valable, en invoquant le respect du principe de la rémunération proportionnelle et la liberté de fixation contractuelle du taux de ladite participation. S'il n'est pas avéré qu'une telle interprétation triomphe, du moins le débat se présenterait-il différemment.

⁶⁷⁴ Il faut préciser qu'en réalité, c'est le critère de l'intention libérale qui pourra, seul, permettre de faire la distinction entre acte partiellement gratuit et convention onéreuse organisant un paiement échelonné et différé. Mais il n'en reste pas moins que, si l'intention libérale est caractérisée, les cocontractants auront prévu *ab initio* le caractère partiel de la gratuité.

unanimement l'existence de renonciations *in favorem*, c'est-à-dire de « renonciations translatives »⁶⁷⁶. Sans doute s'agit-il de la raison pour laquelle des juges du fond ont pu admettre la validité d'un contrat d'édition excluant la participation de l'auteur au prix de vente d'un certain nombre d'exemplaires, en considérant que l'auteur reste « *libre, si du moins, il a une claire conscience de ce qu'il cède à titre gratuit, de **renoncer** à percevoir des droits patrimoniaux (sic) sur l'exploitation de son œuvre* »⁶⁷⁷. Certes, quelques garde-fous restent prévus : si la cession dépourvue de contrepartie monétaire est admise en son principe, encore faut-il que la stipulation ne révèle aucune ambiguïté et soit expressément consentie. Ce ne serait pas le cas, par exemple, lorsque l'auteur a simplement accepté une clause excluant la rémunération au-dessous de 1000 exemplaires en même temps qu'un premier tirage de 500⁶⁷⁸. Il faudrait ainsi comprendre que le seul fait de prévoir dans un même contrat un taux nul pour une première fraction d'ouvrages vendus, et au-delà un taux positif, entraîne une « ambiguïté » qui ne peut assurer du consentement de l'auteur. Une telle position reste pourtant extrêmement illogique et permissive. Illogique, car si ce qui importe, c'est une claire conscience de l'auteur, il conviendrait de s'en tenir à une appréciation au cas par cas de la réalité et de l'intégrité de son consentement. Le seul fait de « panacher » un taux nul et des taux positifs ne peut pas systématiquement suffire à considérer que le consentement de l'auteur a été vicié, par une sorte d'erreur sur la nature du contrat. Permissive pourtant, car la pratique, ayant repéré cette faille, n'avait pu qu'à modifier la rédaction pour contourner l'obstacle : les espèces plus récentes concernent des clauses qui ont nettement distingué et utilisé les termes de « cession à titre gratuit » (absence de participation pour une première fraction d'exemplaires vendus) et de « cession à titre onéreux »⁶⁷⁹, ou des clauses qui ont été

⁶⁷⁵ L'obligation d'exploiter qui pèse sur l'éditeur ne fait quant à elle aucun doute. arg. art. L. 132-1, 132-11 et 132-12 CPI, ainsi que *infra*, n°144.

⁶⁷⁶ V. sur ce point Ph. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, n°418 – H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. IV 2^e vol., *Successions – Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Montchrestien, 1999, n°1475.

⁶⁷⁷ CA Paris, 25 juin 2003, *op. cit.* Rapp. TGI Paris, 30 nov. 1999, CCE 2001, comm. n°87, note Ch. CARON – CA Paris, 10 déc. 2004, PI 2005, p. 175, note A. LUCAS.

⁶⁷⁸ V. CA, 25 juin 2003, RIDA 1/2004, 181, obs. KÉRÉVER, qui juge que si « le droit de reproduction est cessible à titre gratuit, cette cession sans contrepartie financière doit être dépourvue de toute ambiguïté et être expressément consentie » et relève que ce n'était pas le cas en l'espèce, dans la mesure où « la rémunération de l'auteur contractuellement prévue au-delà des 1000 exemplaires vendus **exclut la gratuité de la cession** » (nous soulignons). On comprend ainsi que pour les juges, le seul fait de prévoir dans un même contrat un taux nul pour une première fraction d'ouvrages vendus, et au-delà un taux positif, entraîne une « ambiguïté » qui ne peut assurer du consentement de l'auteur.

⁶⁷⁹ CA, 25 juin 2003, RIDA 1/2004, 181, obs. KÉRÉVER.

spécialement contresignées par l'auteur⁶⁸⁰. La protection assurée par la théorie des vices du consentement paraît bien faible.

Est-il même fondé de recourir à la notion de renonciation ? Dans les cas d'espèce où le juge a admis une « cession à titre gratuit » qui n'en était pas une, la motivation repose certes essentiellement sur l'examen des règles gouvernant le contrat d'édition : le débat entre les thèses favorables et défavorables à l'absence de prix n'est pas esquivé. Mais le recours à la figure de la renonciation paraît plus dangereux, car il pourrait tout aussi bien permettre d'éluder l'affrontement. En effet, il serait possible de considérer, tout en reconnaissant que le contrat d'édition est un contrat par essence onéreux, que l'auteur peut *renoncer*, au moins partiellement, au droit de créance qu'il détient contre l'éditeur. C'est contre les virtualités de cette jurisprudence qu'il faut même lutter. En ce sens, il faut souligner que la renonciation tend aujourd'hui à être présentée tel un acte essentiellement abdicatif, qui a pour seul effet direct l'abandon d'une ou plusieurs prérogatives⁶⁸¹ : s'il est permis, avec une doctrine récente, d'exclure du champ des renonciations *stricto sensu* les « renonciations translatives », qui ne sont rien d'autre que des aliénations ordinaires à titre gratuit ou onéreux, il faut alors observer qu'en raison de cette essence abdicative, il est possible d'extraire la renonciation de la *summa divisio* des actes à titre gratuit et onéreux – en effet, dès lors que l'acte, impropre à transférer un droit, a pour seule conséquence l'abdication d'une prérogative, non seulement il est impossible que le renonçant ait agi à titre onéreux, mais encore est-il indifférent qu'il ait agi par intention libérale⁶⁸². Sous cet angle, la renonciation de l'auteur à une rémunération sur une partie du premier tirage ne serait pas incompatible avec le caractère essentiellement onéreux du contrat d'édition.

Il est donc impératif de comprendre qu'en se référant au concept de « renonciation », les juges du fond qui ont admis la gratuité au sein du contrat d'édition ont plus ou moins consciemment accueilli l'idée d'une donation indirecte, échappant au formalisme prévu par l'article 931 du code civil. Cependant, cette donation indirecte ne peut pas résulter d'une renonciation *in favorem* qui, si tant est qu'elle soit admise, ne saurait concerner un acte conventionnel. En effet, la renonciation est un acte unilatéral⁶⁸³. Or, outre la discussion qui règne sur la

⁶⁸⁰ CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, obs. Ch. CARON, qui – faut-il y voir un lien de cause à effet – accueille cette fois le raisonnement de l'éditeur en défense.

⁶⁸¹ V. not. en ce sens D. HOUTCIEFF, « Renonciation », *Encycl. Civ. Dalloz*, 2004, n°3.

⁶⁸² *Ibid.*, n°3.

⁶⁸³ V. D. HOUTCIEFF, « Renonciation », *op. cit.*, n°5. V. aussi Y. SEILLAN, « L'acte abdicatif », *RTD civ.* 1966, 686, n°1.

possibilité de renonciation, acte unilatéral, à un droit de créance né d'un acte bilatéral⁶⁸⁴, il s'agit ici d'examiner la validité de stipulations conventionnelles. La terminologie des juges du fond, qui ont pu admettre que l'auteur reste libre de « *renoncer à percevoir des droits patrimoniaux (sic) sur l'exploitation de son œuvre* », paraît ainsi contestable⁶⁸⁵. Dans le cas d'espèce tranché, le créateur ne renonçait pas unilatéralement à sa créance de rémunération, c'est le contrat qui prévoyait l'absence de participation pour un certain nombre d'ouvrages vendus. De surcroît, la stipulation ne s'inscrit pas, au cas d'espèce, dans le cadre d'un acte abdicatif, fût-il conventionnel. En effet, un acte ne peut être qualifié comme tel qu'en présence d'un effet purement extinctif : l'acte abdicatif ne saurait ainsi être intégré dans un contrat synallagmatique, dans la mesure où l'abdication de la prérogative aurait alors pour cause la contrepartie prévue, et non pour seul but l'extinction du droit⁶⁸⁶. Il ne faut pas confondre la clause de « gratuité » avec une remise de dette, acte distinct du contrat, ou plus largement, avec une renonciation exprimée dans un acte distinct du contrat⁶⁸⁷. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'une renonciation *stricto sensu*, ou plus généralement d'un simple acte abdicatif unilatéral ou conventionnel, il faut donc reconnaître qu'une telle clause du contrat d'édition implique de trancher le débat sur l'admission de la « gratuité » au sein du contrat d'édition au regard des règles qui lui sont propres.

115. Confirmation d'un acte nul. – Il faut également se garder de confondre l'hypothèse de la renonciation de celle de la confirmation d'un acte nul. Le défaut de rémunération proportionnelle n'ouvrant qu'une action en nullité relative⁶⁸⁸, la confirmation de l'acte susceptible d'annulation paraît en effet possible, bien qu'elle doive procéder d'une manifestation de volonté claire et non équivoque⁶⁸⁹. Sans doute le biffage de la clause ne

⁶⁸⁴ V. D. HOUTCIEFF, « Renonciation », *op. cit.*, n°5 – Y. SEILLAN, *op. cit.*, n°1.

⁶⁸⁵ CA Paris, 25 juin 2003, *op. cit.*

⁶⁸⁶ Y. SEILLAN, « L'acte abdicatif », *op. cit.*, n°31-32, qui observe qu'en « raison de sa cause technique purement extinctive, l'acte abdicatif ne peut être intégré dans un acte synallagmatique », et considère ainsi que la remise de dette n'est pas un acte abdicatif, dans la mesure où son effet extinctif est fondé sur la contre-prestation. Il est aussi observé que le régime de l'acte abdicatif, fondé sur l'irrévocabilité, est incompatible avec la résolution judiciaire de la convention synallagmatique.

⁶⁸⁷ Comp., en matière audiovisuelle, avec Cass. 1^e civ., 7 mai 2008, inéd. (n°07-13.885), qui marque bien la distinction entre absence de rémunération prévue au contrat et renonciation de l'auteur à se prévaloir de ses droits, qui ne résulte pas du contrat. V. *infra*, n°122.

⁶⁸⁸ Cass. 1^e civ., 13 février 2007, *op. cit.* V. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°607.

⁶⁸⁹ CA Paris, 25 juin 2003, *op. cit.*, qui évince au cas d'espèce une telle confirmation. A noter toutefois que le principe de la confirmation n'est pas exclu, ce qui conduit à classer la décision dans le courant jurisprudentiel qualifiant la nullité de relative. Sur la confirmation d'un acte nul pour non-respect du caractère proportionnel de la rémunération, v. CA Paris, 4^e ch., 3 déc. 1997, SC 66, obs. COLOMBET – CA Paris, 1^e ch. A, 13 janv. 2003, Juris-Data n°206140 (exécution du contrat pendant 20 ans). De façon plus générale, v. Cass. civ. 3^e, 27 oct. 1975, Bull. civ. III, n°310 : « une partie peut toujours, après la naissance de son droit, renoncer à l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public » – Cass. civ. 1^e, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n°278 ; JCP G 1998, II, 10148, note S. PIÉDELÈVRE ; RTD civ. 1999, 378, obs. J. MESTRE : « s'il est

constitue-t-il pas une telle manifestation⁶⁹⁰. Mais surtout faut-il relever que s'agissant de *confirmation*, il ne saurait s'agir que d'une manifestation de volonté *postérieure* à la conclusion du contrat. L'insertion dans celui-ci d'une clause exclusive de rémunération ne peut donc relever de cette qualification⁶⁹¹.

116. Incidence de la qualification civiliste du contrat. – D'aucuns, renversant l'opération de classification, ont pu enfin, plutôt que de chercher à savoir si le prix est un élément essentiel du contrat d'édition, pour opérer ensuite le rapprochement adéquat avec un contrat du code civil, déduire de la qualification civiliste que le contrat d'édition pouvait ne pas comporter de rémunération, du moins en l'absence d'exclusivité d'exploitation⁶⁹². Ainsi par exemple, dès lors que le contrat d'édition est qualifié de louage d'ouvrage, par lequel l'éditeur s'engage à fabriquer des exemplaires et à les diffuser moyennant une rémunération, on ne peut qu'admettre que la qualification n'impose pas de participation du maître d'ouvrage au produit de l'exploitation : indéniablement, la qualification repose sur la rémunération de l'entrepreneur, non sur celle du maître d'ouvrage⁶⁹³. Mais une telle démarche ne paraît pas possible que dans la mesure où l'exigence d'un prix ne dépendrait pas en réalité de la structure propre du contrat d'édition – quelle que soit la qualification civiliste qu'il puisse recevoir – et des dispositions d'ordre public du code de la propriété intellectuelle⁶⁹⁴. C'est pourquoi il faut répondre maintenant à la question de savoir si le prix est un élément essentiel du contrat d'édition, ce qui conditionnera la qualification civiliste sous laquelle il pourra être rangé, et non trop hâtivement déduire de la qualification civiliste qu'il doit contenir ou non un prix monétaire.

interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles ».

⁶⁹⁰ V. en ce sens CA Paris, 4^e ch., 18 nov. 2005, *Propri. intell.* 2006, p. 183, obs. A. LUCAS.

⁶⁹¹ Dans l'affaire citée en note précédente, il semble ainsi qu'il n'y avait pas même à se demander si la confirmation résultait d'une volonté claire et non équivoque : la notion même de confirmation ne peut s'appliquer si la manifestation de volonté n'est pas *postérieure* à la conclusion du contrat.

⁶⁹² Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *Encycl. Civ. Dalloz*, 2007, n^o 146-147.

⁶⁹³ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2^o droits des exploitants) », *op. cit.*, n^o 146 : après avoir noté que « l'auteur ayant la fonction de maître d'ouvrage, c'est sur lui que pèse la dette du prix », le spécialiste estime que « dès lors que l'ouvrage de l'éditeur est rémunéré (...) le contrat n'est pas conclu à titre gratuit ».

⁶⁹⁴ Sur ce que la présence d'une obligation d'exploiter exclut la gratuité, et partant l'exclusion du principe de rémunération proportionnelle, v. *supra*, n^o 101.

2) Réfutation de la thèse admettant l'absence de prix monétaire

117. Il faut examiner la thèse favorable à la « gratuité » (absence de prix monétaire) avant d'en proposer une réfutation.

118. Thèse favorable à l'absence de prix monétaire dans le contrat d'édition. – Certains arguments avancés en faveur du refus de l'absence de contrepartie monétaire, pris isolément, ne paraissent pas déterminants.

Le premier d'entre eux consiste à souligner que l'article L.132-1, qui définit le contrat d'édition, évoque la cession « à des conditions déterminées », ce qui incline à penser que le prix n'est pas tout à fait évacué en tant qu'élément constitutif du contrat⁶⁹⁵. Il n'en demeure pas moins que les termes de « conditions déterminées » sont suffisamment vagues pour inclure bien d'autres éléments que le prix⁶⁹⁶, et le fait que l'exigence d'un prix ne soit pas expressément rappelée pourrait tout aussi bien laisser penser que le prix peut compter, comme ne pas compter, au nombre des « conditions déterminées » dont les parties conviennent librement.

L'argument historique, tiré de l'exigence formulée par des projets de loi avortés⁶⁹⁷, n'est peut-être pas plus déterminant, car l'absence d'une affirmation aussi claire dans le droit positif pourrait, au terme d'un raisonnement *a contrario*, être interprété dans un sens contraire.

Une analyse favorable à la gratuité dans le contrat d'édition invite ainsi à considérer que la cession dépourvue de prix monétaire peut, aussi bien qu'une cession prévoyant un tel prix, conduire à la fabrication d'exemplaires et partant à la diffusion de l'œuvre, qui constitue le cœur de l'engagement de l'exploitant. Il faudrait, ce faisant, distinguer clairement entre le

⁶⁹⁵ V. en ce sens Ch. CARON, obs. sous CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, n°2 p. 29.

⁶⁹⁶ V. p. ex. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1011, p. 611 note 1, qui fait un rapprochement entre les termes de « conditions déterminées » et les termes de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle, exigeant une précision de l'étendue, de la destination des droits cédés, de la durée et de l'espace.

⁶⁹⁷ V. art. 35 projet de loi de 1936, rapporté par J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, annexe p. 206 : « le contrat d'édition doit, à peine de nullité, stipuler un prix ». V. aussi projet de la société d'études législatives sur le contrat d'édition, de la même année : « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre intellectuelle, ou les ayants cause de l'auteur concèdent, moyennant un prix, à un tiers appelé éditeur, le droit de fabriquer en nombre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, des exemplaires de l'œuvre, à charge par l'éditeur d'en assurer à ses frais la publication, la diffusion et la vente ».

principe de la participation aux recettes de l'exploitation et les *modalités* de la rémunération convenue : si l'article L. 132-5 du code de la propriété intellectuelle indique que la rémunération prend soit la forme d'une participation proportionnelle, soit la forme d'un forfait, l'article L.132-1 ne comporte *aucune* référence au prix de la cession, *aucune* référence au caractère nécessairement onéreux du contrat. Or c'est bien l'article L.132-1 qui présente les *éléments constitutifs* du contrat d'édition, les traits caractéristiques de la qualification. L'article L.132-5, volet du *régime* du contrat, ne ferait que préciser les modalités de la rémunération éventuellement convenue : en aucune façon, il ne pourrait être déduit de son seul libellé qu'un prix est exigé au titre même d'élément essentiel de la qualification. En d'autres termes, si la loi impose les *modalités* de la rémunération, son *principe* devrait pouvoir être librement convenu par les parties : elle n'imposerait pas en toutes circonstances une rémunération⁶⁹⁸. Il conviendrait seulement de s'assurer que la stipulation de gratuité a été librement et consciemment adoptée.

119. Réfutation de la thèse favorable à l'absence de contrepartie monétaire. – De façon évidente, de telles préventions ne suffisent pourtant pas à protéger l'auteur. Plusieurs objections déterminantes viennent former un rempart contre lequel la thèse favorable à l'absence de prix ne peut que se briser.

Dans une perspective d'articulation du droit général et du droit spécial, il n'est sans doute pas injustifié de retenir que l'élément constitutif que représente le prix monétaire est posé de façon générale par l'article L.131-4 du code de la propriété intellectuelle : aucun des textes définissant chaque contrat spécial ne paraît devoir comporter de référence au prix, dans la mesure où l'exigence de rémunération proportionnelle vaut pour tous les contrats visés dans ce titre⁶⁹⁹. Dès lors que le droit commun des contrats d'auteur rejette les cessions à titre onéreux sans prix monétaire, la thèse favorable à l'absence de prix dans le contrat d'édition devrait convaincre de l'existence d'une règle dérogatoire, qu'on ne saurait pourtant découvrir dans les termes peu explicites des articles L. 132-1 et 132-5. Au contraire, il est parfaitement

⁶⁹⁸ V. d'ailleurs en ce sens CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, *op. cit.*, jugeant que « les articles L. 132-5 du CPI et L.132-4 du CPI s'appliquent dès lors que l'auteur n'a pas consenti à une cession à titre gratuit ».

⁶⁹⁹ V. p. ex. N. ROUART, *Le contrat d'édition musicale*, th. Paris 1967, pp. 97s., qui déduit l'exigence d'un prix monétaire du principe de rémunération proportionnelle et de l'existence d'un privilège pour les redevances dues pour la cession et l'utilisation des œuvres.

compréhensible que la seconde de ces dispositions se borne, avec l'article L. 132-6, à prévoir les modalités d'une rémunération dont le principe découle naturellement du droit commun⁷⁰⁰.

L'article L.132-10 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel le « *contrat d'édition doit indiquer le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux contrats prévoyant un minimum de droits d'auteur garantis par l'éditeur* », offre un fondement plus fragile. Certes, il semble s'inférer de cette disposition que le contrat doit comporter un prix : ou bien le contrat prévoit un montant de redevances minimal, ou bien doit être fixé le nombre minimum d'exemplaires, étant sous-entendu que, dans la mesure où l'auteur doit bénéficier d'une participation proportionnelle, sa rémunération dépend de ce premier tirage⁷⁰¹. Cependant, il est indéniable que l'octroi d'un minimum garanti n'est qu'une faculté et que la participation dépend du nombre d'exemplaires vendus, et non pas seulement tirés : dès lors, il est permis de douter que l'indication exigée du nombre minimal d'exemplaires du premier tirage ait un réel lien avec la rémunération de l'auteur. L'exigence peut se comprendre au regard de la contrepartie que représente l'obligation d'exploiter⁷⁰². Cela étant, même si la formule est maladroite, il paraît fort probable qu'une telle règle n'a été édictée que par suite du caractère obligatoire de la rémunération de l'éditeur.

Au-delà de cette analyse littérale, un argument plus fort consiste à invoquer l'ordre public de protection de l'auteur, qui devrait conjurer le risque que la gratuité ne soit pas librement consentie⁷⁰³. L'analyse ne saurait à cet égard différer selon la nature du contrat, d'autant plus que c'est même en concurrence de ce contrat d'édition qu'ont été forgés des modèles alternatifs. De surcroît, l'édition à compte d'auteur révèle, au travers de la qualification de contrat d'entreprise que lui donne la loi, une certaine flexibilité : rien n'interdit à l'entrepreneur de ne pas exiger un financement intégral des frais de fabrication et de diffusion, en s'octroyant une partie du produit de la vente des exemplaires. Dans un contrat d'entreprise, la rémunération du service rendu peut être organisée selon toutes modalités convenues par les

⁷⁰⁰ On se rapproche ce faisant de l'adage *Exceptio est strictissimae interpretationis* : V. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4^e éd. 1999, n°125.

⁷⁰¹ V. en ce sens R. FERNAY, « La cession et le contrat d'édition », RIDA 1958/2, p. 299, considérant qu'« indépendamment d'une cause et d'un objet certains, le contrat doit porter l'indication d'un prix, sous forme de la garantie, soit d'un minimum en espèces, soit du chiffre de mise en vente sur lequel devra jouer le premier pourcentage ».

⁷⁰² Il faudrait comprendre que lorsque le contrat ne stipule pas un minimum garanti, c'est que l'auteur n'est pas directement intéressé par la rémunération, mais par la publication en elle-même, source de notoriété.

⁷⁰³ V. aussi . Ch. CARON, obs. sous CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40, n°2 p. 29.

parties. Il est donc même douteux qu'une cession dépourvue de prix présente un intérêt propre.

Enfin, un parallèle se forme inévitablement entre, d'une part, la clause excluant toute rémunération pour un certain nombre d'exemplaires vendus et, d'autre part, la clause relative aux exemplaires dits « de passe », clause par laquelle un pourcentage du nombre d'exemplaires vendus n'entre pas dans le calcul de la rémunération assise sur le prix public hors taxe. La jurisprudence, considérant que cette dernière viole la règle de rémunération proportionnelle, les annule systématiquement⁷⁰⁴. Il n'en allait certes pas de même aux yeux de la doctrine⁷⁰⁵ ou des juges⁷⁰⁶, avant la loi de 1957 mais alors même qu'il était admis que l'auteur ne devait pas supporter les pertes. Dans les deux cas, l'auteur est à même de comprendre que la clause exclut la rémunération : aucune différence de traitement ne peut ainsi se fonder sur la conscience qu'aurait ce dernier de son engagement. Si le contrat d'édition comporte donc nécessairement un prix monétaire, il en est d'ailleurs de même du contrat de représentation.

B. – Exigence d'un prix dans le contrat de représentation

120. Exigence d'un prix dans le contrat de représentation. – La question semble dès l'abord moins controversée. Ainsi qu'il a déjà pu être souligné, l'article L. 131-2 vise distinctement, au titre de l'exigence d'un écrit, contrat de représentation et autorisation gratuite d'exécution, une interprétation *a contrario* suggérant ainsi que la première qualification comporte l'exigence d'un prix monétaire. Il ne semble dès lors guère étonnant que la doctrine ne s'attarde que sur le caractère proportionnel de la rétribution du créateur⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ V. Cass. 1^{er} civ., 7 juin 1995, JCP G 1995, II, 22586, note FRANÇON, RIDA 1/1996, p. 223, RTD com. 1996, 59, obs. FRANÇON – CA Paris, 4^e ch., 12 février 2003, RIDA 3/2003, p. 307, qui déclare nulle la clause de trois contrats d'édition prévoyant que les droits d'auteur ne portaient pas sur les exemplaires dits « de passe », dont le nombre était fixé à 8% des ventes annuelles, même s'il était prévu que cette déduction ne s'appliquait pas aux 2000 premiers exemplaires vendus du tirage initial.

⁷⁰⁵ E. POUILLET, *Traité*, n°346 – C. COUHIN, *Propriété industrielle, artistique et littéraire*, t. II, p. 550 – G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, n°67 – J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, p. 172.

⁷⁰⁶ CA Paris, 20 décembre 1880, S. 1881, 2, 34, DP 1882, 2, 72 – T. com. Seine, 1^{er} sept. 1897, S. 1899, 2, 217, DP 1898, 2, 73.

⁷⁰⁷ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°713 – Ch. CARON, *Manuel*, n°445 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°621 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1076 – X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°869.

121. Distinction entre autorisation gratuite d'exécution et contrat de représentation. – Il importe néanmoins de se demander si les termes « autorisation gratuite d'exécution » peuvent recouvrir une autre réalité que celle d'un contrat emportant cession, à titre gratuit, du droit de représentation. Il faudrait alors considérer qu'une « autorisation gratuite d'exécution » ne vise que le cas d'une autorisation ponctuelle, quand le contrat de représentation, contrat à exécution successive, organiserait quant à lui un cadre des représentations sur la durée. Une telle distinction s'avère cependant impossible : si le contrat de représentation confère une autorisation d'exploitation selon des « conditions déterminées », la qualification de contrat de représentation s'applique parfaitement à une autorisation ponctuelle. La distinction, n'ayant aucun fondement dans le cas d'une autorisation payante, n'en a pas plus en cas de gratuité. Une conséquence fâcheuse est que l'autorisation gratuite d'exécution, en tant qu'elle n'est pas au sens de la loi un contrat de représentation, devrait être soustraite au régime protecteur prévu à l'égard de ce dernier : reddition des comptes, stipulation d'exclusivité ne pouvant excéder 5 ans, etc. Aussi peut-on penser qu'en fait, le concept d'autorisation gratuite d'exécution renvoie à un acte unilatéral, qui serait par conséquent librement révocable et donc suffisamment protecteur des intérêts du créateur. Ceci est conforme à l'élaboration historique de la loi⁷⁰⁸. En dehors de cette hypothèse, la qualification de contrat de représentation devrait s'appliquer, entraînant l'exigence d'un prix. Les contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité appellent d'ailleurs une conclusion identique.

⁷⁰⁸ V. art. 23 projet de loi de 1936, rapporté par J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, annexe p. 204 : « L'exercice du droit pécuniaire de l'auteur a lieu, soit par voie d'autorisation unilatérale, soit par voie de contrat conclu avec un tiers, en vue d'une concession temporaire, portant sur l'exploitation d'un des droits compris dans le droit d'auteur art. 24 projet de loi de 1936, rapporté par J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, annexe p. 204 : « L'autorisation (...) doit être expresse et donnée par écrit ; elle est toujours révocable p. n°62 : « Le caractère « unilatéral qu'on lui attribue implique, semble-t-il, qu'il s'agit d'une autorisation nécessairement gratuite ». Ces auteurs objectent ensuite que le dispositif est dangereux, car la disposition ne comptant pas parmi celles dites d'ordre public, il note qu'il « peut être dérogé par une stipulation expresse à la révocabilité de principe de l'autorisation unilatérale ». Cela étant, cette analyse ne vaut qu'autant que l'autorisation unilatérale est analysée comme un *contrat* unilatéral, et non un acte unilatéral.

C. – Exigence d'un prix dans la production audiovisuelle et la commande pour la publicité

122. Exigence d'un prix dans le contrat de production audiovisuelle. – Il faut rappeler que le contrat de production audiovisuelle constitue en réalité un contrat de cession en contrepartie de l'exploitation⁷⁰⁹. Il s'agit donc nécessairement, à ce seul titre, d'une cession à titre onéreux.

Le contrat doit également toujours comporter une rémunération. Il faut observer que, de façon générale, l'article L.132-25 alinéa 1^{er} est formulé en termes clairs : « *la rémunération des auteurs est due pour chaque mode d'exploitation* ». Ce n'est que dans un second alinéa que sont prévues les modalités de fixation de la rémunération proportionnelle au prix que le public paie pour recevoir communication de l'œuvre audiovisuelle individualisée et déterminable, sous réserve des tarifs dégressifs éventuels accordés par le distributeur à l'exploitant, ou dans les conditions du droit commun de l'article L.131-4⁷¹⁰. Il est donc exclu de soutenir, sans dénaturer la lettre claire et précise de ce texte, que la loi ne prévoit que les modalités de versement du prix, sans poser le principe d'une rémunération. Celui-ci s'inscrit d'ailleurs dans le prolongement logique du mécanisme de la présomption de cession, qui ne met pas les créateurs en mesure de consentir librement, consciemment et expressément à l'absence partielle ou totale de rémunération. En termes clairs, le prix est un élément constitutif de la qualification de contrat de production audiovisuelle. Pour les mêmes raisons qu'en matière d'édition, il est parfaitement exclu d'analyser l'exclusion d'une rémunération pour l'un des modes d'exploitation, *dans le contrat*, en une renonciation⁷¹¹.

123. Exigence d'un prix dans le contrat de commande pour la publicité. – Pareillement aux dispositions relatives au contrat de production audiovisuelle, les règles relatives au contrat de commande pour la publicité disposent sans équivoque que ce contrat doit comporter une rémunération. En effet, l'article L.132-31 précise que le contrat emporte cession « *dès lors*

⁷⁰⁹ V. *supra*, n°75.

⁷¹⁰ Sur la rémunération des auteurs parties à un contrat de production audiovisuelle, v. not. B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, Litec 2007, n°177s.

⁷¹¹ V. Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2008, inéd. (n°07-13.885) : jugé que « ayant constaté que les contrats de cession de droits d'auteur et d'artiste-interprète (...) ne comportaient aucune stipulation de rémunération distincte pour l'exploitation sous forme de vidéogrammes, la cour d'appel (Paris, 26 janvier 2007) a exactement décidé, en l'absence d'actes manifestant sans équivoque la volonté [de l'auteur] de renoncer à se prévaloir de ses droits, que la poursuite, sans rémunération, de ce mode d'exploitation (...) était fautive et justifiait l'octroi à celui-ci de dommages-intérêts qu'elle a souverainement évalués ». On remarque que la Cour de cassation semble admettre une renonciation postérieure à la rémunération.

que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation ». Il est donc exclu que le contrat de commande pour la publicité ne comporte pas de prix, ce qui fait de ce dernier un élément indiscutable de la qualification. Qu'ils soient nommés ou innommés, les contrats d'auteur à titre onéreux – qui acquièrent ce caractère dès lors qu'ils comportent une obligation d'exploiter – doivent prévoir un prix monétaire. Il n'est cependant pas certain que tous les contrats d'auteur contraignent le cocontractant du créateur à exploiter.

Sous-section 2

L'EXPLOITATION DES DROITS

124. *« L'éditeur, intermédiaire intelligent entre le public et tous les travailleurs qui concourent à la confection d'un livre, ne doit être étranger à aucun détail du travail de ces personnes ; maître d'un goût sûr, attentif aux préférences du public, il doit sacrifier son propre sentiment à celui du plus grand nombre, pour arriver insensiblement et par des concessions graduées à faire accepter ce que les vrais artistes d'un goût plus éprouvé approuvent et désirent »*⁷¹² : si l'exploitant est l'intercesseur privilégié de l'œuvre auprès du public, c'est dans l'exploitation des droits cédés que s'éprouve la noblesse du métier. Il n'en demeure pas moins que le cessionnaire peut avoir intérêt à ne pas exploiter les droits acquis, pour créer une rareté propice⁷¹³. Aussi pourrait-on souhaiter que l'obligation d'exploiter constitue l'un des remparts les plus solides de l'édifice de protection de l'auteur cocontractant. Pourtant, tant le droit commun (§1.) que le droit spécial des contrats d'auteur (§2.) adoptent une position nuancée, en s'abstenant d'ériger l'obligation d'exploiter en élément essentiel de toute qualification.

§ 1. – L'EXPLOITATION DANS LES CONTRATS DU DROIT COMMUN DES CONTRATS D'AUTEUR

125. Les cessions « pures et simples », *i.e.* ne donnant pas lieu à une obligation d'exploiter, sont-elles admises par le droit commun des contrats d'auteur ? Répondre à cette question

⁷¹² Léon CURMER, éditeur, 1839, cité par B. BLASSELLE, *Histoire du livre*, t. 2 : *Le triomphe de l'éditeur*, Gallimard, 1998, p. 35.

⁷¹³ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *op. cit.* n°19, qui observe qu'un investisseur peut « avoir intérêt à créer de la rareté pour augmenter ses profits en réduisant ses coûts ; il peut n'acquiescer à une exclusivité que pour *ne pas exploiter* une création qui fait de l'ombre à d'autres « produits » plus rentables, etc. La loi d'Anne de 1710 n'eut pas d'autre origine historique que le souci de réagir contre le malthusianisme de la Guilde de Londres ».

conduit à circonscrire le domaine de l'obligation (A), avant de rechercher si le code de la propriété intellectuelle en précise la portée (B).

A. – Domaine de l'obligation d'exploiter

126. De la distinction entre cession pure et simple et contrat d'exploitation. – Deux différences essentielles étaient déjà relevées, avant l'entrée en vigueur de la loi de 1957, entre la cession pure et simple et le contrat d'exploitation⁷¹⁴ :

- Dans une simple cession du droit de reproduction, le cessionnaire pourrait à sa guise publier l'œuvre ou s'en abstenir, contrairement à l'éditeur⁷¹⁵. Il importe néanmoins de reconnaître que l'intérêt d'une acquisition des droits réside dans l'exploitation qu'il est possible d'en faire ; aussi est-il permis d'espérer que l'absence d'exploitation serait peu fréquente. En réalité, la cession pure et simple présente surtout un intérêt au regard de la liberté qu'elle offrirait au cessionnaire de procéder à la publication au moment où il le juge opportun, autrement dit d'attendre le moment propice, alors que le contrat d'édition doit fixer un délai dans lequel l'éditeur est tenu de publier⁷¹⁶. Un autre intérêt tient à la liberté de suspendre l'exploitation en se réservant la possibilité de la reprendre et sans s'exposer à une résiliation du contrat.

- Contrairement à un éditeur⁷¹⁷, le simple cessionnaire aurait la faculté de céder librement ses droits à un tiers⁷¹⁸.

En raison de ces différences majeures, un fort enjeu s'attache donc à la question de savoir si ces deux figures entrent en concurrence ou, au contraire, si le modèle du contrat

⁷¹⁴ V. J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 56, rapportant les opinions d'autres auteurs, qu'il désavoue ensuite. L'éminent auteur relevait également une troisième différence : en cas de doute sur la portée des conventions, les cessions pures et simples auraient dû être interprétées contre l'auteur, conformément à l'article 1602 du code civil. Cette dernière remarque n'est plus valable aujourd'hui. Depuis la loi de 1957, la délimitation des cessions et le principe d'interprétation stricte qui en découle relèvent du droit commun à tout contrat d'auteur.

⁷¹⁵ R. DUMAS, *La propriété littéraire et artistique*, PUF coll. « Thémis », 1987, p. 273 : « Pour éviter toute confusion possible entre le contrat d'édition et le contrat de cession du droit de reproduction, il importe de relever que si, dans le premier, l'éditeur s'engage à publier et à diffuser l'ouvrage, dans le second, le cessionnaire acquiert simplement la faculté de reproduire l'ouvrage et de le diffuser et n'est nullement tenu d'y procéder ».

⁷¹⁶ R. DUMAS, *La propriété littéraire et artistique*, p. 273 : « Le cessionnaire peut parfaitement attendre le moment propice pour procéder à la publication et à la diffusion de l'ouvrage ».

⁷¹⁷ V. art. L. 132-16 CPI, subordonnant not. la transmission du bénéfice du contrat d'édition, indépendamment du fonds de commerce, à l'autorisation préalable de l'auteur.

⁷¹⁸ CA Paris, 13 janvier 1925, *Le droit d'auteur*, 1925, p. 140.

d'exploitation doit être seul retenu. Or la loi du 11 mars 1957, aujourd'hui codifiée, ne tranche pas la question de façon parfaitement claire, au contraire de certains projets antérieurs⁷¹⁹. Aussi n'est-il pas étonnant que la doctrine se divise à ce sujet. Certains auteurs contestent la possibilité de recourir à un tel type de contrat, d'autres la défendent mais sans bien distinguer la situation où elle est admissible de celle où l'application du régime de l'édition est impérative, ni donner à comprendre comment exiger cette application. S'il apparaît que les thèses condamnant toute validité des cessions pures et simples ne sont pas pleinement convaincantes (1), l'obligation d'exploiter résulte cependant aussi bien de la stipulation d'une rémunération proportionnelle (2) que de l'application d'une qualification spéciale (3), ce qui conduit à assigner un domaine fort restreint aux cessions pures et simples pouvant être prévues de façon licite.

1) Échec d'une généralisation de l'obligation d'exploiter à tout contrat d'auteur

127. Distinction entre cession à titre gratuit et cession à titre onéreux pure et simple. –

Brève observation liminaire : pas plus qu'un contrat comportant une obligation d'exploiter malgré l'absence de contrepartie monétaire, le contrat prévoyant un prix en argent en l'absence d'obligation d'exploiter n'est une cession à titre gratuit. Nul ne conteste ainsi l'existence de véritables cessions à titre gratuit, qui ne comportent ni l'une ni l'autre de ces contreparties. En revanche, d'aucuns estiment qu'il ne saurait exister de cessions onéreuses sans exploitation obligatoire. Un examen critique des thèses condamnant la validité de toute cession pure et simple s'impose ainsi (a), avant celui d'une thèse intermédiaire, qui n'apparaît pas plus satisfaisante (b).

128. a) Thèses refusant la cession pure et simple. – La réticence à admettre la cession pure et simple peut être comprise, dans la mesure où elle dépouille l'auteur de son monopole contre une rémunération forfaitaire pouvant ne pas refléter sa valeur.

⁷¹⁹ V. art. 27 projet de loi n°1164 sur le droit d'auteur et le contrat d'édition du 13 août 1936 : « *Faute par le concessionnaire d'exécuter l'obligation qu'implique le contrat d'exploiter l'œuvre dans les délais prévus par le contrat ou par l'usage, l'article 1147 du Code civil est applicable* » (dispositions générales relatives à l'exploitation du droit pécuniaire, seul le contrat d'édition faisant l'objet de règles propres). V. aussi J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, n°61.

La distinction n'était déjà guère unanimement admise par la doctrine ancienne. Rault tenait pour acquis que les deux conventions contraignent le cocontractant de l'auteur à exploiter l'œuvre⁷²⁰, pour en déduire que la seule différence tient à l'étendue des droits, qui ne saurait fonder une différence de nature des conventions. Ces considérations ne l'empêchaient pourtant pas d'adopter ensuite une approche plus souple⁷²¹. La doctrine récente hostile à l'admission de cessions onéreuses pures et simples avance quant à elle plusieurs arguments, qu'il convient pourtant de rejeter tour à tour.

129. Rejet de la généralisation de l'obligation d'exploiter fondée sur la notion de cause. –

D'aucuns considèrent, de la façon la plus générale, que les contrats d'auteur seraient dépourvus de cause s'il n'emportaient pas d'obligation d'exploiter, et ce dans la mesure où la diffusion est le but recherché par l'auteur⁷²². L'explication fondée sur la cause, pour séduisante qu'elle soit, n'emporte pas pour autant la conviction. En effet, deux remarques invitent à douter de sa pertinence :

- En cas de rémunération forfaitaire, il existe une contrepartie concrète à l'engagement de l'auteur, qu'il y ait ou non exploitation. Il est donc trop rapide d'exclure la validité d'une convention qui laisserait libre le cocontractant du créateur d'exploiter ou non les droits transmis, à partir du moment où un prix doit être acquitté nonobstant l'absence de toute diffusion de l'œuvre. La cause catégorique des engagements respectifs existe indubitablement⁷²³.

⁷²⁰ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français* p. 58 : « Dans l'un et l'autre cas, l'éditeur prend l'engagement de publier l'œuvre, parce que dans l'un et l'autre cas, la publication de l'œuvre c'est le but poursuivi ». Plus loin, il estime qu'il « est absolument inexact que la cession du droit d'auteur constitue une vente et que l'éditeur acquière le *jus abutendi* et puisse, par conséquent, publier ou ne pas publier suivant sa fantaisie » (p. 269).

⁷²¹ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 269 : « il est des hypothèses dans lesquelles l'éditeur a manifestement entendu se réserver une entière liberté d'action sur la question même de la publication », et qui remarque alors que « c'est pourquoi, pratiquement, le problème est à nos yeux un problème d'espèces et doit être résolu suivant les circonstances. La cession du droit d'auteur constitue, elle aussi, une convention originale et l'étendue des obligations des parties y est fonction du but par elles poursuivi. La volonté des parties est en l'espèce souveraine et le juge trouvera dans les circonstances de la cause tous les éléments d'appréciation ». Sont alors relevées des présomptions particulières (ouvrages composés au vu et au su de l'éditeur en vue d'un concours quelconque, volonté de l'auteur de tirer des avantages honorifiques de la publication), mais aussi et surtout une présomption générale tirée de la profession d'éditeur.

⁷²² F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°976 – J. MATTHYSENS, « L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs », RIDA 1975/1, 3.

⁷²³ Dans un contrat synallagmatique, une obligation est causée dès lors qu'elle reçoit une contrepartie. V. sur la cause objective Ch. LARROUMET, *Les Obligations, Le Contrat*, Economica, t. III, 5^e éd. 2003, n°453 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois 3^e éd. 2007, n°623.

- Dans la lignée de ce qui précède, il faut d'ailleurs ajouter que si la validité d'une cession pure et simple dépend de l'existence d'une cause, celle-ci s'entend de la seule cause catégorique ou objective. Or celle-ci ne fait pas défaut si le transfert de droit a pour contrepartie le versement d'un prix. Certes, la diffusion de l'œuvre est le but recherché par l'auteur. L'exploitation ne joue cependant là au mieux qu'au stade de la cause subjective, qui ne fonde en principe qu'un contrôle de licéité de l'opération⁷²⁴. De plus, le mouvement jurisprudentiel qui s'esquisse pour étendre l'absence de cause dans l'hypothèse, non plus seulement de l'absence de contrepartie, mais aussi de l'absence d'intérêt qu'un des contractants trouve à l'exécution du contrat, lorsque cet intérêt découle de son économie⁷²⁵, ne paraît pas concerner cette hypothèse : la rémunération représente un intérêt suffisant⁷²⁶.

130. Rejet du lien entre obligation d'exploiter et exclusivité. – Le raisonnement fondé sur l'exclusivité ne paraît pas plus convaincant⁷²⁷. Détaché d'un raisonnement fondé sur la cause, qui vient d'être invalidé, celui-ci perd en effet toute consistance. Aucune autre considération juridique déterminante ne peut en effet lier exclusivité et obligation d'exploiter⁷²⁸. Il faut d'ailleurs rappeler qu'en matière de propriété industrielle, la cession, par nature exclusive, ne comporte pas d'obligation d'exploiter, et que la licence, qu'elle soit simple ou exclusive, la comporte au contraire nécessairement⁷²⁹. En matière de propriété littéraire et artistique, il faut pareillement relever que le contrat d'édition comporte une obligation d'exploiter, même si l'exclusivité de principe est exceptionnellement écartée⁷³⁰.

131. Rejet du lien entre obligation d'exploiter et droit moral. – En réalité, c'est davantage un lien entre droit moral et obligation d'exploiter que cette doctrine tente d'établir *indirectement*, par le recours à la notion de cause. Car la reconnaissance du dualisme oblige à

⁷²⁴ Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n°493 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°626

⁷²⁵ V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°625 ; S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM 2004.

⁷²⁶ C'est une question différente que celle qui se pose ensuite de savoir si un lien peut être tissé entre rémunération proportionnelle et exploitation. V. *infra*, n°..., en faveur de l'affirmative.

⁷²⁷ V., tenant d'un tel raisonnement, H. DESBOIS, *Traité*, n°492. V. aussi F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°976 – J. MATTHYSENS, « L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs », RIDA 1975/1, 3, reliant à l'exclusivité à la cause.

⁷²⁸ Sauf le lien avec le droit moral (v. en ce sens F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°976), qui sera pareillement critiqué. V. n° suivant.

⁷²⁹ V. sur ce point *supra*, n°37 (et les références citées).

⁷³⁰ Comp. art. L. 132-8 et L. 132-12 CPI.

reconnaître que le droit moral ne peut servir de fondement à une obligation d'un contrat conclu à propos des droits patrimoniaux d'exploitation⁷³¹.

Pourtant, certains auteurs semblent admettre que le droit de divulgation pourrait contraindre le cessionnaire à publier l'œuvre⁷³². Cependant, outre le fait qu'il s'expose à une réfutation tenant au dualisme du droit d'auteur, le lien entre obligation d'exploiter et droit moral ne s'inscrit pas dans une acception recevable du droit de divulgation. En effet, la généralisation de l'obligation d'exploiter ne pourrait se justifier qu'au prix de l'admission de l'idée que le droit de divulgation ne vise pas qu'un fait matériel par définition unique – la divulgation de l'œuvre – mais que ce droit, droit de porter l'œuvre à la connaissance du public, a en outre une dimension « positive », qui perdure, et vise donc à permettre à l'auteur d'exiger la poursuite de l'exploitation⁷³³. Certes, il ne s'agirait, là encore, que de généraliser l'obligation d'exploiter, non pas à l'ensemble des contrats d'auteur, mais seulement aux accords exclusifs⁷³⁴. L'opinion selon laquelle le droit de divulgation emporte une obligation d'exploitation ne s'en heurte pas moins à des objections dirimantes. Il convient de contester que le droit de divulgation devienne une source positive d'obligations pour un tiers⁷³⁵. Compris en effet comme tel, il pourrait dans ses conséquences extrêmes contrarier un refus de contracter, ce qui n'est évidemment pas défendable. Que l'auteur ait un droit de porter son oeuvre à la connaissance du public ne peut impliquer l'obligation pour quiconque de contracter avec lui pour exploiter. Comment alors le droit de divulgation peut-il être plus

⁷³¹ Sans faire du droit moral le fondement d'une obligation d'exploiter généralisée à tout contrat d'auteur, certains spécialistes relèvent cependant que l'auteur est intéressé à ce que l'œuvre parvienne au public pour des raisons tenant au droit moral : F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°975 : « d'un point de vue moral, l'auteur qui a consenti à l'exploitation est intéressé à ce que son œuvre parvienne au public et ne reste pas "en jachère" ».

⁷³² P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°191, selon lequel le droit de divulgation « a une autre face, positive : contraindre le cessionnaire à publier l'œuvre », mais qui renvoie cependant aux n°233s., où l'auteur renonce à l'idée qu'une obligation d'achèvement puisse faire l'objet d'une exécution forcée par un commanditaire.

⁷³³ V., en faveur de l'absence d'épuisement du droit de divulgation par le premier usage, P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. Paris II, 1985, p. 26 note 1. Comp. A. FRANÇON, « L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ? », *GRUR int.*, 1973, vol. 6/7, pp. 264-266 (qui admet une divulgation par étapes : droit de représentation d'abord, droit de reproduction ensuite, par exemple) – DESBOIS, *Traité*, n°349 (qui estime que l'œuvre divulguée n'est investie d'un droit patrimonial que dans la mesure où l'auteur a décidé de la communiquer au public). V. aussi CA Paris, 10 octobre 2003, *PI* 2004, p. 546, obs. A. LUCAS, qui ne retient l'épuisement que pour le seul mode d'exploitation autorisé par l'auteur.

⁷³⁴ Faire de l'obligation d'exploiter une suite du droit de divulgation permettrait en effet de distinguer selon que l'exclusivité est ou non stipulée : en l'absence d'exclusivité, le droit de porter l'œuvre à la connaissance du public ne serait pas neutralisé, puisque l'auteur conserve la liberté de s'adresser à d'autres partenaires pour exploiter son œuvre ; en cas d'exclusivité, le droit de divulgation serait au contraire neutralisé : l'exploitation serait le seul moyen de satisfaire à ce droit, et devrait donc lui être imposée.

sérieusement présenté comme la source d'une obligation mise à la charge de celui qui contracte avec l'auteur ? L'obligation ne relève-t-elle pas plutôt du seul contrat, du seul accord de volontés pour exploiter dans les termes prévus ? Sans nul doute les juges iront en ce sens⁷³⁶. Enfin, l'épuisement du droit de divulgation est incontestable, dès lors qu'il est admis que la divulgation est un *fait matériel*.⁷³⁷ Une fois l'œuvre portée à la connaissance du public, elle l'est *définitivement*. Si l'auteur veut limiter ou interdire toute communication future, il ne peut le faire qu'en vertu de ses droits patrimoniaux (frontières de l'exploitation)⁷³⁸ ou du droit de repentir et de retrait (cessation de l'exploitation pourtant initialement autorisée). Condamné tant par le dualisme que par la portée du droit de divulgation, le lien entre obligation d'exploiter et droit moral ne peut donc qu'être fermement rejeté.

132. Rejet du lien entre obligation d'exploiter et nature du droit. – Une généralisation de l'obligation d'exploiter pourrait encore se fonder sur l'idée qu'il est *dans la nature non pas tant du contrat mais du droit lui-même* de donner lieu à une exploitation particulière – le code de la propriété intellectuelle évoque d'ailleurs dans une formule significative les *droits d'exploitation*⁷³⁹. Sans exploitation, le droit d'exploitation ne représenterait aucune valeur, autrement dit n'existerait pas, économiquement du moins, et partant ne pourrait être objet d'échange. La thèse ne résiste pourtant pas aux solides objections qu'elle soulève. D'abord, il faudrait s'étonner que le législateur ait cru nécessaire de préciser l'existence d'une obligation d'exploiter à la charge de certains partenaires du créateur – éditeur, producteur audiovisuel notamment – si la nature même du droit commandait une exploitation⁷⁴⁰. De surcroît, le fait que le droit de la propriété industrielle contraigne par différents mécanismes à l'exploitation du titre – licence forcée, déchéance d'exploitation – invite même, au terme d'un raisonnement

⁷³⁵ V. p. ex. en ce sens Ch. CARON, obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 28 mai 2003, CCE 2003, comm. n°102.

⁷³⁶ V. CA Paris, 4^e ch. A, 28 mai 2003, CCE 2003, comm. n°102, note Ch. CARON, notant que « l'inexploitation (sic) d'une œuvre ne [relève] pas de la protection du droit moral de l'auteur ». Les faits de l'espèce étaient cependant particuliers : le réalisateur d'un documentaire sur la danse reprochait à la compagnie de ballets, qui s'opposait à la diffusion de l'œuvre audiovisuelle, de méconnaître le droit de divulgation de son œuvre. L'action était ainsi dirigée non pas contre son cocontractant, mais contre la personne morale dont les activités artistiques constituaient le sujet du documentaire. Aussi, la motivation de la cour d'appel est critiquable, car il s'agissait de trancher un conflit entre droit de divulgation et droit à l'image, et non de déterminer un lien entre droit moral et obligation d'exploiter. En réalité, il ne semble pas y avoir de jurisprudence relative aux contrats d'exploitation. V., à propos du contrat de commande, CA Versailles, 28 janvier 1999, RIDA 2000/2, 332 (les droits moraux de l'auteur, qui avait créé et livré un ensemble de panneaux destinés à la décoration d'une salle à manger réservée à la direction de l'entreprise commanditaire, ne permettaient pas « d'imposer à l'acquéreur des obligations illimitées » (d'usage de l'œuvre à ce titre).

⁷³⁷ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°461 – Ch. CARON, *Manuel*, n°259. V. aussi CA Paris, 14 février 2001, CCE 2001, comm. n°25, note Ch. CARON ; D. 2001, SC 2637, obs. P. SIRINELLI ; PI 2001, n°1, p. 60 – CA Paris, 12 décembre 2001, JCP E 2002, 1806, note M.-E. LAPORTE-LEGEAIS ; PI 2002, p. 49, obs. A. LUCAS.

a contrario, à considérer que l'absence de prévision par la loi de tels mécanismes traduit un rejet de l'analyse par le législateur⁷⁴¹. Par ailleurs, si le droit d'exploitation déploie effectivement toute sa valeur dans l'exploitation, n'est-il pas au moins une valeur *juridique*, sinon même économique, en tant que faculté d'exploitation, potentiel de bénéfices ? Ce n'est pas le droit lui-même qui est grevé d'une charge d'exploitation : contrairement au droit de marque, le droit d'auteur survit en dehors de toute exploitation. Il est donc impossible de considérer que l'obligation d'exploiter découle de la nature du droit patrimonial.

133. Rejet de la généralisation fondée sur l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle. – Il a également pu être soutenu que l'obligation d'exploiter s'imposerait de façon générale en vertu de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, disposition relative aux contrats « d'exploitation »⁷⁴². Un tel fondement paraît pourtant fragile. En effet, l'exigence d'une mention des modalités de l'exploitation impose de préciser les contours et la finalité de la reproduction ou de la représentation permise, mais n'impose pas qu'il y ait exploitation. La délimitation du domaine d'exploitation se conçoit tout aussi bien à l'égard d'un contrat offrant une simple faculté que d'une convention y contraignant. Il paraît difficile de déduire une obligation contractuelle d'une condition de forme de la transmission des droits. Quant à l'alinéa 3, qui ne vise d'ailleurs pas une obligation d'exploiter, mais l'obligation de rechercher une exploitation, il ne concerne que le cas spécifique de la cession des droits d'adaptation audiovisuelle⁷⁴³.

134. Ratio legis et refus de la cession pure et simple. – Il serait enfin tentant, en première approche, de considérer que l'esprit de protection du créateur, gouvernant les dispositions du droit des contrats d'auteur, invite à refuser la cession pure et simple. En ce sens, il pourrait certes paraître incompréhensible que la loi pose des conditions plus strictes à l'égard des

⁷³⁸ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°461 ; Ch. CARON, *Manuel*, n°259.

⁷³⁹ Il faut cependant distinguer la thèse suivante de celle exposée dans le chapitre 1, *supra* n°. En effet, il faut se rappeler que, même si le droit de l'exploitant est d'une nature différente de celui de l'auteur, ce droit n'en reste pas moins un *droit direct sur l'œuvre*, précisément le contraire d'une obligation.

⁷⁴⁰ Relis. not. art. L. 132-1 CPI et v. *supra*, n°37.

⁷⁴¹ Contrairement au droit de la propriété industrielle, le droit d'auteur ne prévoit pas en effet de mécanisme de licence forcée ou de déchéance du titre en raison du défaut ou de l'insuffisante exploitation, ce qui s'explique avant tout par la moindre importance, en la matière, de l'intérêt général. V. *supra*, n°37.

⁷⁴² Ch. CARON, *Manuel*, n°412, qui considère que l'art. L. 131-3 CPI implique un « rôle actif » de l'exploitant.

⁷⁴³ Il n'est de surcroît pas inintéressant de remarquer que l'alinéa n'est pas rédigé dans les termes d'une dérogation à un principe, dont il faudrait s'étonner qu'il ne soit posé qu'implicitement. Le texte dispose en effet que le « *bénéficiaire de la cession s'engage [...] à rechercher une exploitation* », et non « le bénéficiaire de la cession ne s'engage qu'à... ».

contrats nommés – dont la plupart comportent expressément une obligation d’exploiter – qu’à l’égard des contrats innommés. Il importe néanmoins de rappeler que si la plupart des dispositions du droit commun ne visent pas seulement les contrats nommés, mais ne font au contraire aucune distinction, ainsi de la prohibition de la cession globale d’œuvre future, du principe de rémunération proportionnelle, etc., il faut remarquer que l’article L. 131-2 du code de la propriété intellectuelle, instaurant l’exigence d’un écrit, renvoie lui-même « aux autres cas », régis par le droit commun, ce qui marque bien que le législateur ne voit aucune incohérence dans le fait que telle ou telle exigence s’applique à certaines conventions et non à d’autres. Il est tout aussi vain de prétendre que l’obligation d’exploiter répond autant à l’intérêt des auteurs qu’à celui du public⁷⁴⁴. Dans la mesure où la reconnaissance de cet intérêt ne pourrait pas conduire à la réduction de la liberté de l’auteur, exploiter ou ne pas exploiter son œuvre, à l’encontre de ce que son droit moral de divulgation lui réserve, il est très artificiel de considérer que l’exploitant est tenu d’exploiter dans l’intérêt du public. Parfois prévue par la loi impérative, l’obligation d’exploiter n’en demeure pas moins contractuelle : elle n’engage qu’à l’égard du cocontractant.

135. b) Thèse intermédiaire : la cession du droit d’autoriser la reproduction. – Une distinction a pu être tentée entre, d’une part, le contrat d’édition, qui emporte cession du droit de reproduire l’œuvre et, d’autre part, cession pure et simple, qui serait en réalité une cession du droit d’autoriser la publication de l’œuvre⁷⁴⁵. La conséquence qu’il convient d’en tirer reste pourtant dans les brumes de l’incertitude. Que peut bien signifier cette cession du droit d’autoriser la reproduction ? Pour le créateur, le pouvoir de reproduire et celui d’autoriser la reproduction constituent une seule et même prérogative. Dès lors, il est douteux que les droits d’exploitation puissent être démembrés de cette façon. L’auteur qui céderait un « droit d’autoriser la reproduction », s’il conserverait dans cette hypothèse le « droit de reproduire », devrait demander l’autorisation au titulaire du droit d’autoriser la reproduction ! L’exercice du

⁷⁴⁴ V., soulignant cet intérêt du public, C. BERNAULT, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l’audiovisuel*, th. Nantes, LGDJ 2003, n°770 – N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, th. Paris II, 2005, n°217. Il faut préciser que le propos de ces auteurs ne s’inscrit pas dans une réfutation de la cession pure et simple.

⁷⁴⁵ A. HUGUET, *L’ordre public et les contrats d’exploitation du droit d’auteur*, LGDJ 1962, préf. R. SAVATIER, n°38-39 : après avoir souligné que la cession pure et simple est dangereuse en ce que l’auteur souscrit les mêmes obligations que celles d’un contrat d’édition sans bénéficier des avantages de cette dernière qualification, et que tel est là « l’inconvénient habituel des textes trop réglementaires » (n°38), il souligne que « peut-être existe-t-il une différence, même dans les obligations de l’auteur. Dans le contrat d’édition, l’auteur cède le droit de reproduire son œuvre ; dans le contrat de « cession pure et simple », il cède le droit d’autoriser la publication de son œuvre. Et on constate quelle hypocrisie il y aurait, pour un éditeur, un professionnel par conséquent, à obtenir de l’auteur le droit d’autoriser la publication de l’œuvre ». V. aussi n°48, opérant une distinction entre cession pure et simple du droit de représentation, cession du droit d’autoriser la représentation, et contrat de représentation, autorisation de représenter.

droit de reproduire est inéluctablement subordonné à celui du droit d'autoriser la reproduction ! Par conséquent, il ne devrait pas être possible de démembrer le droit de reproduction de cette façon. Le contrat d'édition, qu'il s'agit de distinguer ici de la cession pure et simple, se définit de surcroît par le droit pour l'éditeur de fabriquer ou de *faire fabriquer* des exemplaires de l'œuvre, ce qui équivaut incontestablement à lui reconnaître un droit de reproduire comme un droit d'autoriser la reproduction. Partant, la frontière tracée se dissout. En réalité, cette « cession du droit d'autoriser la publication » s'apparenterait plus à un *mandat*. Dès que la publication intervient, il faudrait cependant considérer qu'un contrat d'édition proprement dit a été conclu avec le mandataire lui-même. Sans doute ceci ménagerait-il les intérêts de l'exploitant (acquérir des droits sur une œuvre susceptible de l'intéresser, sans s'engager à effectivement exploiter) et ceux de l'auteur (dès que l'exploitant se décide à exploiter, par l'application du régime protecteur). Toutefois, ce n'est pas compatible avec le régime légal du mandat. En effet, non seulement un mandat est toujours révocable⁷⁴⁶, ce qui exclut de retenir la *cession* du droit d'autoriser, mais encore l'interdiction de se porter contrepartiste que fulmine l'article 1596 du code civil exclut que le mandataire devienne bénéficiaire du contrat d'édition qu'il avait pour mission de conclure. S'il est infondé de généraliser l'obligation d'exploiter, son existence devrait en revanche s'ensuivre nécessairement de la stipulation d'une rétribution proportionnelle.

2) Lien entre rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter

136. Admission restreinte des cessions pures et simples. – La cession pure et simple est une réalité économique – il suffit de songer à la cession des droits d'exploitation de photos de presse ou d'articles à des revues, de logos ou autres créations utilitaires à des entreprises, etc. Des voix se sont ainsi élevées en faveur de l'admission de la cession pure et simple du droit de reproduction, aussi bien dans la doctrine ancienne⁷⁴⁷ que plus récemment⁷⁴⁸. Il faut

⁷⁴⁶ Art. 2004 c. civ. Il faut certes tenir compte de l'exception importante que constitue le mandat d'intérêt commun, tout en rappelant que l'absence de cause légitime de la révocation ne prive pas celle-ci d'effet, mais donne seulement droit à indemnisation (Cass. civ. 1^e, 2 oct. 2001, Bull. civ. I, n°239, JCP G 2001, II, 10094, note E. TREPPOZ, RTD civ. 2002, 118, obs. P.-Y. GAUTIER).

⁷⁴⁷ E. POUILLET, *Traité*, n°287 : Il « a fallu reconnaître que les conventions intervenant entre l'auteur et l'éditeur pour l'exploitation du droit de reproduction pouvaient avoir les aspects les plus variés, qu'elles pouvaient, par exemple, prendre la forme d'une association en participation (...) ou celle d'un louage d'ouvrage (...) ou la forme d'une vente, quand l'auteur cède tous ses droits moyennant une somme fixe » ; G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, Paris, Marchal et Billard, 1903, n°94s., qui évoque la vente de la propriété littéraire et artistique, et vise sous ce chef les relations entre auteur et un employeur, ou le directeur d'une publication collective – dans cette dernière hypothèse, la loi attribuant aujourd'hui la titularité initiale des droits rend toutefois inutile le recours au modèle de la cession pure et simple (art. L. 113-5 CPI).

cependant relever que l'obligation d'exploiter s'impose dans un certain nombre de circonstances, à commencer par la stipulation d'une rémunération proportionnelle.

137. Cession pure et simple et rémunération proportionnelle. – Avant même d'instaurer un lien entre obligation d'exploiter et rémunération proportionnelle, il faut néanmoins trancher une question préalable : une cession pure et simple serait-elle soumise à l'exigence d'une telle rémunération ? Est-il possible au contraire de considérer que l'on se situe dans un cas où il serait impossible de déterminer la base de calcul⁷⁴⁹ ? D'aucuns semblent l'admettre⁷⁵⁰. Pourtant, une réponse négative devrait s'imposer, dans la mesure où n'est pas impossible ce qui dépend de la volonté contractuelle ! Au demeurant, toutes les exceptions au principe de rémunération proportionnelle sont conçues de façon objective⁷⁵¹. Il faut ainsi bien comprendre que le cessionnaire n'est pas soustrait à l'exigence de rémunération proportionnelle du seul fait de la volonté de s'affranchir d'une rétribution proportionnelle.

⁷⁴⁸ V. not. en ce sens R. DUMAS, *La propriété littéraire et artistique*, p. 273 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°609 – J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11113. V. aussi, mesuré, F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°976, qui lie obligation d'exploiter à l'exclusivité ou à la rémunération proportionnelle, mais semble admettre qu'à défaut, il n'y ait pas une telle obligation à la charge du cessionnaire, et note que « comte-tenu des discussions existant sur cette question, l'auteur a tout intérêt à faire insérer une clause précisant ou rappelant l'obligation d'exploiter à la charge de son co-contractant ».

⁷⁴⁹ V. art. L. 131-4 1° CPI, qui autorise le forfait si la « base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ». V., soulevant la question, DESBOIS, *Traité*, n°556 : « Il est tentant de soutenir que les cessions pures et simples des droits d'auteur ne sont pas affectées par la règle de la rémunération proportionnelle, parce que fait défaut la base de calcul. Comment promettre une redevance, mesurée en fonction des recettes d'exploitation, alors que le cocontractant de l'auteur est libre de laisser son titre en sommeil aussi longtemps qu'il voudra ? »

⁷⁵⁰ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11113, p. 58 note 62, qui relève que l'impossibilité de disposer d'une base de calcul « résultera par exemple du fait que le cessionnaire n'exploite pas l'œuvre : or, contrairement à ce qui se passe en matière de concession, le cédant n'est pas fondé à se plaindre d'une absence d'exploitation ».

⁷⁵¹ V. art. L. 131-4 2°, 3° et 4°, qui exclut la participation proportionnelle lorsque les moyens de contrôler son application font défaut, lorsque les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre, ou encore lorsque la contribution de l'auteur n'est pas un élément essentiel de la création ou que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité. Ces cas renvoient à des facteurs objectifs.

138. Rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter. – Cette question préalable résolue, il reste à souligner que deux conceptions s'opposent néanmoins encore. D'aucuns admettent la cession pure et simple de façon générale⁷⁵², alors que le principe de participation proportionnelle semble pourtant restreindre les cessions pures et simples aux cas dans lesquelles un forfait peut être licitement prévu⁷⁵³.

Certes, MM. André et Henri-Jacques Lucas soutiennent, à raison⁷⁵⁴, qu'il n'est pas possible de lier l'obligation d'exploiter et la rémunération proportionnelle de façon systématique : rémunération forfaitaire et obligation d'exploiter peuvent parfaitement coexister dans un contrat, ainsi par exemple dans le contrat d'édition, et notamment dans les cas prévus à l'article L.132-6 du code de la propriété intellectuelle.

Ce faisant, ceci interdit seulement de réduire l'obligation d'exploiter à une simple conséquence de la rémunération proportionnelle, c'est-à-dire de lui dénier en toutes occurrences le caractère d'obligation essentielle. En revanche, il ne s'agit pas d'une objection dirimante contre l'idée que, dans le cas où est prévue une rémunération proportionnelle, le cocontractant reste tenu d'exploiter. Il se peut que la seule obligation expressément prévue soit d'assurer une rémunération proportionnelle ; pour satisfaire à cet engagement, le débiteur devra néanmoins exploiter.

Les autres arguments invoqués au soutien d'une absence de lien n'emportent pas plus la conviction. Il est d'abord exposé que le code de la propriété intellectuelle, alors même que le principe de rémunération proportionnelle n'est pas écarté, prévoit parfois, non pas une obligation d'*exploiter* – i.e. d'exploiter effectivement – mais l'obligation de *rechercher une exploitation*, ainsi par exemple s'agissant de la cession du droit d'adaptation audiovisuelle que vise l'article L. 131-3 alinéa 4 du code de la propriété intellectuelle⁷⁵⁵. Mais justement, il s'agit d'hypothèses spécifiques dans lesquelles le législateur a entendu assouplir le régime de

⁷⁵² A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°609.

⁷⁵³ V. déjà en ce sens POUILLET, *Traité*, n°287.

⁷⁵⁴ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°609, qui pour contester le lien entre obligation d'exploiter et rémunération proportionnelle, commencent par relever qu'on « peut très bien (...) concevoir un forfait assorti de l'obligation d'exploiter ».

⁷⁵⁵ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°609, qui relèvent également le cas du contrat de représentation et estiment que « si le législateur avait voulu énoncer une règle de portée (...) générale, il lui était facile de le faire », à l'instar du législateur belge par exemple (article 3 § 1^{er} alinéa 5 de la loi belge de 1994).

l'obligation d'exploiter, et non contester le principe de son *existence*, dès lors que la rémunération due à l'auteur est proportionnelle aux résultats d'exploitation. En réalité, il apparaît que l'obligation de rechercher une exploitation n'est rien autre qu'une obligation d'exploiter, mais *de moyen*⁷⁵⁶. Si le législateur n'a pas prévu d'obligation d'exploiter de façon générale, au chapitre des dispositions communes à tous les contrats d'auteur, c'est peut-être aussi parce qu'il n'est pas toujours utile de souligner l'évidence – si le contrat prévoit une rémunération proportionnelle aux résultats de l'exploitation, encore faut-il qu'il y ait exploitation – aussi bien que pour tenir compte de l'admission exceptionnelle de la rémunération forfaitaire. Le silence du législateur ne fait ainsi que renforcer ce lien entre la rémunération proportionnelle et l'obligation d'exploiter.

De prime abord, plus gênant semble l'argument tiré de l'absence de caractère potestatif de l'engagement du cessionnaire qui, bien que débiteur d'une rémunération proportionnelle aux résultats de l'exploitation, ne s'obligerait pas à exploiter. Il faut cependant bien distinguer deux temps dans le raisonnement.

Dans l'hypothèse de la stipulation d'un prix proportionnel, le prix de vente est non pas strictement déterminé, mais seulement déterminable : la cession est alors effectivement conclue sous condition suspensive⁷⁵⁷. Dans l'appréciation de la nullité pour indétermination du prix – en admettant ici que l'exigence de détermination du prix s'applique bien aux cessions de droit d'auteur –, il est alors tout à fait légitime de considérer que la stipulation d'un prix proportionnel n'est pas une condition potestative⁷⁵⁸. En effet, sans même qu'il soit d'ailleurs nécessaire de recourir à une distinction ésotérique entre condition *purement* ou *simplement* potestative, il est admis que ne sont prohibées que les clauses qui soumettent

⁷⁵⁶ La lecture des travaux parlementaires de la loi du 3 juillet 1985 sont d'ailleurs particulièrement significatifs (v. ces travaux, Sénat, séance du 17 juin 1985, p. 1257) : il y est rapporté les propos de M. GOUTEYRON, rappelant que « lors du débat à l'Assemblée nationale, il était bien clair que ce qui est mis à la charge de l'éditeur par le contrat [de cession des droits d'adaptation audiovisuelle] est une obligation de moyens et non pas de résultat, celui-ci demeurant aléatoire ». L'obligation de rechercher une exploitation n'est donc qu'une obligation d'exploiter de moyen.

⁷⁵⁷ V. Ph. MALAURIE, « Vente », *Encycl. Civ. Dalloz* (ancien fascicule), n°648 et J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », D. 1973, chron. p. 293, n°4 : « Il est généralement admis que la vente dont le prix est seulement déterminable, et non déterminé, est conclue sous condition suspensive ». La situation ne se rencontre pas qu'en droit d'auteur, loin s'en faut : il est notamment fréquent que les cessions de titres sociaux comportent une clause annexant, pour partie, le prix en fonction des résultats de la société postérieurement à l'acquisition. V. not. sur ce point B. DONDERO, « De la condition potestative licite », RTD civ. 2007, 677, n°23. Dans tous ces cas, la condition tient à l'existence ou au montant des résultats de l'exploitation.

⁷⁵⁸ *Contra*, F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°976, qui ne justifie cependant pas sa position.

l'exécution de l'une des obligations à l'arbitraire de son débiteur⁷⁵⁹. Or il est douteux que la stipulation d'un prix proportionnel aux recettes de l'exploitation permette un comportement arbitraire de l'exploitant. En effet, il a été considéré que l'exécution du contrat n'est pas soumise à l'arbitraire du débiteur lorsque les conséquences de l'acte extérieur à accomplir sont suffisamment importantes pour que le choix du débiteur ne puisse être normalement déterminé par le souci de ce dernier d'éluder son obligation⁷⁶⁰. Or tel est bien le cas du cocontractant du créateur, qui n'a pas en principe pour intérêt de ne pas exploiter, mais au contraire de le faire⁷⁶¹. C'est ainsi que mérite d'être pleinement approuvée la jurisprudence qui considère que ne sont pas potestatives les clauses prévoyant que le producteur ne prend pas d'engagement concernant l'exploitation de l'œuvre⁷⁶², si tant est qu'on considère que l'exploitant est tenu, quant à ce qui relève de sa volonté, d'accomplir les démarches nécessaires.

De ce que la clause fixant une participation proportionnelle n'est pas en soi potestative, il paraît en revanche injustifié d'en inférer que l'exploitant n'est tenu d'aucune obligation d'exploiter. Dire que l'exécution d'un tel contrat ne relève pas de l'arbitraire du débiteur ne revient pas à donner à ce dernier la liberté d'exploiter ou non. Bien au contraire, cette liberté

⁷⁵⁹ J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre), *op. cit.*, n°26s. V. aussi B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *op. cit.*, n°32s., qui privilégie l'« objectivation par l'inconvénient » - la condition potestative serait admise s'il résultait un inconvénient, pour le débiteur de l'obligation conditionnelle, à ne pas l'exécuter - ou l'objectivation des critères conditionnant la décision du débiteur - la réalisation ou la défaillance de la condition pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire, ou dépendrait aussi de l'intervention d'un tiers : notre cas de figure entrerait dans la première catégorie. L'auteur envisage cependant aussi la validité de principe des conditions potestatives, en plaçant pour un contrôle au stade de l'exécution. V. enfin W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, 701, qui rejette également la nullité des conditions simplement potestatives.

⁷⁶⁰ J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », *op. cit.*, n°22 - B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *op. cit.* n°34 (selon la grille de lecture de cet auteur, on pourrait retenir un inconvénient, pour l'exploitant, à ne pas exécuter son obligation). V. Cass. soc. 9 nov. 1961, *Bull. soc.* n°723, D. 1962, SC 84.

⁷⁶¹ Bien sûr, il ne peut être exclu qu'un cessionnaire souhaite acquérir des droits pour laisser une œuvre en sommeil - afin par exemple de ne pas compromettre le succès d'une autre œuvre similaire. Cela étant, si l'annulation de la clause potestative est écartée, il devient au contraire primordial de contrôler la mise en œuvre de la condition. Or de multiples critères pourront révéler la faute du cessionnaire : le manquement à la bonne foi ou à la loyauté, l'intérêt de l'entreprise, etc. V. sur ce point B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *op. cit.* n°55s., spéc. n°61, qui relève que dans l'hypothèse de détermination du prix par référence au résultat réalisé par l'entreprise cédée postérieurement à son acquisition, le juge ne peut sanctionner la passivité du cessionnaire par la déchéance de la condition, mais par des dommages et intérêts et la résiliation du contrat.

⁷⁶² V. CA Versailles, 1^{ère} ch., 27 janvier 1988, D. 1988 SC 223, obs. Th. HASSLER. Il faut relever que l'arrêt porte sur un engagement de réaliser l'œuvre, non de l'exploiter; il n'est dès lors pas certain qu'on puisse le citer avec pertinence dans le cadre d'une réflexion sur le lien entre prix proportionnel et obligation d'exploiter; CA Paris, 4^e ch. A, 18 octobre 1994 (juris-data n°023209) pour laquelle il ne dépend pas du producteur de poursuivre l'exploitation du film, dès lors que celle-ci est fonction de la faveur du public. L'arrêt ne conteste pas le principe de l'obligation d'exploiter...

manifesterait en réalité l'arbitraire que la jurisprudence condamne. Ainsi, si n'est pas jugée potestative la stipulation relative au prix lorsque l'appréciation de l'opportunité de l'acte que le débiteur doit accomplir est susceptible d'un contrôle judiciaire, à partir de données objectives au niveau de l'exécution⁷⁶³, c'est justement parce qu'il est considéré que dans le cas d'un prix déterminable en fonction de la rentabilité du bien, le débiteur du prix est tenu d'une obligation de se livrer à une exploitation normale. C'est justement parce que l'exploitation est obligatoire, *i.e.* qu'il *doit* exploiter ou au moins rechercher une exploitation, qu'un contrôle judiciaire peut être effectué et que l'arbitraire s'en trouve écarté, partant que la clause est valable.

Lorsque la jurisprudence admet en droit commun la validité de la stipulation d'un prix en fonction de la rentabilité du bien vendu, il est reconnu à la charge du débiteur une « obligation » d'exploiter, ainsi de la vente de meubles par anticipation que constitue le contrat d'exploitation de carrières⁷⁶⁴. De même, la doctrine considère, en matière de propriété industrielle, que lorsque le prix de la cession de brevet ou de marque est prévu sous la forme du versement de redevances d'exploitation, le cessionnaire est tenu d'exploiter⁷⁶⁵. D'aucuns voient avant tout là une conséquence du devoir de *bonne foi* que l'article 1134 du code civil fait peser sur tout cocontractant⁷⁶⁶. Mais il serait peut-être plus exact de considérer que l'obligation d'exploiter est une suite de l'obligation de payer le prix, en vertu de l'article 1135 du même code. Cela étant, il s'agit toujours de rattacher l'exploitation à une obligation du contrat, l'obligation de payer le prix convenu.

⁷⁶³ V. sur ce point J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre), D. 1973, chron. p. 293.

⁷⁶⁴ V. Cass. soc., 17 février 1955, Bull. n°150, D. 1955, 469, qui, tout en admettant la validité de la détermination du prix sous formes de redevances, considère que la bonne foi présidant à l'exécution du contrat imposait au débiteur une exploitation normale autorisant le propriétaire du sol à le mettre en demeure de commencer l'extraction. V. aussi Cass. civ. 22 juillet 1952, Bull. n°235, confirmant CA Toulouse, 16 février 1948, D. 1948, 162 (même solution, alors que le cessionnaire s'était réservé la faculté d'exploiter « à son heure ») et Cass. 1^e civ., 3 décembre 1956, Bull. n°435, D. 1957 SC 54 (cessionnaire ayant stipulé que l'exploitation commencerait « quand bon lui semblera »).

⁷⁶⁵ V. P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1991, p. 320 : le prix « peut aussi consister dans une somme proportionnelle aux résultats de l'exploitation de l'invention brevetée : dans ce cas, le cessionnaire a l'obligation d'exploiter le brevet, de bonne foi, et dans une mesure aussi complète que possible : à défaut de quoi, en n'exploitant pas, il se dispense de l'obligation de payer le prix, ce qui engage sa responsabilité ».

⁷⁶⁶ P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, *loc. cit.* Il faut cependant relever que l'article 1134 du code civil met à la charge des cocontractants un devoir plus qu'une véritable « obligation » de bonne foi (V. not. sur ce point Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, LGDJ 2000, préf. R. BOUT, n°145-164), et que la bonne foi n'est pas en tant que telle génératrice d'obligations. Il s'agit plus d'un devoir concernant la formation du contrat ou l'exécution des obligations contractuelles. Dès lors, fonder l'exploitation sur l'article 1134 du code civil implique de considérer que la seule obligation est celle de payer le prix : en n'exploitant pas, c'est en fait l'obligation de payer le prix qui n'est pas exécutée.

Il n'est donc aucune raison de raisonner différemment en matière de propriété littéraire et artistique, et c'est dans ce sens que la jurisprudence a souvent tranché. Enfin, si l'obligation d'exploiter a été exclue, en l'absence de stipulations en ce sens, dans les contrats soumis à la loi ancienne⁷⁶⁷, il semble que c'est tout simplement parce que le principe de rémunération proportionnelle lui-même n'était pas applicable...

Il convient ainsi de considérer que l'obligation de rémunération proportionnelle implique l'exploitation, sous peine de sanctions aux deux stades du processus contractuel :

- Au stade de la *formation* du contrat, il faut relever que dans l'hypothèse de la stipulation d'un prix proportionnel, le prix serait indéterminé en l'absence de précision des modalités de l'exploitation⁷⁶⁸.

- Au stade de l'*exécution* du contrat, si l'obligation d'exploiter est parfois envisagée indépendamment du prix de la cession⁷⁶⁹, il n'est pas exclu de considérer que l'exploitation est une obligation faisant suite à celle de payer le prix prévu sous forme de rémunération proportionnelle.

En revanche, dans l'hypothèse de rémunération au forfait, on ne peut pas considérer que le contrat perd sa cause en l'absence d'obligation d'exploiter, dans la mesure où le créateur est rémunéré. Ainsi dans le domaine de la photographie : bien souvent, ce n'est qu'un élément accessoire d'une autre œuvre (le journal) ou d'un produit⁷⁷⁰. L'absence d'obligation d'exploiter se comprend dans un tel cas de figure, une rémunération forfaitaire pouvant être prévue. En d'autres termes, ce n'est que lorsqu'un forfait peut être licitement prévu que le cocontractant de l'auteur pourra librement différer voire exclure une exploitation *effective* de l'œuvre. C'est dire qu'il ne peut exister des cessions « pures et simples » qu'à forfait.

⁷⁶⁷ V. Cass. 1^{er} civ., 4 décembre 2001, CCE 2001 comm. n°19, obs. Ch. CARON, que MM. LUCAS citent (*Traité*, n°609 note 327) à l'appui du raisonnement déniait le lien entre obligation d'exploiter et rémunération proportionnelle.

⁷⁶⁸ V. en ce sens, à propos des cessions de brevet d'invention, A. BERTRAND, *Traité des brevets*, p.181.

⁷⁶⁹ V. *infra*, n°144 et 149, les contrats d'édition et de production audiovisuelle.

⁷⁷⁰ V. art. L. 131-4 4° CPI, permettant le recours au forfait.

3) Lien entre obligation d'exploiter et qualifications spéciales

139. Obligation d'exploiter et qualification d'ordre public. – N'y a-t-il pas un risque, ce faisant, que soient supplantées par des cessions pures et simples les divers contrats nommés qui comportent une obligation d'exploiter ? Pas vraiment. Tout d'abord, le principe restant la rémunération proportionnelle pour tous les contrats d'auteur, le contrat serait bien dépourvu de cause, dans les cas d'application du principe, si l'exploitant restait inactif : l'obligation d'exploiter s'impose donc de toute façon, ce qui réduit fortement l'intérêt qu'un exploitant trouverait à proposer ce contrat plutôt qu'une véritable édition.

En outre, même restreintes aux cessions forfaitaires, les cessions pures et simples n'existent en réalité que dans l'espace laissé vacant par les qualifications spéciales, aux marges de celles-ci. Il n'est pas possible, en effet, de distinguer entre, d'une part, le contrat de cession, qui ne contraint le cessionnaire à exploiter que pour satisfaire à l'obligation de verser une rémunération proportionnelle, et les contrats nommés tel le contrat d'édition ou de production audiovisuelle. Dans la mesure où, dans les contrats nommés précités, l'obligation d'exploiter pèse sur le cocontractant de l'auteur même en l'absence de stipulation expresse, toute exploitation soumise au principe de rémunération proportionnelle devrait relever de la qualification nommée, qu'elle soit choisie par les parties ou redressée par le juge : dès lors que le transfert d'un droit de reproduction ou d'un droit de représentation doit recevoir pour contrepartie une participation proportionnelle à l'exploitation, la qualification de contrat d'édition ou de contrat de représentation doit respectivement s'appliquer. Observer que la stipulation d'une rémunération proportionnelle contraint à exploiter n'interdit évidemment pas de considérer qu'il peut exister une obligation d'exploiter autonome, qui s'inscrit dans le canevas des contrats nommés, et non une simple suite de l'obligation de verser le prix convenu⁷⁷¹.

Lorsqu'il a valablement été prévu une rémunération forfaitaire, la distinction entre contrat d'édition, emportant néanmoins une obligation d'exploiter, et contrat de cession pure et simple, qui l'exclurait valablement, est pareillement impossible lorsque les éléments constitutifs de la qualification spéciale sont réunis. Or il ne faut pas oublier que l'obligation

⁷⁷¹ C'est au stade du rapprochement éventuel entre contrats nommés du droit d'auteur et contrats civils que la question devra être tranchée : l'obligation d'exploiter est-elle accessoire ou principale ? Il s'agit ici seulement de savoir si la cession pure et simple peut être un modèle concurrent au contrat d'édition.

d'exploiter attachée au contrat d'édition, qui pèse sur l'éditeur indépendamment des modalités de la rémunération, est impérative. Dans la mesure où la qualification de contrat d'édition demeure en présence d'une rémunération forfaitaire, l'obligation d'exploiter découle ainsi nécessairement de la cession du droit de reproduire : les parties ne peuvent exclure l'obligation d'exploiter pour échapper à la qualification ; c'est au contraire parce que la qualification s'impose que l'éditeur ne peut échapper à l'obligation. Le régime du contrat d'édition est pour l'essentiel un statut impératif, qui exerce subséquemment un fort pouvoir d'attraction⁷⁷². La cession pure et simple ne se conçoit ainsi que lorsque d'autres éléments constitutifs de l'obligation d'exploiter feront défaut⁷⁷³.

140. Incidence d'une qualification civiliste. – Dans un autre ordre d'idées, il faut également souligner que l'obligation d'exploiter pourra éventuellement découler de la qualification opérée au regard du droit civil⁷⁷⁴. Ainsi, la « licence de logiciel », régie par le seul droit commun des contrats d'auteur, pourrait s'accompagner d'une telle obligation en présence même d'une rémunération forfaitaire, si la qualification opérée au regard d'autres facteurs conduit à l'élection d'un modèle qui la comporterait. Présente à chaque fois que le contrat doit comporter une rémunération proportionnelle ou peut recevoir une qualification spéciale en faisant une obligation impérative, l'obligation d'exploiter peut encore être liée au lien entre deux conventions.

Le caractère impératif de l'obligation d'exploiter, s'il ne peut être posé en principe, résulte ainsi d'exceptions si larges que l'admission de cessions pures et simples n'apparaît que comme fort limitée. Le contenu de l'obligation, pas plus que son existence, ne fait pas pour autant l'objet de dispositions précises du code de la propriété intellectuelle.

⁷⁷² J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11, qui note que « lorsqu'on est à proximité d'un statut contractuel impératif, par exemple ceux des baux, il se produit un phénomène d'attraction par ce dernier et la qualification en cause est attribuée de manière préférentielle aux situations voisines. La raison en est qu'on s'efforce ainsi d'éviter les fraudes à la loi qui consistent, pour les contractants, à modifier légèrement les caractères de la relation qu'ils entretiennent afin d'échapper à des règles d'ordre public susceptibles de les gêner ».

⁷⁷³ L'illustration nécessite d'anticiper sur les développements à venir, qui montreront que la qualification repose sur d'autres éléments, tels une définition précise du droit cédé, le droit de fabrication des exemplaires (v. *infra*, n°196s.). Une cession des droits dérivés pourrait ainsi être une cession pure et simple, si le forfait peut par ailleurs être licitement prévu.

⁷⁷⁴ Ce faisant, il s'agira de mettre en œuvre un raisonnement inverse de celui mené dans la première partie de cette étude. Alors qu'il s'agit ici de savoir s'il faut tirer conséquence, dans la perspective d'un rapprochement avec les catégories du droit civil, de l'existence d'une obligation d'exploiter, il faudra voir dans

B. – Contenu de l'obligation d'exploiter

141. Absence de précision du contenu de l'obligation d'exploiter. – Dès lors que l'obligation d'exploiter, dans le droit commun des contrats d'auteur, ne résulte qu'implicitement de l'application du principe de participation proportionnelle, l'on ne peut s'étonner du silence que garde le code de la propriété intellectuelle sur le contenu et la portée de celle-ci. Seul un travail préalable de qualification au regard du droit civil permettra de trancher des questions aussi diverses que le délai dans lequel l'exploitation doit intervenir ou la portée de l'engagement du débiteur – obligation de moyens ou de résultat⁷⁷⁵.

Le code de la propriété intellectuelle invite néanmoins à reconnaître que l'exploitation à laquelle doit se livrer le cessionnaire ne présente pas nécessairement un caractère lucratif dans tous les cas de figure. Certes, le nouvel article L. 122-7-1 du code de la propriété intellectuelle pourrait faire douter qu'un exploitant puisse à *son gré* décider d'une mise à disposition gratuite. Mais si, énonçant une liberté du créateur, la règle semble en première analyse s'opposer à ce qu'il y soit contraint, il est aussitôt précisé que la liberté s'exerce dans le respect des conventions conclues : la licéité d'une clause conférant à l'exploitant le pouvoir d'offrir un accès gratuit ne peut être ainsi condamnée de façon absolue. Le fondement de l'exigence d'une exploitation lucrative réside plus sûrement dans le principe de rémunération proportionnelle : l'exploitant ne satisfait pas à son obligation de payer le prix convenu s'il ne se livre pas à une exploitation commerciale. Mais il est alors indéniable que, par opposition, l'exploitant jouit de cette faculté d'exploitation non lucrative lorsqu'une rémunération forfaitaire est licitement convenue. Or l'absence de base de calcul, qui résulte indubitablement d'une diffusion gratuite, constitue précisément l'un des cas de possible recours au forfait⁷⁷⁶. Il n'en demeure pas moins que le cocontractant du créateur ne saurait donc envisager une telle diffusion qu'à la condition de prévoir une rémunération forfaitaire. S'il s'est contenté de prévoir une participation proportionnelle, il ne devrait au contraire pas pouvoir procéder à une telle utilisation. L'auteur pourrait bien alors réclamer la résiliation du contrat et des dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de payer le prix convenu.

la seconde partie si l'on peut tirer conséquence de l'application d'une qualification civile pour découvrir une obligation d'exploiter. V. *infra*, n°437s.

⁷⁷⁵ V. *infra*, n°610s.

⁷⁷⁶ V. TGI Paris, 3^e ch., 16 déc. 1980, RIDA 1981/3, 223. V. aussi en ce sens A. et H.-J. LUCAS, n°619, qui estiment qu'il n'est pas possible de se fonder sur le chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire grâce à l'utilisation gratuite ou publicitaire de l'œuvre, en ce que la ventilation n'est guère concevable entre la part qui revient à l'œuvre et celle tenant aux autres facteurs, et en ce que ce chiffre d'affaires ne mesurerait pas

Dans le principe, tout partenaire de l'auteur est astreint à l'exploitation dès lors qu'il acquiert des droits en contrepartie d'une participation proportionnelle du créateur. Dans le droit spécial, il n'est cependant pas certain, loin s'en faut, que l'obligation d'exploiter s'impose dans ce seul cas.

§ 2. - L'EXPLOITATION DANS LES CONTRATS SPÉCIAUX DU DROIT D'AUTEUR

142. La présence ou l'absence d'une obligation d'exploiter constitue un critère de distinction entre les contrats nommés, dans la mesure où certains la comportent nécessairement (A), d'autres non (B).

A. – Contrats comportant toujours une obligation d'exploiter

143. Ce qui distingue le contrat d'édition du contrat de production audiovisuelle n'est pas l'obligation d'exploiter en tant qu'obligation générique, qu'ils comportent tous deux : le contrat d'édition se distingue par l'obligation de fabriquer, ou plus exactement par la combinaison d'une obligation de fabriquer et de diffuser (1), tandis que le producteur audiovisuel supporte une obligation d'exploiter qui ne se dédouble pas nécessairement (2).

1) Obligation d'exploiter et contrat d'édition

144. Il ne fait nul doute que le contrat d'édition comporte une obligation d'exploiter⁷⁷⁷. Que la rémunération convenue soit proportionnelle ou forfaitaire, l'éditeur est tenu de procéder à l'exploitation promise. D'ailleurs, les contrats dits à compte d'auteur et de compte à demi comportent le même engagement, ne se distinguant de l'édition qu'en ce qui comporte l'exigence d'un prix monétaire⁷⁷⁸. L'obligation d'exploiter, qui appartient à la catégorie des obligations de faire, n'est cependant qu'un vocable commode pour regrouper sous une même

l'audience de l'œuvre dans le public, ainsi que l'implique la règle de la rémunération proportionnelle. L'absence de base de calcul, avérée, justifie donc le recours au forfait.

⁷⁷⁷ V. art. L.132-1 CPI. V. aussi N. ROUART, *Le contrat d'édition musicale*, th. Paris 1967, pp. 71s.

⁷⁷⁸ Relis. Art. L. 132-2 et L. 132-3, qui reprennent la définition du contrat d'édition en ce qui concerne l'obligation de fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, d'en assurer la publication et la diffusion. En revanche, ils ne comportent pas l'exigence d'une contrepartie monétaire au profit de l'auteur, qui doit au contraire lui-même payer (compte d'auteur) ou partager les pertes et profits (compte à demi).

bannière la diversité des activités de l'éditeur⁷⁷⁹. En dépit de ce que suggère une rédaction maladroite de l'article L. 132-12 du code de la propriété intellectuelle⁷⁸⁰, l'exploitation *permanente et suivie* ne se conçoit pas comme un troisième volet de l'obligation d'exploiter de l'éditeur : il s'agit en réalité des modalités exigées de l'obligation de fabriquer des exemplaires et d'en assurer une diffusion commerciale. C'est parce que l'éditeur doit s'acquitter d'une exploitation permanente et suivie qu'il sera tenu de procéder à de nouveaux tirages de l'œuvre ou à des rééditions, et qu'il devra en maintenir la diffusion commerciale tout au long de la durée du contrat. Afin de pouvoir ultérieurement procéder à l'opération de classification dans les catégories du code civil, il faut néanmoins observer que cette obligation se décompose en deux volets, et qu'il peut s'agir de prestations matérielles comme de prestations juridiques – ce dont il ne faudra pas déduire trop hâtivement une qualification distributive. Il faut décomposer, au minimum, en une obligation de fabrication des exemplaires (a) et une obligation de diffuser la création (b).

a) La fabrication en nombre d'exemplaires de l'œuvre

145. Fabrication d'exemplaires. – Fabriquer des exemplaires, telle est la première prestation que la loi met à la charge d'un éditeur. Faudrait-il s'en étonner, alors que l'opération renvoie aux racines les plus profondes des métiers du livre ? Avant que l'essor de l'imprimerie n'aboutisse à une spécialisation des tâches incombant à chacun des « industriels de la culture », il y avait des *artisans*, et la noblesse du métier s'exerçait avant tout dans le choix du papier, le luxe de la reliure, la finesse des caractères typographiques... Ainsi qu'en atteste une passionnante correspondance entre Mallarmé et son éditeur, même le poète se soucie de l'apparence de l'objet de papier, sur lequel se déposera l'encre de son œuvre⁷⁸¹. Sans doute l'éditeur ne se distingue-t-il plus par là aujourd'hui ; il n'en demeure pas moins que cette obligation de fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre joue un rôle essentiel sur la

⁷⁷⁹ Comme souvent, il est utile de revenir aux racines étymologiques du terme « édition », lequel ne s'est pas toujours clairement distingué de la notion de « publication », pour saisir les diverses fonctions de l'éditeur. Tandis que le terme de publication dérive du latin *publicare*, qui signifie « mettre à la disposition d'un public anonyme », le terme d'édition découle du latin *edere*, qui signifie « mettre au monde ». L'histoire du contrat d'édition révèle un mouvement de balancier entre ces deux aspects complémentaires : d'une prévalence du *publicare* à l'époque gréco-romaine à celle de l'*edere* à l'époque du Moyen-Age, où les libraires règnent en maître, l'époque contemporaine oscille entre les deux conceptions : si la définition légale renvoie avant tout au *publicare*, il n'est pas exclu que le rôle initiateur (collection, lancement de projet, conception de la maquette) fasse pencher du côté de l'*edere*. V. en ce sens J.-Ph. BOUARD, *L'édition en droit privé français contemporain*, th. Bordeaux, 2003, pp. 5-8.

⁷⁸⁰ Arg. art. L. 132-12 CPI, selon lequel « l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession ».

⁷⁸¹ V. S. MALLARMÉ, *Poésies*, éd. Libro.

scène des qualifications juridiques : du point de vue du « contenu obligationnel » du contrat, c'est elle qui permet de distinguer le contrat d'édition des autres accords qui comportent une obligation d'exploiter. Au moins faut-il noter qu'en tant qu'obligation essentielle, l'obligation de fabriquer est impérative : toute cession du droit de fabrication d'exemplaires devant être qualifiée d'édition, les obligations que la loi attache à la qualification ne peuvent être éludées.

146. Fabriquer... – L'éditeur reste ainsi, aujourd'hui encore, débiteur d'une obligation de fabriquer, laquelle tend cependant aussi bien à des prestations intellectuelles que matérielles. Prestations intellectuelles : ce sera la conception de la couverture, de la typographie, de la pagination, ainsi par exemple le choix de petits ou de gros caractères, l'espacement des lignes, etc.⁷⁸² Prestations matérielles : ce sera l'impression proprement dite. Peu importe que la fabrication soit accomplie par l'éditeur lui-même ou par un imprimeur indépendant. En effet, il faut relever que la première obligation pesant sur l'éditeur n'est pas au cœur de son métier actuel, mais au cœur de celui de l'imprimeur : très souvent, l'éditeur n'est pas lui-même imprimeur. L'exécution de son obligation prendra ainsi ordinairement la forme de l'accomplissement d'une opération juridique : la conclusion d'un contrat entre l'un et l'autre de ces deux protagonistes⁷⁸³. L'opération de qualification au regard du droit civil devra déterminer si cette obligation de fabrication relève éventuellement d'un mandat, ou d'une sous-traitance dans le cadre d'un contrat d'entreprise, ou s'inscrit au contraire dans la libre disposition de ses droits par l'acquéreur...

147. ... des exemplaires de l'œuvre. – Il faut également se demander quelle forme doit prendre l'exemplaire à fabriquer : bien que la notion renvoie aux seules reproductions matérielles, il faut tenir compte de la pluralité des modes de reproduction⁷⁸⁴. Par exemple, dès lors qu'ils ont été prévus au contrat, l'éditeur doit ainsi, s'agissant d'œuvres musicales, procéder tant à la fabrication de livrets de partition que de phonogrammes⁷⁸⁵. Pourtant, par un

⁷⁸² Ce travail de conception de l'ouvrage ne devrait cependant pas, sauf exception, être considéré comme une œuvre de l'esprit, conférant à l'éditeur le statut d'auteur concurremment au créateur de l'œuvre éditée. Il en va de même s'agissant de la conception d'une collection : v. Cass. com., 27 février 1990, RIDA 1990/3, 331 ; JCP G 1990, II, 21545, note F. POLLAUD-DULIAN (« l'édition d'une collection d'ouvrages présentant un certain nombre de caractéristiques communes ne constitue pas en soi la création d'une œuvre distincte de ces ouvrages eux-mêmes et dont l'éditeur pourrait être considéré comme l'auteur »). Comp. CA Paris, 4^e ch., 14 janvier 1983, D. 1983, IR 510, obs. COLOMBET, en sens contraire (arrêt d'espèce).

⁷⁸³ V. sur ce point E. PIERRAT, *Le droit du livre*, éditions du cercle de la librairie, 2005, p. 51s.

⁷⁸⁴ Relis. d'ailleurs l'art. L. 132-11, selon lequel l'éditeur « est tenu d'effectuer ou de faire effectuer la fabrication selon les conditions, dans la forme et suivant les modes d'expression prévus au contrat ».

⁷⁸⁵ V. en ce sens Cass. 1^e civ., 29 juin 1971, Bull. civ. I, n°219 ; RIDA 1971/4, 136 ; JCP 1971, IV, 216. Il faut insister cependant sur le postulat de base : l'éditeur est effectivement cessionnaire des droits d'édition phonographique. Or l'on sait que, en pratique, ces droits ont souvent été apportés à une société de gestion

étrange renversement de l'histoire, une nouvelle brèche a été apportée au principe : après avoir été un temps soustrait à l'obligation de publier sous forme de phonogrammes, c'est maintenant à celle de procéder à une édition graphique que l'éditeur de musique pourrait échapper : l'éviction de cette dernière ne dispenserait pas l'éditeur de son obligation essentielle d'édition et d'exploitation⁷⁸⁶. On comprend le souci de pragmatisme économique. La logique juridique n'en demeure pas moins mise à mal. En effet, il est fort douteux qu'une distinction puisse être établie, parmi les modes d'expression visés au contrat, entre ceux qui seraient compris dans le périmètre de l'obligation essentielle, d'une part, ceux qui en seraient exclus, d'autre part. C'est au regard de la structure de qualification qu'une obligation est dite essentielle ou non. Il n'y a pas de demi-mesure. Soit l'obligation de fabriquer présente un caractère essentiel, soit elle n'en présente pas. Or ce caractère ne fait aucun doute⁷⁸⁷. Il ne saurait donc varier selon le mode de reproduction, en fonction de considérations économiques sujettes à caution. D'ailleurs, l'article L. 132-11 du code de la propriété intellectuelle ne fait aucune distinction, affirmant au contraire précisément que l'éditeur doit fabriquer selon les modes prévus au contrat. En outre, vainement invoquerait-on les usages auxquels l'article L. 132-12 renvoie : ceux-ci peuvent être invoqués relativement au caractère *permanent et suivi* de l'exploitation, mais non pour justifier de l'absence pure et simple de fabrication⁷⁸⁸. Enfin, on ne voit pas pourquoi, alors que l'exploitant négocie le périmètre de la cession – souvent en position de force, de surcroît – il pourrait ensuite échapper à l'exploitation de certains des droits acquis. Si un éditeur de musique souhaite se borner à la reproduction mécanique, il lui est tout de même loisible de ne pas acquérir les droits d'édition graphique ! Nul ne contraint un éditeur à acquérir l'ensemble des droits de reproduction⁷⁸⁹. S'il juge dépourvue d'intérêt économique l'exploitation de certains droits, il peut en décliner l'offre de cession. Dès lors

(SACEM, SDRM). V. aussi N. ROUART, *Le contrat d'édition musicale*, th. Paris 1967, pp. 88-89, qui penche pour la nullité de la clause limitant l'engagement de l'éditeur à la reproduction graphique.

⁷⁸⁶ Cass. 1^{er} civ., 13 juin 2006, D. 2007, 277, note J. GHESTIN ; JCP G 2006, 2509 : jugé que ne contrevient pas aux articles L. 132-1, L. 132-11 et L. 132-12 du code de la propriété intellectuelle et à l'article 1134 du code civil, et ne dispense pas l'éditeur de son obligation essentielle d'édition et d'exploitation de l'oeuvre, le contrat qui, pour des oeuvres destinées à être diffusées sous forme d'enregistrement pour l'illustration musicale, dispense l'éditeur de procéder ou faire procéder à la publication graphique de celle-ci et à son exploitation discographique auprès du public par l'intermédiaire d'une distribution traditionnelle, mais lui fait obligation de faire figurer l'oeuvre sur un support adapté à la clientèle à laquelle elle est destinée et d'en assurer ainsi une exploitation et une diffusion conforme aux usages.

⁷⁸⁷ L'arrêt précité peut être critiqué en ce sens, car l'obligation de fabriquer est, ainsi que le dit lui-même l'arrêt, une obligation essentielle : dès lors elle s'applique à chacun des modes prévus au contrat.

⁷⁸⁸ Seul l'article L. 132-11 régit l'obligation de fabriquer, or il n'est fait aucune référence aux usages, sinon pour fixer le délai dans lequel la fabrication peut intervenir (al. 4).

⁷⁸⁹ Il faut ainsi relever dans l'affaire précitée que le problème tenait finalement à ce que le contrat conclu était un contrat-type, visant la cession des droits de reproduction graphique. Situation bien commode de l'exploitant, qui ne veille pas à la rédaction de son contrat et s'en voit remercié en acquérant des droits sans contrepartie à offrir !

qu'il s'en porte acquéreur, il doit en revanche supporter la contrepartie prévue par la loi : la clause contraire n'est en fin de compte pas admissible, ni du point de vue de la logique juridique, ni du point de vue de l'opportunité économique.

b) La diffusion commerciale des exemplaires

148. Diffusion des exemplaires. – Sous la Restauration, l'éditeur Ladvocat défraya la chronique en utilisant, pour la première fois, des méthodes *publicitaires* : affiches, prospectus, articles de complaisance dans la presse...⁷⁹⁰ Ce temps est bien loin et, d'ailleurs, ces méthodes se sont-elles très vite répandues. Les « événements » et autres campagnes promotionnelles ne placent cependant pas tous les créateurs sur un pied d'égalité : si l'exploitant doit assurer une promotion des œuvres dont il a acquis les droits, c'est avec un engouement très variable qu'il s'acquittera de son obligation. Du moins faut-il relever qu'une telle obligation découle de la loi impérative. L'éditeur ne s'engage pas seulement à *fabriquer* des exemplaires, encore faut-il qu'il diffuse l'œuvre auprès du public – concrètement, qu'il organise la promotion de l'œuvre⁷⁹¹ – et qu'il *distribue* ou fasse distribuer les exemplaires fabriqués⁷⁹². Deux remarques s'imposent ainsi. D'abord, il ne faut pas perdre de vue que les contrats conclus entre l'éditeur et les consommateurs – une *vente* d'exemplaire, à supposer que l'éditeur soit dans le même temps son propre distributeur et libraire – ou, plus fréquemment, entre l'éditeur et un distributeur, lequel contracte avec les points de vente, n'intègrent pas le champ de la qualification de contrat d'édition. Il ne faudrait donc pas croire que cette dernière qualification est une superposition de différentes opérations contractuelles, dont chacune a sa propre qualification. Néanmoins, la mission de distribution des exemplaires, ou de vente directe au public, s'inscrit dans l'exécution d'obligations de faire nées du contrat d'édition. Et ces obligations de faire n'auront pas toujours le même contenu. Que l'éditeur vende lui-même les exemplaires de l'œuvre ou qu'il ait recours à un distributeur, il s'acquitte de son obligation en concluant un ou des contrats : il s'agit donc

⁷⁹⁰ E. PARINET, *Histoire de l'édition à l'époque contemporaine, XIXe-Xxe siècle*, éd. du Seuil, Points, coll. « Histoire », 2004, p. 151.

⁷⁹¹ La diffusion consiste à « promouvoir le catalogue de l'éditeur et à susciter l'intérêt des professionnels, afin de provoquer les commandes d'ouvrages par les détaillants » (V. E. PIERRAT, *Le droit du livre*, Editions du cercle de la librairie, 2005, p. 211). V. déjà J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, *op. cit.*, p. 284, qui y voyait « l'un des traits les plus originaux du contrat d'édition ».

⁷⁹² La distribution consiste « en l'acheminement matériel, la gestion des stocks et l'approvisionnement constant des points de vente, afin de répondre à la demande du public » (V. E. PIERRAT, *Le droit du livre*, p. 211). V. aussi RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 276.

d'actes juridiques. Cela ne préjuge en rien de la qualification⁷⁹³, car tout dépend du titre auquel l'exploitant accomplit ces actes, mais cela peut en exclure⁷⁹⁴

2) Obligation d'exploiter et production audiovisuelle

149. De même que l'éditeur, le producteur audiovisuel est incontestablement tenu de procéder à une exploitation des droits qui lui sont cédés⁷⁹⁵. Les frontières exactes de cette obligation d'exploiter sont cependant nettement moins précises que celles de l'obligation pesant sur l'éditeur. Le producteur peut-il être tenu, *au titre de son obligation d'exploiter*, d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle (a) ? Voici la question qu'il semble nécessaire de résoudre avant d'examiner l'obligation d'assurer la diffusion commerciale de l'œuvre créée (b).

a) Obligation de réaliser l'œuvre audiovisuelle

150. Différents cas de figure. – Il est entendu que les divers contrats de commande (avec un scénariste ou un compositeur, par exemple) ou de travail (avec le réalisateur, notamment) ne contiennent pas en eux-mêmes d'obligation d'assurer la réalisation de l'œuvre audiovisuelle. Dans le cadre de tels contrats, ce sont les (co-)auteurs qui s'engagent à un apport créatif, non le producteur. L'indépendance conceptuelle entre commande et production audiovisuelle a cependant été soulignée⁷⁹⁶. Il importe ainsi de savoir si, au titre de cette dernière qualification, le producteur s'engage à créer l'œuvre dont il a commandé les divers éléments. A cet égard, il convient de distinguer selon que le producteur est ou non cessionnaire de droits d'adaptation.

151. Cession de droits d'adaptation. – La question de savoir si le producteur est tenu d'assurer la réalisation de l'œuvre audiovisuelle se présente d'une façon particulière lorsque le producteur est cessionnaire de droits d'adaptation audiovisuelle. Exploiter des droits d'adaptation, c'est évidemment et nécessairement assurer la création d'une œuvre dérivée. Cela étant, il faut déterminer le titre auquel le producteur acquiert ces droits. En effet, l'article

⁷⁹³ En particulier, la caractérisation d'un mandat ne pourrait être établie qu'à la condition que l'éditeur *représente* l'auteur, et n'agisse pas en son nom et pour son compte...

⁷⁹⁴ La question se posera de savoir si la qualification de contrat d'entreprise peut s'appliquer à une prestation consistant dans la conclusion de contrats...

⁷⁹⁵ Ainsi une obligation d'exploitation est-elle expressément prévue à la charge du producteur audiovisuel (art. L.132-27 CPI). De plus, la rémunération de l'auteur est assise sur cette exploitation (art. L.132-25). Or l'exploitation de droits dont s'agit implique bien que des droits soient objets du contrat. Tout co-auteur de l'œuvre audiovisuelle doit d'ailleurs garantir l'exercice paisible des droits cédés (art. L.132-26).

⁷⁹⁶ V. *supra*, n°64s.

L.131-3 al. 4 du code de la propriété intellectuelle prévoit que le cessionnaire de droits d'adaptation audiovisuelle s'engage seulement à en « *rechercher une exploitation* ». Le texte visant manifestement l'éditeur, est-il possible de considérer que le producteur est visé par ce texte ? D'aucuns opinent en ce sens⁷⁹⁷, ainsi que certains juges du fond, sur le fondement de cette disposition spéciale⁷⁹⁸ ou sur celui de l'article 1134 du code civil⁷⁹⁹. Il faudrait ainsi considérer que, dans son troisième alinéa, l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle édicte une double règle de forme : tout d'abord, la cession de droits d'adaptation doit faire l'objet d'un écrit (qu'elle soit consentie à un éditeur ou non) ; ensuite, cet écrit doit être distinct de celui qui constate le contrat d'édition (lorsqu'elle est donc consentie à un éditeur). Le « bénéficiaire de la cession », visé au quatrième alinéa, pourrait être aussi bien un éditeur qu'un producteur audiovisuel ou tout autre cessionnaire. Force est d'admettre en ce sens que le législateur, s'il avait voulu restreindre le domaine de la qualification, aurait pu viser l'« éditeur » plutôt que le « bénéficiaire de la cession ».

Une telle interprétation ne saurait pourtant s'imposer. Non seulement parce que les travaux parlementaires révèlent que le législateur n'a visé que l'éditeur⁸⁰⁰, mais encore parce que la règle ne s'inscrit de façon cohérente dans l'édifice légal qu'en en restreignant l'application à celui-ci. En effet, il s'agit d'une sorte de « récompense » offerte à l'éditeur, la cession des

⁷⁹⁷ A. SINGH et C. MARINETTI, « L'obligation du producteur d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle », LP 2005, II, p. 16.

⁷⁹⁸ CA Paris, 12 février 2003, LPA 19 janvier 2004, n°3, chr. p. 6, note X. DAVERAT, qui annule au regard de l'art. L.131-3 al. 4 CPI la clause d'un contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle à un éditeur qui prévoyait que celui-ci devait verser à l'auteur un pourcentage des recettes nettes encaissées *par lui* au titre de l'exploitation de l'adaptation audiovisuelle, au motif que cet article prévoit au contraire un calcul proportionnel aux recettes prévues par le « bénéficiaire de la cession »... ce dont il se déduit, pour la cour d'appel, que le bénéficiaire de la cession n'est pas l'éditeur, mais le producteur. V. aussi CA Paris, 4^e ch. B, 4 mai 2001 (juris-data 2001-143829) : jugé que « la cession par l'auteur de ses droits d'exploitation sur le scénario implique pour le producteur audiovisuel l'engagement de rechercher une exploitation dudit scénario conformément aux usages de la profession, ainsi qu'en dispose l'article L.131-3 alinéa 4 du CPI ».

⁷⁹⁹ TGI Paris, 3^e ch. 2^e s., 22 mai 1998 (cité par A. SINGH et C. MARINETTI, art. préc., p. 17) : jugé que « le cessionnaire se devait d'exploiter de bonne foi les droits cédés. En s'abstenant de prendre toute initiative pour tenter d'exploiter les droits cédés, en n'entretenant aucune démarche pour examiner les alternatives possibles auprès de l'auteur, le producteur a commis une faute qui justifie la résiliation du contrat ». Dans cette affaire, l'auteur prétendait que le producteur avait refusé le concours technique proposé par une chaîne de télévision, et que l'estimation financière du coût de la production était sujette à des variations empêchant ainsi l'obtention du financement nécessaire à la réalisation du film.

⁸⁰⁰ V. travaux parlementaires de la loi du 3 juillet 1985, Sénat, séance du 17 juin 1985, p. 1257), dans lesquels sont rapportés les propos de M. CARAT, qui justifie les termes de la loi en expliquant qu'« il ne faudrait pas qu'une interprétation de certains juges fasse peser sur les éditeurs une obligation de résultat qui aboutirait à leur faire renoncer à l'adaptation audiovisuelle, ce qui serait contraire à leurs intérêts mais aussi à ceux de l'auteur lui-même », de M. GOUTEYRON, rappelant que « lors du débat à l'Assemblée nationale, il était bien clair que ce qui est mis à la charge de l'éditeur par le contrat [de cession des droits d'adaptation audiovisuelle] est une obligation de moyens et non pas de résultat, celui-ci demeurant aléatoire » et de M. COLIN, défendant un amendement en exposant avoir « voulu attirer l'attention du Sénat sur la situation de l'édition en ce domaine des droits d'adaptation audiovisuelle ».

droits d'adaptation audiovisuelle lui permettant d'être associé aux profits pouvant être tirés de l'adaptation d'une œuvre couronnée de succès. On sait que ce dernier n'a pas pour autant vocation à financer et exploiter lui-même l'adaptation. Alors que la cession, intervenant concomitamment au contrat d'édition, est conclue à un moment où le « potentiel commercial » de l'œuvre n'a même pas pu être évalué sous sa forme littéraire, le législateur a cru bon de n'imposer à l'éditeur qu'une obligation de « rechercher une exploitation ». Cette dérogation au principe d'une obligation d'exploiter pleinement effective ne s'explique donc que par son contexte – une conclusion concomitante au contrat portant sur l'exploitation de l'œuvre *éditée* (littéraire en principe). Il n'est aucune raison d'étendre cette faveur faite à l'exploitant à d'autres hypothèses, notamment à un producteur qui ne prend pas plus de risques économiques, et sans doute même moins, en produisant l'adaptation audiovisuelle d'une œuvre littéraire à succès qu'en produisant une création pure et simple. Cependant, si l'application des alinéas 3 et 4 de l'article L. 131-3 est exclue, on ne peut pas davantage se borner à l'application des règles propres au contrat de production audiovisuelle, dans la mesure où la cession de droits d'adaptation ne s'inscrit pas dans le cadre d'un tel contrat, qui emporte cession des droits relatifs aux contributions à l'œuvre audiovisuelle proprement dite⁸⁰¹. La cession du droit d'adaptation audiovisuelle d'une œuvre littéraire obéissant au droit commun des cessions, le producteur audiovisuel doit exploiter ce droit et faire réaliser l'œuvre adaptée dès lors que s'applique le principe de rémunération proportionnelle⁸⁰². Par suite, tous les coauteurs de l'œuvre audiovisuelle, y compris ceux qui ont participé à l'adaptation audiovisuelle, bénéficieront de l'engagement né de la cession du droit d'adaptation.

152. Absence de cession de droits d'adaptation audiovisuelle. – Le cas de figure est différent lorsque le producteur prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation d'une œuvre qui n'est dérivée d'aucune autre. D'aucuns ont pu suggérer de pareillement fonder

⁸⁰¹ Certes, dans la mesure où l'art. L.113-7 al. 3 CPI assimile les auteurs de l'œuvre originale aux auteurs de l'œuvre audiovisuelle, œuvre nouvelle, il faut admettre que les premiers tombent sous le coup de la présomption de cession. Mais celle-ci concerne évidemment les droits d'exploitation de l'œuvre issue de l'adaptation, non les droits d'adaptation en tant que tels. Un producteur pourrait sinon prétendre adapter n'importe quelle œuvre préexistante de son choix, en tant que cessionnaire présumé ! Comp. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°588 : « Intitulé « cession de droits », il [le contrat] est par définition exclu de la catégorie « contrats de production audiovisuelle » (...), car ces conventions sont celles que concluent les auteurs des œuvres dérivées (par ex. scénariste, réalisateur). De sorte que les art. L.132-24 et s. C. prop. int. lui sont inapplicables ».

⁸⁰² Sur le lien entre rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter, v. *supra*, n°138. Bien entendu, il faut noter qu'il s'agira souvent de rétrocession des droits acquis par l'éditeur : la rémunération proportionnelle à l'exploitation due par l'éditeur contraint celui-ci à prévoir les mêmes modalités à l'égard du producteur.

l'obligation du producteur sur la bonne foi, *i.e.* sur l'article 1134 du code civil, ou sur l'article 131-3 du code de la propriété intellectuelle, dans ses deux derniers alinéas⁸⁰³. Il faudrait alors considérer, semble-t-il, que le scénariste et autres commandités procèdent en fait à des cessions de droits d'adaptation audiovisuelle. Concevable pour le scénariste ou le compositeur, cette analyse ne convient cependant pas au réalisateur et à tous ceux dont l'apport créatif ne préexiste pas à l'œuvre audiovisuelle prise en tant que telle. Mais surtout, dès lors que la cession est présumée à partir des contrats liant le producteur à ces divers coauteurs de l'œuvre finale, c'est la qualification de production audiovisuelle qui s'applique, et c'est cette fois-ci au regard de celle-ci que le problème doit être tranché.

Faudrait-il alors considérer que l'obligation d'exploiter pesant sur le producteur inclut l'obligation de fabriquer l'œuvre audiovisuelle, par comparaison avec l'obligation reposant sur l'éditeur de fabriquer des exemplaires de l'œuvre ? Il est certes difficile de se fonder sur l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel le « *producteur est tenu d'assurer à l'œuvre audiovisuelle une exploitation conforme aux usages de la profession* ». *Prima facie*, assurer une exploitation à l'« œuvre audiovisuelle », donc à l'œuvre issue des diverses contributions, ne semble pas inclure la création de celle-ci, prise dans son tout. Cette disposition ne s'appliquerait qu'à l'exploitation de l'œuvre achevée, notamment dans son régime spécifique. Ceci paraît de prime abord tout à fait logique, au regard de la notion d'exploitation. Procurer aux coauteurs de l'œuvre audiovisuelle les moyens matériels, humains et financiers de la création n'est pas exploiter cette œuvre audiovisuelle⁸⁰⁴. Il ne faut pas confondre exploitation des droits afférents aux différentes contributions et exploitation des droits nés à l'égard de l'œuvre audiovisuelle.

Il faut pourtant observer que le contrat de production audiovisuelle est précisément conclu avec un producteur, c'est-à-dire une « *personne (...) qui prend l'initiative et la responsabilité de la **réalisation** de l'œuvre* ». Il ne semble pas injustifié, au regard de cette définition, de considérer que le bénéfice du contrat de production audiovisuelle implique l'engagement du producteur d'assurer la réalisation de l'œuvre audiovisuelle⁸⁰⁵. De surcroît, l'article L.132-27

⁸⁰³ A. SINGH et C. MARINETTI, « L'obligation du producteur d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle », LP 2005, II, p. 17, qui ne distinguent pas clairement les deux cas de figure envisagés ici, qui nous semblent cependant appeler des réponses différentes.

⁸⁰⁴ De la même façon, en réalité, qu'un éditeur (sauf à être de surcroît commanditaire) n'est pas tenu de financer la création de l'œuvre éditée au titre de son obligation de fabriquer ou d'éditer.

⁸⁰⁵ Une contradiction semble de prime abord apparaître entre cette obligation de procéder à la réalisation de l'œuvre et l'absence d'obligation de créer à la charge des auteurs, dans le cadre de la qualification qui a été

semble bel et bien contenir implicitement l'obligation de procéder à la réalisation de l'œuvre. Car si ce texte n'oblige le producteur qu'à exploiter l'œuvre achevée, on voit mal comment il pourrait satisfaire à cet engagement s'il n'a pas déjà assuré la réalisation de celle-ci ! D'ailleurs, le texte n'envisage pas une condition (obligation d'exploiter l'œuvre *si* celle-ci a été réalisée...), condition qui serait potestative.

b) Obligation de diffuser l'œuvre audiovisuelle

153. Contenu de l'obligation d'exploiter. – De même que l'éditeur, le producteur est tenu d'assurer à l'œuvre audiovisuelle une exploitation conforme aux usages de la profession, dont il faut souligner cependant qu'elle ne présente pas nécessairement un caractère permanent et suivi⁸⁰⁶. Concrètement, l'engagement présente une consistance finalement assez similaire à celle de l'éditeur : si besoin est, fabriquer les supports de diffusion de l'œuvre en salles ou à la télévision⁸⁰⁷, assurer la promotion, veiller à la distribution⁸⁰⁸. Quoiqu'il en soit, le producteur est tenu d'exploiter, que la rémunération soit proportionnelle ou, par exception, forfaitaire, l'article L. 132-7 du code de la propriété intellectuelle ne faisant aucune distinction. La loi n'est pas aussi claire s'agissant du contrat de représentation.

B. – Contrats ne comportant pas toujours d'obligation d'exploiter

154. Tant le contrat de représentation (1) que le contrat de commande pour la publicité (2) sont abandonnés aux prescriptions du droit commun des obligations artistiques.

retenue du contrat de production audiovisuelle. Il ne serait pas logique, en effet, de contraindre le producteur à financer une création à laquelle nul auteur ne s'est engagé. Mais cette contradiction n'est qu'apparente : l'obligation de créer à la charge de l'auteur, bien qu'exclue de la qualification du contrat de production audiovisuelle, pèse indubitablement à la charge des auteurs, dans le cadre d'une commande ou d'un contrat de travail. Or la cession présumée (qui constitue le contrat de production audiovisuelle) est une suite nécessaire des contrats précités : le producteur ne peut donc être tenu de faire procéder à la réalisation que dans les cas où des auteurs se sont bien engagés à créer l'œuvre.

⁸⁰⁶ Comp. art. L. 132-27 et L. 132-12 CPI.

⁸⁰⁷ L'obligation de fabriquer n'existe pas indépendamment, contrairement à l'édition : l'exploitation de l'œuvre peut ne pas nécessiter la fabrication de supports : la diffusion numérique se répand, bien sûr sur Internet (*pay per view* (*streaming* ou *downloading*) etc.), mais aussi désormais au cinéma, où le numérique remplace progressivement la projection traditionnelle.

⁸⁰⁸ On renverra ici aux analyses faites *supra*, n°148, pour l'éditeur, aucune particularité n'étant à signaler au regard du travail préliminaire de qualification : on rappellera ainsi qu'il peut s'agir d'opérations matérielles ou juridiques (conclusion de contrats avec les distributeurs, etc.).

1) Obligation d'exploiter et contrat de représentation

155. Incertitudes sur la présence d'une obligation d'exploiter. – Il n'est guère évident de se prononcer sur la question de savoir si le contrat de représentation comporte ou non une obligation d'exploiter. Dans la négative, il faut relever qu'aucune disposition du code de la propriété intellectuelle ne comporte de référence à une quelconque obligation d'exploitation à la charge du cocontractant de l'auteur, alors qu'au contraire, celle-ci est prévue et réglementée à propos des contrats d'édition et de production audiovisuelle. Ce qui invite à considérer que le législateur l'aurait de même expressément indiqué, s'il avait souhaité que le contrat de représentation en comportât une. D'ailleurs, le libellé des dispositions relatives au contrat de représentation renforce cette analyse. En effet, il est prévu qu'en cas d'exclusivité, l'interruption des représentations au cours de deux années consécutives y met fin de plein droit⁸⁰⁹. Fin de l'exclusivité, donc, et non fin du contrat : le contrat perdure en cas d'interruption des représentations supérieure à deux années consécutives, sans exclusivité au profit de l'exploitant. Si l'absence d'exploitation n'emporte de conséquences qu'au regard de l'exclusivité, ne faut-il pas admettre que l'obligation d'exploiter ne peut être une obligation essentielle du contrat de représentation ? Ensuite, si certains défendent l'idée que le contrat de représentation doit donner lieu à exploitation en cas d'exclusivité du droit transmis⁸¹⁰, il a été précédemment mis en doute que la stipulation de droits exclusifs suffise à elle-seule à fonder un engagement d'exploiter⁸¹¹. La distinction souvent établie entre contrat de représentation assorti d'une clause d'exclusivité, qui comporterait une obligation d'exploiter, et autorisation non exclusive de représentation, qui ne la comporterait pas, paraît ainsi erronée. En réalité, c'est une explication fondée sur la cause que dissimule en réalité le raisonnement fondé sur l'exclusivité⁸¹². Il peut en effet être considéré que le contrat de représentation serait dépourvu de cause s'il n'emportait pas d'obligation d'exploiter, dans la mesure où la diffusion est le but recherché par l'auteur. Cela étant, il a déjà été remarqué qu'en cas de rémunération forfaitaire,

⁸⁰⁹ Art. L. 132-19 CPI.

⁸¹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1071, qui estime que l'obligation d'exploiter s'impose alors « à la fois pour des raisons économiques et pour des raisons artistiques et morales : le cessionnaire d'un droit exclusif de représentation doit le mettre en œuvre, faute de quoi l'auteur ne sera pas rétribué, puisque sa rémunération est assise sur les recettes d'exploitation, et il ne pourra pas divulguer et communiquer son œuvre au public » – P.-Y. Gautier, *Précis*, n°337. V. aussi J. MATTHYSENS, « L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs », RIDA 1975/1, 3 – B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM 2003, n°96 note 458.

⁸¹¹ V. *supra*, n°130.

⁸¹² F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1071, qui observe que « du reste, on voit mal quelle serait la contrepartie d'un engagement d'exclusivité de l'auteur envers un exploitant, si celui-ci ne s'engageait pas *ipso facto* à exploiter le droit concédé.

il existe une contrepartie concrète à l'engagement de l'auteur, qu'il y ait ou non exploitation, et surtout que sur le plan de la cause catégorique, l'existence d'un prix – forfaitaire ou proportionnel – peut bien être la seule cause de l'obligation de l'auteur : la diffusion de l'œuvre ne joue qu'au stade de la cause subjective, qui ne fonde en principe qu'un contrôle de licéité de l'opération. L'explication « causaliste » ne peut donc justifier qu'il y ait obligation d'exploiter⁸¹³.

Comme en droit commun des contrats d'auteur, la distinction qu'il convient de faire sera ainsi plus exactement fondée sur la stipulation d'une rémunération proportionnelle ou forfaitaire, dans le respect de la loi. Si le contrat de représentation n'emporte pas d'obligation d'exploiter aux termes des dispositions spéciales qui lui sont attachées, il ne faut en effet pas oublier que le principe de rémunération proportionnelle s'applique pleinement, d'autant plus souvent que les cas où le forfait est exceptionnellement admis recouvriront rarement les représentations accomplies dans le cadre du contrat. Or il a été vu que, si le lien entre rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter n'est pas systématique, il demeure incontestable que lorsque les parties conviennent d'une telle modalité de rémunération, non seulement le prix doit-il être considéré comme indéterminé en l'absence de précision des modalités de l'exploitation, mais encore l'obligation de payer le prix doit-elle être jugée non remplie en l'absence de toute exploitation ou de non-respect des modalités d'exploitation convenues⁸¹⁴. Ce faisant, il faut affirmer clairement que le contrat de représentation ne comporte pas systématiquement d'obligation d'exploitation, se distinguant en cela des contrats d'édition, de production audiovisuelle et de commande pour la publicité. Dans les rares cas où un prix forfaitaire aura pu être licitement convenu, le cocontractant de l'auteur pourra selon sa seule volonté exercer ou non la faculté d'exploiter que lui ouvre le contrat. Dans les cas plus fréquents où le principe de rémunération proportionnelle aura du être respecté, l'obligation d'exploiter découlera en revanche de l'exécution de bonne foi de l'obligation de payer le prix convenu. En tout état de cause, l'obligation d'exploiter ne peut être tenue pour un élément essentiel de la qualification.

⁸¹³ V. là encore *supra*, n°129-130.

2) Obligation d'exploiter et contrat de commande pour la publicité

156. Influence de la rémunération forfaitaire. – Il en va de même du contrat de commande pour la publicité. Aucune disposition spéciale ne prévoit d'obligation d'exploiter : celle-ci ne saurait donc découler que du droit commun des contrats d'auteur. Il est alors particulièrement important de souligner que la rémunération, dans un tel contrat, ne peut être que forfaitaire : la base de calcul de la rémunération proportionnelle fait en effet défaut⁸¹⁵, en l'absence de recettes provenant de l'exploitation de l'œuvre⁸¹⁶. Sauf clauses contraires, l'obligation d'exploiter semble ainsi devoir être exclue, puisqu'elle ne découle pas automatiquement de la stipulation du forfait. De façon évidente, il ne peut s'agir d'un élément essentiel et caractéristique de la qualification. Il en est d'ailleurs de même, pour tous les contrats d'auteur, de la reddition des comptes.

Sous-section 3

REDDITION DES COMPTES

157. Cessions relevant des dispositions générales à tout contrat d'auteur. – L'article L.131-7 précise qu'« *en cas de cession partielle, l'ayant cause est substitué à l'auteur dans l'exercice des droits cédés (...) à charge de rendre compte* ». Il faut ainsi relever que le cocontractant de l'auteur est débiteur d'une obligation de reddition des comptes alors même que n'aurait été stipulée qu'une rémunération forfaitaire, et que, dans le cadre d'une cession de droit commun, il ne serait pas ainsi obligé à exploiter les droits cédés⁸¹⁷. La loi ne précise cependant pas les modalités d'exécution de cette obligation de rendre des comptes, qui devrait pouvoir être aménagée conventionnellement.

158. Contrats spéciaux du droit d'auteur. – La loi prévoit et régit de façon plus précise l'obligation de reddition des comptes pesant sur l'éditeur⁸¹⁸, l'entrepreneur de spectacles⁸¹⁹ et le producteur audiovisuel⁸²⁰. Sans être rappelée dans le corps des règles

⁸¹⁴ V. *supra*, n°138.

⁸¹⁵ Relis. Art. L. 131-4 1° CPI.

⁸¹⁶ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°763, qui souligne qu'il s'agit néanmoins d'un forfait particulier, puisqu'il est modulé selon l'importance et les modalités de l'utilisation.

⁸¹⁷ V. *supra*, n°138.

⁸¹⁸ Art. L.132-13 CPI, prévoyant l'établissement d'un état annuel, à défaut de convention spéciale. V., pour des précisions sur le contenu, A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°689s.

⁸¹⁹ Art. L.132-21 CPI, prévoyant l'obligation de déclarer le programme exact des représentations et de fournir un état justifié des recettes. V., pour des précisions sur le contenu, A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°714.

relatives au contrat de commande pour la publicité, l'obligation s'impose sans doute dans les mêmes termes que ceux de la cession de droit commun. Dès lors, l'obligation de reddition des comptes ne peut pas constituer un trait distinctif de l'un quelconque des contrats d'auteur. De plus, elle n'est que le corollaire des obligations de rémunération proportionnelle et d'exploitation, sans lesquelles elle ne peut se concevoir : il s'agit donc d'une obligation accessoire, ne jouant aucun rôle dans la qualification. Il en va de même de l'obligation de conservation.

Sous-section 4

OBLIGATION DE CONSERVATION

159. Obligation de conservation de l'éditeur. – L'éditeur, afin de fabriquer des exemplaires de l'œuvre visée au contrat, se voit remettre un support de celle-ci : l'article L. 132-9 du code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi que, « *sauf convention contraire ou impossibilités d'ordre technique, l'objet de l'édition fournie par l'auteur reste la propriété de celui-ci. L'éditeur en sera responsable pendant le délai d'un an après l'achèvement de la fabrication* ». Le régime de cette obligation est lacunaire : seule une qualification civiliste permet de régler d'éventuels conflits sur ce point. Il faut toutefois observer que l'enjeu est faible à l'ère numérique, où le support éventuellement fourni n'a ordinairement aucune valeur intrinsèque, et que cette obligation est limitée dans le temps, un temps très bref de surcroît⁸²¹.

160. Obligation de conservation du producteur audiovisuel. – Le producteur audiovisuel est tenu de conserver les éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre⁸²², mais aussi et surtout la matrice de la version définitive (dite copie standard)⁸²³. Quant à l'obligation de conservation des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre, il faut noter que les parties devraient pouvoir, compte tenu du libellé de la loi, prévoir, c'est-à-dire sélectionner les

⁸²⁰ Art. L.132-28 CPI, évoquant là aussi la production annuelle d'un état des recettes pour chaque mode d'exploitation, mais encore la communication de contrats de rétrocession. V., pour des précisions sur le contenu, A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°743s.

⁸²¹ V. Cass. 1^{er} civ., 29 mars 1973, D. 1973, 693, note LINDON ; JCP G 1974, II, 17617, note M.A. ; GP 1973, 2, 507 : jugé que l'art. L.132-9 al. 3 CPI « n'opère pas un renversement de la charge de la preuve après l'expiration du délai d'un an suivant « l'achèvement de la fabrication » mais décharge l'éditeur de toute responsabilité pour la perte de l'objet de l'édition lorsque ce délai est expiré ». La qualification civiliste n'a donc d'intérêt que pour déterminer le régime de responsabilité de l'éditeur pendant la première année du contrat.

⁸²² Art. L.132-24 al. 3 CPI : « *Ce contrat prévoit la liste des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre qui sont conservés ainsi que les modalités de cette conservation* ».

⁸²³ Art. L.121-5 al. 2 CPI.

éléments conservés⁸²⁴. Comme toute stipulation contractuelle, il faudrait néanmoins dans le principe un accord entre le producteur et les autres parties, soit l'ensemble des coauteurs... Cependant, il a été souligné qu'il n'existait pas vraiment, en pratique, *un* contrat de production audiovisuelle, mais autant de contrats que de coauteurs⁸²⁵, ce qui soulève une difficulté évidente. Il paraîtrait conforme à la réalité pratique de se satisfaire d'un accord entre le producteur et le réalisateur, à qui échoit le rôle déterminant dans la création de l'œuvre audiovisuelle. Surtout, il faut noter que la loi spéciale ne prévoit aucune sanction spécifique. Il apparaît que seule une qualification au regard du droit civil permettra de déterminer les sanctions concevables⁸²⁶.

161. Absence de dispositions spéciales aux autres contrats. – Le législateur est resté muet en ce qui concerne les autres contrats, qui sont donc complètement abandonnés au droit commun sur ce point. En tout état de cause, il faut surtout souligner que, à l'instar de l'obligation de reddition des comptes, la conservation n'est l'objet que d'une obligation accessoire, ce qui permet de l'écarter de tout rôle dans l'opération de qualification.

Sous-section 5

OBLIGATION DE RESPECTER LE DROIT MORAL

162. « *Tout exemplaire de chaque volume de cet ouvrage doit porter à cette place la signature de l'auteur* » : telle est l'inscription portée, au-dessus de la signature manuscrite de Martin, sur la page faisant face à celle qui présente le titre de l'œuvre, ses auteurs et éditeur – le *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, par Aubry et Rau – dans une édition revue et actualisée par l'illustre signataire⁸²⁷.

Assurément, de telles préventions, certainement déjà rares en cette époque – elles n'étaient possibles, sans doute, qu'en raison d'un tirage fort limité – ne sont plus aujourd'hui que

⁸²⁴ V. p. ex. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°724, relevant que l'art. L.132-24 CPI « *se borne à viser les éléments « qui sont conservés », s'en remettant aux parties pour en dresser la liste* ». Telle est sans doute l'intention du législateur, conscient de l'impossibilité pratique de conserver l'ensemble des éléments servant à la réalisation d'un film. V. rapport JOLIBOIS, n°212, t. 2, p. 60.

⁸²⁵ V. *supra*, n°65.

⁸²⁶ V. *infra*, n°616. Il faut noter qu'à la différence de l'éditeur, qui n'est pas propriétaire du support original de l'œuvre éditée, le producteur audiovisuel sera ordinairement propriétaire des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre. Dès lors, cette obligation de conservation se présente de façon tout à fait particulière...

⁸²⁷ V. p. ex. *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, par C. AUBRY et C. RAU, t. I, 6^e éd. revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par E. Martin, Marchal et Billard, Paris,

l'expression d'un luxe particulier : le droit d'auteur n'en exige pas tant. La signature d'un « bon à tirer », formalité que la loi n'impose d'ailleurs pas davantage⁸²⁸, suffira amplement au créateur à s'assurer que l'édition est parfaitement conforme aux exigences qu'il peut brandir en vertu de son droit moral : le respect de l'intégrité de l'œuvre, la mention de son nom en qualité d'auteur.

Que le législateur ait expressément imposé ce respect du droit moral à l'exploitant (§1.), alors que le droit moral est opposable à tous, invite à s'interroger sur l'existence d'une obligation contractuelle (§2.).

§ 1. – LE RESPECT DU DROIT MORAL PAR LE COCONTRACTANT

163. L'histoire de l'art met parfaitement en évidence l'influence des mécènes, qui se comprend aisément : l'œuvre réalisée en vertu d'une commande doit correspondre aux attentes de celui qui l'a passée⁸²⁹. En revanche, une fois l'œuvre achevée, divulguée et communiquée par le créateur à son cocontractant, ce dernier ne peut porter atteinte aux diverses prérogatives reconnues à l'auteur au titre de son droit moral. Les abus relevés dans l'histoire des contrats d'auteur justifient amplement que le législateur ait souligné le nécessaire respect du droit moral de l'auteur par ses cocontractants (A). Au-delà de ce constat, qui ne préjuge en rien de l'existence d'une réelle obligation contractuelle, il faut souligner l'intérêt qui s'attache à une telle reconnaissance (B).

A. – Dispositions légales et contractuelles relatives au droit moral

164. Dispositions légales. – Il est vrai que, notamment au regard des pratiques du XIXe siècle⁸³⁰, il importait de protéger l'auteur contre les altérations de son œuvre par un exploitant

1936. Les autres tomes repris par BARTIN contiennent la même mention, qui disparaît des ouvrages repris plus tard par P. ESMEIN.

⁸²⁸ Sur le rôle du « bon à tirer » dans l'édition de librairie, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°671.

⁸²⁹ Au-delà du mécénat et autres conventions relatives à la création, il arrive fréquemment que les modalités de l'*exploitation* projetée influencent directement la *forme* de l'œuvre : Dostoïevski, en terminant chaque chapitre de *Crime et châtiment* sur une note de suspense, n'avait-il pas pour principal souci de faire acheter le numéro suivant aux lecteurs des gazettes, où son œuvre paraissait d'abord en feuilleton ? Aujourd'hui, c'est la durée d'une chanson ou d'une œuvre audiovisuelle qui sera souvent déterminée en considération des modalités de leur diffusion... Le droit de l'auteur, qui se distingue de la liberté de création, n'interdit pas de *conformer* l'œuvre future aux projets de son cocontractant.

⁸³⁰ Louis Hachette, loin de toujours se borner à commander un texte conforme à son dessein de proposer des œuvres accessibles aux voyageurs, n'hésitait pas, afin d'imposer les normes de sa collection (un texte court

peu scrupuleux. Aussi le législateur a-t-il prévu, au sein de certains contrats d'auteur, une obligation de ne pas porter atteinte aux intérêts moraux et spirituels du créateur. Il en est d'abord ainsi du contrat d'édition, par lequel l'éditeur doit s'engager à indiquer le nom de l'auteur sur les exemplaires qu'il est tenu de fabriquer et de commercialiser, mais aussi et surtout à n'apporter à l'œuvre aucune modification non autorisée⁸³¹. La loi énonce pareillement que l'entrepreneur de spectacles s'engage à assurer la représentation de l'œuvre dans des conditions techniques propres à garantir le respect du droit moral de l'auteur⁸³².

En revanche, de telles dispositions sont absentes de la réglementation des autres contrats nommés. Le « producteur » publicitaire n'est destinataire d'aucune règle spéciale. S'agissant des œuvres audiovisuelles, s'il est notamment permis au producteur d'utiliser une contribution inachevée⁸³³ et prévu que toute modification exige l'accord entre ce dernier, d'une part, et le réalisateur (ainsi, éventuellement, que les coauteurs de l'œuvre), d'autre part⁸³⁴, ces règles concernent plus le *producteur audiovisuel*, pris en cette qualité – au demeurant définie par la loi – qu'en tant que partie au contrat de production audiovisuelle⁸³⁵. Il apparaît ainsi que si ces dispositions relatives au droit moral figurent dans le chapitre qui lui est consacré⁸³⁶, plutôt que dans le corps de règles relatives à la convention précitée, c'est parce que ces règles s'imposent quelle que soit la qualification du contrat passé avec l'auteur⁸³⁷ : contrat de travail, commande, cession pure et simple, etc. Aucune conclusion ne saurait donc être tirée de l'emplacement de ces dispositions, ni en faveur du caractère contractuel des obligations prévues, ni en sa défaveur⁸³⁸.

et facile à lire), à découper les œuvres de Michelet (*Louis XI, Charles le Téméraire*), à abrégé, adapter... V. É. PARINET, *Histoire de l'édition à l'époque contemporaine, XIXe-Xxe siècle*, éd. du Seuil, Points, coll. « Histoire », 2004.

⁸³¹ Art. L.132-11 CPI.

⁸³² Art. L.132-22 CPI.

⁸³³ Art. L.121-6 CPI.

⁸³⁴ Art. L.121-5 CPI.

⁸³⁵ Sur l'indépendance entre la qualification de producteur audiovisuel et celle de partie à un contrat de production audiovisuelle, v. *infra*, n°263.

⁸³⁶ V. les art. L.121-5 et L.121-6 CPI, au chapitre relatif aux « droits moraux » du créateur.

⁸³⁷ C'est ainsi que la critique portée contre l'emplacement de ces dispositions nous paraît dénuée de fondement.

⁸³⁸ En réalité, il est possible de justifier cet emplacement dans le chapitre relatif au droit moral par le constat que les règles prévues ne pourraient de toute façon pas toutes s'analyser en obligations contractuelles naissant du contrat de production audiovisuelle. Ainsi par exemple, si l'art. L.121-5 al. 2 affirme qu'il « *est interdit de détruire la matrice de cette version* » (la version de l'œuvre achevée en accord entre producteur et réalisateur), cette règle concerne aussi bien le producteur que le réalisateur et les autres coauteurs... Il s'agit d'une prescription légale, non d'une obligation contractuelle réciproque. De même, la règle réputant l'œuvre achevée au moment de l'accord des parties sur une version définitive ne concerne pas l'exécution du contrat de production audiovisuelle... (Tout au plus pourrait-il s'agir de modalités d'exécution du contrat de commande). Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'obligation de l'un à l'égard de l'autre (il ne saurait notamment s'agir d'une obligation de coopération). Il est donc acquis que les art. L. 121-5 et -6 CPI ne contiennent pas que des

Quant aux logiciels enfin, le droit moral peut avoir une portée moindre, n'interdisant que les modifications préjudiciables à l'honneur ou à la réputation de leur créateur⁸³⁹. Il importe cependant de souligner que c'est au *cessionnaire* des droits de traduction, adaptation et arrangements ou toute autre modification que la loi réserve le bénéfice de cette disposition⁸⁴⁰. En dépit de sa place, la règle participe bien du régime spécifique de la cession de droits relatifs au logiciel⁸⁴¹.

165. Stipulation expresse des parties au contrat. – Qui doit le moins, peut le plus. Il est évidemment possible aux cocontractants de s'engager à respecter le droit moral, ce qui est surtout utile à propos des contrats pour lesquels le code de la propriété intellectuelle n'édicte pas un régime spécifique. De façon plus générale, la plupart des contrats-type reprennent ce genre de clause, en se limitant toutefois souvent à l'obligation de mentionner le nom de l'auteur⁸⁴². C'est parfois aussi le cas des licences de logiciel libre ou des licences *Creative Commons*⁸⁴³. L'utilité d'une stipulation contractuelle expresse réside alors plus dans la précision que les cocontractants apportent que dans le simple rappel de la loi impérative, qui présente cependant le mérite d'informer le créateur⁸⁴⁴. Il s'agit de prévoir les modalités

obligations contractuelles. Mais ceci ne donne pas argument contre le caractère contractuel des obligations que ces textes posent également, ainsi celle pesant sur le producteur de solliciter un *accord* du réalisateur pour la modification, ou sa *consultation* pour le transfert sur un autre support de l'œuvre audiovisuelle, ou encore celle, pesant sur les coauteurs, d'autoriser l'utilisation de leur contribution inachevée. Il s'agit bien d'une obligation de l'une des parties à l'égard de l'autre...

⁸³⁹ Art. L. 121-7 CPI.

⁸⁴⁰ De la formulation de l'art. L. 121-7 CPI, il peut en effet être déduit une double exclusion : le droit moral conserve toute sa portée à l'égard des cessionnaires des autres droits (reproduction notamment) et, dans la mesure où l'art. L. 113-9 CPI évoque une « dévolution » et non une « cession » des droits à l'employeur, celui-ci ne devrait pas davantage pouvoir se prévaloir de cette restriction du droit moral.

⁸⁴¹ Au fond, il s'agit sans doute d'un emplacement par défaut, dans la mesure où il n'existe pas de subdivision propre aux cessions portant sur les logiciels. Il faut aussi ajouter que l'art. L. 121-7, 2° CPI exclut l'exercice du droit de retrait et de repentir de façon générale, donc quelle que soit la qualification du contrat.

⁸⁴² V. p. ex. les contrats-types établis par la SACD, art. 6, ceux établis par la SCAM, art. 10, etc. Il est intéressant de constater le silence gardé quant à l'obligation de ne pas apporter à l'œuvre de modifications, dont la contrainte est, en matière d'exploitation numérique notamment, bien moins acceptée par les producteurs. Il n'en demeure pas moins qu'elle doit être tenue pour une obligation contractuelle (v. *infra*, n°).

⁸⁴³ Ces licences peuvent comporter une clause « Paternité » ou « Attribution », de même qu'une clause « Pas de modification ». V. sur ces licences, S. DUSOLLIER, « Les licences *Creative Commons* : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Prop. intell.* 2006, n°18 – M. CLÉMENT-FONTAINE, « Les licences *Creative Commons* chez les Gaulois », *RLDI* janv. 2005, p. 33. Comp. Ch. CARON, « Les licences de logiciels dits "libres" à l'épreuve du droit français », *D.* 2003, 1556.

⁸⁴⁴ Il faut toutefois observer que l'intitulé des clauses relatives au droit moral est peu explicite : l'art. 6 des contrats-types SACD est intitulé « publicité », l'art. 10 des contrats-types SCAM, « promotion-paternité ». Il n'est en outre nullement fait mention de l'expression « droit moral », ni, *a fortiori*, référence au contenu du droit moral tel que prévu par la loi. L'information de l'auteur est, ce faisant, plus qu'insuffisante. Quant aux licences de l'univers du « *copyleft* », se pose plutôt le problème de la validité des licences permettant la modification ou l'absence de mention de paternité.

concrètes de l'exécution de l'obligation, qui dépendent souvent du type de l'exploitation⁸⁴⁵, mais devraient toujours entraîner les mêmes conséquences que celles qui découlent du régime légal – responsabilité, résolution, etc.

Cela étant, la reprise dans une clause expresse de la seule obligation de mentionner le nom de l'auteur ne paraît pas sans incidence : une clause résolutoire étant souvent insérée dans ces contrats-types⁸⁴⁶, son application pourrait être limitée à cette seule obligation. Ceci ne signifie pas que l'obligation de ne pas apporter à l'œuvre de modifications ne pourrait pas être sanctionnée, mais, au contraire, que seule la résolution judiciaire pourra être demandée, et non le bénéfice de la clause résolutoire. En ce sens, il faut admettre que même si l'obligation contractuelle de respect du droit moral est généralisée à tout contrat d'auteur, la loi n'impose pas l'application d'une clause résolutoire, qui ne concerne que les modalités de la résolution, et ne peut donc être définie que par rapport aux stipulations des parties. Il reste que la résolution judiciaire est un minimum qui commande que le caractère contractuel de l'obligation relative au droit moral soit étendu à tout contrat d'auteur.

B. – Dangers et intérêts de la reconnaissance d'une obligation contractuelle

166. Ordre public contractuel et inaliénabilité du droit moral. – Le droit moral s'impose sans conteste aux cocontractants de l'auteur. Cela étant, une fois consacré par la loi, le droit moral, composante de la propriété du créateur et donc *opposable à tous*⁸⁴⁷, n'exigeait pas que le législateur rappelle tant à l'éditeur qu'à l'entrepreneur de spectacles – et pourquoi non à l'exploitant publicitaire ? – qu'il était tenu de le respecter. Aussi, que faut-il déduire de cette référence ? Serait-ce un simple hommage à la précellence du droit moral, ou une

⁸⁴⁵ V. p. ex., en matière audiovisuelle et dramatique, l'art. 6 des contrats-types établis par la SACD, selon lequel « *dans toute publicité du monde entier, quelle qu'elle soit, ainsi que sur le générique du début et de fin de la série, le nom de l'auteur sera obligatoirement cité dans les caractères les plus favorisés* ». L'art 10.1 des contrats-types établis par la SCAM prend en considération les particularités de l'exploitation numérique : il est ainsi non seulement prévu que « *le producteur s'engage à faire figurer lisiblement, immédiatement après le titre et le nom du/des producteur(s), le nom de l'auteur et la nature de sa collaboration sur la jaquette extérieure et au générique de l'œuvre multimédia et à associer ce nom à toute communication relative à l'œuvre* », mais aussi que « *les fonctions de commande du programme ne devront pas permettre à l'utilisateur d'éviter l'affichage du nom de l'auteur lors du lancement et de la fin de l'utilisation de l'œuvre multimédia* ».

⁸⁴⁶ L'obligation de mentionner la paternité de l'auteur est donc, on l'a vu, une stipulation contractuelle claire et précise. Or les contrats-types comportent également une clause relative à la résiliation du contrat, souvent une clause résolutoire, qui ouvre cette sanction à tous les cas de non-respect des stipulations précédentes, et donc d'inexécution de l'obligation de mentionner le nom de l'auteur.

⁸⁴⁷ Arg. art. L. 111-1 CPI.

« contractualisation » de celui-ci ? À trop enfoncer le clou, il passe au travers de la planche... S'agit-il de rappeler ce qui s'impose à tous, ces dispositions sont inutiles. S'agit-il au contraire d'une obligation contractuelle, que faudrait-il craindre de cette intégration du respect du droit moral dans la sphère du contrat ?

Assez peu, en réalité. L'effroi qui s'empare du défenseur des créateurs semble trouver sa source dans l'idée que tel ou tel exploitant pourrait se croire autorisé à stipuler des clauses élusives de responsabilité, ou tout au moins aménager l'exercice du droit moral par l'auteur... Cette peur paraît pourtant irrationnelle, et ne correspond à aucun danger. Que le respect du droit moral s'inscrive dans le cadre d'obligations *contractuelles* ne le prive en rien de son caractère inaliénable et indisponible, interdisant toute renonciation préalable et générale à son exercice. Ces caractères du droit confèrent à leur tour un caractère d'ordre public à de telles obligations, préservant l'auteur de clauses qui seraient contraires aux dispositions légales⁸⁴⁸. En outre, il ne faut pas confondre nature de la responsabilité de l'exploitant et nature du droit moral : en plaçant en faveur de la reconnaissance d'une obligation contractuelle, il ne s'agit pas de réduire le droit moral à une créance⁸⁴⁹. En d'autres termes, il n'est pas question de faire du droit moral un droit personnel : l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle l'érige indéniablement en attribut de la propriété intellectuelle. Il convient seulement de savoir si l'exploitant supporte une obligation contractuelle de respecter un droit qui existe en dehors du contrat. Si le danger que l'inclusion du droit moral dans la sphère contractuelle est censé représenter paraît ainsi bien faible, quelques intérêts s'y attachent en revanche.

167. Intérêt s'agissant de l'application de la responsabilité contractuelle. – S'agissant de la réparation du préjudice subi par l'auteur, les intérêts attachés à la reconnaissance d'une obligation contractuelle sont certes limités, sinon inexistantes :

⁸⁴⁸ Ce qui ne signifie pas, d'ailleurs, que tout acte juridique relatif au droit moral est proscrit. Ainsi par exemple, la Cour de cassation a pu rappeler que « l'autorisation faite par l'auteur au cessionnaire d'un droit d'exploitation de ne pas mentionner son nom sur les articles reproduisant ses œuvres n'emporte pas aliénation de son droit de paternité, dès lors qu'il conserve la faculté d'exiger l'indication de son nom » (Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2007, CCE avril 2007, n°53, obs. Ch. CARON ; LP 2007, III, 247-08) dans une affaire concernant la reproduction de dessins sur du linge de table). Il faut cependant relever la précaution de langage de la Cour, qui n'évoque pas une « clause » ou une « convention », mais une « autorisation », laquelle peut tout à fait s'entendre d'un acte unilatéral... qualification permettant précisément d'éviter le débat de la contractualisation du droit moral...

⁸⁴⁹ V. sur ce point *infra*, n°271s.

1° Quelle que soit la nature de la responsabilité, l'auteur pourrait obtenir du juge la cessation de l'atteinte aussi bien que des dommages et intérêts⁸⁵⁰. S'il est vrai qu'en matière de responsabilité contractuelle, la réparation est limitée au dommage prévisible, il semble en effet incontestable que l'atteinte au droit moral cause un préjudice que l'exploitant peut parfaitement prévoir⁸⁵¹.

2° S'agissant de la prescription, il faut rappeler que le droit moral est imprescriptible, ce qui implique, selon certains, que même l'*action* dirigée contre les atteintes portées au droit soit imprescriptible⁸⁵². L'existence d'un régime propre d'imprescriptibilité retire sur ce point, tout intérêt à la détermination de l'ordre de responsabilité concerné. De surcroît, même si l'action était jugée prescriptible, il ne faut pas oublier que les délais de prescription sont aujourd'hui fixés de façon uniforme à 5 ans, en l'absence de dispositions spéciales, pour toute action personnelle ou mobilière⁸⁵³.

3° Enfin, il est douteux que puissent être admises des stipulations relatives à la réparation, telle une clause évasive ou restrictive de responsabilité ou une clause pénale (mécanismes applicables s'agissant de la seule responsabilité contractuelle). Certes, la clause évasive ou restrictive de responsabilité est valable entre professionnels (ce qu'est l'auteur aussi bien que l'exploitant, en règle générale), lorsqu'elle ne porte pas sur une obligation essentielle (ce dont il serait en revanche permis de douter ici). Il faut cependant relever, purement et simplement, que l'ordre public qui irrigue la législation relative au droit moral implique d'exclure la validité de ce genre de clauses⁸⁵⁴. Toute renonciation générale ou irrévocable, fût-elle

⁸⁵⁰ L'article 1147, aussi bien que l'article 1382 du Code civil, fonde le pouvoir du juge d'allouer des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi. Si l'on retient l'idée que l'obligation de respecter le droit moral est une obligation contractuelle, il s'agit d'une obligation de ne pas faire (ne pas modifier l'œuvre) et d'une obligation de faire (mentionner la paternité de l'auteur), dont l'article 1142 du Code civil interdit l'exécution forcée. Mais la cessation de l'atteinte, de façon générale, résultera de la résolution éventuelle du contrat, qui interdira au moins à l'exploitant de poursuivre l'exploitation violant le droit moral.

⁸⁵¹ Sur le principe de réparation du seul préjudice prévisible, v. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz 9^e éd. 2005, n°563s. Le préjudice dépend d'une faute dont il est loisible à l'exploitant de mesurer les conséquences. L'atteinte au droit moral pourrait par ailleurs être tenue pour une faute lourde en toute hypothèse, justifiant réparation du préjudice imprévu.

⁸⁵² V. not. en ce sens F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°590 ; et son article, « De la prescription en droit d'auteur », RTD civ. 1999, p.585s. Cette opinion s'autorise notamment d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 janvier 1995 (Bull., n°39), selon lequel « L'exercice par l'auteur du droit de propriété intellectuelle qu'il tient de la loi et qui est attaché à sa personne en qualité d'auteur n'est limité par aucune prescription ».

⁸⁵³ Art. 2224 c. civ. (rédac. L. n°2008-561 du 17 juin 2008). V. S. AMRANI-MEKKI, « Liberté, simplicité, efficacité, nouvelle devise de la prescription ? », JCP G 2008, I, 160, n°29.

⁸⁵⁴ Il s'agit au fond d'une considération assez proche de celle qui exclut la validité des clauses évasives ou restrictives de responsabilité entre professionnels et consommateurs (v. sur ce point A. BÉNABENT, *Les obligations*, Précis Domat Montchrestien 7^e éd. 2006, n°540).

partielle, au droit de se défendre contre les atteintes au droit moral, semble devoir être frappée de nullité. Pour les mêmes raisons, une clause pénale ne paraît pas devoir être admise : il s'agirait toujours là, semble-t-il, d'une forme de disposition du droit moral, par nature indisponible.

168. Intérêt majeur s'agissant de la résolution du contrat. – L'intégration du respect du droit moral dans le cercle contractuel sert au contraire une protection accrue des intérêts de l'auteur : il justifie que l'exploitant – l'éditeur, l'entrepreneur de spectacles, etc. – soit exposé, en cas de violation de cet engagement, au prononcé de la résolution ou de la résiliation judiciaire du contrat. Peut-être même le créateur pourrait-il, en cas de manquement grave au droit moral, se prévaloir de la jurisprudence ayant admis la résolution unilatérale en cas de faute grave⁸⁵⁵. Mais s'il ne s'agissait que de la violation du droit moral, extérieur au contrat, comment justifier qu'elle retentisse sur la convention ? Sans doute l'exploitant s'exposerait-il quoiqu'il en soit aux sanctions attachées à toute violation du droit moral : contrefaçon peut-être, et sans doute responsabilité *délictuelle* – dommages-intérêts, cessation de l'atteinte, etc. Mais si aucun lien n'est établi avec le contrat, il devient impossible de lui attacher une sanction *contractuelle*.⁸⁵⁶ En revanche, que le respect du droit moral ne soit pas librement choisi mais imposé par la loi impérative n'empêche pas de retenir une responsabilité contractuelle⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ V. p. ex. Cass. 1^e civ., 13 oct. 1998, D. 1999, Jur. 197, note Ch. JAMIN ; JCP 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI, Defrénois 1999, 374, note D. MAZEAUD – 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n°211 ; RDC 2004, 273, obs. L. AYNÈS et 277, obs. D. MAZEAUD – 13 mars 2007, JCP 2007, I, 161, n°12, obs. P. GROSSER. V. sur ce point C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat*, LGDJ 2008, n°878.

⁸⁵⁶ Il faut notamment, pour comprendre les enjeux, comparer le respect du droit moral et celui d'autres exigences que pose la loi à l'égard des exploitants, sans qu'elles ressortissent pour autant au contrat et déclenchent ainsi leur responsabilité contractuelle. Il convient ainsi de souligner que le défaut de dépôt légal des œuvres éditées n'a jamais et ne saurait être sanctionné par la résolution du contrat ou des dommages et intérêts au profit de l'auteur en tant que cocontractant (v. *supra*, n°95).

⁸⁵⁷ V. déjà H. MAZEAUD, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », RTD civ. 1929, 551, n°76 : lorsque l'obligation est imposée par une règle impérative, la difficulté résulte de ce que « l'obligation tracée par le législateur paraît ne plus pouvoir être considérée comme ayant été adoptée tacitement par les parties. Il semble que la volonté des contractants ne joue plus aucun rôle, puisqu'ils n'ont plus la faculté de rejeter l'obligation du cercle de leur convention. N'en résulte-t-il pas que la responsabilité est nécessairement délictuelle ? Il serait inexact de le prétendre : le législateur ne fait que réglementer le contrat. Il oblige les parties à créer une obligation déterminée, c'est entendu, mais il ne les y oblige que si elles acceptent et parce qu'elles acceptent les contrat. Il serait étrange que le législateur, en plaçant impérativement une obligation dans le cercle du contrat, l'en fasse du même coup sortir ». V. aussi R. DEMOGUE, « De l'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants », RTD civ. 1923, 645, spéc. p. 657 (« Sont fautes contractuelles celles qui résultent de la violation des clauses du contrat et en outre celles qui résultant de la loi qui donne au contrat tel ou tel effet (...). Toutes les règles qu'il [le moule légal] contient s'incorporent au contrat »).

Il faut donc admettre qu'un créateur ne saurait obtenir la résolution judiciaire d'un contrat à raison d'une faute qui ne consiste pas dans l'inexécution d'une obligation contractuelle. La reconnaissance du caractère contractuel de la violation du droit moral commise dans le cadre de l'exploitation présente à cet égard un intérêt de premier ordre.

Au demeurant, l'intérêt pratique est confirmé par l'inclination des juges à prononcer la résiliation du contrat aux torts de l'exploitant violant le droit moral. Bien sûr, si le juge n'a que le pouvoir de constater l'atteinte au droit moral, et ne saurait ainsi exclure la faute de l'exploitant, dès lors qu'est établi le fait de l'altération de l'œuvre, de l'omission du nom de l'auteur, etc.⁸⁵⁸, il ne semble pas qu'il doive perdre son pouvoir de prononcer, ou de ne pas prononcer, la résolution du contrat⁸⁵⁹. Une chose est de prendre acte de l'atteinte au droit moral, et d'en ordonner ainsi la cessation, une autre est de savoir si les conditions de la résolution du contrat sont réunies, et s'il est opportun de la prononcer. Il doit ainsi rester loisible au juge de rechercher si cette atteinte justifie ou non l'anéantissement du contrat passé avec l'exploitant fautif⁸⁶⁰. Or il est vrai que, si le juge n'est pas tenu d'écarter la résolution lorsqu'il s'agit seulement de l'inexécution d'une obligation accessoire⁸⁶¹ - ce qu'est indubitablement une obligation relative au droit moral dans un contrat d'exploitation des droits patrimoniaux⁸⁶² - en pratique, il faut cependant que la prestation non exécutée constitue bien la cause de l'obligation du demandeur : le droit de résolution trouve en effet son fondement dans la notion de cause, *i.e.* l'idée que lorsque l'un des contractants n'exécute pas son obligation, celle de l'autre partie n'a plus de cause⁸⁶³. Du point de vue de la qualification du contrat d'auteur, il convient alors de se demander si ce risque de résolution du contrat pour inexécution de l'obligation de respecter le droit moral ne peut pas être tenu pour quantité négligeable. Or la jurisprudence admet fréquemment la résiliation du contrat d'auteur en

⁸⁵⁸ Sur ce point, v. *infra*, n°303. Il n'en demeure pas moins que le juge a toute latitude pour apprécier l'existence d'une altération, car hors une atteinte à l'intégrité « matérielle », elle peut souvent être discutée. Sur l'existence nécessaire d'un préjudice, dès lors que la faute est avérée : Cass. soc., 12 juillet 2007 (n°06-40.344).

⁸⁵⁹ Sur le principe selon lequel le juge apprécie souverainement s'il y a lieu de prononcer la résolution du contrat, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°652.

⁸⁶⁰ De la même manière que si le juge ne peut que constater l'atteinte et en ordonner la cessation, il lui appartient de déterminer souverainement le montant des dommages-intérêts alloués au créateur à ce titre.

⁸⁶¹ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°650 et 652.

⁸⁶² V. cpt. CA Paris, 4^e ch. B, 23 janvier 2004, inéd., qui résilie un contrat d'édition en raison de la violation du droit moral d'artiste-interprète du cédant (en tant qu'auteur-compositeur) en relevant qu'il « est établi que l'éditeur a manqué à une obligation essentielle découlant dudit contrat ». Le terme d'obligation essentielle paraît mal choisi, dans la mesure où il sera montré que cette obligation de respecter le droit moral, s'il s'agit d'une obligation contractuelle, peut être considérée comme une obligation *naturelle*, mais non *essentielle*.

⁸⁶³ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°647.

présence de manquements au droit moral⁸⁶⁴, à tout le moins lorsque le manquement s'avère « grave »⁸⁶⁵. L'intérêt de l'inclusion du respect du droit moral dans le champ du contrat étant posé, reste à identifier son fondement juridique.

§ 2. – FONDEMENT JURIDIQUE DE L'INCLUSION DU RESPECT DU DROIT MORAL DANS LE CHAMP CONTRACTUEL

169. Responsabilité contractuelle ou délictuelle ? – Force est d'admettre que la loi prévoit le respect du droit moral au titre des obligations qui s'imposent à l'éditeur en vertu du contrat d'édition, ou à l'entrepreneur de spectacles en vertu du contrat de représentation... Comment nier alors qu'il s'agit d'une obligation contractuelle ? Une doctrine autorisée, bien qu'ancienne, ne s'y était pas trompée⁸⁶⁶. Toute la difficulté tient cependant dans la définition de l'obligation contractuelle dont il s'agit ! Le respect du droit moral s'inscrit-il dans l'exécution de l'obligation d'exploiter, ou constitue-t-il la substance d'une obligation distincte ? La question de savoir si la violation du droit moral par un cocontractant de l'auteur constitue une faute contractuelle ou n'engage, au contraire, que sa responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle reste néanmoins peu explorée, tant par la doctrine que la jurisprudence. Une affaire récente aurait pu donner à la Cour de cassation l'occasion de se prononcer sur ce point, si la faute reprochée à l'éditeur avait consisté dans la violation du *droit moral de l'auteur*, et non du *droit moral de l'interprète*, interprète qu'était dans le même temps l'auteur

⁸⁶⁴ V. p. ex. CA Paris, 7 janvier 1982, RIDA 4/1982, 177 ; D. 1983, IR p.97, obs. COLOMBET (affaire Grodek : l'éditeur ne saurait être dégagé de son « obligation contractuelle de respect absolu de l'œuvre » ; résiliation judiciaire du contrat) ; TGI Paris, 15 février 1984, RIDA 2/1984, 178 ; D. 1984, IR p. 291 obs. COLOMBET (affaire « Albert Camus » : résiliation des sous-contrats de cession du droit de traduction et de publication en langue anglaise). Et surtout civ. 1^{er}, 7 novembre 2006, D. 2006, 2913, obs. J. DALEAU, qui relève que le fait, pour l'éditeur, « d'avoir demandé à la société productrice [de vidéogramme incorporant du karaoké] de porter la mention litigieuse sur la jaquette de la vidéocassette relevait d'un comportement commercial fautif » et approuve la cour d'appel d'avoir prononcé la résiliation du contrat sur le fondement d'une « obligation contractuelle de bonne foi ».

⁸⁶⁵ Cass. 1^{er} civ., 7 novembre 2006, D. 2006, 2913, obs. J. Daleau, qui relève que « c'est dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation que la cour d'appel, après s'être expliquée sur la violation [par l'éditeur] de son obligation contractuelle de bonne foi (...) a estimé que sa gravité justifiait la résolution prononcée » (nous soulignons).

⁸⁶⁶ V. A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, n°27s., qui retient une notion « d'exploitation au sens élargi » pour justifier son analyse des règles d'ordre public protégeant les intérêts moraux des créateurs dans les contrats d'exploitation. Il souligne ainsi que son étude porte sur « les cas de violation du droit moral entraînant une *responsabilité contractuelle*. Il en est ainsi, poursuit-il, chaque fois que l'auteur conclut un contrat dont la cause de son obligation consiste à obtenir une satisfaction de son activité créatrice ». Il se livre ainsi à une « recherche des conventions susceptibles de créer une responsabilité contractuelle à la charge de celui qui s'est rendu coupable d'une violation du droit moral de l'auteur », et inclut ainsi les contrats comportant *cession partielle ou totale des droits de reproduction ou de représentation d'une œuvre* ». Sont ainsi visés aussi bien les contrats nommés que les autres conventions de cession, aussi bien que les

et compositeur cédant⁸⁶⁷. Si l'arrêt approuve les juges du fond d'avoir prononcé la résiliation du contrat sur le fondement d'une obligation contractuelle de bonne foi⁸⁶⁸, le fait qu'il s'agisse d'une violation du droit moral d'artiste interprète peut expliquer ce détour par la bonne foi. La portée de l'arrêt du 7 novembre 2006 ne dissipe donc pas l'incertitude⁸⁶⁹. Un examen de la thèse du rattachement à l'obligation d'exploiter (A) doit ainsi précéder celui de la thèse inverse de l'existence d'une obligation autonome de respect du droit moral (B).

A. – Thèse de la confusion avec l'obligation d'exploiter

170. Assimilation du respect du droit moral par l'obligation d'exploiter. – Dans cette approche, il n'existerait pas d'obligation *contractuelle* de respecter le droit moral. En revanche, il est relevé qu'il existe une obligation d'exploiter, et que celle-ci n'est correctement exécutée que si l'exploitation répond à un certain nombre d'exigences posées par la loi et/ou par le contrat, notamment satisfaire au droit moral. Ainsi, l'absence d'indication du nom de l'auteur sur les exemplaires ou l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre reproduite constituerait, sur le plan contractuel, une violation de l'obligation de fabriquer inhérente au contrat d'édition. Dans cette perspective, il faut bien distinguer tiers et cocontractant. L'atteinte au droit moral peut être le fait d'un tiers, qui n'a donc aucun rapport personnel avec le créateur : celui-ci engage évidemment sa seule responsabilité délictuelle. Mais lorsque cette atteinte est le fait d'un cocontractant de l'auteur, ce même fait se situe à l'entrecroisement de deux droits : le droit moral en tant que tel, mais aussi le droit de créance en vertu duquel l'éditeur doit fabriquer selon les modalités convenues des exemplaires de l'œuvre. Cette atteinte porte ainsi sur un intérêt patrimonial. De nombreux exemples

contrats de commande (n°28), les contrats de réalisation d'une œuvre en collaboration, d'adaptation et de traduction (n°29).

⁸⁶⁷ Le pourvoi reprochait en effet à la cour d'appel d'avoir prononcé la résiliation du contrat d'édition alors que le droit moral en cause n'était pas celui reconnu au demandeur en tant qu'auteur, mais en tant qu'artiste interprète.

⁸⁶⁸ Cass. 1^e civ., 7 novembre 2006, D. 2006, 2913, obs. J. DALEAU, qui relève que le fait, pour l'éditeur, « d'avoir demandé à la société productrice [de vidéogramme incorporant du karaoké] de porter la mention litigieuse sur la jaquette de la vidéocassette relevait d'un comportement commercial fautif » et approuve la cour d'appel d'avoir prononcé la résiliation du contrat sur le fondement d'une obligation contractuelle de bonne foi ».

⁸⁶⁹ Puisque le droit moral en cause n'était pas celui reconnu au demandeur en tant qu'auteur, mais en tant qu'artiste interprète, l'artiste interprète n'était pas, en tant que tel, partie au contrat d'édition : il était donc compréhensible que le pourvoi invite à conclure qu'il s'agissait d'une faute quasi-délictuelle (puisque commise à l'égard du tiers). Si la Cour de cassation, après avoir rectifié l'« erreur matérielle manifeste » et pris ainsi en considération le droit moral de l'artiste interprète, invoque l'obligation contractuelle de bonne foi, peut-être est-ce tout simplement parce que, justement, il est en cette qualité tiers au contrat. Rien ne permet de conclure que, si avait été en cause le droit moral de l'auteur, partie au contrat à ce titre, le détour par l'obligation de bonne foi aurait été indispensable....

permettraient d'ailleurs de s'en convaincre, mais il suffit de songer à l'hypothèse d'une œuvre littéraire publiée en version abrégée : il s'agit d'une atteinte à l'intégrité de l'œuvre et dans le même temps d'une mauvaise exécution de l'obligation de fabriquer, qui n'est pas sans conséquences pécuniaires⁸⁷⁰. Ne serait-ce pas ainsi parce qu'il s'agit aussi d'intérêts patrimoniaux que la loi a prévu que l'éditeur « *doit, sauf convention contraire, faire figurer sur chacun des exemplaires le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur* »⁸⁷¹. Cette disposition pourrait être interprétée en ce sens qu'un accord des volontés de l'auteur et de l'éditeur est nécessaire pour exclure l'apposition du nom ou du pseudonyme de l'auteur⁸⁷². Il est vrai qu'un éditeur a, en principe, intérêt à ce qu'un signe d'identification figure sur l'ouvrage, car une parution sous couvert d'anonymat ne lui permettra pas de tirer profit de la notoriété éventuelle du créateur. Dès lors, il ne paraît pas illégitime qu'une publication anonyme requière son accord. N'est-ce pas aussi parce qu'il peut en aller du succès de l'exploitation que la loi permet à l'éditeur de modifier l'œuvre, si l'auteur lui délivre une autorisation écrite⁸⁷³ ?

Dans cette approche, il n'existerait donc pas à proprement parler, au sein du contrat d'auteur, d'obligation de respecter le droit moral. Il s'agirait tout simplement d'une spécification de l'obligation d'exploiter, ou plus exactement de la prestation qui en est l'objet. Le parallèle opéré avec un contrat d'entreprise permet de comprendre le propos. Soit un fabricant, à qui le

⁸⁷⁰ En effet, la version abrégée pourra sans doute être vendue à un prix moindre, et rapportera, selon l'accueil réservé à cette version tronquée, plus ou moins de bénéfices... L'exemple d'une œuvre publiée en fascicules plutôt qu'en un volume unique serait peut-être encore plus percutant, s'il était toutefois jugé qu'une telle publication viole effectivement le droit au respect. En effet, le fascicule sera probablement vendu à un prix moindre qu'un volume unique, et il est tout à fait possible que le nombre de ventes des premiers épisodes soit supérieur à celui des ventes des fascicules ultérieurs... L'enjeu est le même dans le cas d'un album de chansons : la vente au titre peut conduire à des recettes moindres ou supérieures à la vente de l'album intégral... De façon générale, toute atteinte au droit moral peut avoir des incidences pécuniaires : la mention du nom de l'auteur, par exemple, outre qu'elle satisfait l'intérêt moral du créateur à ce que sa filiation avec l'œuvre soit connue du public, peut en tirer profit, de par la notoriété acquise, pour l'exploitation de ses droits patrimoniaux non cédés ou pour des œuvres futures. V. sur ce lien, s'agissant du droit à la paternité, Cass. civ. 1^{re}, 19 février 2002, Bull. n°62 ; RIDA 2002/3, 385 : « *l'auteur d'une première œuvre de l'esprit, seul habilité à dénoncer les atteintes portées à son droit moral, tient, en outre, de sa paternité sur elle la faculté de faire ou laisser faire état de sa qualité pour aider à la promotion d'une autre, distincte, qu'il s'apprête à réaliser* ». V. aussi J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec 1990, préf. M. VIVANT, n°321. Mais nous ne partageons pas les conclusions de cet auteur, et d'ailleurs notre démonstration présente le prouve sous un certain aspect : l'intérêt moral est protégé par le droit moral, l'intérêt patrimonial est protégé par l'obligation de fabriquer / d'exploiter, relative aux droits patrimoniaux.

⁸⁷¹ Art. L.132-10 CPI (nous soulignons).

⁸⁷² Le texte précité évoque en effet une « *convention contraire* », et non une décision unilatérale de l'auteur : par conséquent, l'auteur ne peut exiger l'anonymat ; il doit *convenir* avec l'éditeur de cet anonymat. Ceci se comprend dès lors qu'il ne s'agit pas que d'exercice du droit moral, à des fins autres que pécuniaires, mais qu'il s'agit également de l'exécution de la créance de fabrication que détient l'auteur.

maître d'ouvrage demande de réaliser une chose d'une certaine forme, d'une certaine dimension, d'une certaine couleur... Le fabricant doit accomplir sa prestation suivant ce qui a été convenu au contrat ; l'analyse ne décèlera pas pour autant des obligations accessoires à celle de fabriquer la chose. De la même façon semble-t-il, l'éditeur qui doit mentionner le nom de l'auteur sur les exemplaires fabriqués et éditer l'œuvre telle que ce dernier l'a divulguée ne ferait qu'accomplir son obligation de fabriquer suivant les modalités convenues et dans le respect des dispositions légales.

B. – Thèse de l'existence d'une obligation contractuelle de respecter le droit moral

171. Distinction entre obligation d'exploiter et « obligation de respecter le droit moral ».

– Il est indéniable, quelque soit le bien-fondé de la thèse précédente, que le respect du droit moral s'inscrit naturellement dans le cadre de la responsabilité *délictuelle*, à l'instar des droits de la personnalité par exemple. Inscrire également le respect du droit moral dans l'exécution de l'obligation d'exploiter paraît alors de prime abord la voie la plus évidente pour concilier ce principe de responsabilité délictuelle et la résiliation du contrat de l'exploitant qui modifierait l'œuvre ou n'indiquerait pas son origine. Sur le plan des principes, une telle explication paraît pourtant contestable, car elle méconnaît le dualisme du droit d'auteur, en éclipsant la dimension extrapatrimoniale pour ne plus déceler qu'une atteinte aux intérêts patrimoniaux attachés à l'obligation d'exploiter. Un tel rattachement est en outre insuffisant : l'obligation d'exploiter n'existe pas dans tout contrat d'auteur. De fait, il ne peut être alors reproché au cocontractant de violer son engagement contractuel, alors que la violation ne fait pas de doute. Ceci ne pose guère difficulté lorsque la loi impérative ne dit rien du respect du droit moral par le cocontractant du créateur : la thèse conduit tout simplement à justifier que soit alors banni l'anéantissement du lien contractuel. En revanche, elle paraît contredite par les textes, lorsqu'une obligation relative au droit moral est envisagée en l'absence même d'une obligation d'exploiter. Ainsi, la loi impose dans le contrat de représentation le respect du droit moral, sans prévoir une obligation d'exploitation⁸⁷⁴. Ne faut-il pas y voir la marque d'une relative autonomie de l'obligation relative au droit moral ?

⁸⁷³ Sans doute ne s'agit-il pas là d'une *convention* contraire, en ce que l'auteur reste toujours titulaire du droit de retrait et de repentir : l'éditeur n'a donc pas à donner son accord à une modification ; l'art. L.121-4 CPI protège néanmoins ses intérêts.

Certes, la reconnaissance d'une obligation contractuelle semble brouiller la vocation du droit moral à donner lieu à une responsabilité délictuelle. Il n'est pas exclu, pourtant, que l'atteinte à un droit subjectif puisse donner lieu, selon l'auteur de cette atteinte, à une responsabilité tantôt délictuelle, tantôt contractuelle. Le droit de propriété en offre un exemple topique. Soit un dépositaire : tenu de ne pas user de la chose en vertu de l'article 1930 du code civil, il engage sa responsabilité civile contractuelle en exerçant cette prérogative⁸⁷⁵, tandis qu'un tiers qui se serait emparé de la chose engage sa responsabilité délictuelle⁸⁷⁶. C'est parce qu'il est tenu par une obligation de ne pas faire, outre ses obligations « positives » - veiller à la conservation de la chose notamment – que le dépositaire engage sa responsabilité contractuelle en usant malgré tout de la chose. Au fond, il viole son engagement contractuel plus que le droit de propriété. Soit encore un preneur à bail, qui détruit la chose louée : l'atteinte portée à la propriété du bailleur déclenche sa responsabilité contractuelle, en ce qu'il manque alors inexorablement à son obligation de restitution. En matière de droit de la personnalité, dès lors que sont admis des contrats portant sur l'exploitation de l'image, la question se présenterait dans les mêmes termes. Il en va ainsi de même en droit d'auteur : en omettant de mentionner le nom de l'auteur ou en modifiant l'œuvre publiée, l'exploitant viole le contrat plus que le droit moral en lui-même⁸⁷⁷. Cela étant, il ne viole pas seulement

⁸⁷⁴ Sur l'absence d'obligation d'exploiter systématique, v. *supra*, n°154

⁸⁷⁵ A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°737, qui évoque prudemment la « responsabilité civile » du dépositaire. Il est vrai qu'il s'agira souvent, au surplus, d'un délit pénal (vol, escroquerie...). Il faut alors relever que le dépositaire, en usant de la chose, commet éventuellement un *abus de confiance*. Or, si l'action est portée devant le juge pénal, celui-ci, statuant au civil, y verrait sans doute une faute **délictuelle** (v. p. ex. Cass. crim., 29 novembre 1955, D. 1956, 177 (jugé, approuvant la cour d'appel d'avoir réparé le préjudice subi par un employé dont des fonds, remis à son employeur à titre de cautionnement, avaient été détournés, et ce sur le seul fondement du texte prévoyant l'infraction, que « *les juges de répression ne sont pas tenus de spécifier sur quelles bases ils ont évalué le montant de l'indemnité allouée en réparation d'un délit et qu'il leur appartient d'apprécier souverainement (...), sans qu'ils soient tenus de suivre les dispositions restrictives des art. 1149 et 1153 c. civ.* ») ; 9 janvier 1975, RTD civ. 1975, 547, obs. G. DURRY). Cependant, cette position est très critiquable (v. not. H. MAZEAUD, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », RTD civ. 1929, 551, n°107 – R. RODIÈRE, « Étude sur la dualité des régimes de responsabilité », JCP 1950, I, 868, n°10 (« *la qualification pénale n'empêche pas que le dommage soit l'effet de la violation d'une obligation contractuelle* »)), ou du moins le juge pénal devrait-il décliner sa compétence (v. G. DURRY, obs. préc., p. 549 (« *nous nous demandons si ce ne serait l'occasion, ou jamais, d'appliquer la distinction entre les deux fonctions de l'action civile. Les victimes de la violation d'un contrat, constituant en même temps une infraction, pourraient se constituer partie civile. Mais elles ne pourraient en aucun cas obtenir, au pénal, de dommages-intérêts, parce que les tribunaux répressifs sont incompétents pour connaître de problèmes de responsabilité contractuelle. L'action civile, dans sa fonction indemnitaire, est une action de nature délictuelle* »)). V. aussi sur ce point, dans la doctrine plus récente, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°870, pp. 845-846, note 3, qui relève le « refoulement contestable du régime de la responsabilité contractuelle » devant le juge pénal.

⁸⁷⁶ Il s'agira aussi, en principe, d'un délit

⁸⁷⁷ Le parallèle entre le dépositaire usant de la chose à lui confiée et le cocontractant de l'auteur violant le droit moral intervient à double titre, car la violation du droit moral constitue pour une doctrine autorisée un fait de contrefaçon, infraction pénale. Mais il faut noter que le refoulement de la responsabilité contractuelle par le juge pénal statuant sur l'action civile peut s'expliquer par l'autonomie du droit pénal, or il n'est pas inutile de rappeler qu'il n'existe pas une telle autonomie du droit d'auteur par rapport au droit civil. Lorsque l'action est

l'obligation d'exploiter, car ce serait méconnaître la dimension extrapatrimoniale des intérêts atteints. D'ailleurs, refuser la confusion du respect du droit moral dans l'exécution de l'obligation d'exploiter, ce n'est pas rejeter tout lien entre l'obligation d'exploiter et l'obligation de respecter le droit moral. C'est simplement dire qu'il ne peut s'agir que d'une obligation distincte, qui tantôt s'envisage en dehors de toute obligation d'exploiter, tantôt lui reste liée.

172. Distinction entre contrats comportant ou non une obligation d'exploiter – Faudrait-il considérer que, lorsque rien n'a été prévu par la loi ou le contrat, l'atteinte au droit moral n'engage que la responsabilité *délictuelle ou quasi-délictuelle* du cocontractant de l'auteur ? Faudrait-il écarter la résolution judiciaire du contrat au motif que l'exploitant n'est pas contractuellement tenu au respect du droit moral ? Une telle solution, peu protectrice des intérêts du créateur, pourrait paraître injustifiée : le droit moral s'imposant à tous avec la même force, aucune distinction ne paraît *a priori* pertinente selon que son respect a été ou non expressément prévu au contrat. Pourtant, il semble juste et conforme à la philosophie du droit d'auteur de procéder à une distinction selon la nature du contrat – étant entendu qu'en tout état de cause, la violation du droit moral engagera la responsabilité délictuelle du fautif.

En première analyse, le devoir de bonne foi, prévu à l'article 1134 du Code civil, semble certes constituer un fondement possible de la contractualisation du respect du droit moral⁸⁷⁸, auquel se réfère d'ailleurs parfois la jurisprudence⁸⁷⁹. Le détour pris consisterait cependant à invoquer une violation du devoir de bonne foi dans l'exécution de l'obligation d'exploiter : le

portée devant le juge civil, il n'y a donc aucune raison d'exclure le régime de la responsabilité contractuelle lorsque le contrat prévoit et régit l'obligation de le respecter.

⁸⁷⁸ Comp. J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit positif français*, p. 344 : « l'article 1134 3^e alinéa du Code civil stipule (sic) que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Il en résulte manifestement pour l'éditeur l'obligation de s'abstenir de toute manœuvre déloyale qui tendrait à porter atteinte à l'honorabilité, la réputation, la personnalité de l'auteur en un mot ». Aujourd'hui, l'obligation est prévue par la loi s'agissant de l'édition. Par identité de raison, le raisonnement conduit par Rault peut cependant être étendu à tout contrat d'auteur.

⁸⁷⁹ V. TGI Paris, 15 février 1984, *op. cit.* : « Que le contrat d'édition, conclu intuitu personae, n'interdit certes pas à l'éditeur de publier des œuvres, même sévèrement critiques, mais implique que l'auteur ou ses ayants droit – dont il a pris en charge in globo les intérêts – puisse relever comme **un manquement à la bonne foi** et, plus généralement, à la loi du contrat, tout comportement propre à ruiner sa crédibilité dans le public » (souligné par nous). V. aussi Cass. 1^{er} civ., 7 novembre 2006, D. 2006, 2913, obs. J. DALEAU, qui approuve la cour d'appel d'avoir prononcé, par suite de la violation du droit moral d'artiste – interprète de l'auteur cédant, la résiliation du contrat d'édition sur le fondement d'une obligation contractuelle de bonne foi ». Cela étant, il importe de préciser (v. *supra*, n°) que la référence à l'obligation de bonne foi ne se justifie peut-être ici qu'au regard du fait qu'a été violé non le droit moral d'auteur, mais le droit moral d'artiste-interprète, alors que le contrat d'édition est un contrat d'auteur... Rien ne permet donc de conclure que la cour de cassation refuserait de reconnaître le caractère contractuel de la violation du droit moral par un éditeur, sans passer par le détour de l'obligation de bonne foi.

fondement ne peut être retenu, dès lors que la confusion du respect du droit moral dans l'exécution de l'obligation d'exploiter a été dénoncée. Au demeurant, le fondement pècherait par excès. Il serait tout de même étrange de retenir une violation de l'article 1134 du code civil à l'endroit d'un fait qui constitue parfois la violation d'une disposition légale impérative prévoyant spécifiquement l'obligation inexécutée à la charge du cocontractant. Par suite, dans la mesure où le devoir de bonne foi imprègne toute convention, il ne serait pas logique de considérer que dans les contrats pour lesquels la loi ne rappelle pas l'obligation de respect du droit moral, celui-ci s'inscrive sur ce fondement de la bonne foi. Enfin, cette référence à la bonne foi ne peut pas s'envisager en dehors de l'exécution d'une obligation, l'obligation d'exploiter : la bonne foi ne peut être source d'obligations nouvelles, en ce qu'elle prescrit un comportement dans l'exécution⁸⁸⁰.

Au contraire, l'application de l'article 1135 du code civil justifie parfaitement la distinction selon la nature du contrat. Lorsque la loi prévoit expressément le respect du droit moral, l'obligation résulte de la loi : il n'y a pas lieu d'y voir la suite des autres obligations nées de la convention. En revanche, lorsque la loi reste muette, le fondement permet d'établir une distinction entre les contrats qui comportent ou non une obligation d'exploiter. Force est de relever que les obligations découvertes sur le fondement de l'article 1135 du code civil sont des obligations accessoires qui se rattachent à un autre engagement du débiteur⁸⁸¹. Le respect du droit moral peut alors être tenu pour une suite donnée à l'obligation (de l'exploitant) d'après sa nature. Exploiter une œuvre, c'est en tirer des fruits dans l'état où elle se trouve, non pas la modifier et exercer ainsi un pouvoir de disposition. N'est-il pas alors dans la nature de l'obligation d'exploiter de contraindre à s'en tenir à l'exploitation *stricto sensu* ? Par ailleurs, une œuvre de l'esprit est par définition originale, donc par définition marquée de la

⁸⁸⁰ V. p. ex. Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, 2839, notes Ph. STOFFEL-MUNCK et P.-Y. GAUTIER ; JCP G 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF (jugé que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »). Il convient de considérer que la « découverte » d'une obligation non expressément prévue par les cocontractants relève du seul art. 1135 c. civ. : en soi, la bonne foi concerne la formation ou l'exécution du contrat, mais n'est pas en elle-même génératrice d'obligations. Le fondement de l'art. 1134 c. civ. paraît donc inapproprié.

⁸⁸¹ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF coll. « Thémis », 2005, n°162, qui précise que l'obligation de sécurité, l'une des obligations imposées par le juge sur le fondement de l'art. 1135 c. civ., « est toujours une obligation accessoire se greffant sur une obligation principale d'une autre nature (obligation de transporter, obligation de soins, etc.) convenue par les parties ». L'obligation d'information n'est pas toujours le corollaire d'une obligation *stricto sensu* – ainsi par exemple, celle qui pèse sur le vendeur est le corollaire de l'effet translatif du contrat – mais il faut noter que l'obligation imposée pèse toujours sur le cocontractant pris en tant que débiteur de la prestation rémunérée. En l'absence d'obligation d'exploiter, l'obligation de respecter le droit moral ne peut être jugée accessoire à celle de payer le prix prévu...

personnalité de son auteur : n'est-il pas non plus dans la nature de l'obligation d'exploiter de contraindre à indiquer le nom de l'auteur de l'œuvre exploitée ? L'obligation relative au droit moral pourrait ainsi être liée à l'obligation d'exploiter en tant que suite du contrat, sans se confondre avec cette dernière : suite du contrat, il s'agit néanmoins d'une obligation distincte, ce qui explique pourquoi la loi la prévoit parfois alors même qu'il n'y a pas d'obligation d'exploiter. Lorsque la loi ne mentionne pas l'obligation, elle ne devrait cependant être reconnue que dans les contrats comportant une obligation d'exploiter.

Dans les contrats comportant une obligation d'exploiter ou une obligation expresse de respecter le droit moral, le contrat pourra ainsi être résilié en cas d'atteinte au droit moral. Dans les autres contrats, ainsi de cessions pures et simples du droit commun, la violation du droit moral n'engagera que la responsabilité délictuelle du cessionnaire, qui est en effet dans la même situation qu'un tiers au regard de l'auteur.

173. Caractère accessoire. – En ce que le contrat d'auteur tend à l'« exploitation des droits patrimoniaux », il est enfin incontestable que, s'il faut parfois y voir une obligation contractuelle autonome, l'obligation de respecter le droit moral de l'auteur ne pourrait néanmoins être qu'une obligation accessoire. Impropre à distinguer les divers contrats d'auteur les uns des autres, il ne s'agit pas d'un élément essentiel de la qualification, même s'il est impossible de se soustraire à son empire.

174. Conclusion de la section 2. – L'examen des diverses obligations que peut supporter le cocontractant de l'auteur met en exergue le rôle prééminent de l'obligation d'exploiter. Tant l'obligation de reddition des comptes que celle de conservation du support original ou d'éléments de la création sont des prestations accessoires, qui ne jouent subséquent aucun rôle dans l'opération de qualification au regard du droit d'auteur. Il en va de même de l'obligation de respecter le droit moral, obligation dont la nature contractuelle doit néanmoins être reconnue, dans un souci de protection du créateur, chaque fois que la loi la compte au nombre des engagements du cocontractant ou que celui-ci s'est engagé à exploiter. Le prix monétaire constitue en revanche un élément essentiel de tout contrat à titre onéreux. Seules les véritables cessions à titre gratuit, consenties en l'absence de rémunération aussi bien que d'exploitation, peuvent valablement l'exclure. Aussi faut-il souligner que, dès lors qu'une telle prestation engage le cocontractant, il ne lui est pas loisible de se soustraire au partage des fruits de l'exploitation. Devrait ainsi être condamnée la pratique naissante des clauses

excluant, dans les contrats d'édition, la participation de l'auteur pour une partie des ouvrages vendus. Néanmoins, dans la mesure où tout contrat d'exploitation comporte nécessairement un tel prix, il va de soi que celui-ci ne constitue pas un trait distinctif de l'un quelconque des contrats d'auteur. Un tel critère s'esquisse plutôt dans les contours de l'obligation d'exploiter, qui n'est pas commune à tous les contrats d'auteur à titre onéreux. Tandis que les contrats de représentation et de commande pour la publicité peuvent ne pas comporter une telle prestation, ce qui interdit d'en faire un élément essentiel, l'édition et la production audiovisuelle reposent indubitablement sur cet engagement. Le contenu de l'obligation d'exploiter fournit de surcroît un autre critère distinctif, en ce que l'obligation de fabriquer est un élément essentiel distinctif du seul contrat d'édition.

175. Conclusion du chapitre 2. – Auteur et exploitant forment, en dépit de démêlés intemporels, le duo sans lequel la création manquerait souvent son but : atteindre son public⁸⁸². S'il ne s'agit peut-être pas d'amours contingentes, ne règne cependant pas non plus l'amour nécessaire... Un intérêt commun face au public ne dissimile pas l'opposition des intérêts propres. Aussi le législateur a-t-il, rompant avec des siècles de suprématie du droit commun, bâti des murailles contre lesquelles se heurte la liberté contractuelle, trop souvent offerte au seul investisseur en position de force. Or cette protection commence précisément dans la définition des obligations de celui-ci. Doit-il toujours payer ? Doit-il toujours exploiter ? Il ne revient pas au droit commun de déduire la réponse de l'application de ses qualifications, lorsque des considérations propres de la loi spéciale la commandent. Néanmoins, ce n'est parfois qu'entre les lignes des textes de ladite loi que se dessinent les contours de la structure des obligations du contrat d'auteur. Nourrie par les discussions régnant encore sur ces points, une interprétation s'est imposée pour révéler la généralité de l'exigence d'un prix monétaire dans les contrats d'exploitation, mais rejeter celle d'une obligation d'exploiter. Dans la perspective d'une classification dans les catégories du droit civil, le contenu obligationnel des contrats d'auteur se trouve ainsi identifié, ce qui est indispensable : quelle comparaison peut être établie si le flou demeure quant à la consistance de l'un de ses termes ? Mais il est également essentiel, pour voir clair dans la masse des contrats d'auteur, de découvrir d'éventuels traits distinctifs des qualifications spéciales.

⁸⁸² La référence aux « démêlés intemporels » est une allusion à l'article de M. Ph. GAUDRAT, « Les démêlés intemporels d'un couple à succès », RIDA 2001/4, 71.

Or, l'effet translatif des droits d'exploitation que produit le contrat d'auteur étant mis à part, il apparaît rapidement qu'aucune obligation pesant sur l'auteur n'est un élément caractéristique d'une qualification contractuelle. L'obligation de délivrance ou la garantie des droits cédés ne sont évidemment en rien des critères distinctifs. Quant à l'obligation de préférence, dont la loi fait l'accessoire du seul contrat d'édition, son caractère accessoire exclut pareillement toute influence sur la scène des qualifications contractuelles.

Il n'en va pas de même, en revanche, des obligations du cocontractant de l'auteur, qui participent à l'identification des diverses qualifications spéciales que prévoit et régit le code de la propriété intellectuelle. Certes, quelques obligations sont pareillement accessoires : reddition des comptes, conservation du support de création, respect du droit moral. La combinaison du prix monétaire et de l'obligation d'exploiter joue en revanche un rôle de premier plan. Reposant tous deux sur l'exigence d'un prix monétaire et d'une obligation d'exploiter, les contrats d'édition et de production audiovisuelle se distinguent néanmoins par le contenu exact de la seconde : seul l'éditeur supporte *nécessairement* une obligation de fabriquer des exemplaires en nombre, laquelle peut être tenue pour l'élément distinctif du contrat. Au contraire, l'obligation d'exploiter ne participe pas de l'essence de la qualification des contrats de représentation et de commande pour la publicité. Aussi faut-il relever, dès lors qu'ils comportent tous deux nécessairement un prix monétaire, qu'aucun trait distinctif ne peut être détecté entre ces deux figures. La remarque introduit ce faisant à un constat plus fondamental : contrairement à la plupart des catégories du droit civil, les qualifications contractuelles forgées par le code de la propriété intellectuelle ne sont pas définies sous le prisme exclusif du contenu obligationnel. Ce qui distingue plus fondamentalement chacune des figures spéciales, c'est la qualité des parties ou l'objet des prestations, c'est-à-dire l'environnement du contrat.

TITRE 2

UN CRITÈRE NÉCESSAIRE : L'ENVIRONNEMENT DU CONTRAT

176. Objet du transfert et qualité des parties. – Pour appliquer le régime d'un contrat prévu et réglementé par le code de la propriété intellectuelle, il faut constater que l'accord présenté porte sur un objet couvert par un droit de propriété littéraire et artistique, mais aussi qu'il concerne un créateur, voire un exploitant de statut particulier. C'est dire que tout contrat d'auteur ne se définit exactement comme tel qu'en contemplation de l'environnement dans lequel il s'insère⁸⁸³.

Quant à l'objet du transfert, une précision terminologique n'apparaît pas inutile. La doctrine s'accorde aujourd'hui, très majoritairement, sur l'idée que le contrat n'est pas qu'un acte créateur d'obligations, mais comporte aussi d'autres effets, tels l'extinction ou le transfert d'un droit⁸⁸⁴. L'expression « *objet de l'obligation* » peut dès lors être critiquée : s'il existe bien une obligation d'exploiter, le transfert de droit est un effet du contrat, et non une obligation née de celui-ci. L'expression « *objet de la prestation* » ne paraît toutefois pas plus satisfaisante de ce point de vue, dans la mesure où le transfert de droit, regardé tel un effet du contrat, n'est pas plus une *prestation* qu'une *obligation*. En outre, la distinction entre « objet de l'obligation » et « objet de la prestation » – l'obligation aurait pour objet une prestation,

⁸⁸³ Pour une référence à l'environnement du contrat, V. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, n°743, qui préfère cependant opposer structure interne et externe de qualification – terminologie qui paraît cependant moins explicite. Qu'il s'agisse de l'objet du transfert ou de la qualité des parties, il s'agit bien de situer une convention dans son environnement : la nature de l'objet – œuvre, meuble, immeuble... - ou la qualité particulière d'une partie – auteur, transporteur, etc. – ne dépendent pas de la teneur de l'accord, mais de considérations qui échappent aux cocontractants, qui peuvent néanmoins donner une coloration particulière à la convention.

⁸⁸⁴ V. sur cette distinction P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, 771. V. aussi *supra*, n°16.

laquelle aurait à son tour pour objet une chose ou un service⁸⁸⁵ – paraît très artificielle dans l'hypothèse d'une obligation de ne pas faire ou d'une prestation d'ordre intellectuel. Au fond, est-il d'ailleurs nécessaire de s'accorder sur une expression générique ? La notion d'objet sert à préciser ce sur quoi porte l'exploitation ou le transfert que produit le contrat ou l'obligation née de ce dernier. L'« objet du transfert » désigne tout simplement ce sur quoi il porte. Or c'est cet objet du transfert qui constitue un facteur de qualification du contrat d'auteur : l'existence d'une protection est un élément incontestable de la qualification d'une telle convention. L'enjeu n'est pas moins qu'une définition de ce qu'est véritablement un contrat d'auteur, *i.e.* un contrat soumis au droit commun des obligations artistiques. En outre, loin de se différencier toujours selon le type de prestation proposée, les qualifications nommées du droit d'auteur se distinguent bien plus souvent au regard de la nature de l'objet du droit ou du droit lui-même, la plupart des contrats spéciaux étant ainsi définis par rapport au type d'œuvre de l'esprit ou de prérogative qu'ils concernent. L'objet du transfert exerce ainsi une influence aussi bien sur la qualification de contrat d'auteur que sur les diverses qualifications nommées de la matière (chapitre 1).

Cependant, il ne s'agit pas là du seul critère, certes complémentaire, mais indispensable, de la qualification du contrat d'auteur : suite logique de l'orientation protectrice du régime prévu par le législateur, la qualité d'auteur doit être érigée en critère de qualification. Certes, il ne s'agit plus ici de tracer une ligne de partage entre les diverses qualifications nommées, cette qualité de créateur étant envisagée dans son unité. Mais il en est différemment de la qualité de l'exploitant, qui, n'étant pas un fondement de l'application du droit commun des obligations artistiques, peut parfois être érigée en condition externe d'une qualification nommée (chapitre 2)

⁸⁸⁵ V. en ce sens X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°31.

Chapitre 1

L'OBJET DU TRANSFERT

« L'œuvre est au premier chef genèse, et son histoire peut brièvement se représenter comme une étincelle mystérieusement jaillie d'on ne sait où, qui enflamme l'esprit et actionne la main, et se transmettant comme mouvement à la forme, devient œuvre »⁸⁸⁶.

177. Insaisissable, expression de la grandeur de l'homme mais aussi, parfois, de ses faiblesses les plus déchirantes, l'œuvre de l'esprit est assurément une chose singulière. Comment donc s'étonner que cette singularité retentisse sur la qualification des contrats conclus par son auteur ?

En droit civil, l'objet du transfert ne constitue pourtant, en principe, qu'un facteur de qualification en sous-ordre : à l'intérieur d'une catégorie contractuelle, telle la vente, apparaissent des sous-catégories en fonction de la nature de la chose vendue – c'est ainsi que se distinguent ventes mobilière et immobilière, par exemple⁸⁸⁷. *En droit d'auteur*, les fonctions de l'objet de l'exploitation sont, au contraire, beaucoup plus diverses. Tantôt cet objet constitue-t-il le seul critère discriminant d'une catégorie contractuelle. Tantôt s'agit-il d'un facteur de qualification complémentaire : si le contrat d'auteur se distingue par ses obligations principales, la qualification est néanmoins liée, *en outre*, à l'objet de l'exploitation. Tantôt, enfin, il constitue à titre exceptionnel un simple facteur de qualification en sous-ordre.

Cette triple fonction de l'objet du transfert n'opère cependant qu'en procédant à une double détermination de ce dernier. En effet, il faut d'abord déterminer les droits d'exploitation qui constituent cet objet : ce n'est que dans la mesure où le contrat porte sur un droit d'exploitation que le droit commun des contrats d'auteur peut recevoir application, et c'est au

⁸⁸⁶ Paul KLEE, *Théorie de l'art moderne*, Denoël, 1985.

⁸⁸⁷ Sur cette fonction de l'objet du transfert en tant que facteur de qualification de sous-ordre, v. F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ 1967, préf. J. Brèthe de la Gressaye, p. 29. Cette influence participe du phénomène de spécialisation croissante du phénomène contractuel.

regard de la diversité de ces prérogatives que s'ordonnent les différentes qualifications spéciales (section 1). Cela étant, les contrats nommés par le code de la propriété intellectuelle procèdent d'une logique catégorielle qui va au-delà de la diversité des droits d'exploitation : ce n'est, parfois, qu'au regard de la diversité des œuvres de l'esprit, objets des droits d'exploitation, qu'une qualification spéciale se distingue tout à fait des autres (section 2).

Section 1

L'OBJET DU TRANSFERT : UN DROIT D'EXPLOITATION⁸⁸⁸

178. Si le droit commun des contrats d'auteur n'a vocation à s'appliquer qu'aux conventions portant sur un droit d'exploitation (sous-section 1), c'est même autour d'un type de prérogatives déterminées que s'ordonnent la plupart des qualifications spéciales (sous-section 2).

Sous-section 1

L'EXISTENCE DE DROITS D'EXPLOITATION ET LA QUALIFICATION DE CONTRAT D'AUTEUR

179. La qualification de contrat d'auteur est liée à l'existence d'un monopole d'exploitation. En effet, s'il est impératif qu'existe une œuvre de l'esprit pour qu'existe un contrat d'auteur, encore faut-il relever que la convention ne porte pas sur l'œuvre de l'esprit en tant que telle, pas plus que sur sa création ou le support qui la recueille : elle vise au contraire l'exploitation de droits⁸⁸⁹ (§1.). Il importe ainsi de déterminer quels sont précisément les droits pouvant être exploités (§2.).

§ 1. – L'EXPLOITATION DE DROITS

180. La définition légale des contrats prévus et réglementés par le code de la propriété intellectuelle présente sans équivoque une référence aux droits reconnus sur l'œuvre de l'esprit, annonçant qu'ils constituent le véritable objet de l'exploitation⁸⁹⁰. Cela étant, s'il faut

⁸⁸⁸ Il ne s'agit pas ici de préjuger de la nature juridique du droit d'exploiter : celui-ci s'entend ici aussi bien du droit d'exploitation tel qu'il est entre les mains de l'auteur que d'un droit personnel ou de droits de propriété sur le résultat de l'exploitation. V. sur ce point *infra*, n°363s. Il s'agit seulement de signaler que l'exploitation porte sur les droits nés à l'égard de l'œuvre, non sur la création elle-même.

⁸⁸⁹ C'est d'ailleurs ainsi que s'intitule le titre III du livre premier de la première partie du CPI : « Exploitation des droits ».

⁸⁹⁰ Le contrat d'édition est défini comme le « *contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent (...) le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre (...)* »

mettre en exergue l'incidence de l'existence des droits d'exploitation sur la qualification du contrat (A), il convient en revanche de souligner qu'il importe peu que leur exercice soit paralysé (B).

A. – L'existence des droits d'exploitation

181. Si la reconnaissance d'un monopole produit des effets sur la qualification du contrat (1), il n'en est pas de même de sa disparition (2).

1) La reconnaissance légale d'un monopole

182. Lien entre qualification du contrat et qualification d'œuvre de l'esprit. – Dans la mesure où la loi ne subordonne pas la protection à l'accomplissement de formalités⁸⁹¹, l'existence de droits d'exploitation dépend seulement de celle d'une œuvre de l'esprit protégeable. La qualification d'œuvre de l'esprit s'impose ainsi clairement dans la perspective d'une qualification de tel ou tel accord en contrat d'auteur. Ceci est attesté par la lettre même des dispositions relatives aux divers contrats nommés par le code de la propriété intellectuelle : s'y trouve une référence explicite à l'objet du droit, avant même celle faite aux droits s'y rapportant⁸⁹².

(art. L.132-1 CPI, souligné par nous). S'agissant du contrat de production audiovisuelle, la loi prévoit que « *le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle (...) emporte, sauf clause contraire (...), cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation (...)* » (art. L.132-24 CPI, souligné par nous). La définition de nombre d'autres contrats suit approximativement le même schéma : V. p. ex. les art. L.132-31 (contrat de commande pour la publicité), L.132-34 (nantissement du droit d'exploitation des logiciels), art. L. 212-3 (droit des artistes-interprètes sur l'exploitation de leur « prestation »). Quant à la définition du contrat de représentation, présenté comme « *celui par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne (...) à représenter ladite œuvre (...)* » (art. L.132-18 CPI, souligné par nous), elle est certes plus ambiguë. Il ne fait pourtant aucun doute que le droit d'exploitation (droit de représentation) en constitue le véritable objet, et non l'œuvre de l'esprit en tant que telle, la formule législative ne traduisant que l'embarras que suscite le défaut d'exclusivité, et partant la réserve à l'égard de la terminologie « cession de droit » (V. *supra*, chap. 1, n°...).

⁸⁹¹ Art. L.111-1 CPI : « *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, **du seul fait de sa création**, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* » (souligné par nous).

⁸⁹² Ainsi le contrat d'édition est-il défini comme le « *contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent (...) le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre (...)* » (art. L.132-1 CPI, souligné par nous). S'agissant du contrat de production audiovisuelle, la loi prévoit que « *le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle (...) emporte, sauf clause contraire (...), cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation (...)* » (Art. L.132-24 CPI (souligné par nous). Le contrat de représentation est présenté comme « *celui par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne (...) à représenter ladite œuvre (...)* » Art. L.132-18 CPI (souligné par nous). Là encore, la définition légale de chaque contrat suit approximativement le même schéma.

Une question se pose donc inévitablement : est-il vraiment opportun qu'aucune définition de l'œuvre protégeable ne soit inscrite dans le marbre de la loi ? La doctrine, de manière générale, en doute⁸⁹³. Aussi l'originalité oscille-t-elle, comme un pendule de droite à gauche, entre l'empreinte de personnalité et l'apport intellectuel propre à son auteur⁸⁹⁴. Ainsi encore demeure évanescence la distinction entre l'*idée*, « de libre parcours »⁸⁹⁵, et la *forme*, ouvrant le chemin borné de la propriété littéraire et artistique⁸⁹⁶. S'en remettre à une réflexion sur chaque cas particulier peut certes éviter de commettre une injustice. Mais cela conduit aussi à ajouter aux variations dans l'application de la règle de droit, inéluctables, des variations possibles de la règle elle-même – ce qui éloigne encore davantage de la vérité, peut-être aussi d'une véritable justice⁸⁹⁷. S'il n'est pas douteux que, face à cette lacune, la jurisprudence ait un rôle de premier plan à jouer sur la scène d'une définition de la création⁸⁹⁸ – la doctrine éclairant ses pas, ou plutôt s'efforçant de démêler l'écheveau des critères disparates successivement utilisés⁸⁹⁹ – il faut se demander si, en la matière, la loi des parties ne peut cependant fournir un guide plus averti.

183. Absence de liberté contractuelle. – Assurément non, l'absence de sécurité juridique ne saurait pourtant être palliée par la diligence des cocontractants. Certes, la lecture de quelques contrats-types suffirait à rendre compte de la conscience qu'ont les praticiens de la difficulté de tracer une frontière entre œuvre de l'esprit originale et idée non protégeable. Dans les

⁸⁹³ La démission du législateur est généralement dénoncée (son silence « paraît surtout témoigner aujourd'hui d'une certaine perplexité devant la diversité des œuvres », selon MM. LUCAS, in *Traité*, n°42). Il avait déjà été souligné ailleurs qu'« il y a (...) un curieux paradoxe, de la part du législateur, à ne pas se préoccuper des notions fondamentales » (A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », JCP 1981, I, 3681, n°4, p. 253).

⁸⁹⁴ Sur la condition d'originalité et son approche variable selon l'objet de la protection, œuvres d'art pur d'un côté, œuvres des arts appliqués, logiciels, bases de données et autres créations utilitaires, de l'autre. V. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°80s. - P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°34s. – Ch. CARON, *Manuel*, n°76s.

⁸⁹⁵ Chacun reconnaît évidemment la célèbre formule de Desbois, *Traité*, p. 22.

⁸⁹⁶ Sur les faiblesses de la distinction entre idée et forme, v. not. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°38s., qui préfère retenir un critère de précision. V. aussi, favorable à une protection, Ph. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », CCE 2001, chron. n°4.

⁸⁹⁷ V. M.-A. HERMITTE, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels », in *Arch. phil droit* 1985, p.331. Si l'œuvre de l'esprit compte au nombre des « concepts mous », le problème est que ceux-ci n'en sont pas moins d'usage nécessaire. S'il est clair que l'œuvre de l'esprit renvoie à une réalité donnée, il appartient au juriste de forger un concept juridique qui en fixe exactement les contours. De puissants impératifs de sécurité juridique et de justice militent en ce sens. Cela étant, l'imprécision présente l'avantage considérable d'offrir la souplesse, de permettre l'évolution, l'adaptation du concept à des réalités auxquelles il n'avait pas été songé ou permis de penser au moment de son élaboration : V. C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, thèse, éd. L'Harmattan, 2003, spéc. p.168 ; X. LINANT DE BELLEFONDS, *Droits d'auteur, droits voisins*, Cours Dalloz, 2^e éd., 2004, n°54.

⁸⁹⁸ V., soulignant le rôle du juge dans l'appréciation (souveraine) de l'originalité révélatrice de l'œuvre de l'esprit, X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°112 à 114.

⁸⁹⁹ V. not., outre les auteurs précités, I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, éd. Cédidac, Genève, 1985 – O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999 – T. RABANT, *La notion d'œuvre de l'esprit*, th. Paris II, 2000.

définitions que donnent ordinairement ces contrats de la « bible », du « format » ou du synopsis par exemple, le degré de précision attendu est souvent indiqué⁹⁰⁰. Il s'agit la plupart du temps d'une esquisse des grandes lignes du scénario, des caractères des principaux personnages, etc. L'exigence de détermination paraît ainsi remplie.

Toutefois, la condition d'originalité échappe totalement aux parties. En effet, il ne faut pas confondre leur évidente liberté de détermination de l'objet du contrat (étape d'ailleurs nécessaire de la formation de celui-ci) avec celle d'attribuer à l'objet de leur accord la qualité d'œuvre de l'esprit. La raison en est simple : quelle serait la légitimité des bénéficiaires d'une protection *légale* à en définir eux-mêmes l'objet ? Si la définition d'un objet de propriété intellectuelle appréhende des réalités complexes, étudiées par nombre de disciplines, c'est au droit – le droit objectif, s'entend – que doit revenir le dernier mot. L'enjeu d'une telle définition est l'insertion dans le système juridique, et le bénéfice d'une protection particulière offerte par la loi⁹⁰¹ : c'est donc à la société fondée sur ce système de définir cet objet⁹⁰². Que la faveur attachée à l'objet de propriété intellectuelle repose sur la volonté sociale de laisser à

⁹⁰⁰ V. not. les contrats-types établis par les sociétés de gestion telles la SADC, la SCAM etc., qui comportent tous des définitions précises de la « bible » ou du « format », ou encore de la « série »... A dire vrai, leur définition est très rigoureuse, au point que l'on sort peut-être presque du domaine de l'« idée déterminée »... Ex. de définition : « par « bible », les parties conviennent d'entendre (...) un document écrit décrivant de façon détaillée le cadre général dans lequel évolueront les personnages principaux de la série (...) ; la bible doit également contenir des exemples de sujets à développer, ainsi que le synopsis de quelques épisodes et un épisode complet et dialogué » (souligné par nous). On ne peut exclure cpt. que des contrats soient établis sur des projets nettement moins déterminés.

⁹⁰¹ En dernière analyse, le droit – en tant que prérogative – peut être compris comme la *reconnaissance* juridique, par la Société, d'un lien entre une personne et une chose, ou entre personnes. V. Ch. CARON et H. LECUYER, *Les Biens*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1^{er} éd., 2002, p.12 à 14, et p.17. Selon cette analyse, les biens sont des droits, jamais les choses en elles-mêmes, justement parce que c'est par l'intermédiaire des droits (sanctionnés juridiquement parce que reconnus socialement) que l'emprise sur les choses est juridiquement permise. C'est même de manière certaine que les biens incorporels tirent leur existence de leur consécration juridique : v. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF 2004, t. 2, n°712 (« leur existence vient du droit ») – P. ROUBIER, *Unité et synthèse des droits de propriété industrielle*, Mélanges M. PLAISANT, Sirey, 1960, p.161 – A. PIÉDELIÈVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, Mélanges M. DE JUGLART, LGDJ-Litec, 1986, p.55 – J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz, 1991, p.277 – R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », RTD civ. 1958, 331. V. aussi *infra*, n°313s. C'est donc entre l'intérêt de la Société et l'intérêt individuel que l'objet du droit doit être circonscrit.

⁹⁰² Dans la fonction présentée comme récompense du travail, le Droit d'auteur ménage deux intérêts opposés : d'une part celui de l'auteur, qui est d'obtenir l'exclusivité la plus complète et la plus longue de l'exploitation de ses œuvres, d'autre part celui de la Société, qui est d'obtenir l'accès le plus libre possible à ces dites œuvres. Il semble alors que c'est simplement en fonction de cette balance des intérêts de l'auteur et de la Société que l'objet de droit doit être défini. V. p.ex., sur l'intérêt du public, R. PRADES, *L'intérêt du public et le droit d'auteur*, th. Paris XII, 1999. La rémunération de l'effort créateur peut ainsi être fondée sur des considérations de stricte *justice*, mais dans l'approche du droit de la concurrence, elle est consacrée aussi (ou avant tout) parce qu'elle est *utile* : sans celle-là, l'effort serait découragé, et aucune innovation ne serait plus proposée sur le marché. L'intérêt général lui-même commande également la solution : si l'intérêt du public ou des consommateurs est d'obtenir accès au produit de la façon la plus libre possible, il est dans son intérêt que la création soit encouragée. L'intérêt général et l'intérêt particulier sont satisfaits ensemble ; le juste rejoint l'utile.

ceux qui en sont à l'origine le bénéfice d'en exploiter la valeur, ou qu'elle soit tenue pour une émanation du droit naturel, la solution doit être la même⁹⁰³ : il ne revient bien entendu pas aux parties de se reconnaître elles-mêmes ce mérite, de s'octroyer de leur seul fait la récompense que la loi, positive ou naturelle, réserve à des cas déterminés. La matière est au demeurant irriguée d'ordre public.

Tout pouvoir des parties est donc exclu. À cet égard, n'est-il pas aussi intéressant de relever que la réglementation de la plupart des contrats d'auteur prévoit expressément la garantie des droits⁹⁰⁴ ? Celle-ci implique en effet celle de l'existence de l'objet de droit... Une clause par laquelle l'auteur imposerait à son cocontractant la définition de l'objet du contrat en tant qu'œuvre de l'esprit pourrait ainsi s'analyser en une clause d'exclusion de garantie, dont la validité est douteuse entre professionnels de spécialités différentes⁹⁰⁵. Cette absence de pouvoir des parties sur la définition de l'œuvre de l'esprit n'est ainsi que le reflet de cette même impuissance relativement à la qualification du contrat : aux termes de l'article 12 du code de procédure civile, le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée, les parties ne pouvant le lier qu'en ce qui concerne les droits dont elles ont la libre disposition⁹⁰⁶. Or il est incontestable que la qualification de l'objet d'une protection offerte par la loi ne doit pas être laissée à la disposition des parties. Le moyen peut alors même être soulevé d'office⁹⁰⁷. La conclusion est claire : les contrats d'auteur ne peuvent pas être conclus en l'absence d'œuvre originale, quand bien même les parties l'auraient voulu.

⁹⁰³ Il semble que quel que soit le fondement du droit qu'on retient, on ne peut pas ne pas être d'accord avec cette idée qu'une prérogative individuelle ne peut naître en dehors de la société et encore moins contre elle. Certains auteurs, présentant à raison le droit d'auteur comme un droit naturel, mettent en garde contre un fondement social (v. p. ex. B. EDELMAN, « Nature du droit d'auteur. Principes généraux », J-CI PLA, fasc. 1112, spéc. n°33s. - Ph. GAUDRAT, « Théorie générale du droit moral », J-CI PLA, fasc. 1210, spéc. n°7s.). Mais quand la propriété intellectuelle est érigée en droit de l'homme, en droit fondamental, c'est le principe de son existence qui est visé. Les modalités de cette existence, révélées par ses finalités, traduisent malgré tout l'équilibre entre intérêt particulier et intérêt de la Société. De même, la définition de ce qui mérite protection et de ce qui ne la mérite pas révèle un choix de société, et ne dépend pas la pure volonté individuelle : l'intérêt particulier ne fait pas loi. La loi est l'expression de la volonté générale, et c'est elle qui définit l'objet de protection.

⁹⁰⁴ V. les art. L.132-8 CPI (contrat d'édition), L.132-26 (contrat de production audiovisuelle). Pour une étude approfondie de la garantie, v. *infra*, chap. 7.

⁹⁰⁵ Sur la nullité des clauses évasives de garanties entre professionnels de spécialités différentes, v. not. F. COLLARD-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2007, n°292.

⁹⁰⁶ Sur ce pouvoir du juge, v. S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 28^e éd., 2006, n°684s. - J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Précis Domat Montchrestien, 3^e éd. 2006, par Th. LE BARS, n°268s.

⁹⁰⁷ Sans devoir l'être nécessairement, ainsi qu'en a récemment décidé Cass. Ass. plén., 2007, GP 11 janv. 2008, 13, concl. de GOUTTES ; D. 2008, AJ 228, obs. L. DARGENT ; JCP 2008, II, 10006, note L. WEILLER.

184. Possible requalification judiciaire du contrat. – Cela étant, la question reste posée de la *validité* du contrat conclu sur ce qui était considéré comme œuvre de l'esprit, et qui se révèle ne l'être point. C'est alors qu'il faut envisager la possibilité d'une *requalification* de la convention, et que, par contrecoup, l'on discerne bien la spécificité du contrat d'auteur.

Lorsque lui est soumis un contrat dont la *validité* est contestée, le juge a en principe le choix entre deux solutions : prononcer l'annulation totale ou partielle de cette convention, selon que l'élément concerné a été ou non déterminant du consentement, ou qualifier le contrat en d'autres termes que ceux invoqués par les parties, à condition que cette requalification soit possible⁹⁰⁸. En effet, on sait que la validité d'un contrat peut s'apprécier sous deux aspects : il est des causes de nullité qui affectent toute convention, quelle que soit la qualification spéciale qui peut lui être donnée, parce qu'elles tiennent au droit commun des contrats ; il en est d'autres qui s'apprécient en revanche par rapport à la structure interne ou externe de tel ou tel type de contrat que les parties auront entendu conclure⁹⁰⁹. Selon la cause de nullité avancée par le requérant, le juge peut donc avoir à trancher la question de savoir à quelle catégorie se rattache le contrat précisément conclu par les parties. C'est seulement s'il estime que la forme contractuelle choisie par les parties convient seule à leur accord que le défaut d'un élément constitutif sera retenu comme motif d'annulation du contrat. Si au contraire la volonté des parties révèle qu'une autre forme convient à leur accord, pour lequel cette forme sera valide, le juge a toute latitude pour lui faire produire effet sous la qualification exacte restituée.

Dans l'hypothèse examinée ici, l'objet sur lequel les parties ont contracté se révèle n'être pas une œuvre de l'esprit, à défaut de constituer une création – la compilation est banale, les informations sont livrées à l'état brut, l'« argument » ou le « concept » audiovisuel relèvent de l'idée non protégeable, etc. Si la qualification de contrat d'auteur est liée à celle d'œuvre de l'esprit, il importe donc de savoir si le défaut de création doit se traduire par la nullité de la convention, ou si cette dernière peut être autrement qualifiée, subsumée sous une catégorie de

⁹⁰⁸ Sur cette alternative offerte aux juges, v. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd., 2001, n°124s., qui soulignent que la requalification, pouvoir que les tribunaux ne peuvent d'ailleurs abdiquer (n°125), n'est pas en principe un devoir pour eux (n°127).

⁹⁰⁹ L'examen de la validité suit plus qu'il ne précède celui de la qualification, chaque fois que la condition de validité n'est pas commune à tout contrat. C'est par rapport aux exigences de la qualification que la validité de l'acte est éprouvée. Sur la distinction entre structure interne (structure d'obligations) et structure externe de la qualification, v. *supra*, n°10.

contrat civil. En l'absence de jurisprudence significative sur ce point⁹¹⁰, la réflexion peut emprunter plusieurs voies, selon les circonstances :

- Tout d'abord, pourrait être invoqué un vice du consentement : il y aurait eu erreur sur les qualités substantielles ou dol, par exemple⁹¹¹. Dans ce cas, la nullité demandée ne peut être prononcée que si l'élément sur lequel a porté l'erreur ou le dol était un élément déterminant du consentement⁹¹². Le choix entre nullité ou requalification dépendra d'abord de ce facteur. Si l'existence d'une œuvre de l'esprit se présente tel un élément déterminant du consentement du cocontractant de l'auteur, sans doute la nullité du contrat pourra-t-elle ainsi être demandée par ce dernier⁹¹³. Or cette qualité d'œuvre de l'esprit sera bien souvent au centre de la négociation, et donc un élément déterminant. L'erreur semble de surcroît pouvoir être admise, quand bien même le défaut d'originalité ou de forme protégeable ne serait établi que postérieurement à la conclusion du contrat⁹¹⁴. Cela étant, la position rigoureuse qu'adopte la jurisprudence à l'égard du « professionnel averti », dans le cadre d'une action en contrefaçon

⁹¹⁰ V. TGI Paris, 21 février 1990 (affaire de « La Marseillaise » de Jean-Paul Goude), *Images juridiques*, 15 avril 1990, note P.-Y. GAUTIER, RIDA 4/1990, 307, obs. A. KÉRÉVER : avait été consentie une cession de droits exclusifs de retransmission télévisuelle d'un spectacle du 14 juillet ; le spectacle est jugé constituer « un fait historique non susceptible d'appropriation et d'exclusivité » (ce qui est critiquable, v. obs. P.-Y. GAUTIER préc.) : partant, « la clause d'exclusivité du droit litigieux ne pouvait (...) être garantie » (sic) par le cédant. Il faut noter que, dans cette décision, le tribunal n'évoque pas clairement la nullité du contrat, ou du moins la qualification juridique du contrat conclu sur cette œuvre jugée non protégeable...

⁹¹¹ Pour des exemples de vices du consentement sanctionnés en droit d'auteur, v. not. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°462-463.

⁹¹² Sur cette exigence du caractère déterminant du vice du consentement pour qu'il emporte nullité, V. p. ex. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 10^e éd., 2007, n°155 (caractère déterminant de l'erreur, apprécié *in concreto*) , n°186 (caractère déterminant du dol) et n°192 (caractère déterminant de la violence, appréciable aussi, selon lui, *in concreto*).

⁹¹³ Sauf à considérer que la garantie prévue dans le contrat d'exploitation est la seule voie qu'il lui est possible d'emprunter. Il faut ici noter que la jurisprudence exclut en effet le cumul de la garantie des vices cachés et de la nullité pour erreur (v. Cass. 1^e civ., 14 mai 1996, Bull. n°213, D.1998, 305, 1^e esp., note F. JAULT-SESEKE, suivi par Cass. civ. 3^e, 7 juin 2000, CCC nov. 2000, comm. n°159 de L. LEVENEUR). Mais d'une part, le cumul reste possible s'agissant d'une erreur provoquée par dol (v., en dernier lieu, Cass. 1^e civ., 6 nov. 2002, Bull. n°260, JCP 2002, I, 184, n°1-5 obs. F. LABARTHE, CCC 2003 comm. n°38 de L. LEVENEUR), et d'autre part il faudra voir plus avant si la garantie légale instituée dans le CPI peut suivre ce régime édicté à propos de la garantie du droit civil de la vente.

⁹¹⁴ Il est en effet admis que pour caractériser l'erreur, *croyance* fausse par rapport à la *réalité*, la croyance s'apprécie à la date de conclusion du contrat, comme en principe la réalité, interdisant de retenir des modifications futures de la chose (v. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, n°162). Mais cette éminente doctrine s'empresse d'ajouter qu'« à cela il faut ajouter une précision pour le cas où la réalité – qui intrinsèquement n'a pas changé – n'a été connue ou précisée que par la suite. Dans ce cas, on appréciera toujours la réalité au jour du contrat, mais on pourra faire appel aux données ultérieures qui ont permis de discerner ce qu'était exactement cette réalité ». Et de citer l'exemple de la vente du tableau : « la réalité s'appréciera au jour de la vente (c'est bien le même tableau qui n'a pas changé), mais tenant compte des expertises ou des opinions postérieures sur l'origine du tableau » (v. civ. 1^e, 13 déc. 1983, D. 1984, 340, note J.-L. AUBERT, JCP 1984, II, 20186, concl. GULPHE, RTD civ. 1984, 209, obs. F. CHABAS). Il semble qu'il en va de même dans notre hypothèse : si ce n'est que postérieurement au contrat que le juge a l'occasion de rejeter la qualification d'œuvre de l'esprit, cette qualité ferait en fait défaut dès le jour de la conclusion du contrat, permettant d'établir l'erreur de l'exploitant.

intentée par un tiers⁹¹⁵, laisse à penser que l' « erreur » ne saurait être tenue pour excusable, du moins s'agissant d'un professionnel du secteur culturel⁹¹⁶. Quant au dol, il faut le réserver au cas où un auteur se serait contenté de copier une œuvre préexistante, ou, en d'autres termes, il aurait *pleinement conscience* de n'avoir pas accompli d'acte créatif et aurait pourtant *sciemment* présenté la chose comme création personnelle. Sa bonne foi se présume en tout état de cause⁹¹⁷. La nullité n'apparaît donc pas inéluctable, même si la qualité d'œuvre de l'esprit est un élément déterminant : le contrat devrait souvent pouvoir être requalifié en contrat spécial du droit civil, déterminé d'après la nature des obligations stipulées.

- Cependant, il faut s'interroger aussi sur le rapport entre l'inexistence de l'objet de propriété intellectuelle et le défaut d'objet du contrat⁹¹⁸. S'il n'y a pas réellement œuvre de l'esprit, s'ensuit-il nécessairement que le contrat n'a plus d'objet ? Une réponse positive paraîtrait sans doute excessive. Une *chose* semble bien demeurer dans cette hypothèse : seulement perd-elle une de ses qualités attendues, ce qui renvoie à l'erreur ou au dol. Pourtant, le contrat d'auteur porte sur les droits, et non sur l'œuvre en tant que telle : l'hésitation provient alors du fait que, si fait défaut une véritable création, il n'*existe* pas de droits... Là encore, ne conviendrait-il pas d'avoir égard à l'intention des parties ? Le juge ne pourrait-il pas qualifier autrement la convention, plutôt que l'annuler, à partir du moment où la qualification d'œuvre de l'esprit, et partant le transfert de droits, n'apparaissent pas déterminants des opérations envisagées ? La nullité étant encourue *de droit*⁹¹⁹, ne devrait-elle pas au contraire être obligatoirement prononcée par le juge à l'initiative de la partie qui la demande ? Ce serait oublier la précellence de l'opération de qualification lorsque la condition de validité s'attache à une qualification spéciale. Le juge a toute latitude pour apprécier la réalité du défaut d'objet, et c'est en ce sens que l'intention des cocontractants peut en fait être prise en compte : l'objet de l'accord de volontés peut ne pas être l'exploitation de droits d'auteur, mais l'élaboration ou l'utilisation d'un produit déterminé, peu important au final sa qualité d'œuvre de l'esprit. Le contrat conclu à propos d'un travail intellectuel qui n'entre pas dans la catégorie des œuvres

⁹¹⁵ La complicité du professionnel est très souvent retenue en matière de contrefaçon : v. not. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°764s., et la jurisprudence citée. N'oublions cpt. pas que l'hypothèse envisagée ici n'est pas celle d'une contrefaçon, mais celle de l'absence d'œuvre de l'esprit protégeable : il s'agit simplement de raisonner par analogie.

⁹¹⁶ Sur l'exigence du caractère excusable de l'erreur prétendue, v. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, n°169 (appréciation *in concreto*, selon not. la compétence du cocontractant).

⁹¹⁷ V. spéc. art. 1116 C. civ., selon lequel le dol doit être prouvé et ne peut se présumer.

⁹¹⁸ Il va sans dire que le défaut d'objet constitue également une cause de nullité des conventions (il faut souligner ici que l'indétermination du prix n'est plus un facteur général de nullité, mais ce n'est pas notre hypothèse ici). V. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, n°233s.

⁹¹⁹ V. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, n°386.

de l'esprit pourrait dans un tel cas être qualifié non plus sous la forme du contrat d'auteur originellement empruntée, mais sous celle d'un contrat civil adéquat. La qualification civile appropriée ne pourrait alors être choisie qu'au regard de la nature des prestations envisagées (fabrication d'exemplaires, diffusion...). Aussi, au-delà de la particularité de l'objet de droit d'auteur, objet des prestations contractuelles, est-il important de se référer à la nature de ces prestations pour découvrir la qualification civiliste à laquelle tel ou tel contrat d'auteur peut être rattaché, moule devenant la seule possibilité de valider le contrat conclu à propos d'un objet auquel se trouve finalement déniée la qualité d'œuvre de l'esprit. Voilà d'ailleurs pourquoi l'ambition de cette étude est de dépasser la spécificité du droit d'auteur dans la perspective d'un rapprochement avec les classifications civilistes. Enfin, il est intéressant de relever que la nullité pour défaut d'objet, traditionnellement analysée comme absolue, se rapprocherait, selon une partie de la doctrine, des nullités relatives, protectrices des intérêts privés⁹²⁰ : la demande en nullité devrait ainsi être réservée, dans ce cas, au cocontractant de l'auteur.

Bien entendu, il est fréquent que, dans la plupart des cas où la qualification d'œuvre de l'esprit est sujette à hésitation, l'exploitant, par élémentaire prudence, n'accepte pas de suite une offre de cession, mais se borne à négocier une commande ou une option. Le premier cas ne soulève guère de difficultés : le donneur d'ordres doit payer le prix de la commande dès lors qu'il en a réceptionné l'objet, quand bien même la protection de celui-ci par le droit d'auteur serait remise en cause⁹²¹. Dans l'hypothèse d'un contrat d'option, la situation est différente : le consentement qu'exprime d'ores et déjà le créateur porte sur la cession de droits d'auteur, ce qui implique d'assimiler cet accord au contrat de cession et, partant, de reprendre les conclusions précédentes.

⁹²⁰ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les obligations*, Précis Dalloz 9^e éd. 2005, n°271 : les auteurs font un parallèle entre l'absence de cause, dont la sanction consiste, au terme d'un récent revirement de jurisprudence (V. Cass. 1^e civ., 9 novembre 1999, D.2000, p.507, note CRISTAU, Defrénois 2000.250, obs. J.-L. AUBERT – position confirmée par 20 février 2001, Bull. n°39), en une nullité relative, et le défaut d'objet, qui procède d'une logique similaire ; ils plaident de ce fait dans le sens d'une nullité relative, protectrice des intérêts privés, et non de la nullité absolue que retenait ordinairement la jurisprudence en la matière. V. aussi Ch. LARROUMET, *Les Obligations, Le contrat*, Economica, *Traité de droit civil*, 6^e éd. 2007, t. III, 1^e partie, n°539.

⁹²¹ Comp. B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, Litec 2007, n°40, s'agissant de la commande d'un « concept » d'œuvre audiovisuelle.

2) La disparition du monopole

185. Expiration du monopole, terme du contrat d'auteur. – Lorsque les droits patrimoniaux sont parvenus au terme de leur durée légale, le contrat d'exploitation liant les héritiers de l'auteur au cessionnaire prend nécessairement fin⁹²². C'est le signe le plus évident que le contrat a pour objet l'exploitation, non pas de l'œuvre de l'esprit en tant que telle, mais des droits reconnus à son égard. Aussi, lorsque le monopole a expiré, quiconque peut exploiter l'œuvre dans la plus grande liberté. Un éditeur pourra la publier de sa seule initiative, un entrepreneur de spectacles la représenter sans requérir quelque autorisation que ce soit ni verser une quelconque rémunération aux ayants cause de l'auteur. Cependant, quelques difficultés peuvent apparaître. Soit, par hypothèse, un contrat portant cession d'un droit d'exploiter pour dix ans à compter de la conclusion du contrat, alors que le monopole expire avant terme, ou a même déjà expiré au moment de la négociation : il est évident que l'exploitant n'a plus, au-delà de l'expiration du monopole, aucun intérêt à poursuivre l'exécution du contrat – notamment à verser des redevances. Lorsque le monopole expire ainsi au cours de l'exécution du contrat, le contrat est privé d'objet en cours d'exécution, et devrait ainsi être frappé de caducité⁹²³. Il ne paraît pas pertinent, en effet, de situer le litige sur le terrain de l'inexécution, dans la mesure où le transfert de droit, effet du contrat, s'est produit au moment de l'échange des consentements⁹²⁴. Lorsque le monopole a expiré avant la conclusion du contrat, le contrat est privé d'objet *ab initio* : il s'agit d'un objet impossible ou inexistant⁹²⁵ – la situation est comparable à celle qui résulte de l'absence de protection.

Un vice du consentement serait sans doute invoqué avec moins de succès : l'erreur ne paraît pas vraiment excusable, s'agissant d'un professionnel qui pourrait sans peine se renseigner sur

⁹²² L'art. L.131-3 CPI impose que mention soit faite de la durée du contrat. Ainsi, même si la cession est consentie jusqu'à la révolution complète du monopole, le contrat d'auteur est-il toujours un contrat à durée déterminée, en ce sens qu'un terme est prévu. Sur ces conséquences, v. *infra*.

⁹²³ Sur la caducité, sanction de la disparition d'un élément essentiel du contrat, v. p. ex. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois 3^e éd. 2007, n°668.

⁹²⁴ L'exploitant pourrait songer à se placer, dans l'hypothèse d'une expiration du monopole en cours de contrat, sur le terrain de l'inexécution, et croire pouvoir cesser le paiement en vertu d'une exception d'inexécution, ou demander la résolution (résiliation) du contrat. Mais le transfert de droits s'est produit : le contrat a été exécuté. C'est l'objet (ou la cause), au sens de l'article 1108 du code civil, qui disparaît en cours de contrat. La théorie des risques (*res perit domino*) est inapplicable à un double titre : non seulement le transfert s'est produit, l'objet du transfert (les droits cédés) n'a pas disparu avant sa délivrance, mais encore faut-il douter que l'expiration du monopole puisse constituer un cas de force majeure : ce n'est pas un événement imprévisible.

⁹²⁵ Sur la notion d'objet impossible, qui se rattache à celle d'objet inexistant (art. 1129 C. civ.), v. p. ex. Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat*, 1^e partie, n°387.

la date d'expiration du monopole⁹²⁶ ; le dol supposera établies les manœuvres du cédant. Ainsi appartiendra-t-il tout au moins à l'exploitant d'engager une action en nullité (ou en caducité) du contrat pour se soustraire à l'exécution du contrat.

Mais surtout, il faut relever que, en toute hypothèse, la disparition du monopole n'a d'effet que sur la validité du contrat, non sur sa qualification : l'existence d'un monopole est nécessairement, dans un tel cas, un élément déterminant du consentement, qui interdit toute disqualification du contrat. L'exercice du monopole appelle d'ailleurs des conclusions similaires.

B. – L'exercice des droits d'exploitation

186. Conséquences de la contrefaçon sur le sort du contrat d'auteur. – Une œuvre de l'esprit doit pouvoir être qualifiée comme telle alors même qu'elle s'inspirerait d'une œuvre préexistante, dans la mesure où un réel apport créatif peut être relevé⁹²⁷. Il faut donc se garder de confondre absence de création et reprise d'éléments préexistants. Pour autant, si l'œuvre préexistante utilisée est encore couverte par le monopole, il est impératif de requérir l'autorisation du ou des titulaires du droit de reproduction et d'adaptation de l'œuvre reprise⁹²⁸. De surcroît, utiliser une œuvre préexistante peut même porter atteinte au droit moral de l'auteur de cette dernière. Celui-ci devra donc consentir à la création de l'œuvre dérivée, quand bien même ces droits patrimoniaux ne seraient plus entre ses mains, ou les héritiers (du droit au respect) quand bien même le monopole aurait expiré. Une œuvre créée en violation de ces droits constituerait une contrefaçon⁹²⁹.

⁹²⁶ Il suffit, pour établir la durée du monopole, d'établir le point de départ de la durée de protection, d'après les éléments fournis par les art. L.123-1s. CPI (la règle étant que l'auteur est protégé sa vie durant et ses héritiers 70 ans après sa mort). Il n'est pas difficile de déterminer la date du décès, et de calculer ainsi la durée de protection.

⁹²⁷ Sur ce point, v. Ch. CARON, *Manuel*, n°91.

⁹²⁸ V. art. L. 113-4 CPI.

⁹²⁹ Le plagiat n'est ainsi qu'une forme de contrefaçon (P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°749). Sur la distinction entre contrefaçon et plagiat, un peu désuète, v. C. COLOMBET, *Précis*, n°389 : le terme plagiat a pu, historiquement, désigner des reprises non condamnables ; il est plutôt aujourd'hui utilisé pour distinguer la contrefaçon par imitation de celle par reproduction pure et simple, qu'elle soit intégrale ou partielle.

187. Nullité du contrat. – Or la contrefaçon, à l'évidence, ne saurait être sans incidence sur la validité du contrat⁹³⁰. Ainsi, si l'existence d'une telle contrefaçon ne paraît pas pouvoir caractériser un défaut d'objet du contrat (1°), il faut savoir dans quelle mesure son caractère illicite justifie en revanche l'annulation (2°), à l'instar de la sanction fulminée en cas de vice du consentement (3°).

1° Si une œuvre porte violation de droits préexistants, le succès de l'action en contrefaçon doit, au minimum, se traduire par la cessation du trouble, sans préjudice évidemment de dommages et intérêts versés à la victime⁹³¹. L'existence du monopole d'exploitation de l'œuvre dérivée paraît donc purement théorique. Est-ce à dire qu'elle peut être complètement déniée ? En droit des marques par exemple, le respect de droits préexistants est une condition même de la protection : la marque doit être *disponible*⁹³². Mais en droit d'auteur, même si la protection des œuvres dérivées est accordée « sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale »⁹³³, rien n'autorise à voir dans le respect des droits des tiers une *condition* de l'octroi même du monopole. La propriété littéraire et artistique naît, est-il besoin de le rappeler, du seul fait de la création, et de ce seul fait⁹³⁴. Bien entendu, si fait absolument défaut toute création, il n'existe pas d'œuvre de l'esprit, et subséquemment pas de monopole. Mais si seuls certains éléments sont repris – la contrefaçon étant ainsi établie – alors que d'autres constituent une véritable création – l'existence d'une œuvre de l'esprit étant ainsi caractérisée – on ne peut que neutraliser le monopole né du fait de cette part créatrice. En effet, il importe de distinguer entre l'*existence* des droits et leur *exercice*, seul ce dernier devant souffrir de la répression qui s'attache justement à la contrefaçon. Deux observations peuvent principalement être avancées en ce sens. D'une part, la paralysie des droits d'auteur suffit à constituer obstacle à l'exploitation de l'œuvre plagiaire, et partant à la cessation du trouble causé. D'autre part, il s'explique ainsi que cette œuvre pourrait, dépouillée des éléments retenus au titre de la contrefaçon, être exploitée dans le respect des droits de son auteur. De façon encore plus évidente, une autorisation de l'auteur de l'œuvre première pourrait lever l'entrave à la diffusion de l'œuvre dérivée initialement réalisée sans son accord... C'est bien le signe, s'il en fallait un, que les droits existent au moins à l'état latent, à

⁹³⁰ Une difficulté apparaît également au niveau de la garantie que doit l'auteur. Cela étant, résoudre le problème suppose d'arrêter la qualification du contrat au regard du droit civil, et sera donc examiné dans la seconde partie de cette étude.

⁹³¹ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°437.

⁹³² Art. L.711-4 CPI.

⁹³³ Art. L.112-3 CPI (sur les œuvres dérivées de manière générale), L113-4 CPI (sur l'œuvre composite)

⁹³⁴ Art. L.111-1 CPI.

défaut de pouvoir être exercés. S'agissant du sort du contrat que l'auteur de la contrefaçon aurait préalablement conclu, il faut ainsi convenir que, si la lettre des dispositions du code de la propriété intellectuelle fait une référence explicite, dans la définition des contrats spéciaux de la matière, à l'existence des droits, du moins du monopole patrimonial, l'objet du contrat *existe*, même si les droits qui le constituent ne peuvent être *exercés*.

2° Cela étant, un contrat ne peut porter sur un objet exclu du commerce juridique, sous peine de nullité⁹³⁵. Il s'agit ainsi de savoir si une œuvre porteuse de contrefaçon peut être considérée comme un tel objet. Loin d'être évidente, la réponse à cette question ne se dégage qu'au terme d'un raisonnement en deux temps.

- De manière évidente, la contrefaçon présente un caractère illicite : la contrefaçon est un délit, *i.e.* tant une faute civile qu'une infraction pénale⁹³⁶. Cela étant, ce serait procéder par ellipse que de déduire de ce seul caractère illicite des objets contrefaits leur exclusion totale et définitive du commerce juridique. Les règles relatives aux conditions d'attribution du brevet d'invention et du droit de marque préviennent des errements d'une telle démarche : si l'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs peut justifier un refus de protection, celui-ci ne doit pas pouvoir être déduit de la seule contrariété aux législations en vigueur⁹³⁷. Le droit d'auteur invite d'autant plus à la circonspection qu'il ne refuse pas même le principe d'une protection des œuvres portant atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs⁹³⁸, même si leur exploitation peut être interdite ou restreinte sur d'autres fondements⁹³⁹.

Certes, un arrêt de la Cour de cassation a adopté une solution tranchée, selon laquelle les objets matériels contrefaits seraient purement et simplement hors commerce – qualification justifiant ainsi l'annulation pure et simple du contrat⁹⁴⁰. En revanche, il semble que

⁹³⁵ Art. 1108 et 1128 C. civ.

⁹³⁶ Art. L.335-2 et L.335-3 CPI ; sur l'infraction de contrefaçon, v. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°419s. – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°940s.

⁹³⁷ Art. L.611-17 CPI s'agissant du droit au brevet, art. L.714-3 b) et c) s'agissant des marques.

⁹³⁸ La protection de telles œuvres est en général rattachée à la règle d'indifférence de leur mérite. V. p.ex. X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°147.

⁹³⁹ Ainsi not. par le biais des visas d'exploitation de films (v. le décret du 23 février 1990), et leur classification permettant l'interdiction de certaines œuvres en fonction de l'âge du public. Les critères sont cependant parfois très incertains (v. p. ex S. DUPUY-BUISSON, « Les incertitudes de la qualification juridique de « film pornographique » », LP n°180, 2001, II, p.42).

⁹⁴⁰ V. Cass. com., 24 septembre 2003, D. 2003, p.2683, note Ch. CARON ; P.A., 28 mai 2004, p.13, notes E. TRICOIRE et B. PARANCE : selon cet arrêt, « la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente » (annulation du contrat par lequel une entreprise de prêt-à-porter avait cédé à une autre des modèles

l'exclusion du commerce juridique, traditionnellement fulminée à raison de l'atteinte portée à des « tabous » de la société, ne devrait pas pouvoir être étendue de façon aussi générale à des contrefaçons intellectuelles qui, au demeurant, prennent de multiples visages, de la reproduction intégrale pure et simple aux emprunts limités, en passant par l'imitation de l'œuvre protégée. En effet, les intérêts en cause peuvent être très différents – du préjudice essentiellement économique, que constitue par exemple la circulation de copies serviles, aux préjudices variés, d'ordre moral notamment, que peut souffrir l'auteur victime d'un plagiat ou d'une diffusion irrespectueuse de l'intégrité physique ou de l'esprit de son œuvre. Quoiqu'il en soit, il importe de se demander si ces atteintes touchent vraiment à des valeurs sacrées, ou à la dignité humaine. Les commentaires qu'a pu provoquer cette solution relèvent généralement une évolution de la finalité traditionnelle de cette exclusion du commerce juridique : si elle était auparavant réservée aux atteintes à des valeurs supérieures, elle se fonderait désormais aussi sur la simple absence de propriété de la chose objet du contrat, ou sur la violation de réglementations diverses⁹⁴¹. Mais il semble qu'en réalité, tout dépend de la portée de la solution de principe que la Cour a dégagée. Ainsi est-il possible de penser qu'à certains égards, le principe d'une exclusion du commerce juridique peut s'inscrire tant dans la logique traditionnelle – certaines contrefaçons pouvant effectivement porter atteinte à des valeurs fondamentales – que dans une logique plus novatrice, attentive à la protection de la propriété – la fabrication et la circulation d'objets contrefaits, comme en l'espèce, portant surtout atteinte à des intérêts économiques. La difficulté est alors que, paradoxalement, la solution n'est claire que lorsque le fondement est autre que celui ordinairement avancé. En effet, si l'arrêt récent de la Cour de cassation quitte le terrain des tabous de la société pour un fondement tiré de l'absence de propriété de la chose objet de la convention, il faut se demander si la solution n'est pas limitée à l'hypothèse d'espèce, la diffusion de copies serviles, autrement dit de *supports matériels* de la création. De fait, il convient de dissocier

contrefaits, cassation de l'arrêt qui avait rejeté la demande de l'acquéreur condamné pour contrefaçon, le dol du vendeur ou le caractère déterminant de l'erreur n'ayant été prouvés en l'espèce).

⁹⁴¹ Que ces commentaires approuvent ou désapprouvent, d'ailleurs, la solution au cas d'espèce. M. TRICOIRE, approuvatif, se félicite de cette extension de l'extra-commercialité fondée sur une illicéité objective, elle-même fondée sur l'absence de propriété (v. note sous com., 24 septembre 2003, P.A. 28 mai 2004, p.13). Mais ce fondement de l'« inaptitude (des contrefaçons) à faire l'objet d'une propriété » nous paraît, lui aussi, d'une généralité contestable : si l'on peut bien admettre que des exemplaires contrefaits ne puissent pas être appropriés, l'on a souligné que, par exemple, le monopole sur une œuvre plagiaire existe, à défaut de pouvoir être exercé. Le fondement avancé épuise donc sa pertinence dans le cas d'espèce. Mme PARANCE est quant à elle réservée sur cette « instrumentalisation de la définition des choses hors du commerce » (*ibid.*, p.18), qui brise la cohérence d'un système fondé sur la protection des tabous de la société, et dont la portée est incertaine (ainsi se demande-t-elle si toute marchandise fabriquée en violation de la réglementation du droit du travail (travail au noir, travail des enfants) devrait être hors du commerce, pour renforcer la lutte contre le travail indigne...).

clairement l'œuvre de l'esprit de son support et, en même temps, de souligner la nuance entre la contrefaçon de l'œuvre et la fabrication de produits contrefaits. Ce que la Cour de cassation exclut du commerce juridique, c'est le support contrefait, non une œuvre contrefaite. La chose fabriquée illégalement peut en effet présenter des vices qui la rendent *irrémédiablement* non conformes à la conception de l'auteur de l'œuvre reproduite⁹⁴², et c'est ce qui explique sans doute que puisse être déniée l'existence même d'une propriété de ces produits – et partant prononcée leur exclusion du commerce juridique. Mais il faut rappeler aussi la distinction qui vient d'être faite entre existence et exercice du monopole sur les œuvres plagiaires : dans tous les cas de contrefaçon par imitation, il *existe* une propriété de l'œuvre contrefaite, même si son *exercice* devient impossible... Une solution tendant à les exclure du commerce juridique devrait dès lors, à défaut de pouvoir se fonder sur l'absence de propriété, reposer sur le fondement traditionnel, ce qui n'est pas acquis : la Cour n'a pas affirmé que la contrefaçon était un tabou, c'est-à-dire une atteinte aux valeurs supérieures ou à la dignité humaine... En définitive, la portée de l'arrêt précité doit être bien cantonnée à l'hypothèse visée : la contrefaçon par reproduction servile de l'œuvre protégée. L'annulation pour illicéité de l'objet ne semble ainsi pas pouvoir être prononcée dans le cas de simple plagiat.

- Cela étant, si la nullité ne peut être obtenue sur ce fondement, peut-être pourrait-elle être réclamée sur celui du défaut de cause. Même s'il ne s'agit que d'obstacle à l'exercice d'un monopole qui existe dans l'absolu, l'exploitation devient impossible. La rémunération consentie à l'auteur par l'exploitant perd-elle pourtant vraiment sa contrepartie ? L'annulation pour défaut de cause s'appuie sur un examen de la *cause catégorique*, cause des obligations respectives des parties à un contrat synallagmatique. La réciprocité des obligations nées du contrat doit alors être vérifiée. Mais c'est justement là que réside la difficulté : le contrat d'auteur est ordinairement ramené à une cession de droits consentie par l'auteur en contrepartie de la rémunération proportionnelle et de l'engagement d'exploiter de son cocontractant. Or si le monopole existe, à défaut de pouvoir être exercé, la contrepartie des engagements de l'exploitant ne fait pas formellement défaut : la cession de droit s'est théoriquement produite... La solution peut toutefois choquer en pratique. On peut tout au moins se demander si le mouvement de subjectivisation de la cause catégorique ne pourrait pas remettre en cause cette opinion⁹⁴³.

⁹⁴² L'objet matériel qui reproduit l'œuvre sera défectueux, les matériaux de mauvaise qualité (le prêt-à-porter fournit évidemment un bon exemple, mais il faut songer aussi aux enregistrements piratés, par exemple).

⁹⁴³ Il est évidemment fait référence ici à la jurisprudence qui se réfère à l'économie du contrat pour déduire l'absence de cause de l'absence d'intérêt que l'un des cocontractants trouve à l'exécution du contrat, et

3° Le cas échéant, l'exploitant pourrait chercher à se prévaloir alors d'un vice du consentement. L'hypothèse risque cependant de se réduire au cas d'école. Une violence exercée par l'auteur (ou des proches) est tout de même peu concevable dans le cadre d'une négociation avec un commerçant, et le dol doit être établi – il faudrait prouver que l'auteur a plagié et proposé un contrat en toute connaissance de cause. Quant à l'erreur, il est très douteux qu'elle puisse être tenue pour excusable, sachant que la jurisprudence, s'agissant de la complicité de contrefaçon, se montre généralement très sévère à l'encontre de la plupart des maillons de la chaîne d'exploitation de l'œuvre contrefaite⁹⁴⁴. Au final, il semble donc très probable qu'une action en annulation du contrat conclu à propos d'une œuvre contrefaite soit pour l'heure rejetée, hormis le cas de reproductions serviles d'exemplaires de l'œuvre. De surcroît, le cocontractant de l'auteur ne devrait pas pouvoir échapper à toute responsabilité à l'égard des tiers lésés. Cependant, cette responsabilité ne devrait pouvoir être recherchée que sur le fondement délictuel. Dans ses rapports avec l'auteur, l'exploitant pourrait au moins l'attaquer sur le fondement de la garantie de jouissance paisible, dont est redevable le créateur au terme de la loi au titre de certains contrats⁹⁴⁵.

188. Absence de pouvoir de requalification du juge. – Le juge n'a pas, contrairement à l'hypothèse d'une œuvre de l'esprit non protégeable, à faire usage de son pouvoir de requalification de la convention. En effet, l'opération de qualification ne s'impose pas préalablement à la recherche d'une contrefaçon, dans la mesure où l'illicéité de l'objet est une cause de nullité du droit commun des obligations. Quelle que soit la qualification du contrat, la répression de la contrefaçon peut en effet faire obstacle au maintien de la convention passée à l'égard de copies serviles, et à l'inverse, la qualification du contrat d'auteur n'est pas compromise du seul fait que l'œuvre est reconnue plagiaire.

non pas seulement à l'absence de contrepartie formelle. V. p. ex. Cass. 1^{er} civ., 3 juill. 1996, Bull. civ. I, n°296, D. 1997, 500, note Ph. REIGNÉ. V. sur ce point Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, n°624. V. aussi J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006, pour lequel la nullité du contrat se justifie en cas, non pas d'absence d'un motif déterminant connu, mais seulement en cas de défaut de la contrepartie convenue (V. spéc. n°187s.).

⁹⁴⁴ V. p. ex. sur ce point P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°764 et les réf. citées.

⁹⁴⁵ V. sur la garantie, *infra*, n°585.

§ 2. – LES DROITS EXPLOITÉS

189. La qualification de contrat d’auteur dépend du type de prérogative visé au contrat : ce dernier ne peut porter que sur des droits afférents à la commercialisation de l’œuvre, cessibles par nature. Ceci exclut la qualification à l’égard des droits patrimoniaux inaliénables ou soustraits à une maîtrise pleine et entière du créateur (A) comme du droit moral, qui n’a pas vocation à être « exploité » (B).

A. – L’exclusion de certains droits patrimoniaux

190. Exploitation des droits patrimoniaux. – Ne peuvent être objets d’un contrat d’auteur que les droits qui permettent de tirer les fruits de l’exploitation commerciale de l’œuvre de l’esprit, et dont l’auteur a conservé la pleine maîtrise : droit de reproduction et droit de représentation principalement, plus généralement tous les droits principaux et dérivés⁹⁴⁶. La qualification de contrat d’auteur est donc exclue à l’égard du droit de suite et d’autres « droits à rémunération », exploités dans le cadre de ce que la loi ou la pratique dénomme usuellement « licence légale ».

191. Exclusion du droit de suite, droit inaliénable. – Le droit de suite est logiquement exclu de la sphère des contrats d’auteur, en tant qu’il n’accorde pas l’exclusivité de telle ou telle exploitation de type particulier : le créateur bénéficie seulement d’un droit à rémunération, laquelle est calculée d’après le prix de vente du meuble corporel que constitue le support original de l’œuvre de l’esprit, objet matériel qui absorbe l’essentiel de sa valeur marchande⁹⁴⁷. De surcroît, il faut tenir compte du caractère inaliénable de cette prérogative⁹⁴⁸, qui s’explique par le risque qu’un créateur démuni se départisse de cette prérogative au profit d’un marchand sans vergogne, afin d’obtenir une contrepartie immédiate pouvant être sans rapport avec les sommes que lui réservent l’exercice de ce droit, d’un montant par définition indéterminable *a priori*. C’est la raison immédiate de son exclusion du domaine de la qualification de contrat d’auteur.

⁹⁴⁶ Ce n’est pas ici le lieu d’entrer dans le détail des droits reconnus à l’auteur, autour duquel s’articulent les différentes qualifications nommées de la propriété littéraire et artistique. Sur ce point, v. *infra*, n°195s.

⁹⁴⁷ V. art. L.122-8 CPI (rédaction L. n°2006-961 du 1^{er} août 2006, art. 48). V. p. ex. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°422s. – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°890s.

192. Exclusion des autres « droits à rémunération ». – Dans de nombreuses hypothèses, l’auteur est dépouillé de la faculté d’autoriser ou d’interdire qu’induit en principe son droit d’exploitation. Il ne peut plus alors s’opposer à l’exploitation concernée, mais simplement prétendre à une redevance sur les fruits qu’elle générera. Le code de la propriété intellectuelle a prévu en de maintes occasions ce mécanisme : cession du droit de reproduction par reprographie en matière de droit d’auteur⁹⁴⁹, licence d’utilisation de phonogrammes en matière de droit voisin⁹⁵⁰, rémunération au titre du prêt en bibliothèque⁹⁵¹. Bien souvent, ces mécanismes sont évoqués comme des cessions *légales*⁹⁵². C’est assez dire que la première impression conduit à relever l’absence d’un véritable *contrat*, ce que confirme l’analyse. Il ne saurait en effet exister de contrat sans que la volonté joue un rôle à quelque niveau que ce soit : liberté de contracter ou de ne pas contracter, liberté de choisir le co-contractant, liberté de déterminer le contenu du contrat, toutes sont plus ou moins annihilées⁹⁵³. L’auteur ne saurait d’abord refuser la cession ou la licence⁹⁵⁴. Sa liberté de choisir son co-contractant est ensuite réduite comme peau de chagrin, puisqu’il doit s’en remettre aux sociétés de gestion agréées⁹⁵⁵. Enfin n’a-t-il pas de prise sur le contenu du contrat, notamment pour réduire la portée de la cession ou de la licence ou négocier la contrepartie, qui en fait dépend plutôt des tractations entre la société de gestion compétente et les différents utilisateurs⁹⁵⁶. Au final, les frontières du domaine des contrats d’auteur sont ainsi dépassées, non pas parce que ces cessions ou licences ne portent pas sur un droit d’auteur (ou droit voisin), mais parce qu’il ne s’agit pas de contrat à proprement parler...

⁹⁴⁸ Art. L.122-8 CPI.

⁹⁴⁹ Art. L.122-10 CPI.

⁹⁵⁰ Art. L.214-1 CPI.

⁹⁵¹ Art. L.133-1 CPI.

⁹⁵² X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°404.

⁹⁵³ Ce triptyque recense les différents aspects de la liberté contractuelle et du dogme de l’autonomie de la volonté (V. F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°23). Le contrat étant *a minima* un accord de volontés, la volonté doit pouvoir s’exprimer sur au moins un de ces aspects.

⁹⁵⁴ Il s’agit de cession ou de licence obligatoire. V. p. ex. X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°404, qui souligne que la cession légale du droit de reproduction par reprographie est obligatoire et d’ordre public.

⁹⁵⁵ Le rôle du cédant se limite à la désignation de sociétés de gestion agréées, et ne saurait déterminer un autre cessionnaire (v. art. L.122-10 al. 1 en matière de reprographie) : la situation est ainsi comparable à celle où le co-contractant est imposé. En outre, le silence du cédant quant à la détermination du cessionnaire ne saurait faire obstacle à la cession (même article, al. 1 *in fine*), ce qui anéantit définitivement la liberté sur ce point.

⁹⁵⁶ Les rémunérations sont fixées collectivement, dans des négociations entre sociétés de gestion et utilisateurs qui ne laissent aucun pouvoir à la volonté individuelle du cédant... En matière de rémunération équitable pour l’utilisation de phonogrammes, v. X. DAVERAT, « Licence légale et rémunération équitable », J.-Cl. PLA fasc.1450, n°39s.

Déduit de la conception synthétique du droit de reproduction⁹⁵⁷, en l'absence de transposition de la directive européenne en imposant la consécration⁹⁵⁸, le droit de location semble au contraire pouvoir être objet d'un contrat de cession. Cela étant, s'imposera soit une qualification innommée, soit – plus fréquemment d'ailleurs – un rattachement à l'une des qualifications spéciales, en vertu de la théorie de l'accessoire.

B. – L'exclusion du droit moral

193. Exclusion des contrats portant sur le droit moral. – Le droit moral ne saurait quant à lui être « exploité », au sens où des fruits seraient tirés de son exercice : protégeant des intérêts moraux ou intellectuels, il se situe hors de l'ordre patrimonial⁹⁵⁹. Les conventions relatives au droit moral, si tant est qu'elles soient admises, ne sauraient ainsi être gouvernées par le droit commun des contrats d'auteur, et c'est bien compréhensible : si le droit moral ne peut être écarté de toute négociation, celle-ci doit être absolument – dans le principe à tout le moins – déchargée de toute dimension financière, ce qui la place naturellement hors de l'autel des contrats d'auteur régis par le code de la propriété intellectuelle au titre de l'*exploitation* de l'œuvre – dans le circuit commercial évidemment⁹⁶⁰. A cet égard, il faut souligner que la jurisprudence, quelque discrétionnaire qu'ait prétendument été son exercice, a toujours veillé à ce qu'il ne découle pas d'inspirations mercantiles⁹⁶¹. Les actes relatifs au droit moral ne relèvent évidemment pas pour autant du seul droit civil : le caractère inaliénable du droit moral interdit toute qualification de cession ou de contrat de mise à disposition. En réalité, il semble bien que, hormis quelques qualifications contractuelles – le mandat par exemple⁹⁶² – le droit moral ne se prête essentiellement qu'à des actes unilatéraux – l'illustration archétypale

⁹⁵⁷ V. Cass. 1^{er} civ., 27 avril 2004, CCE 2004, comm. n°84, note Ch. CARON ; LP 2005, III, 62, note F. SARDAIN ; PI 2004, n°12, 770, note P. SIRINELLI.

⁹⁵⁸ V. not., dénonçant cette absence de transposition, A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°262s. ; Ch. CARON, *Manuel*, n°325.

⁹⁵⁹ Sur l'abus de droit moral, v. Ch. CARON, n°254 et « Abus de droit et droit d'auteur, une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », RIDA 1998/2, 3. V., dubitatif sur l'abus, « Abus de droit et droit moral », D. 1993, chron. 97.

⁹⁶⁰ Comp. A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, études sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, préf. R. Savatier, qui inclut dans la notion d'exploitation les contrats relatifs au droit moral. Il faut bien voir, pourtant, que la notion d'exploitation fédère, dans la loi spéciale, les contrats portant sur les droits patrimoniaux. Il n'est pas contesté que les art. L.131-1 et suivants sont sans application en ce qui concerne les conventions relatives au droit moral.

⁹⁶¹ V., au titre du droit de retrait et de repentir, la jurisprudence *Chiavarino* : Cass. 1^{er} civ., 14 mai 1991, RIDA 1/1992, p.272 obs. P.SIRINELLI.

⁹⁶² V., en faveur de l'applicabilité de la qualification, A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°448 – P.-Y. GAUTIER, « Le mandat en droit d'auteur », Mél. FRANÇON, Dalloz 1995, pp. 223-224.

en est la renonciation⁹⁶³. Mais les limites que la loi assigne à la volonté de l'auteur ou des cocontractants ne dépendent pas du droit contractuel d'auteur, et sont ainsi exclues de cette étude.

194. Conclusion de la sous-section 1. – Le contrat d'auteur se définit ainsi précisément comme un contrat d'exploitation des droits patrimoniaux conférant une véritable maîtrise sur la communication de l'œuvre de l'esprit. Si l'existence de droits d'exploitation est un facteur essentiel de la qualification « générique » de contrat d'auteur, leur diversité constitue pareillement l'axe des qualifications spéciales.

Sous-section 2

LA DIVERSITE DES DROITS D'EXPLOITATION ET LA QUALIFICATION DES CONTRATS SPECIAUX DU DROIT D'AUTEUR

195. En droit civil, la pluralité des objets du transfert de propriété ou de la mise à disposition n'interdit pas, en principe, l'unité de qualification : qu'elle porte sur une chose ou plusieurs, une vente reste une vente⁹⁶⁴. Il en va parfois différemment en matière de propriété littéraire et artistique : certaines qualifications spéciales sont liées à la nature de l'objet du transfert (§1.). Les qualifications innommées, au contraire, ne dépendent pas du type de droit exploité (§2.).

§ 1. – INFLUENCE DE L'OBJET DU TRANSFERT DANS LES QUALIFICATIONS NOMMÉES

196. Certaines qualifications spéciales sont liées à la nature de l'objet du transfert, de telle sorte que si les parties conviennent de l'exploitation d'objets de nature différente, la qualification spéciale semble ne devoir s'appliquer qu'à une partie de l'opération⁹⁶⁵. Il convient cependant de vérifier cette intuition, d'autant plus qu'en la matière, la pratique va

⁹⁶³ V. A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité*, th. Paris I, PUAM 2003, préf. F. POLLAUD-DULIAN.

⁹⁶⁴ Ainsi par exemple, la caractérisation d'un transfert de propriété contre un prix monétaire établira la qualification de vente, qu'il soit considéré ensuite qu'un même contrat de vente porte sur plusieurs choses ou que plusieurs contrats de vente sont conclus concomitamment. La pluralité d'objets du transfert ne constitue pas un problème de qualification.

⁹⁶⁵ Il importe peu, à ce stade de l'étude, de savoir si le contrat qui ne peut recevoir pour le tout la qualification spéciale est *un* contrat mixte ou un composé de contrats – c'est-à-dire de rechercher s'il y a unité ou pluralité contractuelle. Il faut seulement mettre en lumière le domaine d'application de la qualification spéciale.

fréquemment dans le sens d'opérations d'exploitation de grande envergure – l'apparition récente des contrats dits « 360° » étant significative à cet égard⁹⁶⁶. Deux questions doivent ainsi être résolues pour déterminer si la qualification spéciale peut englober l'opération dans sa totalité, ou s'il convient de procéder à une qualification distributive. D'abord, il convient de préciser le sens des termes de la définition du contrat que pose la loi, pour savoir s'ils incluent ou non une exploitation déterminée. Ensuite, s'il s'avère que l'exploitation n'entre pas dans le cadre érigé par le législateur, il faut rechercher si elle présente un caractère accessoire, qui autorise à l'exclure de l'opération de qualification. Sera ainsi révélé le lien qu'opère le législateur entre qualification de contrat d'édition et droit de fabriquer ou de faire fabriquer des exemplaires d'une œuvre de l'esprit (A), contrat de représentation et droit de représentation (B), contrat de production audiovisuelle et droits d'exploitation *primaire* (C).

A. – Lien entre contrat d'édition et droit de fabriquer ou de faire fabriquer des exemplaires d'une œuvre de l'esprit

197. Distinction entre contrat d'édition et autres contrats d'exploitation. – Le code de la propriété intellectuelle se fait quelque peu péremptoire, lorsqu'il affirme que « *le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de reproduction et le droit de représentation* »⁹⁶⁷. Ces deux types de prérogatives sont censés englober tous les actes matériels d'exploitation des œuvres de l'esprit : s'il n'est pas question de dépouiller l'auteur du contrôle de communications auxquelles le législateur ne s'est pas expressément référé, force est alors d'inclure dans le giron de ces deux maîtres droits toutes nouvelles prérogatives que la configuration du marché ou les progrès technologiques invitent à reconnaître au créateur – du moins est-ce le cas dans une « conception synthétique » du monopole d'exploitation, telle que la retient le droit français⁹⁶⁸. Dès lors, il ne serait pas étonnant qu'à cette distinction cardinale entre droit de reproduction et droit de représentation répondent les deux principales figures du droit spécial des contrats d'auteur, les contrats d'édition et de représentation. Le schéma n'est pourtant pas si simple. Si la référence au droit de fabriquer ou de faire fabriquer des exemplaires d'une œuvre de l'esprit semble fonder une distinction du

⁹⁶⁶ Sur cette notion, v. *infra*, n°220.

⁹⁶⁷ Art. L.122-1 CPI.

⁹⁶⁸ V. à ce sujet F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ 1989, n°135 : « une loi qui s'en tient à la « *summa divisio* » entre droit de reproduction et droit de représentation conduit logiquement à une conception extensive de chacun de ces droits. Faute de quoi elle n'offrirait pas de véritable protection » (p.137). Pour une critique, v. A. LEBOIS, « Droit de reproduction », J.-Cl. PLA, fasc. 1246, 2004, n°65s.

contrat d'édition d'avec tant la cession du droit de reproduction (A) que le contrat de représentation (B) et même les contrats d'exploitation des droits annexes et dérivés (C), il importe de montrer à quelles conditions la qualification peut s'appliquer à des contrats qui ne visent pas *seulement* l'exploitation du droit constituant le cœur de la qualification.

1) Distinction entre contrat d'édition et cession du droit de reproduction

198. Contrat d'édition et droit de reproduction. – Le contrat d'édition est défini par l'article L. 132-1 du code de la propriété intellectuelle comme emportant cession du « *droit de fabriquer ou faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre* », par une formule quelque peu alambiquée derrière laquelle il semblerait, de prime abord, pouvoir être découvert le « droit de reproduction », ainsi plus sobrement présenté par l'article L. 122-3 du même code. Pourtant, la portée exacte de cette formule est incontestablement plus restrictive, interdisant de faire du contrat la terre d'accueil de toutes les conventions relatives à l'exploitation par reproduction. « Fabrication d'exemplaires », « de l'œuvre », « en nombre », voilà trois précisions sur lesquelles il importe en effet de porter l'attention.

199. Fabrication d'exemplaires. – La fabrication d'exemplaires n'est qu'un mode de reproduction de la création intellectuelle : alors que la reproduction s'entend plus largement de la « *fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de façon indirecte* »⁹⁶⁹, ce qui inclut notamment toute reproduction consécutive à une adaptation ou traduction de l'œuvre éditée, la référence au droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre ne paraît pas s'étendre à ces opérations de reproduction. La qualification de contrat d'édition n'inclut pas naturellement la cession de droits de traduction ou d'adaptation. Cela étant, la notion d'exemplaire, tenue pour équivalente à celle de support, a pu suivre nombre des évolutions récentes des techniques de communication indirecte des œuvres de l'esprit⁹⁷⁰ : il ne s'agit plus seulement de livres, mais aussi de « phonogrammes » (du 33 tours au SACD, en passant par la cassette audio et le CD), et de « vidéogrammes » (VHS, DVD, Blu-Ray...). Même un fichier mp3 ou DIV-X peut être considéré comme un support, dès lors qu'il existe

⁹⁶⁹ Art. L.122-3 CPI.

⁹⁷⁰ V. aussi à ce sujet L. BREUKER, « Le support de création et le support de commercialisation de l'œuvre », CCE 2003, chron. n°2, p. 13.

bien une trace matérielle de reproduction. Il est ainsi communément admis que le contrat d'édition est le cadre normal de telles exploitations⁹⁷¹.

200. Fabrication d'exemplaires de l'œuvre et reproduction de l'œuvre dans un exemplaire. – Il reste à savoir ce qu'il faut entendre précisément par « exemplaires de l'œuvre ». L'éditeur s'oblige-t-il à fabriquer un exemplaire dédié à la seule reproduction de l'œuvre visée au contrat ? Faudrait-il ainsi exclure de la qualification toutes les conventions qui, tout en visant la reproduction de l'œuvre, ne sont pas destinées à la fabrication d'exemplaires de l'œuvre elle-même, ainsi par exemple un contrat autorisant la publication d'un article ou d'une photographie dans une revue ?

De prime abord, l'on pourrait songer à distinguer deux hypothèses. S'il s'agit d'une œuvre de collaboration (par exemple un reportage illustré), le contrat conclu par les coauteurs devrait indéniablement recevoir la qualification de contrat d'édition. Sera donc conclu un contrat d'édition, auquel les coauteurs seront partie : il s'agit bien de fabriquer des exemplaires de l'œuvre, fût-elle œuvre de collaboration⁹⁷². En revanche, si le support fabriqué rassemble des œuvres de natures diverses, réalisées sans collaboration, il n'est pas interdit de penser que l'impression de celles-ci sur un même support ne devrait plus s'inscrire dans le cadre d'un contrat d'édition. La reproduction de photographies ou d'un texte dans un produit qui rassemble plusieurs éléments n'entre du moins pas de façon évidente dans le périmètre de la qualification.

Pourtant, dès lors que la diffusion de l'œuvre est la contrepartie qui cause l'engagement de l'auteur, une extension du champ de la qualification devrait s'imposer. Ce qui importe est la fabrication d'exemplaires ; la loi ne précise nullement que l'exemplaire doit être le support d'une seule œuvre. Avant même l'adoption de la loi du 11 mars 1957, tant la doctrine⁹⁷³ que la jurisprudence⁹⁷⁴ rangeaient sous la qualification de contrat d'édition les contrats visant une publication en volume ou dans une revue, sous forme de feuilleton. Aujourd'hui, l'article L.132-6 du code de la propriété intellectuelle, disposition insérée dans la section relative au

⁹⁷¹ V. not. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°578. Encore faut-il préciser, pour notre part, que la qualification de contrat d'édition ne peut s'appliquer qu'autant que le contrat est conclu par l'auteur lui-même (V. *infra*, n°257). Or les contrats relatifs à la fabrication de supports de l'œuvre audiovisuelle, par exemple, seront plutôt conclus par le producteur : le régime du contrat d'édition ne saurait alors s'appliquer.

⁹⁷² Sur la qualification du contrat multilatéral, V. *infra*, n°237.

⁹⁷³ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz 1927, p. 268.

contrat d'édition, vise les « *préfaces, annotations, introductions, présentations* », qui assurément ne sont pas publiées séparément de l'œuvre qu'elles présentent, de même que « *les œuvres publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre et par les agences de presse* ». Toutefois, outre la rémunération forfaitaire que le texte précité admet par exception, certaines dispositions devront faire l'objet d'une lecture adéquate à la spécificité de ces publications⁹⁷⁵.

201. Fabrication en nombre. – La référence faite à la fabrication « en nombre » est plus gênante, car elle semble interdire le recours au contrat d'édition lorsqu'il ne s'agit pas tant de commercialiser des exemplaires que de diffuser l'œuvre, certes au moyen d'une reproduction, mais par des canaux qui ne nécessitent pas la médiation d'un support matériel : ainsi évidemment de la circulation par voie de transmission numérique⁹⁷⁶. En fait, surmonter cette difficulté oblige à préciser, avant d'en tirer des conséquences, la distinction entre contrats d'édition et de représentation.

2) Distinction entre contrat d'édition et contrat de représentation

202. Distinction entre contrat d'édition et contrat de représentation. – Si le contrat conclu par l'auteur ne vise pas l'exploitation sous forme de fabrication d'exemplaires, mais seulement la représentation de l'œuvre de l'esprit, la qualification de contrat d'édition ne peut qu'être exclue. Le droit de reproduction reste en effet au cœur de la qualification du contrat d'édition : il est impossible de caractériser un tel contrat si cette prérogative n'est pas au moins partiellement cédée, tandis que l'absence de stipulation relative au droit de représentation reste sans incidence sur la qualification. Mais la confrontation des contrats individuels aux catégories forgées par le code de la propriété intellectuelle s'avère délicate,

⁹⁷⁴ V. p. ex. CA Paris, 6 avril 1861, *Pataille*, 1861, 286 – CA Paris, 27 sept. 1881, *Pataille* 1882, 142 – CA Paris, 3 mars 1920, *Pataille* 1921, 70, GP 22-23 mars 1920, *Le Dr. auteur*, 1920, 51.

⁹⁷⁵ Ainsi par exemple, il est évident que l'exploitation d'un article ou d'une photographie paraissant dans une revue ne peut présenter les mêmes caractères que celle d'un roman : lorsque l'article L.132-12 exige une exploitation permanente et suivie, conformément aux usages de la profession, il faut certainement considérer que les usages de la profession vont dans le sens d'une restriction de la publication et de la diffusion à la parution du numéro.

⁹⁷⁶ On peut estimer cpt. que la diffusion « *on line* » a vocation à s'insérer dans le cadre de l'édition. « Il n'y a certes pas d'« exemplaires », puisqu'on est dans le domaine de l'immatériel, mais tout de même une reproduction possible de l'œuvre à l'infini, par transmission aux Internauts. C'est presque un argument *a fortiori* qu'on pourrait faire valoir », considère ainsi M. GAUTIER, in « Œuvre « multimédia » », J.-Cl. PLA, fasc. 1165, n°65. Cela étant, il faut rechercher un critère précis de distinction entre contrat d'édition et contrat de représentation.

lorsque les parties envisagent l'exploitation sous forme de reproduction aussi bien que sous forme de représentation.

203. Inclusion du transfert du droit de représentation dans le contrat d'édition. –

L'apparition du numérique a bouleversé les vieux schémas de circulation matérielle des œuvres de l'esprit⁹⁷⁷. Si c'est désormais aussi bien « *on line* » qu'« *off line* » que peuvent être communiquées les créations protégées, il faut souligner que, non seulement la reproduction est prise dans son sens général, et non limitée à la fabrication d'exemplaires *stricto sensu*, mais c'est encore même la division reproduction / représentation qui se trouve transcendée, dans la mesure où cette diffusion constitue une représentation aussi bien qu'elle nécessite une reproduction préalable ou simultanée⁹⁷⁸. Dès lors, l'accueil de la diffusion numérique au sein du contrat d'édition suppose une évolution de son cadre originel, conçu en référence à la fabrication d'ouvrages. Il n'est pas sûr, en effet, que l'exploitation numérique puisse se comparer à la fabrication d'exemplaires. N'y aurait-il pas davantage une représentation, la reproduction étant ici finalisée ? La reproduction est techniquement nécessaire pour représenter l'œuvre en page d'écran⁹⁷⁹. Cela étant, il faut bien voir que l'objectif peut être de permettre des reproductions à la demande : soit l'internaute pourra sortir un exemplaire avec ses propres moyens, soit la reproduction sera faite par l'exploitant à la demande. Il s'agit alors bien sûr d'exploitation du « droit de fabriquer ou de faire fabriquer un exemplaire »...

Certains spécialistes, considèrent ainsi que le droit de représentation peut tout à fait être cédé dans le cadre de l'édition⁹⁸⁰, approuvant en cela les usages⁹⁸¹ nés d'une pratique généralisée. Pourtant, cette interprétation extensive de la qualification ne semble pas pouvoir s'imposer *de façon aussi générale*. Tout d'abord, elle est très dénaturante de la lettre du texte – le texte ne définit pas le contrat d'édition autrement que comme cession du « droit de fabriquer en nombre des exemplaires ». Au surplus, elle tend au vampirisme : si le contrat d'édition

⁹⁷⁷ V. p. ex. sur ce point T. DREIER, « L'analogie, le digital et le droit d'auteur », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, p. 119 – J.-L. GOUTAL, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », D. 1997, chron. 357.

⁹⁷⁸ Les internautes constituent un public, même s'il ne s'agit pas d'un ensemble de personnes regroupées dans un même lieu, recevant communication de l'œuvre au même moment : il y a donc représentation au sens du droit d'auteur. V. à ce sujet J. PASSA, *Internet et droit d'auteur*, fasc. 1970, n°85s.

⁹⁷⁹ Il faut aussi tenir compte de l'art. L. 122-5 6° CPI, issu de la transposition de la dir. 22 mai 2001 sur la société de l'information, qui reconnaît une exception en cas de reproduction provisoire présentant un caractère accessoire ou transitoire, à condition qu'elle n'ait pas de valeur économique propre. V. not. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°343s.

⁹⁸⁰ V. not. A. LUCAS, « Contrat d'édition », J.-Cl. PLA fasc. 1320, n°7.

⁹⁸¹ V. not. le contrat-type du Syndicat national de l'édition, art. 5.

devient le moule de droit commun de la diffusion « *on line* », c'est au détriment de la qualification du contrat de représentation, qui devient ici proprement inutile. Il ne s'agit pas de condamner l'évolution des textes, mais de souligner les limites d'une extension qui s'écarte de la logique retenue lors de l'élaboration des qualifications.

204. Principe d'une qualification distributive. – Lorsque le contrat emporte cession *et* du droit de fabriquer des exemplaires *et* du droit de représentation, la qualification distributive s'impose *en principe*. Tout d'abord, il ne faut pas perdre de vue que la qualification n'est que le titre d'application d'un régime donné⁹⁸² : il n'est donc aucune raison de considérer qu'une opération qui n'entre pas dans la définition du contrat d'édition et qu'aucune disposition de son régime ne réglemente de façon spécifique entre naturellement dans le cadre de cette qualification prévue par la loi. Le droit de représentation est au cœur d'une autre catégorie contractuelle, et il faut donc, pour éviter cette qualification et ne retenir que celle de contrat d'édition, justifier de cette mise à l'écart. De surcroît, la loi spéciale est d'interprétation stricte, or un régime propre à un contrat nommé est issu d'une loi spéciale, qui s'ajoute ou déroge au droit commun à toute convention. Certes, l'application de ce principe pourrait sembler contestable au regard du principe d'interprétation *in favorem auctoris* – l'idée serait d'appliquer celui-ci lorsque la réglementation spéciale est favorable à l'auteur. Pourtant, il paraît difficilement invocable au soutien d'une acception étendue des termes de la définition légale des contrats d'auteur : rien ne permet d'affirmer *a priori* que l'application du régime du contrat d'édition est favorable à l'auteur, dans la mesure où celui-ci comporte des obligations spécifiques à sa charge. S'il faut concéder qu'en comparaison de la cession pure et simple du droit de reproduction, le contrat d'édition réserve globalement un sort plus favorable à l'auteur, qui peut ainsi bénéficier de l'obligation d'exploiter, de la reddition des comptes, etc., le principe ne permet pas de trancher le conflit impliquant plusieurs qualifications spéciales protectrices⁹⁸³. Enfin, un même *instrumentum* peut comporter des stipulations relevant de contrats distincts, et appeler une qualification distributive⁹⁸⁴. L'addition de stipulations dans un même acte n'est pas, en effet, un facteur d'unité aboutissant nécessairement à une

⁹⁸² V. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001, n°60.

⁹⁸³ De surcroît, la qualification ne saurait varier selon la disposition dont la mise en œuvre est réclamée, soit une disposition protectrice de l'auteur, soit une disposition prévoyant ses obligations.

⁹⁸⁴ D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon, 1982, n°99 p. 110 – B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrat*, LGDJ 1975, préf. J.-M. MOUSSERON, n°50. V. aussi J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°101. V. enfin, en jurisprudence, Cass. soc., 19 décembre 1952, D. 1953, 333, note SAVATIER : jugé « qu'un tribunal ayant relevé les éléments caractéristiques de contrats différents ne justifie pas, au motif qu'ils font l'objet d'un seul acte, son appréciation que la convention intervenue échappe aux règles régissant ces divers contrats ».

qualification nommée unitaire ou à une qualification innommée. L'indivisibilité matérielle n'est qu'un indice, mais non un élément prépondérant de la qualification du contrat. La qualification distributive d'un contrat complexe est le principe, et seule une manifestation de volonté expresse ou tacite contraire des contractants peut conduire à l'adoption d'une qualification unitaire, sous réserve du respect des règles d'ordre public⁹⁸⁵.

205. Fondement d'une qualification exclusive. – Le critère de l'accessoire, s'agissant de trancher entre, d'une part, l'application d'un régime unique, celui de la qualification d'édition, ou, d'autre part, l'application distributive de régimes propres à chacun des volets de l'opération, paraît suffisant.

La mise en œuvre du critère de l'accessoire semble effectivement possible. Certes, le critère sert ordinairement à hiérarchiser les diverses obligations nées du contrat, non les divers objets de prestation⁹⁸⁶. Or il s'agit moins ici de rechercher une obligation principale que de sélectionner un objet du transfert « attractif », sachant que la structure d'obligations reste identique d'un modèle à l'autre, ou du moins fort proche⁹⁸⁷. On pourrait penser que la mise en œuvre de la théorie est condamnée par la référence de la loi, pour chaque contrat nommé (et ainsi, le contrat d'édition) à un objet spécifique : le droit de fabriquer des exemplaires. Pour autant, la problématique ne paraît pas différente de celle qui se constate en cas de pluralité d'obligations. La théorie de l'accessoire conduit bien à appliquer une qualification forgée en référence à une obligation spécifique, qui ne comporte pas nécessairement ou ordinairement les obligations accessoires exclues de l'opération de qualification. De plus, il y a une perméabilité des catégories : le contrat d'édition se distingue par l'obligation de fabriquer, mais comporte également une obligation d'exploitation permanente et suivie, qui n'est pas définie en tant que telle par référence à un type de droit déterminé. Aucune raison déterminante ne semble ainsi pouvoir justifier l'éviction du critère de l'accessoire, sous forme de principe intangible.

Encore faut-il s'entendre, cependant, sur la teneur du critère. Il semble que l'approche *quantitative* – centrée sur la valeur respective de chaque élément – doive être répudiée,

⁹⁸⁵ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°103.

⁹⁸⁶ Sur cette fonction traditionnelle, v. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. préc., n°341.

comme étant l'œuvre d'une « civilisation grossière et primitive »⁹⁸⁸. Il serait d'ailleurs difficile de préjuger de l'importance économique respective de la fabrication d'exemplaires, d'une part, des autres exploitations, d'autre part. La doctrine s'accorde aujourd'hui sur une conception *qualitative* de l'accessoire, en vertu de laquelle est accessoire ce qui est affecté au service du principal⁹⁸⁹. Une référence à la finalité de l'opération s'impose ainsi pour justifier d'une éventuelle qualification exclusive⁹⁹⁰.

Si l'exploitation d'un des droits d'auteur implique une opération relevant d'un autre droit, cette opération ne revêtant pas une signification propre, la cession de ce dernier ne présente qu'un caractère *accessoire*, qui autorise à l'extraire de l'opération de qualification. Ainsi par exemple, la qualification de contrat d'édition pourra être retenue à titre exclusif si la cession du droit de représentation n'est prévue que pour permettre de mener à bien l'exploitation qui est au cœur de la qualification du contrat : la fabrication et la diffusion d'exemplaires de l'œuvre visée par les parties.

En revanche, lorsque l'exploitation que le droit cédé permet d'accomplir présente un caractère autonome – lorsque, en d'autres termes, la cession du droit de représentation n'a pas pour finalité de permettre l'exploitation du droit de fabriquer des exemplaires – il n'est plus justifié de considérer que la cession du droit autre que celui qui constitue le cœur de la qualification présente un caractère accessoire. Dès lors, la cession ne peut se rattacher au contrat, et un « composé de contrats » devrait être reconnu : par exemple, la qualification de contrat d'édition ne s'appliquera qu'à la cession du droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre, conformément à la définition légale ; la représentation ou l'exploitation d'une œuvre dérivée, qui présentent en principe un caractère autonome, devront recevoir une autre qualification, et constitueront de ce fait un autre contrat – quand bien même une interdépendance serait

⁹⁸⁷ Contrats d'édition et de représentation se distinguent néanmoins en ce que le premier comporte toujours une obligation d'exploiter, tandis que le second ne l'emporte qu'en conséquence de la stipulation d'une rémunération proportionnelle. V. sur ce point *supra*, n°142s.

⁹⁸⁸ En ce sens et sur cette expression, v. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, par R. RODIERE, 1947, n°182. V. aussi X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°347s.

⁹⁸⁹ V. G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, n°20 : « La prépondérance du principal par rapport à l'accessoire apparaît au niveau des buts qui leur sont fixés : le principal poursuit une certaine fin. C'est ce but qui est essentiel et qu'il importe d'atteindre. C'est pour faciliter la réalisation de cet objectif qu'un accessoire est adjoint au principal. L'ensemble formé par la réunion du principal et de l'accessoire vise alors le but qui était déjà celui du principal seul ».

⁹⁹⁰ Comp. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°358, qui se réfère au critère subjectif de la cause de l'engagement du créancier des obligations multiples.

reconnue entre eux⁹⁹¹. Là encore, il s'agit au fond de mettre l'accent sur ce qui constitue le critère normal de la qualification d'édition : l'obligation de fabriquer. La qualification exclusive d'une cession du droit de fabriquer aussi bien que du droit de représentation se justifie lorsque la cession de ce dernier a pour finalité de permettre son exécution, mais seulement en ce cas.

205 bis. Exemple de l'exploitation numérique. – Le critère sera utile, par exemple, face aux exploitations envisageables sur la Toile : on parle aujourd'hui d'édition numérique⁹⁹². Il est indéniable que, lorsqu'il ne s'agit que de promotion de l'œuvre, sur le site de l'éditeur par exemple, la représentation est purement accessoire⁹⁹³. Lorsqu'une véritable édition en ligne est envisagée – commercialisation sous forme de fichiers numériques téléchargeables ou de livres imprimés à la demande – il semble en revanche nécessaire de distinguer. Dans le cas où l'œuvre numérisée, qui ne serait pas accessible sur Internet dans son intégralité, peut être imprimée à la demande par le cessionnaire, puis expédiée à l'internaute⁹⁹⁴, la consultation de l'œuvre sur le réseau pourrait éventuellement s'inscrire aussi bien que la reproduction de l'œuvre dans le cadre d'une édition : l'exploitant, fabriquant des exemplaires à la demande, joue un rôle d'éditeur – la représentation n'est pas une exploitation autonome (communication de simples extraits, etc.) mais, au contraire, n'a pour but que de favoriser l'édition. Si l'œuvre accessible en réseau peut être imprimée par l'amateur, à domicile, la qualification de contrat d'édition devrait en revanche être exclue, dans la mesure où ce n'est pas alors l'exploitant qui procède à la fabrication, pas plus qu'il ne fait fabriquer : l'impression par le client ne peut valoir mode d'exécution (par sous-traitance) de l'obligation pesant sur l'éditeur⁹⁹⁵ : un client

⁹⁹¹ Sur le lien entre qualification et unité du contrat, v. J.-M. MARMAYOU, *Unité ou pluralité contractuelle*, th. Aix, n°10s.

⁹⁹² E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, Cercle de la librairie, 3^e éd. 2005, p. 310s., qui propose un modèle de « contrat d'édition en ligne ». V. cpt. aussi Ch. CARON, « Un nouveau contrat innommé : le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », in *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique*, Litec 2005, p. 259

⁹⁹³ Pour un exemple, V. E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, p. 314 : l'éditeur peut s'engager à présenter des extraits du texte, la première et quatrième de couverture. Le contrat peut être un préalable à l'édition proprement dite – sous forme classique – le contrat prévoyant alors l'intervention de critiques ou de panels de lecteurs pour décider du sort de l'œuvre, etc.

⁹⁹⁴ Ce modèle est concevable pour la fabrication de supports que l'internaute ne pourrait lui-même produire, ainsi d'un livre ou d'une brochure. V. par exemple ce que propose l'IMA. Pour un modèle, v. E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, p. 316.

⁹⁹⁵ *Contra*, V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°562 : « L'E Book, toujours sur l'Internet, peut aussi lui entrer dans le cadre d'un contrat d'édition : la « fabrication en nombre » sera ici la reproduction à l'infini par le téléchargement effectué par les internautes ». Plus réservé, v. aussi P. KAMINA, *Le livre numérique*, CCE déc. 2000, chron. 23, p.10, spéc. n°5. V. aussi P.-Y. GAUTIER, « Œuvre « multimédia » J.-Cl. PLA fasc. 1165, n°65 : « Quant au « on line », il n'y a certes pas « d'exemplaires », puisqu'on est dans le domaine de l'immatériel, mais tout de même une reproduction possible de l'œuvre à l'infini, par transmission aux internautes. C'est presque un argument *a fortiori* qu'on pourrait ici faire valoir ». Il faut pourtant noter que si la

n'est pas un sous-traitant. L'exploitant se contente de fournir une prestation – communication de l'œuvre et autorisation d'imprimer – qui ne nous semble pas correspondre à ce rôle de fabrication d'exemplaires, alors qu'il s'agit de l'obligation principale de l'éditeur⁹⁹⁶. La qualification distributive du rapport entre l'auteur et l'exploitant devrait ainsi aboutir soit à la combinaison d'un contrat de représentation et d'un contrat – innomé – de cession du droit de reproduction, lorsque l'œuvre peut être consultée dans son intégralité – la représentation n'est plus alors une simple communication accessoire – ou, lorsque tel n'est pas le cas, au seul contrat de cession du droit de reproduction⁹⁹⁷.

206. Intervention des parties. – La question se pose enfin de savoir si la qualification distributive peut être exclue par accord des parties, au profit d'une qualification exclusive. Une réponse négative semble s'imposer. En effet, une qualification unitaire ne peut être adoptée si des règles d'ordre public sont contournées⁹⁹⁸. Or si la qualification de contrat de représentation trouve à s'appliquer, considérer que la qualification de contrat d'édition est exclusive conduirait à contourner les dispositions impératives que le code de la propriété intellectuelle comporte à l'égard de toute opération de représentation.

3) Distinction entre contrat d'édition et contrat d'exploitation de droits dérivés (adaptation, traduction et autres)

207. Distinction entre « droit de fabriquer... » et droits annexes. – Là encore, il faut rechercher ce qu'il faut entendre exactement par contrat d'édition. Englobe-t-il ou non les droits de traduction, de *sequel* ou *prequel*, de *merchandising*, etc. ? En prévoyant le régime de l'obligation d'exploiter relativement aux droits annexes et dérivés, les usages de l'édition littéraire semblent implicitement les inclure dans le périmètre du contrat⁹⁹⁹. Le contrat

qualification de contrat d'édition repose sur la cession du droit de fabriquer ou de faire fabriquer *en nombre*, l'exigence s'adresse à l'éditeur. Le client qui imprime chez lui, dès lors qu'il ne peut être considéré comme sous-traitant de l'éditeur, ne procède pas à une fabrication en nombre.

⁹⁹⁶ V. sur ce point *supra*, n°145s.

⁹⁹⁷ Il ne s'agira pas sous cet angle d'un contrat d'édition, puisque l'exploitant ne procédera pas à la fabrication d'exemplaires sous sa responsabilité. Le contrat de représentation s'accompagnera d'une cession du droit de reproduction de droit commun, qui permettra à l'exploitant d'autoriser l'amateur à télécharger l'œuvre. Bien entendu, cette exploitation pourra elle-même être faite au côté d'une édition classique.

⁹⁹⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°103.

⁹⁹⁹ V. art. 3-2 du contrat-type du Syndicat national de l'édition. V. sur ce point S. DURRANDE, *Un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en droit d'auteur*, p. 35. V. cpt Code des usages en matière de littérature générale, art. VI, qui rapporte qu'il « n'a pas été possible aux deux délégations [SNE, Groupe des éditeurs de littérature et Conseil permanent des écrivains] de s'entendre sur le principe de la cession des droits dérivés et annexes et sur ses modalités d'application »...

d'édition présente pourtant le profil de cadre de l'exploitation *primaire* de l'œuvre¹⁰⁰⁰. En effet, le cœur de la convention réside dans le « *droit de fabriquer (...) des exemplaires de l'œuvre* », et non pas dans les droits d'exploitation annexes ou dérivés¹⁰⁰¹. Cependant, la formule n'exclut pas, semble-t-il, quelques exploitations dites *secondaires* de l'œuvre. Il faudrait sans doute réserver un sort différent aux diverses formes d'édition (a) et au cas du droit de traduction et d'adaptation (b).

208. a) Distinction entre diverses formes d'édition. - La pratique semble placer sous la bannière des « droits annexes et dérivés » des formes d'exploitation différentes de l'édition originelle, mais qui consistent en la fabrication d'exemplaires, ainsi par exemple d'une édition de poche ou de luxe ou d'une exploitation sous forme d'« audio-livre »¹⁰⁰². Dans ce cas, bien qu'une mention distincte de chacun de ces modes d'exploitation paraisse requise¹⁰⁰³ – ils présentent indubitablement une autonomie technique et même économique¹⁰⁰⁴ – la qualification de contrat d'édition pourra s'appliquer à chacune de ces opérations. De fait, il s'agit bien de fabriquer ou de faire fabriquer des exemplaires : les frontières de la qualification ne sont pas franchies. Aussi faut-il en tirer toutes les conséquences : le régime du contrat d'édition s'applique pleinement, et notamment l'obligation d'exploitation permanente et suivie prévue à l'article L.132-12 du code de la propriété intellectuelle, qui se réfère aux usages de la profession. Se comprend ainsi qu'une chronologie de l'exploitation puisse être invoquée pour différer ces diverses éditions secondaires, ou encore que l'absence de succès de la première édition justifie le défaut d'exploitation sous d'autres formes.

Il est donc acquis que la qualification d'édition reste applicable. Néanmoins, il s'avère utile de rechercher si les parties ont, ce faisant, conclu un contrat unique ou plusieurs contrats d'édition. En effet, la portée des obligations à la charge de l'éditeur ne sera pas la même selon que l'ensemble des modes d'exploitation prévus seront réunis dans un même contrat ou isolés dans des contrats différents. Dans la première hypothèse, les usages de la profession peuvent

¹⁰⁰⁰ Il convient d'exclure des réflexions suivantes le droit de reproduction par reprographie, le droit de prêt et autres « droits à rémunération » sous licence légale : ils ne relèvent pas du contrat d'édition en tant que tel, dans la mesure où si l'éditeur perçoit une partie des redevances issues de ces cessions légales, c'est en vertu de la loi ou des accords. Il faut néanmoins que les éditeurs doivent les viser dans les accords de cession. V. E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, p. 351.

¹⁰⁰¹ En ce sens, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°646 : « ne constitue pas en soi un contrat d'édition la cession du droit de traduction ou du droit d'adaptation. Si un tel contrat doit être conclu, ce sera le cas échéant par l'auteur de l'œuvre dérivée ».

¹⁰⁰² V. d'ailleurs Code des usages en matière de littérature générale, art. VI.

¹⁰⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁰⁴ V. sur ce point *supra*, n°28.

être invoqués pour justifier de ce que l'éditeur se contente d'abord de publier l'œuvre sous la forme d'une édition classique, et n'exploite qu'ensuite, si l'œuvre rencontre le succès auprès du public, sous la forme d'une édition de poche, de luxe ou d'« audio-livre »¹⁰⁰⁵. Dans le second cas de figure, chaque mode d'exploitation donne lieu à un contrat d'édition distinct : l'éditeur devrait *immédiatement* procéder à la fabrication des exemplaires sous la forme convenue.

Pour résoudre la difficulté, il serait de bonne méthode d'analyser la volonté des parties, et de rechercher l'unité d'objet et de cause de l'opération. Cependant, l'unité du contrat devrait être attestée par le fait que, dans l'intention et l'intérêt du créateur aussi bien que de l'éditeur, ces divers modes d'exploitation sont appelés à se succéder et non à se chevaucher. Mais il n'est pas exclu que deux contrats d'édition distincts puissent être caractérisés lorsque les exploitations peuvent être lancées simultanément, ainsi par exemple pour la diffusion sous forme d'« audio-livre ».

209. b) Distinction entre droit d'édition et droits de traduction et d'adaptation. - Sans doute, la cession qu'implique la qualification de contrat d'édition n'inclut pas *implicitement* les droits qui, tout en se rattachant au droit de reproduction, ne sont pas directement des droits de fabriquer des exemplaires. Ainsi, notamment, du droit de traduction et du droit d'adaptation¹⁰⁰⁶. Au vrai, ne faut-il cependant pas même douter que l'exploitation de tels droits relève du périmètre du contrat nommé qu'est l'édition ?

En effet, il n'est pas évident qu'outre la fabrication d'exemplaires de l'œuvre dans la langue de la création, il faille y ajouter l'exploitation de ces droits. L'œuvre traduite est une œuvre dérivée, non pas l'œuvre visée dans le contrat d'édition. Il semble ainsi que soient dépassés les termes du droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre visée au contrat. Certes, on pourrait tenter un rattachement au droit de *faire* fabriquer des exemplaires. Il n'en demeure pas moins que l'œuvre traduite n'est pas l'œuvre qu'il s'agit d'éditer, mais seulement une œuvre dérivée de celle-ci. De même, l'adaptation audiovisuelle de l'œuvre n'est évidemment

¹⁰⁰⁵ Le code des usages en matière de littérature générale ne contient aucune disposition en ce sens. La pratique est néanmoins indubitablement en ce sens. V. not. E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, p. 232 (modèle de contrat d'édition).

¹⁰⁰⁶ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°646, qui, après avoir rappelé que le terme de reproduction doit être pris dans un sens large d'emprunt à une œuvre préexistante, relèvent que se « pose alors la question de savoir si la cession qu'implique le contrat d'édition inclut normalement les deux corollaires du droit

pas du ressort de la fabrication d'exemplaires. À cet égard, la disposition de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, en son troisième alinéa, pourrait paraître surabondante, comme étant un simple rappel de ce qui découlerait de l'exclusion de la qualification telle que définie par l'article L. 132-1. Mais une lecture attentive permet de déceler l'intérêt réel de cette première disposition, qui est d'ordre probatoire : il est nécessaire que soit passé un contrat *écrit, sur un document séparé*. Le législateur n'a pas ignoré la distinction entre le *negotium* et l'*instrumentum*. En effet, il est fréquent, et sans doute est-ce ce que ce dernier avait à l'esprit, que les documents signés par l'auteur contiennent en réalité non pas un seul contrat (au sens de *negotium*), mais plusieurs... D'où l'utilité de cet article L. 131-3 alinéa 3, qui entend par cette exigence de forme protéger l'auteur. Proches du droit d'adaptation, qui englobe également une adaptation au théâtre ou dans une autre forme écrite (un roman adapté en B.D., par exemple), les droits de *sequel* (suite de l'œuvre), *prequel* (histoire de base) ou *spin of* (réutilisation des personnages) sont, de la même façon, distincts du droit de fabriquer des exemplaires. Les mêmes remarques s'imposent d'ailleurs à propos des droits dits de marchandisage (divers produits commerciaux, jouets et gadgets notamment, à l'image de personnages par exemple). Les produits commerciaux reprenant des éléments caractéristiques de l'œuvre éditée ne se confondent pas avec celle-ci. L'exploitation du droit de marchandisage ne peut donc être subsumée sous celle du droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre.

De cette distinction entre droit de fabriquer des exemplaires et droits dérivés, plusieurs conséquences s'évincent. D'abord, il ne faut pas oublier que l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle exige une mention distincte pour toute forme d'exploitation présentant une autonomie technique¹⁰⁰⁷ : dès lors, il faut surtout insister sur l'idée que la simple référence au « droit de fabriquer des exemplaires » serait insuffisante pour inclure dans le périmètre du contrat la cession de ces droits dérivés, une mention distincte de chacun de ces droits s'avérant au contraire indispensable¹⁰⁰⁸. Mais ensuite et surtout, il importe de comprendre que ces droits annexes ne participent pas de l'essence de la qualification de contrat d'édition. Pareillement à l'hypothèse de l'éditeur se livrant à des actes de représentation, une qualification distributive s'impose dans le principe : application du régime

d'exploitation que sont le droit de traduction et d'adaptation. La formule restrictive de l'article L.132-1 incline à répondre par la négative ».

¹⁰⁰⁷ V. *supra*, n°28..

¹⁰⁰⁸ V. sur ce point *infra*, n°218. Le Code des usages en matière de littérature générale (art. VI) va en ce sens.

de l'édition à la fabrication d'exemplaires de l'œuvre, application du droit commun des cessions aux cessions de droits dérivés. Cela étant, il serait excessif d'exclure toute mise en œuvre de la qualification unique d'édition, cadre possible de *toutes* les exploitations de l'œuvre.

210. Application du critère de l'accessoire. – La mise en œuvre du régime du contrat d'édition n'est pas tout à fait neutre. Si les cessions de droits dérivés ne relèvent pas de la qualification nommée, la réglementation de l'obligation d'exploitation ne s'applique pas, notamment la référence aux usages de la profession. À retenir une qualification mixte et, partant, l'application du seul droit commun des contrats d'auteur aux cessions de droits dérivés, s'impose ainsi une application distincte, pour chaque cession de droit dérivé, du principe de rémunération proportionnelle : doit être prévue pour chaque mode d'exploitation une rémunération distincte, sous forme forfaitaire uniquement lorsque la loi le permet, sinon accompagnée d'une exploitation. Aussi sera-t-il impossible d'envisager la cession de droits dérivés ou secondaires si l'on ne cherche pas d'ores et déjà activement à les exploiter¹⁰⁰⁹. Seul un contrat d'option devrait être envisagé dans le cas contraire. La loi spéciale prévoit en revanche, pour les contrats d'édition, une exploitation conforme aux usages de la profession¹⁰¹⁰. En d'autres termes, il se peut que l'exploitation soit différée, car il est par exemple dans les usages d'attendre pour la traduction de l'œuvre, notamment dans des langues rares, tant que le succès de l'œuvre n'est pas avéré dans la langue originale, seul facteur objectif de prévision du succès en langue étrangère. L'intérêt de la qualification d'édition serait de ne pas conduire à une application rigoureuse de l'obligation d'exploiter, permettant un échelonnement pour chaque droit, cédé malgré tout et pour un temps inexploité.

En dépit du fait que la qualification d'édition n'inclut pas en principe les droits de traduction ou d'adaptation, une partie de la doctrine pense que le contrat qui en prévoirait la cession devrait recevoir cette qualification unitaire¹⁰¹¹. Cependant, le seul argument d'opportunité ne peut suffire à emporter la conviction, étant au demeurant discutable¹⁰¹². Sans doute serait-ce

¹⁰⁰⁹ Sur le lien entre rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter, v. *supra*, n°138.

¹⁰¹⁰ Art. L. 132-12 CPI.

¹⁰¹¹ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°681.

¹⁰¹² *Ibid.* : « Il paraît toutefois difficile d'ériger en principe que l'éditeur est tenu d'exploiter la totalité des droits cédés. La thèse conduirait, en effet, à des résultats inacceptables en contraignant l'éditeur à exploiter simultanément des droits annexes ou dérivés qui n'auraient vocation à être exercés que de façon alternative, à quoi il faut ajouter que les utilisations secondaires concevables sont si nombreuses qu'on ne saurait imposer au cessionnaire de les rechercher toutes. Qu'il suffise de penser aux innombrables exploitations publicitaires ». Malgré le louable pragmatisme dont relève le propos, il est pourtant difficile d'y voir autre chose qu'une pétition

une hérésie économique que de procéder simultanément à l'ensemble des exploitations concevables. Mais nul ne contraint l'éditeur à acquérir l'ensemble des droits patrimoniaux du créateur. En réalité, le but n'est-il pas de conduire le créateur à céder par avance son monopole, à un moment où le potentiel commercial de l'œuvre ne pourra être mesuré ? En réalité, la solution ne semble pas se justifier par l'application du critère de *l'accessoire qualitatif*¹⁰¹³. Il apparaît que le raisonnement proposé au sujet de la distinction entre contrats d'édition et de représentation conserve ici toute sa pertinence. Le choix entre qualification unitaire ou mixte résulte de la mise en œuvre du critère de l'accessoire, en contemplation de la finalité de l'opération. Or il n'est pas douteux que l'exploitation de droits dérivés présente un caractère autonome, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un préalable indispensable à l'exploitation principale. On ne saurait prétendre que l'exploitation de droits dérivés est au service de l'exploitation primaire. En outre, il faut rappeler que le critère de *l'accessoire quantitatif* semble dénué de pertinence¹⁰¹⁴. Aussi l'éditeur ne peut-il se prévaloir des prescriptions de l'article L. 132-12 si la qualification spéciale n'est pas applicable en dehors de la mission de fabrication d'exemplaires.

D'ailleurs, il paraît significatif que le législateur précise, s'agissant de la cession des droits d'adaptation audiovisuelle, que l'éditeur ne s'engage qu'à *rechercher* une exploitation. Un raisonnement *a contrario* pourrait appuyer la thèse selon laquelle, en ce qui concerne les autres droits dérivés, l'éditeur, cessionnaire de droit commun, est au contraire tenu de se livrer à une exploitation immédiatement effective, en cas de prévision d'une participation proportionnelle : à dire vrai, l'éviction de l'exception n'entraîne qu'un retour au droit commun¹⁰¹⁵.

Enfin, une telle approche offre les mérites de la souplesse. L'éditeur désireux de réserver les exploitations dérivées peut aussi bien négocier une cession qu'un contrat d'option, voire un

de principe. Si à l'impossible nul n'est tenu, comment faire la part, lorsqu'une telle position est adoptée, entre les exploitations que l'éditeur pourrait rechercher, compte-tenu du succès de l'œuvre (traduction dans une langue répandue et diffusion dans des pays proches, par exemple), et celles qui ne généreraient aucun profit ?

¹⁰¹³ V. *supra*, n°205, pour une définition.

¹⁰¹⁴ V. aussi *supra*, n°205.

¹⁰¹⁵ Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°681, qui estiment au contraire que, s'agissant d'une disposition spécifique, les autres droits peuvent ne pas être exploités. Reste cependant à justifier cette position. Même à considérer qu'il s'agit d'une règle d'exception, son éviction ne peut qu'entraîner un retour au droit commun... soit l'obligation d'exploiter lorsque s'applique le principe de rémunération proportionnelle (V. en ce sens *supra*, n°138). La position de ces auteurs ne se comprend qu'en se souvenant qu'ils admettent les cessions pures et simples dans des termes bien plus larges que ceux que la loi nous semble autoriser (V. aussi *supra*, n°138).

simple mandat. S'il conclut de suite un contrat de cession, il devrait – pour peu que s'applique le principe de participation proportionnelle, bien sûr – exploiter immédiatement. La solution ne paraît pas choquante, dès lors que l'exploitant aurait pu choisir de ne pas négocier de suite une cession effective¹⁰¹⁶. L'auteur peut quant à lui choisir de négocier la cession de droits dérivés à un moment où il aura pu prendre la mesure du succès de l'exploitation primaire de son œuvre.

211. Rôle des cocontractants. – À tout le moins, il ne paraît pas impossible aux cocontractants de prévoir une clause liant la cession des droits dérivés à l'édition, *i.e.* une qualification unitaire¹⁰¹⁷. En effet, évincer la qualification distributive ne revient ici qu'à contourner une qualification innommée – cession de droit dérivé, pour laquelle le seul droit commun est applicable : la qualification du contrat d'édition étant globalement protectrice de l'auteur, il ne semble pas justifié d'en interdire l'application exclusive¹⁰¹⁸.

La conclusion s'impose ainsi avec la force de l'évidence : dans le contrat d'édition, la nature des droits joue un rôle décisif dans la qualification. Une qualification mixte s'impose dès lors que s'ajoute à la cession du droit de fabriquer ou de faire fabriquer des exemplaires de l'œuvre celle de droits dérivés : la qualification de contrat d'édition ne pouvant pas englober la cession de tels droits, le contrat qui la comporterait pourrait ne recevoir que pour partie la qualification de contrat d'édition.

¹⁰¹⁶ D'un point de vue économique, la situation de l'exploitant n'apparaît pas défavorable : le contrat d'option ne tombe pas sous le coup de la prohibition des cessions globales d'œuvre future, dès lors que ne sont concernés ici que les divers droits d'exploitation d'une *même* œuvre. L'exploitant, bénéficiaire de l'option, doit ensuite prévoir les modalités de la rémunération proportionnelle dès la conclusion du contrat. La situation pourra en fait paraître plus favorable qu'en cas d'application du régime de l'édition, la possibilité d'invoquer les usages pour justifier d'une exploitation différée des droits dérivés pouvant dépendre de l'appréciation des juges, en cas de litige.

¹⁰¹⁷ V. p. ex., pour un modèle de clause E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, p. 232 : « Il est convenu que la non-exploitation de l'un ou plusieurs des droits cédés ne peut en aucun cas être une cause de résiliation du présent contrat, lesdits droits étant cédés irrévocablement à l'éditeur en contrepartie non seulement de la rémunération (...) mais aussi par l'engagement pris par lui de publier l'œuvre en édition courante ».

¹⁰¹⁸ Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°681, qui estiment au contraire qu'il reviendrait aux parties de préciser explicitement que pèse sur l'éditeur une obligation générale d'exploiter les droits annexes et dérivés. Il

B. – Lien entre contrat de représentation et droit de représentation

212. Contrat de représentation et droit de représentation. – À l’instar du contrat d’édition, le contrat de représentation¹⁰¹⁹ semble défini par rapport à la prérogative sur laquelle il porte, le droit de représentation¹⁰²⁰. Il est ainsi conçu pour couvrir tous les modes de communication directe de l’œuvre au public¹⁰²¹.

213. Contrat de représentation et droit de reproduction. – Pareillement au contrat d’édition, les évolutions techniques ne permettent plus de placer le droit au cœur de l’analyse. S’il n’est en effet pas douteux qu’une récitation publique, une exécution lyrique ou d’autres représentations de ce genre ne nécessitent pas en principe de reproduction préalable de l’œuvre communiquée, il est au contraire fréquent que les conditions d’exploitation de l’œuvre audiovisuelle ou musicale, par exemple, invitent les parties à traiter simultanément du droit de représentation et du droit reproduction¹⁰²². C’est donc ici aussi à la finalité de l’opération projetée qu’il conviendrait d’avoir davantage égard.

Il n’en reste pas moins que le raisonnement doit suivre la même voie que celle empruntée pour le contrat d’édition : il n’est aucune raison d’inclure une opération qui n’entre pas dans la définition du contrat de représentation, et qu’aucune disposition de son régime ne réglemente. S’il faut ainsi procéder, en principe, à une qualification distributive, une qualification unitaire en tant que contrat de représentation pourra être retenue lorsque la reproduction est une opération qui n’a aucune autonomie par rapport à la représentation. Dans ce cas, la stipulation relative au droit de reproduction a en effet un caractère accessoire, qui autorise à qualifier d’après le principal. Il conviendrait même de retenir qu’en l’absence de stipulation expresse, il existe une autorisation de reproduction tacite lorsque la représentation permise passe nécessairement par une reproduction préalable.

nous semble que c’est là renverser la logique de protection du créateur, précédemment défendue. C’est à l’éditeur de négocier cette faveur.

¹⁰¹⁹ Contrat de représentation au sens strict et contrat général de représentation, tous deux définis au même article L.132-18 CPI.

¹⁰²⁰ V. A. et H.-J. LUCAS, n°610, qui évoque même la « cession » portant sur le droit de représentation.

¹⁰²¹ V. art. L.122-2 CPI.

¹⁰²² A. et H.-J. LUCAS, n°610 : la représentation ne se réduit pas à l’organisation de « spectacles vivants », ce qui les conduit à préférer le terme diffuseur à celui d’entrepreneur de spectacles pour désigner le co-contractant de l’auteur (n°612).

C. – Lien entre contrat de production audiovisuelle et droits d'exploitation primaire

214. Cession des droits d'exploitation primaire. – Le contrat de production audiovisuelle semble de prime abord échapper à cette qualification d'après la nature des droits dont il vise l'exploitation. En effet, il est incontestable que cette convention se distingue du contrat d'édition et du contrat de représentation par le fait qu'elle emporte, cette fois par principe, cession *à la fois* du droit de reproduction et du droit de représentation, tous deux indispensables à l'exploitation normale de l'œuvre audiovisuelle¹⁰²³. Le contrat de production audiovisuelle n'est pas défini par référence à un droit d'exploitation spécifique : c'est un cadre général, dans lequel peut prendre place l'exploitation de toutes les prérogatives incluses dans la présomption ou expressément cédées.

Il semble cependant que, là encore, la nature des droits joue malgré tout un rôle décisif. Pour preuve, il faut déjà relever que la loi exclut du périmètre de la cession les droits graphiques et théâtraux¹⁰²⁴. Au-delà même de cette première restriction, il faut surtout relever que la loi évoque les « droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle »¹⁰²⁵ : formule assez compréhensive sans doute, mais peut-être pas autant que le souhaiteraient les producteurs. Un point reste certain, en tout état de cause : la ligne de partage, n'étant plus celle entre les deux droits génériques de la matière, ne pourrait qu'épouser la distinction faite de façon plus récente entre les droits d'exploitation « principaux » et les droits dits « accessoires » ou « dérivés ».

En effet, la présomption de cession qui résulte de la qualification est conçue de manière large quant aux exploitations de base, mais reste peut-être inopérante s'agissant des « nouveaux » droits reconnus aux auteurs de l'œuvre audiovisuelle, comme par exemple certains droits d'adaptation. Le contrat de production audiovisuelle se dévoile ainsi comme le cadre général de l'exploitation première de l'œuvre, défini par rapport aux droits classiques dont il présume la cession, sans que celle des droits accessoires qui peut être éventuellement prévue participe

¹⁰²³ V. sur ce point P. KAMINA, « Contrat de production audiovisuelle », J.-Cl. PLA, fasc. 1340, n°16. C'est au fond très logique : la reproduction et la représentation vont de pair dans l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle, *i.e.* la représentation de l'œuvre nécessite l'utilisation d'un support ou d'un vecteur de communication, donc sa reproduction préalable.

¹⁰²⁴ Art. L. 132-24 al. 2 CPI.

¹⁰²⁵ Art. L. 132-24 al. 1 CPI.

de l'essence de sa qualification : la convention resterait un contrat de production audiovisuelle quand bien même la cession de tel ou tel « droit dérivé » ne serait pas prévue¹⁰²⁶.

De plus, il faut relever que la nature des droits ne joue un rôle de premier plan que dans la détermination de la présomption de cession. Une différence notable s'observe à cet égard entre la production audiovisuelle, d'une part, l'édition et la représentation, d'autre part. Le contrat nommé n'étant pas défini par référence à des droits déterminés, le périmètre de la qualification de contrat de production audiovisuelle n'est, en l'absence de cession expresse, que celui de la présomption de cession, mais peut également consister dans celui que déterminent l'auteur et le producteur par une stipulation expresse. Il faut donc distinguer selon que la cession est présumée ou expresse.

215. Étendue de la cession présumée. – Se pose la question de savoir, à défaut de cession expresse, ce que recouvre exactement la présomption de cession. À cet égard, il semble qu'une interprétation littérale de la référence légale aux « droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle » constitue une guide fiable.

Même à restreindre la présomption aux modes d'exploitation principaux, il faut tenir compte de l'évolution des techniques et du marché. Ainsi par exemple, les droits numériques s'inscrivent-ils certainement, aujourd'hui, dans le périmètre des droits d'exploitation principaux¹⁰²⁷. Aussi seront-ils inclus dans le champ de la cession présumée, *i.e.* quand bien même les coauteurs ne les auraient pas expressément cédés. En effet, le procédé du « *streaming* » ou du paiement à la demande sont aujourd'hui devenus des modes d'exploitation courants.

À l'inverse, les droits de « *sequel* » - suites du film – « *prequel* » - histoire de base – « *remake* » - nouvelle version – « *spin of* » - utilisation des personnages dans des aventures différentes – et autres adaptations ne devraient pas être couverts par la présomption de

¹⁰²⁶ Certes, il faut ici prendre acte que la présomption de cession joue « sauf clause contraire ». Mais comme on l'a déjà souligné (chap. 1), cette clause ne peut selon nous s'entendre que d'une exclusion de la « cession » en tant que telle, et ainsi de la possibilité pour les auteurs de limiter la cession dans son étendue, sa durée, les lieux etc. En revanche, cela ne peut s'entendre d'une exclusion totale d'une des prérogatives fondamentales du champ contractuel, dans la mesure où cela rendrait impossible l'exploitation objet du contrat. La « clause contraire » n'aurait aucun sens : il n'y aurait en fait plus de contrat du tout dans ce cas.

¹⁰²⁷ V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°600 p. 675, avec lequel il faut cependant relever que les producteurs feront bien de prévoir expressément cette exploitation.

cession¹⁰²⁸, au motif qu'ils concernent la création d'une nouvelle œuvre : ils ne portent pas, en effet sur l'exploitation de « l'œuvre audiovisuelle » visée par le texte¹⁰²⁹. Une solution contraire serait d'ailleurs étonnante, au vu de l'exclusion, par la loi elle-même, des « droits graphiques et théâtraux » du champ de la présomption de cession¹⁰³⁰. De même, les « droits de marchandisage » ne devraient pas être inclus dans le champ de la présomption, dans la mesure où, là encore, il ne s'agit pas de l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle en tant que telle¹⁰³¹.

216. Étendue de la cession expresse. – En présence de stipulations expresses, le contrat de production audiovisuelle devrait concerner tous les droits que les cocontractants ont visés dans la convention. La loi ne restreint pas impérativement le périmètre de la qualification à l'exploitation des droits principaux : si coauteurs et producteur s'entendent pour y inclure des droits dérivés, les obligations attachées au contrat de production audiovisuelle s'étendront à ces derniers. Le producteur audiovisuel devra ainsi bien peser les conséquences d'une cession étendue, au regard des obligations que la loi met à sa charge : exploiter et rémunérer l'auteur pour tous les modes prévus. Contrairement aux contrats d'édition et de représentation, la qualification devrait s'appliquer de façon générale, sans qu'il soit besoin de justifier d'une attraction de l'accessoire par le principal.

Toutefois, une hésitation paraît permise s'agissant des droits graphiques et théâtraux, dont la loi prévoit que le contrat « n'emporte pas cession »¹⁰³². Les termes sont ambigus : s'agit-il d'une exclusion du champ de la présomption de cession ou, au contraire, de celui de la qualification elle-même ? La seconde interprétation paraît plus conforme à l'esprit du texte : l'exploitation des droits graphiques et théâtraux relève naturellement du contrat d'édition, pour les premiers, du contrat de représentation, pour les seconds. Le régime de ces qualifications nommées est plus approprié que celui du contrat de production audiovisuelle, quand bien même le producteur s'en ferait le cessionnaire.

¹⁰²⁸ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°610 – B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, Litec 2007, n°84s.

¹⁰²⁹ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°610, qui relève que les coauteurs gèrent alors le droit en indivision.

¹⁰³⁰ Art. L. 132-24 al. 2 CPI. Il s'agit peut-être même d'une exclusion du champ de la qualification.

¹⁰³¹ V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°610 – B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°85.

¹⁰³² V. *supra*, n°215.

§ 2. – DÉFAUT D'INFLUENCE DE L'OBJET DU TRANSFERT DANS LES QUALIFICATIONS INNOMMÉES

217. Cessions de droit de reproduction ou de représentation. – Le rôle de la distinction des droits de reproduction et de représentation a nettement moins d'ampleur lorsque sont conclus par l'auteur des contrats innommés de cession de ces droits d'exploitation. Certes, l'article L.122-7 du code de la propriété intellectuelle pose un principe d'indépendance de la cession de ces deux prérogatives, la cession de l'une n'emportant pas celle de l'autre. Toutefois, le législateur n'a pas forgé une qualification spéciale de contrat de cession en dehors de cette disposition. Recevra application le seul droit commun des contrats d'auteur, d'où il résulte néanmoins deux types distincts : d'une part, la cession gratuite ou la cession pure et simple, dont la validité semble devoir être admise lorsque la rémunération forfaitaire de l'auteur est possible¹⁰³³, d'autre part, la cession-exploitation, dans toutes les autres hypothèses à défaut de mise en œuvre d'une qualification nommée. Cependant, la qualification dépend donc toujours et seulement des obligations nées du contrat : une qualification unique reste possible, le type de droit étant indifférent.

218. Contrat d'adaptation et cession des droits d'adaptation audiovisuelle d'une œuvre éditée. – L'adaptation suppose une véritable création, et non pas une simple réutilisation de l'œuvre préexistante¹⁰³⁴ : il s'agit d'une œuvre dérivée, laquelle doit subséquemment respecter les dispositions de l'article L.112-3 du code de la propriété intellectuelle. Pourtant, ledit code ne consacre pas une qualification spéciale de contrat d'adaptation. Tout au plus consacre-t-elle une esquisse de contrat nommé, la cession des droits d'adaptation audiovisuelle d'une œuvre éditée¹⁰³⁵. Dès lors, la question se pose de savoir s'il faut tenter l'analogie ou en rester au droit commun.

Une adaptation reproduit nécessairement et par hypothèse même l'œuvre originaire dans certaines de ses caractéristiques originales¹⁰³⁶. Outre une éventuelle autorisation du titulaire

¹⁰³³ V. *supra*, n°99.

¹⁰³⁴ V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°585 : il y a parfois des œuvres dérivées « qui ne constituent pas pour autant une adaptation », ainsi de la juxtaposition de deux œuvres, ou de l'intégration de l'œuvre première dans une deuxième œuvre... La question peut être d'importance, « la conséquence étant que l'on restera sur le terrain du droit principal de reproduction, et pas des droits secondaires ».

¹⁰³⁵ Art. L. 131-3 al. 3 CPI.

¹⁰³⁶ V. A. LEBOIS, « Droit de reproduction », J-Cl. PLA 2004, fasc. 1246, n°29. V. aussi A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°299, pour lesquels l'adaptation, comme la traduction ou le passage d'un genre à un autre d'ailleurs, sont des actes corollaires du droit de reproduction *et du droit de représentation*.

du droit moral, l'adaptation devrait ainsi être autorisée au titre du droit patrimonial de reproduction afférent à l'œuvre originale adaptée. Néanmoins, le code de la propriété intellectuelle n'exige pas pour les cessions de droits d'adaptation un formalisme plus contraignant que celui qui résulte du régime relatif à tous les contrats d'exploitation. L'article L.131-3 al. 3, qui exige un écrit particulier pour constater la cession des droits d'adaptation audiovisuelle de l'œuvre éditée, ne saurait en principe s'appliquer à toutes les adaptations, comme par exemple pour réaliser une adaptation musicale. Il n'est donc pas besoin, à s'en tenir à la lettre de cette disposition, d'exiger que le droit d'adaptation aie fait l'objet d'un écrit séparé, pour considérer que le premier cessionnaire est bel et bien titulaire du droit d'adaptation. Il ne pourrait en être autrement qu'à la condition d'étendre par analogie le champ d'application de ce texte, interprétation que semble condamner la lettre précise de ce dernier, et que ne justifie pas vraiment sa raison d'être : si l'adaptation audiovisuelle d'une œuvre littéraire, par l'exploitation de portée tout à fait considérable dont elle peut faire l'objet, mérite qu'on favorise à son propos l'attention particulière de l'auteur, il est loin d'être aussi certain que toute adaptation revête une importance aussi capitale dans l'exploitation d'une œuvre, et que son auteur doive ainsi être particulièrement protégé contre une dépossession irréflechie¹⁰³⁷. Il n'existe donc pas de *contrat d'adaptation* nommé.

Cela étant, il semble que le formalisme que prévoit l'article L.131-3 à l'égard de tout contrat d'exploitation suffise amplement à nettement délimiter l'étendue de la cession du droit d'adaptation. Aux termes de cet article, les droits cédés doivent être énumérés, et l'étendue de la cession précisée quant aux modes d'exploitation, à la durée, au lieu et à la destination. C'est ici qu'il convient de s'interroger sur l'incidence de la particularité du droit d'adaptation. Si l'écrit séparé n'est pas nécessaire, ne doit-il pas malgré tout être énuméré en tant que tel, et non pas comme simple suite du droit de reproduction graphique ? Si un contrat d'édition n'envisage l'adaptation que comme forme de reproduction graphique ou mécanique, sans autre précision, il n'indique, de ce fait, ni les modes d'exploitation, ni l'étendue dans le temps et dans l'espace, ni la destination de cette « adaptation » qui serait prétendument incluse dans la cession¹⁰³⁸. De surcroît, lorsque l'auteur réalise une adaptation, il ne procède pas nécessairement à une reproduction graphique ou mécanique de l'œuvre originale : sa création peut prendre de multiples formes différentes, notamment la forme sonore (création directe sur

¹⁰³⁷ Sur la cession originale des droits d'adaptation audiovisuelle, v. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°587.

¹⁰³⁸ Plus exactement, une délimitation s'opère indirectement par celle du droit de reproduction auquel il est rattaché.

son ou ses instrument (s), etc.). Cette « reproduction » ne peut donc être liée de façon péremptoire à un support ou à un procédé, contrairement à la démarche suivie par nombre de praticiens. Pour certains, il s'agirait en fait d'une « reproduction intellectuelle »¹⁰³⁹. Cependant, il est indéniable qu'en droit français, la reproduction s'entend ordinairement d'une fixation matérielle de l'œuvre et, compte tenu de la conception « synthétique » du droit français¹⁰⁴⁰, force est de placer le droit d'adaptation dans le giron de ce maître droit. Sans lier l'adaptation à un support donné, il est de surcroît possible de considérer qu'elle implique nécessairement une reproduction matérielle de l'œuvre première. Il faut donc bien s'entendre : en dehors de l'aspect création, qui reste toujours entre les mains de son ou de ses auteur(s), l'adaptation peut s'inscrire dans l'orbite du droit de reproduction. Mais le « droit de reproduction » se décompose lui-même en de multiples prérogatives, qui chacune doivent être délimitées dans leur étendue dans le temps, l'espace, la destination¹⁰⁴¹. Au sein de la catégorie générale du droit de reproduction, il faut distinguer chaque droit qui présente une particularité. Si l'on distingue bien droit de reproduction graphique et droit de reproduction mécanique, pourquoi ne pas distinguer droit de reproduction de l'œuvre en son état originaire, et droit de reproduction aux fins d'adaptation ?¹⁰⁴² On ne peut donc se satisfaire d'une mention très générale du contrat relative à l'adaptation, sans que soit précisée, comme l'exige l'article L.131-3, l'énumération de chaque droit cédé, et pour chaque droit cédé, l'étendue dans le temps, l'espace etc.¹⁰⁴³ Il s'agit notamment d'attirer l'attention de l'auteur sur la portée exacte de son engagement. Bien entendu, la prise en compte des droits des auteurs de l'adaptation pourraient néanmoins inviter à outrepasser une cession trop restreinte¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁹ V. également A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, Belgique, 1997, 2^e éd., 1997, p.108 : il y aurait reproduction « intellectuelle ».

¹⁰⁴⁰ V. *supra*, n°192.

¹⁰⁴¹ Sur cette idée que le monopole de l'auteur se démembre en un faisceau de prérogatives, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°568. V. aussi notre thèse, *infra*, n°365.

¹⁰⁴² Ainsi trouve-t-on, en matière de cession de droits relatifs à une œuvre audiovisuelle, une énumération des différents droits : adaptation proprement dite, *remake*, *sequel* (suite), *prequel* (histoire antérieure à l'histoire constituant le sujet de l'œuvre première)... V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°610. On peut aussi établir un parallèle avec l'étendue de la présomption de cession des droits sur une œuvre audiovisuelle : la doctrine considère en général que les droits numériques (Internet) ne sont pas couverts : ils ont une certaine autonomie par rapport ou à l'intérieur de la catégorie générale droit de reproduction. V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°328 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°635s.

¹⁰⁴³ Ainsi ne pourrait-on se contenter de viser l'adaptation, mais faudrait-il préciser quels modes, quels procédés, pour quelle durée, quel territoire sont cédés les droits d'adaptation. Sur l'exigence d'une mention expresse du droit d'adaptation, v. not. Cass. 1^{er} civ., 15 févr. 2005, CCE 2005, comm. n°61, obs. Ch. CARON ; RTD com. 2005, 495, obs. F. POLLAUD-DULIAN (généralité d'une clause de cession la rendant inopérante à inclure l'exploitation publicitaire d'une chanson – laquelle avait nécessité son adaptation) et sur appel CA Paris, 4^e ch. B., 15 févr. 2008, PI 2008, n°28, p. 332 obs. A. LUCAS.

¹⁰⁴⁴ V. not. P.-Y. GAUTIER, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien », D. 1988, chron. 152, proposant de recourir aux principes de l'accession pour éviter la paralysie de l'exploitation de l'œuvre dérivée. V. aussi Th. REVET, *La force de*

219. Contrat de mise en ligne d'œuvre protégée. – Un contrat peut être conclu pour la mise en ligne d'une œuvre protégée¹⁰⁴⁵. D'aucuns préconisent de raisonner en termes d'*utilisation* plus qu'en termes de reproduction ou de représentation¹⁰⁴⁶. Force est cependant d'obtenir une cession du droit de reproduction aussi bien que du droit de représentation, dès lors que la communication de l'œuvre appelle une reproduction préalable à sa représentation. Aussi faut-il souligner qu'une qualification innommée ne s'imposera pas nécessairement. La qualification contractuelle devrait dépendre des modalités de l'exploitation. Là encore, le principe de qualification distributive des opérations complexes devra conduire à appliquer les qualifications nommées à chaque mode ne pouvant être réduit au rang d'accessoire. Si des téléchargements sont proposés à l'internaute, une qualification innommée de cession du droit de reproduction pourrait éventuellement s'appliquer à ce volet du contrat¹⁰⁴⁷. La qualification de contrat de représentation paraît s'imposer pour le reste, qui consiste à communiquer l'œuvre de façon directe¹⁰⁴⁸.

220. Contrat dit à « 360° ». – La pratique contractuelle étant particulièrement dynamique en droit de la propriété intellectuelle, de nouvelles formes apparaissent constamment. L'une des dernières innovations consistent en des contrats dits à « 360° », en ce qu'ils confèrent à un seul et même exploitant une maîtrise de toutes ou de la plupart des exploitations possibles. Ces contrats ne peuvent recevoir une qualification innommée unitaire, dès lors que les exploitations envisagées présentent une autonomie et peuvent pour certaines recevoir une qualification nommée. Là encore, il ne s'agit que d'appliquer le critère de l'accessoire, pour constater ici l'impossibilité de retenir une qualification unitaire. Ainsi conviendrait-il d'opérer une qualification distributive, en isolant le cas échéant ce qui relève de l'édition, de la représentation, de la production audiovisuelle.

221. Conclusion de la section 1. – L'objet du transfert exerce une double influence sur les qualifications contractuelles propres au droit d'auteur : fondement de l'application du droit

travail, Litec 1992, préf. F. ZENATI, n°414 – S. JACQUIER, « Le contrat forcé en droit d'auteur », CCE 2001, étude n°26.

¹⁰⁴⁵ V., pour une présentation générale, M. VIVANT et G. VERCKEN, « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, Cah. Dr. Entr. 2000, n°2, p. 18 – Ch. CARON, « Un nouveau contrat innommé : le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », in *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique*, Litec 2005, p. 259.

¹⁰⁴⁶ V. M. VIVANT et G. VERCKEN, « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles », *op. cit.*, n°11.

¹⁰⁴⁷ V. *supra*, n°205 bis.

commun des obligations artistiques, il joue également un rôle sur la scène des divers contrats nommés, qui ne se distinguent les uns des autres qu'en fonction de la nature des droits qu'il s'agit d'exploiter. Au regard du droit civil, le contrat d'auteur se singularise néanmoins autant par ce rôle de l'objet du transfert que par celui de l'objet même des droits qui le constituent...

Section 2

L'OBJET DES DROITS D'EXPLOITATION, OBJETS DU TRANSFERT

222. La qualification d'œuvre de l'esprit peut être affinée. Or cette qualification de la création connaît un retentissement en matière de contrats d'auteur : exercent une influence aussi bien le genre, la destination ou la forme d'expression de l'œuvre de l'esprit – on peut évoquer, faute de meilleure expression, les caractéristiques de l'œuvre (§1.) –, que les modalités de sa création (§2.).

§ 1. – L'INFLUENCE DES CARACTÉRISTIQUES DE L'ŒUVRE

223. Le premier mouvement est celui que dessinent les traits caractéristiques des œuvres de l'esprit, qui dès l'abord se présentent comme des lignes directrices de la qualification des contrats d'auteur. Il y a là, semble-t-il, la marque d'une véritable méthodologie législative : il est tout à fait révélateur que nombre de chapitres du droit de la propriété littéraire et artistique s'ouvrent par la qualification de l'œuvre elle-même, autour de laquelle s'ordonnent les diverses règles prévues. Ainsi de la définition de catégories particulières d'œuvres protégées. Aussi, bien que le code de la propriété intellectuelle formule une règle incontournable s'agissant des conditions de protection des créations intellectuelles – la règle d'indifférence du genre de l'œuvre, de sa forme, de son mérite ou de sa destination¹⁰⁴⁹ – il convient d'en relativiser la portée à propos de la qualification des contrats d'auteur. Bien entendu, il faut mettre à part la notion de *mérite*, qui ne saurait évidemment marquer une quelconque délimitation de périmètre contractuel¹⁰⁵⁰. En revanche, le *genre* ne sert, comme la *forme*

¹⁰⁴⁸ V. *supra*, n°213.

¹⁰⁴⁹ Art. L.112-1 CPI

¹⁰⁵⁰ C'est que la règle d'indifférence du mérite ne s'explique pas seulement, contrairement aux trois autres, de façon purement juridique – par le souci de ne pas restreindre par principe le champ du droit d'auteur à une catégorie d'œuvre de l'esprit – mais par considération pour l'esthétique. Devant l'appréciation du mérite, le droit tout entier s'éclipse, renonçant à toute légitimité pour définir le Beau, et gardant ainsi le juge de sombrer dans l'arbitraire d'un domaine où tendent à n'être reconnues que des opinions. La doctrine souligne cpt. que l'indifférence que le juge devrait manifester à l'égard du mérite de l'œuvre peut être mise à mal par le pouvoir

d'expression ou la *destination*, qu'à dessiner des catégories (certes plus ou moins pertinentes), catégories que peuvent tout à fait épouser les contours des contrats nommés du droit d'auteur. Et c'est – hélas, il faut l'avouer dès maintenant – un procédé dont use et abuse le législateur en la matière. Pour mettre en évidence ce phénomène, il faut cependant faire la part entre les situations où s'exerce une influence (A) et celles où elle ne s'avère pas décisive (B).

A. – Genres, formes et destinations influant sur la qualification du contrat d'auteur

224. Un certain nombre de qualifications contractuelles semblent réservées à des œuvres déterminées, en fonction notamment de leur *genre*. Mais il n'est pas toujours évident de savoir si la loi se réfère au genre, à la destination ou à la forme d'expression de l'œuvre, ce qui peut susciter quelques doutes relativement au champ de la qualification contractuelle. Déterminer leur périmètre exact nécessite ainsi une clarification de la notion de référence.

225. Œuvres audiovisuelles. – Bien avant que l'homme ne se dote de la « télévision », un nouvel art avait surgi, révolutionnant le monde culturel et artistique : l'art cinématographique, le « septième art »¹⁰⁵¹. ... Puisqu'il s'agit d'art, comment dénier à ses œuvres l'autonomie d'un véritable *genre* ? De manière générale, le genre n'est en effet pas autrement défini que comme catégorie d'œuvres dans un même art¹⁰⁵². Dans un premier temps, il faut donc admettre qu'existe un genre, qui rassemble aujourd'hui les œuvres cinématographiques et télévisuelles sous une même bannière, celle d'« œuvres audiovisuelles », pragmatiquement définies par le code de la propriété intellectuelle comme des « *séquences animées d'images, sonorisées ou non* »¹⁰⁵³. À ce genre, il a ainsi été jugé bon d'attacher des règles particulières, notamment quant à l'attribution des droits, et pour ce qui concerne cette étude, leur *exploitation*¹⁰⁵⁴. Une figure originale se reflète subséquemment dans le miroir du droit d'auteur : celle du *contrat de production audiovisuelle*. Il importe ainsi de souligner que celle-ci témoigne de sa spécificité par rapport au seul genre de la création. D'une part, c'est la notion d'œuvre audiovisuelle qui

souverain dont il dispose pour apprécier son originalité... V. X. LINANT DE BELLEFONDS, n°148 – C. CARREAU, « Mérite et droit d'auteur », RIDA 1981/3, 3.

¹⁰⁵¹ V. *Le cinéma*, coll. « Domino ».

¹⁰⁵² Sur cette définition du genre, v. A. LUCAS et C. BERNAULT, « Œuvres protégées, Règles générales », J-Cl. PLA, fasc. 1135, n°8s. – R. SARRAUTE, « La défense du titre banal », GP. 1971, 1, p.183.

¹⁰⁵³ Art. L.112-2, 6° CPI.

¹⁰⁵⁴ Il faut toutefois noter que les dispositions relatives au contrat de production audiovisuelle n'ont été édictées qu'en 1985, bien après la réglementation des contrats d'édition et de représentation, instaurée dès 1957.

attire vers ce contrat, la qualification de contrat d'édition pouvant être jugée applicable en l'absence de qualification spécifique – en fait, la qualification relève là encore d'une logique de spécialisation¹⁰⁵⁵. D'autre part, ce contrat nommé est réservé aux œuvres audiovisuelles, sans que le type d'opérations qu'il envisage ou les mécanismes qu'il utilise lui soient propres. Bien sûr, la création et l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle doivent s'inscrire dans le cadre d'un contrat adapté, dans une logique différente de celle qui préside par exemple au commerce de la littérature générale. D'ailleurs, le statut d'œuvre de collaboration n'est pas sans incidences sur l'économie de la convention, puisque c'est pour atteindre un équilibre entre les intérêts des créateurs et des producteurs que la présomption de cession qui en découle a pu lui être assortie¹⁰⁵⁶. Mais pour autant, la physionomie de ce contrat spécial est loin d'être complètement originale. Ainsi ont pu être soulignés ses traits communs à d'autres conventions, qui connaissent la présomption de cession, abordent les engagements de l'exploitant de la même façon, etc. C'est que le caractère « industriel » de la « fabrication » et de la commercialisation de ces œuvres est loin de leur être propre. Ce qu'il convient de mettre en exergue ici, c'est le rôle de premier plan – mais peut-être exagéré – que joue le genre de l'œuvre comme critère de qualification du contrat.

226. Œuvres publicitaires. – Il est, dans la lignée de ce qui précède à propos du contrat de production audiovisuelle, fort intéressant d'observer la similarité entre ce dernier et le *contrat de commande pour la publicité*. Bien entendu, certaines différences peuvent être mises au jour, mais n'est-il pas significatif que ces deux types de convention recourent au mécanisme de la présomption de cession, essentiellement d'ailleurs parce que, tous deux, ils appréhendent la phase d'exploitation avant même que soit accomplie la création de l'œuvre ? De surcroît, le législateur cède ici aussi à ce qu'il est tentant de dénoncer comme une erreur méthodologique, mais qui se comprend en réalité parfaitement : le texte part là encore de la qualification de

¹⁰⁵⁵ V. sur le fait que le contrat d'édition est applicable potentiellement aux œuvres cinématographiques : A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ 1962, p. 28 : « la loi ne fait pas allusion à une technique déterminée, et cela suffirait pour conclure que les conventions, tendant à enregistrer sur cire ou à fixer sur pellicule une œuvre de l'esprit, sont des contrats d'édition ». V. aussi R. SAVATIER, *Le droit de l'art et des lettres*, 1952, n°59 – « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », JCP 1957, I, 1398, n°83 – C. COLOMBET, D. 1986, IR 188.

¹⁰⁵⁶ Sur l'équilibre que le législateur a en effet cherché à atteindre entre d'une part le statut d'œuvre de collaboration, protecteur des auteurs, et d'autre part la maîtrise de l'exploitation par le producteur par le biais de la présomption de cession, pour ne pas être défavorisé dans l'environnement international, v. C. BERNAULT, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, 2003, n°514 ; A. KESSLER-MICHEL, *Les présomptions en droit d'auteur*, th. Paris XI, 2001, n°314s. (la présomption révélerait une « logique d'exploitation de Copyright »).

l'œuvre elle-même, en tant qu' « œuvre de commande pour la publicité » (article L.132-31 du code de la propriété intellectuelle).

S'agirait-il pourtant vraiment d'un genre ? À se référer toujours à la définition du genre comme catégorie d'œuvre dans un même *art*, quelques doutes viennent à l'esprit. Existerait-il un art publicitaire ? Au vrai, la discussion n'a peut-être pas sa place dans un prétoire ou une enceinte parlementaire, relevant davantage de l'esthétique ou de l'histoire de l'art. Il faut ainsi noter que la loi n'évoque point l'œuvre *publicitaire*, mais l'œuvre *de commande pour la publicité*. Tout est dans la nuance. La doctrine s'accorde donc pour articuler la qualification sur la finalité de la création, et non sur le genre : l'œuvre elle-même peut être audiovisuelle, musicale (radiophonique), « littéraire » (brochures, tracts...) ¹⁰⁵⁷. Peut ainsi être évoquée la finalité publicitaire, plutôt que le genre publicitaire. Pourtant, n'existe-t-il pas dans l'univers publicitaire des « lois du genre » ? C'est là qu'il convient de raffiner.

Certes, l'œuvre porte souvent dans son essence même sa vocation publicitaire. Aussi est-il significatif de voir son originalité souvent appréciée à l'aune de son caractère distinctif, ou sa contrefaçon subordonnée à l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle, comme en matière de marques ¹⁰⁵⁸. En outre, la jurisprudence se livre bien moins souvent à une recherche d'empreinte de personnalité qu'à celle de l'absence d'antériorités, même si elle se montre souvent sévère ¹⁰⁵⁹ – n'est-ce pas, d'ailleurs, que les stigmates de cette aspiration commerciale rendent plus timide les velléités de protection ? Tout ceci renvoie donc plutôt à un *genre* particulier.

Pourtant, il est indéniable que la particularité première tient ici à la *destination* de l'œuvre : le contrat nommé s'applique dès lors que l'œuvre a été réalisée à des *fins publicitaires*. Cette destination est même au premier plan de la sphère contractuelle : seule l'œuvre commandée aux fins précédentes entre dans ce cadre, s'en trouvant à l'inverse exclue l'œuvre commandée dans un but autre que publicitaire ¹⁰⁶⁰, ou utilisée, *dans un second temps* seulement, dans une

¹⁰⁵⁷ V. A. LUCAS, « Œuvres publicitaires », J-Cl. PLA, fasc. 1159, n°5.

¹⁰⁵⁸ V. A. LUCAS, « Œuvres publicitaires », *op. cit.*, n°38s. ; v. aussi, p.ex., CA Versailles, 12^e ch. sect. 2, 27 mai 2003, qui étudie la protection par le droit d'auteur (originalité) et par le droit des marques (distinctivité) du slogan « Donnez du goût à votre communication », GP 2004, somm. jurispr. p. 1392, note V. STAEFFEN.

¹⁰⁵⁹ V. la jurisprudence citée par A. LUCAS, *op. cit.*, n°29s.

¹⁰⁶⁰ La finalité publicitaire est de surcroît d'interprétation stricte. V. Cass. 1^e civ., 25 février 2003, Bull. civ. I, n°54 : jugé que « pour analyser la convention (...) en un contrat de commande assorti d'une cession limitée aux utilisations constatées et refuser de la qualifier en un contrat de commande pour la publicité, l'arrêt

réclame – les droits d’exploitation doivent alors cédés conformément au droit commun¹⁰⁶¹. Ce qui montre bien que c’est là la destination, et non le genre de la création, qui joue le rôle d’axe véritable de la qualification nommée. Cela étant, l’écueil reste évidemment le même : la qualification spéciale ne résulte que d’une logique fragmentaire, reflet d’intérêts sectoriels qui auraient peut-être davantage dû influencer sur le régime. Mais au moins faut-il prendre acte de ce que le périmètre de la qualification de contrat de commande pour la publicité est restreinte, et que les figures de la cession ou de la licence peuvent jouer un rôle important en la matière.

227. Logiciels. – Le logiciel est indéniablement une figure très particulière d’œuvre de l’esprit. Cela étant, il semble là aussi bien difficile de parler de genre à son propos. Composé de code-source et de code-objet, sa particularité se décèlerait plutôt dans le langage qui lui est propre, autrement dit dans sa *forme d’expression*¹⁰⁶². Quoiqu’il en soit, la politique de qualification catégorielle se confirme s’agissant des *contrats de nantissement de logiciel*, toujours pour répondre à certains impératifs économiques¹⁰⁶³. Pourtant, il est permis de douter de ce que les logiciels soient les seules œuvres de l’esprit à l’égard desquelles la création ou l’exploitation peut nécessiter l’inscription de sûretés garantissant leur financement... Pourquoi n’est-ce qu’à propos de ces œuvres atypiques que le législateur a prévu et réglementé une convention spécifique ? Ceci semble bien témoigner d’une absence de vision globale des problèmes, source de solutions dénuées d’une cohérence d’ensemble.

La forme logicielle est en outre un facteur de qualification en sous-ordre, qui prolonge cette approche catégorielle. Les cessions de droits d’exploitation des logiciels, si elles se fondent dans le cadre de droit commun des cessions de droit d’auteur, obéissent à un régime juridique légèrement différent : la rémunération forfaitaire est admise par l’article L.131-4, 5°, du code de la propriété intellectuelle¹⁰⁶⁴.

confirmatif relève que les photographies, dont les supports ne s’adressaient pas au public mais au cercle restreint des salariés, n’étaient accompagnées ni de messages publicitaires, ni d’adresse, ni de liste de points de vente, et que les fiches illustrées par elles comportaient seulement un échantillon de tissu, le nom de la société et les caractéristiques techniques du produit, que la décision est ainsi légalement justifiée ». V. aussi sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1130.

¹⁰⁶¹ C. BIGOT, *Contrat de commande pour la publicité*, J-Cl. PLA, fasc.1350, n°10.

¹⁰⁶² Sur la particularité du logiciel, v. A. et H.-J. LUCAS, n°64, qui relève que le langage informatique n’est pas véritablement perceptible par les sens, mais plutôt intelligible...

¹⁰⁶³ V. art. L.132-34 CPI. Sur les impératifs économiques de garantie du financement du logiciel, v. I. GAVANON, *Nantissement de logiciel*, J-Cl. PLA, fasc. 1360, n°1

¹⁰⁶⁴ Art. L.131-4 5° CPI, qui admet la rémunération forfaitaire « en cas de cession des droits portant sur un logiciel ».

228. Produits multimédia et jeux vidéo. – La notion de genre risque enfin le coup de grâce dans l'épreuve de la confrontation au multimédia. Comment définir les œuvres qui se présentent sous une telle forme ? C'est pourtant parce qu'on raisonne souvent à son propos en terme de « genre » que sa qualification tombe dans une impasse. Il est intéressant de constater que les débats animés tenus sur la question ont souvent eu pour enjeu le rattachement à tel ou tel type de contrat dont l'économie paraît, selon les opinions de chacun, plus adaptée que telle ou telle autre¹⁰⁶⁵. Pour bénéficier de la dévolution automatique des droits de l'auteur salarié, la qualification logicielle sera présentée comme exclusive parce que déterminante¹⁰⁶⁶. Pour défendre un plus grand équilibre entre auteurs et investisseurs, et justifier ainsi le recours au contrat de production audiovisuelle et à sa présomption de cession, sera plaidé le rattachement à l'œuvre audiovisuelle¹⁰⁶⁷, fut-ce au prix d'un forçage du sens de sa définition légale... Complexité que ne semblent pas craindre tous les juristes, c'est même parfois toute la panoplie des qualifications qui semble adaptée : logiciel, œuvre audiovisuelle, graphique, littéraire, jusqu'à la base de données¹⁰⁶⁸. Une qualification distributive paraît pourtant difficilement défendable. Il n'y a pas lieu d'étudier ici en détail la qualification du multimédia, mais il importe en revanche de souligner l'influence de celle-ci sur la qualification des contrats conclus à son égard.

On se contentera ainsi de relever que la confusion initiale vient probablement de la difficulté à caractériser un « genre », s'agissant d'œuvres qui ne se présentent pas sous une forme répertoriée. Tout d'abord, d'aucuns ont contesté la terminologie d' « œuvre multimédia », pour y substituer celle de « produit » multimédia, au motif qu'il s'agirait d'une catégorie

¹⁰⁶⁵ J.-L. GOUTAL, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », D. 1997, chron. 357, n°3s.

¹⁰⁶⁶ La composante audiovisuelle serait alors absorbée par le logiciel : v. not. E. TREPPOZ, « La qualification logicielle d'un jeu vidéo : un modèle pour les œuvres multimédia », obs. sous CA Caen, 19 déc. 1997, *Petites Affiches*, nov.1999, n°230 p.10.

¹⁰⁶⁷ La composante logicielle serait alors absorbée par l'œuvre audiovisuelle : A. LATREILLE, « La création multimédia comme œuvre audiovisuelle », JCP G 1998, I, 156, p.1419 – M.-H. TONNELIER, « La protection du multimédia par le régime de l'œuvre audiovisuelle », *Légicom* 1995, n°8, p.33 – V. aussi C. BERNAULT, « Exégèse de l'article L.112-2, 6°, du Code de la propriété intellectuelle : la notion d'œuvre audiovisuelle en droit d'auteur », D. 2001, 2188. Pour ces auteurs, l'interactivité ne pose au demeurant pas d'obstacles à la qualification.

¹⁰⁶⁸ V., dans le sens d'une qualification distributive, T. HASSLER, « Qualification de multimédia : plaider pour une méthode de qualification », CCE nov. 2000, chron. 21, p.10. Quant à la qualification comme base de données, elle paraît surtout résiduelle, éventuellement applicable si le produit multimédia ne peut accéder au rang des œuvres de l'esprit protégeables : v. F. ASSERAF-OLIVIER, E. BARBRY, *Le droit du multimédia*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^e éd. 2001, p.15. V. au contraire, très favorable à cette qualification, A. WEBER, « Les œuvres multimédia relèvent-elles du régime des bases de données ? Les jeux sont faits, rien ne va plus », *LEGICOM* 1995, n°8, p.18.

technique¹⁰⁶⁹. En effet, il ne serait peut-être pas pertinent de parler d' « œuvre-papier » pour un journal ou d' « œuvre-pellicule » pour un film : le droit d'auteur marque son indifférence pour le *support* sur lequel l'œuvre est recueillie. Mais il faut surtout observer qu'il n'existe pas plus, par exemple, de « genre » audiovisuel que de « genre » multimédia. Il existe un genre littéraire, et peut-être un genre cinématographique (le fameux « septième art »...), parce que le genre est une catégorie *artistique* avant que d'être *juridique*. Mais le fait pour une œuvre d'être audiovisuelle ne suffit pas à la classer dans une catégorie artistique, comme évidemment le fait d'être sous forme multimédia. La clarté ne pourrait-elle pas alors provenir, là encore, de la notion de *forme*, qui renvoie à l'exigence selon laquelle l'œuvre doit être perceptible aux sens. N'est-ce pas en effet par rapport aux sens sollicités que ces qualifications de l'œuvre sont forgées, et ainsi par exemple l'audiovisuel comme le multimédia ?

Quoiqu'il en soit, il n'est certainement pas pertinent de vouloir donner au multimédia des vêtements qui n'ont pas été taillés à sa mesure, comme l'analyse de sa forme permet de s'en convaincre¹⁰⁷⁰. Si le contrat de production audiovisuelle est défini par rapport à l'œuvre sur laquelle il porte, c'est suite à des considérations économiques propres à ce qui est vite devenu une « industrie » culturelle : l'idée a été d'offrir un cadre adapté à l'élaboration de telles œuvres. Certes, la « fabrication » de produits multimédia obéit elle aussi à un schéma industriel, où les considérations artistiques ne sont pas toujours prégnantes. Mais qu'il s'agisse de genre ou de forme d'expression, la recherche du cadre juridique dans laquelle elle s'insère doit rester le plus possible indépendante de la qualification de l'œuvre elle-même. Ainsi, à s'en tenir au contraire à sa forme, on bute de toute façon sur le caractère interactif du multimédia, qui paraît tout de même difficilement compatible avec la linéarité ordinaire de la forme audiovisuelle¹⁰⁷¹, et surtout ne se restreint pas à cette dernière, pouvant par exemple inclure le « toucher » parmi les sens sollicités¹⁰⁷². La qualification logicielle exclusive n'apparaît pas plus satisfaisante, puisqu'elle réduit à une seule de ses parties le tout qu'est

¹⁰⁶⁹ X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°85.

¹⁰⁷⁰ Sur les problèmes de qualification, v. p. ex. B. EDELMAN, « L'œuvre multimédia, un essai de qualification », D. 1995, chron. 111 – P. TAFFOREAU, « Qualification juridique d'une œuvre multimédia », LP 2000, n°170, p. 51.

¹⁰⁷¹ V. p. ex. X. LINANT DE BELLEFONDS, « Et l'interactivité, alors ! », *Expertises* 2000, p.13, et surtout Cass. 1^{er} civ., 28 janv. 2003, D. 2003, jurispr. p.1688, note F. SARDAIN ; CCE avril 2003, comm. n°35, obs. C. CARON ; Propr. intell. avr. 2003, n°7, p.159, obs. P.SIRINELLI ; LP 2003, n°202, p.79, note V. VARET. Adde C. HUGON, « Œuvres multimédia : le critère de l'interactivité consacré par la Cour de cassation », CCE sept. 2003, chron. 21, p.13.

¹⁰⁷² V. X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°85.

cette œuvre multimédia, et que l'application de la théorie de l'accessoire se trouve difficilement justifiée chaque fois que la partie logicielle n'apparaît pas déterminante¹⁰⁷³.

Le plus sage serait peut-être alors de reconnaître que le multimédia comporte de multiples composantes, et que selon les cas, la plus prégnante d'entre elles doit régner sur la qualification. En effet, c'est ici que l'adage « *major pars trahit ad se minorem* » pourrait montrer toute sa force : une qualification alternative semble infiniment préférable à une qualification exclusive, ou pis, cumulative – toutes qualifications dont les critiques viennent d'être présentées. Aussi ne paraît-il pas si légitime d'écarter la nature audiovisuelle de produits qui n'offrent au public que le choix dans l'apparition des séquences, sans que la prétendue interactivité ne lui permette d'effectuer des combinaisons originales : un contrat de production audiovisuelle devrait dès lors être conclu. Comme il n'est peut-être pas inopportun d'appliquer la qualification logicielle à des jeux vidéos dont le programme ouvre une infinité de telles combinaisons¹⁰⁷⁴ : la création salariée donnerait lieu à la dévolution automatique des droits à l'employeur ; le créateur indépendant pourrait consentir à une cession ou une licence. Néanmoins, le vice principal d'une telle démarche tient à l'insécurité juridique qui pourrait en résulter. En effet, il reviendrait aux parties de se prononcer d'abord sur la qualification de l'œuvre pour justifier l'adoption de tel ou tel modèle, contrat de production audiovisuelle ou cession automatique des droits sur le logiciel créé par un salarié par exemple. Or chacun sait que le juge pourrait exercer son contrôle, et ainsi bouleverser les prévisions des parties.

Dans cette optique, c'est donc la solution jurisprudentielle récente qui devrait recueillir l'approbation¹⁰⁷⁵, dans la mesure où son inspiration est d'offrir au multimédia un cadre contractuel de droit commun, qui ne l'enferme pas de manière plus ou moins arbitraire dans une convention nommée, et ce en référence à une catégorie d'œuvre spécifique à laquelle elle ne saurait être tout à fait ramenée. Rejetant ainsi la qualification d'œuvre audiovisuelle, et par

¹⁰⁷³ Il faut peut-être mettre à part le cas des jeux-vidéo, où la partie logicielle apparaît en effet déterminante et inséparable de ses autres composantes : v., dans le sens d'une qualification exclusive en tant que logiciel, Cass. 1^{er} civ., 21 juin 2000, *Midway*, Expertises 2000, n°242 p.352, obs. J. DRACK ; PIBD 2001, n°179, III, 254 ; CCE, obs. crit. C. CARON – X. LINANT DE BELLEFONDS, « Jeux vidéos: le logiciel gagne des points », CCE sept.2003, chron. 20, p.9s., spéc. p.11. *Contra* : F. SARDAIN, « La qualification logicielle des jeux vidéos : une impasse pour le multimédia », JCP E 2001, p.312. V. aussi CA Paris, 3^e ch. B, 20 sept. 2007, CCE 2008, comm. n°51, note Ch. CARON : « une telle qualification [de logiciel] apparaît bien réductrice alors que, s'il est exact que le jeu vidéo comprend un tel outil, il s'agit d'une œuvre de l'esprit complexe élaborée au moyen de cet outil avec un scénario, des images, des sons, des compositions musicales, etc. ».

¹⁰⁷⁴ V. À ce sujet X. LINANT DE BELLEFONDS, art. préc., qui présente la configuration des jeux vidéos actuels en soulignant que le programmeur ne détermine pas lui-même toutes les combinaisons possibles : il forge avant tout une structure interactive.

¹⁰⁷⁵ V. Cass. 1^{er} civ., 28 janv. 2003, *op. cit.*

là même une inclusion systématique dans la catégorie des œuvres de collaboration, cette décision admet néanmoins cette dernière, comme la vocation du contrat d'édition à s'y appliquer¹⁰⁷⁶. Il convient toutefois de souligner que cette opinion ne se comprend que dans la perspective d'un contrat d'édition considéré comme moule de droit commun, et non comme catégorie réservée à un genre d'œuvre déterminé, ce dont il faut s'assurer maintenant.

B. – Les genres indifférents à la qualification du contrat d'auteur

229. Œuvres en tous genres. – Il est tout de même un large éventail d'œuvres de l'esprit dont la délimitation conceptuelle n'exerce aucune influence sur la qualification du contrat, fort heureusement. Nombre d'exemples peuvent déjà être glanés dans la liste de l'article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle : il est loin d'exister un contrat spécial à chacune des catégories visées, ainsi par exemple aux « *conférences, allocutions (...) et œuvres de même nature* » (2°) ou aux « *créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure* » (14°). Non pas qu'un contrat d'auteur ne puisse pas être conclu à leur égard, bien au contraire, mais il s'agira d'une formule qui ne leur est pas réservée. Il est d'ailleurs même douteux qu'il s'agisse toujours de véritables « genres ». Cela étant, leur existence ne va pas sans soulever certaines questions, relatives notamment à l'importance d'un droit commun des contrats d'auteur, qui prend (la première) place à côté des contrats spéciaux¹⁰⁷⁷.

Il est du moins évident que le droit commun des contrats d'auteur, tel qu'il résulte des dispositions générales afférentes à l'exploitation des droits, a pleinement vocation à régir celle des œuvres pour lesquelles aucun contrat spécial n'est prévu. Le tout est alors de délimiter le périmètre de ces dits contrats spéciaux, comme par exemple le contrat d'édition, auquel il peut être, de prime abord du moins, associé l'œuvre littéraire.

230. Œuvres littéraires et artistiques. – Si le genre renvoie bien à une catégorie d'œuvre dans un même art, plusieurs des œuvres énumérées correspondent au genre littéraire ou au genre artistique. Division classique s'il en est, à l'origine du nom accolé à la « propriété » reconnue sur elles, elle n'a pourtant pas d'incidence de principe quant à la *qualification* des contrats d'auteur en tant que telle.

¹⁰⁷⁶ V. aussi, dans un sens favorable au contrat d'édition, P.-Y. GAUTIER, « Œuvre multimédia », J.-Cl. PLA, fasc. 1165 – N. MALLET-POUJOL, *La création multimédia et le droit*, Litec 2000, n°236s.

¹⁰⁷⁷ V. *supra*, n°84.

1° Quant au genre artistique, il n'est l'inspiration d'aucune figure propre au droit d'auteur, pour une raison que tout juriste connaît, et qui ne saurait évidemment traduire un quelconque dédain : ce n'est souvent pas tant l'œuvre incorporelle qu'il s'agit de commercialiser en tant que telle, que le support corporel qui la recueille, matière élevée par la grâce peut-être, mais au regard du droit bien meuble (tableaux, sculptures...) ou immeuble (œuvre architecturale p.ex.) comme les autres, dont le code civil suffit à réglementer le commerce¹⁰⁷⁸.

2° Quant au *contrat d'édition*, il est davantage défini au regard de la prérogative sur laquelle il porte, le droit de reproduction¹⁰⁷⁹, qu'en fonction du genre littéraire des œuvres qui en constituent ordinairement l'objet. Est-ce à dire alors que toute influence du genre littéraire doit être écartée s'agissant d'une telle convention ? Rien n'est moins certain.

Certes, le contrat d'édition est souvent présenté comme la figure du droit commun des obligations artistiques, susceptible d'attirer dans son giron toutes œuvres à l'égard desquelles le législateur n'a pas le souhait ou l'audace d'édicter un régime propre. Là encore, seront évoquées plus loin les raisons d'une telle vocation. Mais il n'est qu'à lire la plupart des dispositions relatives à celui-ci pour se convaincre que ce contrat convient avant tout aux œuvres littéraires¹⁰⁸⁰. Ce n'est d'ailleurs pas tant en fonction du genre littéraire que ce régime propre a été prévu, qu'au regard du vecteur de communication des œuvres appartenant à un tel genre : le livre. Si le législateur emploie un terme certes assez générique, le terme « exemplaire », ce dernier s'efface parfois dans une référence aux « ouvrages », quand les dispositions relatives à la rémunération forfaitaire n'évoquent que des cas d'« édition de librairie », d'œuvres qui relèvent toutes du genre littéraire, *lato sensu* du moins, ou d'écrits du domaine de la presse. Où trouver des règles propres à la fabrication de meubles, ou, plus sérieusement, à la diffusion d'œuvres musicales ou de produits multimédia ?

¹⁰⁷⁸ L'art. L.111-3 CPI distingue propriété incorporelle (œuvre de l'esprit) et propriété corporelle (support), laquelle suit alors les règles générales du Code civil et non celles du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁷⁹ V. *supra*, n°198s.

¹⁰⁸⁰ La pratique du contrat d'édition est à cet égard significative : tandis que le commerce de la littérature générale s'inscrit sans conteste dans le cadre de ce contrat spécial, premier maillon de la chaîne d'exploitation, les allusions à ce régime sont beaucoup plus timides, sinon inexistantes, s'agissant p. ex. des œuvres multimédia. V. ainsi, parmi les contrats-type de la SCAM, le « modèle de *contrat d'édition* d'une œuvre de littérature générale » ou le « modèle de contrat de *commande d'édition* (sic) d'une œuvre de littérature générale », et comp. avec le « contrat de commande d'une œuvre : collaboration à une œuvre multimédia », où la terminologie de l'édition s'efface devant des termes tels celui de « producteur », et où les clauses relatives à l'exploitation n'évoquent en rien le régime du contrat d'édition.

Mais la jurisprudence a quant à elle, depuis longtemps déjà, interprété la lettre des textes, admettant l'édition de chaises originales¹⁰⁸¹, ou étendant les obligations de l'éditeur de musique au-delà de l'édition des partitions, à la fabrication de supports phonographiques¹⁰⁸², ou encore, plus récemment, en en faisant le modèle contractuel pour les produits multimédia¹⁰⁸³... La doctrine suit en général, quant elle ne la précède pas¹⁰⁸⁴. Cependant, il émane souvent de ces décisions comme un parfum de solutions par défaut. En ce qui concerne les œuvres musicales, la situation est un peu alambiquée : l'éditeur est le premier cocontractant direct de l'auteur, mais pour tenir compte des intérêts du producteur de phonogrammes, un droit voisin lui est reconnu par la loi¹⁰⁸⁵. S'agissant des créations multimédia, il faut rappeler que les hésitations ont été nombreuses, et notamment dans un souci de prendre en compte la situation particulière de l'exploitant qui, bien souvent, passe commande. Pourquoi pas, alors, un contrat spécifique de production musicale, ou de production multimédia¹⁰⁸⁶ ?

Il n'en reste pas moins que le genre littéraire de l'œuvre n'est pas érigé en ligne de crête de la qualification de contrat d'édition : le terme « exemplaire » peut parfaitement être tenu pour équivalent à celui de support, et à ce titre nombre de créations peuvent être concernées : les œuvres musicales peuvent aussi bien être couchées sur un support que les œuvres littéraires, et de même les produits multimédia *off line*¹⁰⁸⁷. Jusque pour le *on line*, le débat aurait des airs d'arrière-garde : on peut parler maintenant de « vecteur » plutôt que de support, et il n'est de toute façon pas certain qu'il y ait grand intérêt à s'épuiser dans une telle glose de la définition

¹⁰⁸¹ TGI Nanterre, 17 juin 1992, RIDA 1992, n°154, p.80.

¹⁰⁸² Par ailleurs, un véritable contrat d'édition peut être conclu s'agissant d'enregistrements phonographiques, et non un simple contrat de droit commun : v. Cass. 1^{er} civ., 18 oct. 1994, Bull., n°296 ; D.1994, IR p.249 ; JCP G 1994, IV, 2564.

¹⁰⁸³ V. Cass. 1^{er} civ., 28 janv. 2003, *op. cit.*

¹⁰⁸⁴ V. not. P.-Y. GAUTIER, n°562 : « L'on pense aussitôt à la littérature, mais il ne faut pas oublier un autre genre auquel il appartient tout autant : la *musique*, domaine où la composition sera d'abord éditée sur papier (« format »), puis produite sur CD, diffusée sur l'Internet, etc. » - A. LUCAS, *Contrat d'édition*, J-Cl PLA, fasc. 1320, n°2 : « le concept d'édition n'est pas dépourvu d'ambiguïté » mais plus loin, « toute œuvre de l'esprit peut, quelle que soit sa nature, être éditée ». V. déjà en ce sens P. DUPONT-ROUGIER, *Du contrat d'édition*, th., Arthur Rousseau éd., 1907, p. 3.

¹⁰⁸⁵ V. art. L.213-1 CPI.

¹⁰⁸⁶ V. d'ailleurs en ce sens Avis n°2005-1 du 7 déc. 2005, relatif aux aspects juridiques du multimédia, du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), LP 2006, IV, 1 ; www.culture.gouv.fr/culture/cspla/conseil.htm. Serait institué un mécanisme très proche de la production audiovisuelle, conçue autour de la titularité initiale des droits au profit des auteurs et d'une présomption de cession.

¹⁰⁸⁷ V. P.-Y. GAUTIER, fasc. 1165, J-Cl PLA, « Œuvre « multimédia » », n°65 : « Le contrat « multimédia » rentre probablement dans la définition très large de l'« édition » » et « dans le « *off line* », il y a bien fabrication en nombre de CD-Rom, afin de les écouler dans le public, à l'instar de livres ou de musiques ».

du contrat d'édition au regard de la « fabrication d'exemplaires »¹⁰⁸⁸. Il n'est pas non plus exclu que le contrat d'édition puisse s'appliquer aux œuvres audiovisuelles *déjà produites* (fabrication de DVD)¹⁰⁸⁹.

Mais s'il faut se féliciter de la tendance jurisprudentielle à faire du contrat d'édition le cadre commun à l'exploitation de nombre d'œuvres de l'esprit, rompant avec la logique sectorielle qui préside à la définition d'autres contrats nommés, c'est ici la discordance entre la qualification et le régime qui lui est attaché qui suscite la critique : le régime semble essentiellement conçu pour les œuvres littéraires publiées sous forme papier. Le genre littéraire peut éventuellement être un facteur de qualification en sous-ordre : le pacte de préférence inclus dans un contrat d'édition serait selon certains limité aux œuvres littéraires¹⁰⁹⁰.

En conclusion, les notions de genre, de forme d'expression et de destination de l'œuvre constituent un pilier de l'architecture des contrats d'auteur dont il ne faut pas surestimer l'importance, mais qui ne saurait non plus être abattu sans menacer d'écroulement l'édifice. Avant d'apprécier cette situation, il convient de la mettre en parallèle avec l'influence qu'exercent aussi les modalités de la création.

§ 2. – L'INFLUENCE DES MODALITÉS DE CRÉATION DE L'ŒUVRE DE L'ESPRIT

231. En effet, il n'est pas dépourvu d'intérêt d'examiner l'influence de la qualité d'œuvre de commande (A) ou de collaboration (B) sur la qualification du contrat, même s'il s'agit plutôt ici d'en souligner le caractère marginal.

¹⁰⁸⁸ V. cpt. sur ces points *supra*, n°203 et 219.

¹⁰⁸⁹ Ce qui cependant reste assez théorique, dans la mesure où c'est ordinairement le producteur qui contracte en vue de la fabrication de DVD, et qu'il ne peut se prévaloir du régime du contrat d'édition, protecteur des seuls auteurs. Sur tous ces points, v. chapitre 3.

¹⁰⁹⁰ obs. COLOMBET, sous CA Paris, 4^e ch. B, 28 novembre 1985, D. 1986, IR 188, qui estime que le texte « semble bien avoir été écrit spécialement pour l'édition de librairie, comme en témoigne l'alinéa 3 dudit texte, qui évoque la remise, par l'auteur, du « manuscrit définitif ». Est-il possible de parler de manuscrit à propos d'œuvres cinématographiques ? Il s'agirait alors seulement du texte du scénario et des dialogues, donc

A. – Œuvre de commande et qualification du contrat

232. Incidence de la commande. – Nombre de créations interviennent dans le cadre d'une commande, et non à l'instigation du seul créateur. Si la phase de conception et de réalisation de l'œuvre de l'esprit a pu être exclue du domaine des contrats d'auteur, il importe cependant de préciser quel rôle joue le caractère d'œuvre commandée dans la définition des conventions nommées de la matière, influence à vérifier s'agissant aussi bien des contrats d'édition et de représentation (1) que des contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité (2).

1) Contrats d'édition et de représentation

233. Commande et contrats d'exploitation. – La qualification de contrat d'édition ou de représentation est indifférente à la qualification d'œuvre de commande : un tel contrat peut être conclu sur une œuvre de commande aussi bien que sur une œuvre déjà créée, que l'auteur propose à l'éditeur¹⁰⁹¹.

2) Contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité

234. Beaucoup plus délicates, les situations du contrat de production audiovisuelle et de la commande pour la publicité doivent au surplus être distinguées, compte tenu des enjeux spécifiques à chacune d'elle.

235. Une œuvre audiovisuelle créée sur l'initiative et sous la responsabilité du producteur, condition de la qualification de contrat de production audiovisuelle. – S'il est acquis que l'obligation de créer ne participe pas de la qualification du contrat de production audiovisuelle¹⁰⁹², l'attention doit être portée sur le rôle exact que joue le processus de création dans la qualification du contrat. Il ne s'agit pas de nier que l'œuvre dont il s'agit

d'une partie seulement de l'œuvre cinématographique ». Le commentateur cherchait cependant plus à exclure l'application aux œuvres audiovisuelles qu'aux œuvres pouvant être éditées sans être des œuvres littéraires.

¹⁰⁹¹ Sur les liens entre les deux contrats qu'il est possible de forger, v. *supra*, n°69s.

¹⁰⁹² V. *supra*, n°65.

de céder les droits d'exploitation ait été créée sur commande : le contrat de production audiovisuelle ne convient pas aux cessions de droits sur des œuvres préexistantes¹⁰⁹³. Mais justement, il s'agit d'une condition externe de la qualification. En d'autres termes, la création sur l'initiative et la responsabilité du producteur n'est pas une obligation naissant du contrat, un effet de la qualification, mais une condition légale de cette qualification¹⁰⁹⁴. On comprend d'ailleurs bien mieux ainsi pourquoi le producteur se trouve-t-il défini *au préalable* par la loi : c'est par la référence à ce personnage que s'éclaire le sens de la formule employée pour présenter le contrat de production audiovisuelle : l'important est que l'œuvre ait été réalisée sur son initiative et sous sa responsabilité, à défaut de quoi il ne doit pas pouvoir profiter de la présomption de cession.

236. Une œuvre de commande, condition de la qualification de contrat de commande pour la publicité – Dès lors que l'obligation de créer a été exclue du périmètre de la qualification¹⁰⁹⁵, l'existence d'une œuvre de commande pour la publicité peut être présentée comme une condition externe de la qualification plus que sa création l'effet de celle-ci. Aussi peut-on comprendre aisément que la qualification nommée est inapplicable aux cessions de droits sur des œuvres préexistantes¹⁰⁹⁶, ou sur des créations accomplies par des salariés¹⁰⁹⁷, ou encore aux exploitations dans d'autres domaines que le domaine publicitaire¹⁰⁹⁸.

Il apparaît en définitive que le système des contrats d'auteur subit une très forte influence du caractère d'œuvre créée dans les liens d'une commande, comme de la catégorie dans laquelle s'insère l'œuvre visée dans la convention. Ces facteurs s'avérant de véritables conditions de la qualification, leur rôle doit dès lors être apprécié.

¹⁰⁹³ V. sur ce point P. KAMINA, préc., n°15.

¹⁰⁹⁴ M. KAMINA justifie au contraire les exclusions précitées par le fait que le contrat aurait pour *objet* la production de l'œuvre audiovisuelle. Logique qui n'est qu'apparente : ces exclusions se comprennent aussi bien comme conditions de la qualification extérieures à la structure d'obligations qui en découlent, structure qui comme on vient de l'exposer ne comprend pas l'obligation de créer en son sein, et interdit donc de l'intégrer dans son objet.

¹⁰⁹⁵ V. *supra*, chap. 1, n°...

¹⁰⁹⁶ Il doit s'agir d'une œuvre spécialement réalisée pour la publicité. V., sur ce point, C. BIGOT, *Contrat de commande pour la publicité*, J-Cl. PLA, fasc. 1350, n°9.

¹⁰⁹⁷ C. BIGOT, *op. cit.*, n°11.

¹⁰⁹⁸ L'exploitation visée par la présomption de cession doit être pour la publicité. V. C. BIGOT, *op. cit.*, n°10.

B. – Œuvre de collaboration et qualification du contrat

237. Pluralité des parties et qualification du contrat. – La qualification d'œuvre de collaboration s'avère parfaitement neutre au regard de la qualification du contrat. Aucune des qualifications contractuelles forgées par le code de la propriété intellectuelle ne requiert, ni n'exclut, que l'œuvre dont il s'agit d'exploiter les droits ait été réalisée en collaboration ou soit dérivée d'une création préexistante. Aussi par exemple un contrat d'édition ou de représentation peut-il être conclu sur une œuvre de collaboration aussi bien que sur une œuvre réalisée par un créateur individuel. Si le contrat de production audiovisuelle porte nécessairement sur une œuvre de collaboration, c'est davantage parce qu'il concerne une œuvre audiovisuelle, laquelle ne saurait être le fruit d'un seul créateur¹⁰⁹⁹.

Une question fort intéressante se pose cependant, lorsque le contrat d'exploitation porte sur une œuvre de collaboration (ou une œuvre composite), relativement à l'unité du contrat. Faut-il postuler l'unité du contrat, en considérant que les coauteurs constituent une seule et même partie, ou convient-il au contraire de reconnaître une pluralité contractuelle ? Le doute est permis, lorsque chacun des coauteurs conclut séparément un contrat avec le même éditeur, relativement à sa contribution.

Certes, en technique juridique, il n'est pas exclu de considérer qu'une même qualification s'applique à des contrats distincts. La pluralité d'*instrumenta*, la pluralité d'auteurs ou la conclusion du contrat d'exploitation à des dates différentes peuvent constituer des indices de la pluralité contractuelle. Qu'il y ait plusieurs contrats n'empêchera toutefois en rien que soit appliquée à tous la même qualification, et reconnu un lien d'indivisibilité¹¹⁰⁰. Pour autant, il semblerait en outre de bon aloi de se souvenir de ce que l'article L.113-2 dispose que l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs. C'est dire que tout acte relatif à l'exploitation de cette *propriété commune* nécessite l'accord des différents coauteurs. Est-il alors pertinent de considérer qu'il existe *plusieurs* contrats ? Certainement non. Co-titulaires

¹⁰⁹⁹ Si la qualification d'œuvre collective est exclue, il faut de toute façon noter que la qualification d'œuvre collective exclut le recours au droit contractuel d'auteur, le maître d'œuvre étant attributaire initial des droits.

¹¹⁰⁰ V. p. ex. Cass. 1^e civ., 3 avril 2001, Bull. civ. I, n°94 ; RTD civ. 2002, 96, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CCE juin 2001, comm. n°58, obs. Ch. CARON (résiliation des contrats d'édition conclus par le compositeur et le parolier, sur le fondement de l'indivisibilité). V. sur ce point S. PELLE, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris I, 2005, n°48.

des droits d'exploitation de l'ensemble, les coauteurs ne peuvent constituer qu'une seule et même partie au contrat, et, partant, il faut sans doute retenir l'existence d'*un seul* contrat d'édition. Il faut en effet distinguer entre la succession de contrats et le contrat à formation successive¹¹⁰¹. On ne peut empêcher qu'en pratique, chacun des coauteurs entretienne un rapport individuel avec l'exploitant, que le contrat soit signé à des dates différentes, que des taux de rémunération différents soient prévus pour chacun d'eux. Mais le cadre général de l'exploitation ne peut être, pour une même œuvre, que le même pour chacun des coauteurs¹¹⁰². Il devrait donc exister *un* contrat, sa perfection étant subordonnée au consentement de chaque coauteur¹¹⁰³. Le contrat d'exploitation signé par les coauteurs sera un contrat multilatéral¹¹⁰⁴.

De fait, il devient donc inutile et inapproprié de rechercher une indivisibilité entre les contrats conclus par les différents coauteurs. En effet, puisque, en dépit de la pluralité éventuelle d'*instrumenta*, il existera *un seul* contrat, l'annulation ou la résiliation éventuelle produira effet à l'égard de tous les coauteurs¹¹⁰⁵. L'intérêt de l'analyse est également d'éviter que certains des coauteurs bénéficient d'avantages particuliers ou, au contraire, se voient infliger des clauses moins favorables. Aussi ne devrait-il pas être possible de prévoir une clause résolutoire ou une clause pénale pour l'un, pas pour l'autre : il y a une impossibilité pratique de traiter différemment les co-titulaires de la qualité de partie cédante¹¹⁰⁶. Il restera possible, en revanche, de distinguer les taux de rémunération, dans la mesure où celle-ci varie en principe selon l'importance de la contribution de chacun des coauteurs.

238. Distinction entre œuvre de collaboration et œuvre collective. – L'œuvre de collaboration doit être soigneusement distinguée de l'œuvre collective, dans la mesure où

¹¹⁰¹ B. TEYSSIÉ, *Le groupe de contrats*, LGDJ 1975, préf. J.-M. MOUSSERON, n°10s..

¹¹⁰² Aussi est-il significatif, de ce point de vue, qu'un certain nombre de stipulations ne puisse varier selon les coauteurs. Le nombre minimum d'exemplaires, par exemple, ne peut varier d'un contrat à l'autre. Le principe de rémunération proportionnelle applicable à l'égard de l'un devrait être respecté à l'égard de l'autre, même si les taux peuvent être différents, etc.

¹¹⁰³ L'accord ne sera donc effectif qu'à compter de la date où l'ensemble des coauteurs aura signé.

¹¹⁰⁴ Sur la notion de contrat multilatéral, V. p. ex. Ch. LARROUMET, *Le contrat*, n°76 : c'est un contrat dans lequel il y a plus de deux créanciers ou débiteurs, mais qui sont dans la même situation juridique – un contrat dans lequel il y a en fait cotitularité quant à la qualité de débiteur ou de créancier. Est donné l'exemple de la vente d'une chose indivise, qui est proche du contrat passé par des coauteurs, titulaires indivis du droit d'auteur.

¹¹⁰⁵ La solution devrait ainsi être identique à celle posée par Cass. 1^{er} civ., 3 avril 2001, préc.

¹¹⁰⁶ Formant une seule et même partie au contrat, les divers coauteurs ne peuvent qu'être tenus ensemble de l'exécution du contrat, ce dont il résulte que le contrat ne peut être résolu conventionnellement à l'égard de l'un et non à l'égard de l'autre, qui pourrait exiger une résolution judiciaire. Plus largement, toute discrimination entre les co-titulaires de la qualité de partie au contrat devient injustifiable, ainsi d'une clause pénale, ce qui se comprend très bien dans la mesure où l'inexécution peut très bien être le fait d'un seul, qui n'est pas le moins bien traité.

l'impact de la qualification sur la relation contractuelle est décisif. En effet, lorsque l'œuvre est dite collective¹¹⁰⁷, elle est propriété du producteur¹¹⁰⁸ : celui-ci n'a donc pas à négocier une quelconque cession des droits des divers contributeurs, en vue d'exploiter l'ensemble¹¹⁰⁹.

La solution concerne d'ailleurs aussi bien les droits d'exploitation primaire que les droits dits dérivés, la loi ne distinguant pas lorsqu'elle investit l'entreprise des droits de l'auteur¹¹¹⁰. Aussi bien, le créateur ne saurait prétendre, en l'absence de stipulations contraires du contrat de commande ou de travail, à une rémunération proportionnelle à l'exploitation, ou à un supplément en cas d'exploitations dérivées¹¹¹¹. De même, les divers contributeurs ne devraient pas pouvoir subordonner à une cession la réédition de l'œuvre¹¹¹². L'article L. 132-6 du code de la propriété intellectuelle, lorsqu'il n'autorise la cession forfaitaire qu'à raison de la première édition d'une encyclopédie, ne s'applique ainsi en réalité que si ladite encyclopédie échappe à la qualification d'œuvre collective¹¹¹³.

La cession de droits ne s'impose pas plus à l'égard des divers contributeurs qu'à l'égard de la personne physique qui assure concrètement le rôle du promoteur, personne morale¹¹¹⁴ : cette

¹¹⁰⁷ V. art. L. 113-2 CPI, selon lequel est « dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». V. not. sur cette notion J. CÉDRAS, « Les œuvres collectives en droit français », RIDA 1979/4, 3 – B. EDELMAN, « L'œuvre collective : une définition introuvable », D. 1998, 141 – A. LATREILLE, « La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête », JCP E 2000, p. 14.

¹¹⁰⁸ Art. L. 113-5 CPI.

¹¹⁰⁹ V. X. BUFFET DELMAS d'AUTANE, « Contrat de participation à une œuvre collective », *Expertises* déc. 1997, p. 384.

¹¹¹⁰ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°208. Comp., plus nuancé, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°691-692, qui ne justifie toutefois pas vraiment sa position.

¹¹¹¹ *Contra*, F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°383.

¹¹¹² *Contra*, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°692. Pourtant, il est indubitable que l'art. L. 132-6 CPI n'est pas applicable en cas d'œuvre collective. V. en ce sens Cass. 1^{er} civ., 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n°507 ; CCE 2007, comm. n°2, note Ch. CARON ; D. 2007, 26, obs. J. DALEAU ; PI 2007, 97, obs. A. LUCAS ; RLDI févr. 2007, p. 6, note L. MARINO : sont inapplicables au contributeur d'une œuvre collective les dispositions du droit contractuel d'auteur.

¹¹¹³ *Contra*, F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°383, qui plaide pour une application des art. L. 131-4 et L. 132-6 CPI aux œuvres collectives et considère ainsi que pour les encyclopédies et les journaux, il faut de fait une réunion de deux conditions cumulatives : une qualification d'œuvre collective et la réunion des conditions des art. préc. Une telle vision n'est pas défendable lorsqu'il est souligné qu'aucune cession n'est requise au profit du promoteur de l'œuvre collective (v. note précédente).

¹¹¹⁴ La définition de l'œuvre collective ne doit pas permettre de déployer une argumentation spéieuse : s'il est évident que le rôle d'initiative et de direction du promoteur, justifiant la qualification d'œuvre collective, ne peut échoir concrètement qu'à une personne physique, celle-ci ne doit pas pouvoir prétendre que de fait, elle est titulaire du droit, et non l'entreprise qui s'est attaché ce service. La qualité d'auteur du salarié ou du « représentant » de la personne morale doit donc être rejetée. V. en ce sens Cass. 1^{er} civ., 3 avril 2002, Bull. civ. I, n°109.

personne ne peut qu'exciper des droits tirés d'une commande, d'un contrat de travail ou d'un mandat social.

Enfin, il n'est pas certain que l'entreprise soit privée des droits relatifs à l'exploitation séparée de chacune des contributions, exception faite des journaux et périodiques pour lesquels l'article L. 121-8 réserve à l'auteur la faculté d'exploiter séparément sa contribution – le contributeur pouvant alors, dans ce dernier cas, négocier la cession de ses droits, la qualification contractuelle applicable variant de la même façon que pour toute création individuelle. En effet, le code de la propriété intellectuelle ne renferme aucune disposition similaire à celle concernant l'œuvre de collaboration ou les journaux et périodiques. Il ne faut pas perdre de vue que le droit de reproduction couvre aussi bien la reproduction partielle que la reproduction intégrale¹¹¹⁵ : seule une exception légale expresse devrait pouvoir déroger à ce principe. Certes, dans l'hypothèse d'une exploitation séparée, il est possible de soutenir qu'il s'agit moins de reproduction partielle de l'œuvre collective que d'exploitation de l'œuvre distincte que peut représenter la contribution. Or le promoteur n'est investi que des droits d'exploitation de l'œuvre collective en elle-même. Une large fraction de la doctrine opine en ce sens¹¹¹⁶. Néanmoins, la distinction entre exploitation d'une partie de l'œuvre collective et exploitation séparée d'une contribution paraît d'application malaisée, et va à l'encontre du but du texte : garantir au promoteur une pleine maîtrise de l'œuvre créée sous sa houlette. Aussi est-il peut-être préférable de considérer qu'il revient au promoteur de maîtriser toutes les exploitations.

239. Conclusion de la section 2. – L'état du droit positif révèle en définitive une puissance contrastée de l'influence de la typologie des œuvres de l'esprit, qu'il s'agisse d'ailleurs du genre, de la forme ou de la destination, comme de celle des modalités de leur création : si la plupart des catégories d'œuvres de l'esprit, fussent-elles inscrites dans le courant d'une histoire de l'art pluriséculaire, n'exercent aucune attraction notable sur les qualifications, d'autres catégories occupent le devant de la scène, destinataires d'une qualification spéciale reflétant une logique sectorielle : ainsi de l'œuvre audiovisuelle et de l'œuvre de commande pour la publicité.

¹¹¹⁵ V. en ce sens art. L. 122-4 CPI. V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°297

¹¹¹⁶ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°211 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°691, qui n'en admet pas moins que la solution est subtile et difficile d'application – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°384, qui se réfère à la destination de l'œuvre collective et à la bonne foi. V. aussi, à l'origine de cette position, DESBOIS, *Traité*, n°704.

240. Conclusion du chapitre 1. – Un examen attentif de la définition légale des divers contrats d’auteur révèle une indéniable influence de l’objet du transfert sur la qualification : outre un rôle de critère d’application du droit commun des contrats d’auteur, il faut également lui prêter un rôle sur la scène des diverses qualifications nommées, qu’il s’agisse de lier le contrat spécial à l’objet du transfert lui-même – les multiples droits d’exploitation – ou même, bien que dans une moindre mesure, à l’objet des droits qui le constituent – les diverses œuvres de l’esprit. Aussi apparaît-il que les contrats d’édition ou de représentation ne peuvent pas seulement se définir par leurs obligations principales, mais aussi par la nature du droit exploité – droit de fabriquer des exemplaires pour le premier, droit de représentation pour le second – ce qui exclut en principe de la qualification les divers droits dérivés. La situation est légèrement différente pour le contrat de production audiovisuelle, bien que l’inspiration soit la même : la qualification peut s’étendre à la cession des droits dérivés, bien que son domaine naturel recouvre les modes d’exploitation primaires ; c’est donc surtout la nature de l’œuvre, objet des droits cédés, qui joue le rôle de critère de qualification complémentaire et indispensable, ce qui se comprend dès lors que la protection du producteur relève d’une logique catégorielle, définie en regard de la spécificité de la création en cause. Un tel système, sans être tout à fait incohérent, appelle cependant plusieurs critiques.

La première se rapporte au rôle susceptible d’échoir aux cocontractants. Il faut reconnaître que pour les praticiens, une hésitation quant à la qualification contractuelle applicable peut surgir face à des œuvres telles celles produites en multimédia, compte tenu des flottements jurisprudentiels. Or il faut être clair : pas plus que la qualité d’œuvre de l’esprit, son genre ou sa forme ne peuvent être laissées à la seule appréciation des parties. Des éléments objectifs doivent légitimer cette attribution, sous le contrôle du juge. Ainsi, au moins au stade des négociations, les parties doivent s’entendre sur une qualification dont ils ne peuvent mesurer l’exactitude. L’articulation des contrats nommés autour de catégories assez floues oblige à des choix pouvant être judiciairement contestés, sans qu’une connaissance de principes clairs puisse éviter des erreurs : autant d’entorses à la sécurité juridique, qui constituent le principal écueil de la méthode législative.

Sur le plan de la logique de qualification, la critique essentielle s’attache à l’objet sur lequel s’exerce cette influence : quand elle devrait plutôt jouer sur le régime, elle opère de façon (trop) générale dès la qualification. Il n’est qu’à revenir, par exemple, au contrat d’édition.

L'ouverture du contrat d'édition à d'autres genres que la littérature générale ou à d'autres modes d'exploitation que la fabrication d'exemplaires peut tout à fait être préconisée : il ne s'agit que d'une précellence ordinaire, dans l'art juridique, de la qualification sur le régime. Ce sont deux étapes distinctes, et le second, s'il peut aider à comprendre l'essence de la première, doit en découler et non pas la précéder. S'il est ainsi peu probable qu'une création des arts appliqués, une œuvre musicale ou multimédia puissent être éditées comme un roman, rien n'exclut *a priori* que leur exploitation s'inscrive dans le cadre de prestations d'édition sagement comprises. Une qualification unitaire peut conduire à un régime tenant compte de spécificités, tenant notamment au genre des œuvres qu'elle englobe, sans s'en trouver dénaturée pour autant. Et c'est là que devrait se manifester le plus sûrement l'*influence* du genre de l'œuvre de l'esprit : en jouant sur le *régime* du contrat, elle donnerait à la qualification une portée plus étendue, elle la préciserait et l'adapterait aux évolutions de la matière. C'est là, et là seulement que cette influence devrait être relevée. On ne comprend pas pourquoi, en revanche, un type de contrat particulier devrait être réservé à une catégorie d'œuvre déterminée, surtout quand son régime ne révèle pas un contenu d'obligations différentes – ainsi par exemple du contrat de production audiovisuelle, attaché à un type d'œuvres bien précis, alors que le rapproche d'autres conventions tantôt sa physionomie, telle celle de la commande pour la publicité, tantôt son régime, tel celui du contrat d'édition.

Il faut, en outre, dénoncer les incohérences que crée ce cloisonnement des qualifications quant à l'application des régimes censés leur être attachés. Pour des raisons d'opportunité bien compréhensibles, ne faudrait-il pas considérer que des dispositions réservées à tel type de contrat déterminé sont en fait applicables à *tous* les autres contrats nommés, ainsi par exemple de dispositions intégrées dans le régime de l'édition, telles celles relatives au consentement de l'auteur¹¹¹⁷ ? Le renvoi, dans le cadre de la réglementation d'un contrat nommé, aux dispositions du régime d'un autre contrat spécial, est d'ailleurs parfois opéré par la loi elle-même...¹¹¹⁸

L'influence de l'objet du transfert n'en reste pas moins indéniable, au même titre que celle exercée par la qualité des parties.

¹¹¹⁷ En faveur d'une telle extension, v. DESBOIS, n°494, COLOMBET, n°293, P.-Y. GAUTIER, n°451. *Contra* : A. et H.-J. LUCAS, n°654.

¹¹¹⁸ V. art. L.132-24 CPI, relatif au contrat de production audiovisuelle, qui renvoie aux dispositions relatives au contrat d'édition.

Chapitre 2

LA QUALITÉ DES PARTIES

241. Non sans humour, les fondateurs d'un des plus célèbres prix littéraires remarquaient qu'un « *auteur doit être dans un livre comme la police dans la ville : partout et nulle part* »¹¹¹⁹. N'en irait-il pas de même dans le contrat qu'il conclut avec un exploitant, éditeur ou producteur ?

La qualité de l'une ou l'autre des parties ne constitue pas, en principe, un élément de la qualification du contrat¹¹²⁰. Ce n'est qu'en contemplation de la position que lui assigne la convention qu'un cocontractant acquiert sa qualité : vendeur ou acheteur, bailleur ou preneur, maître d'ouvrage ou entrepreneur, les cocontractants ne se définissent comme tels qu'en raison de la place qui leur revient respectivement dans le contrat qui les lie¹¹²¹. Par exception, une qualification contractuelle peut néanmoins dépendre, au moins pour partie, de la qualité de l'un ou l'autre des partenaires. La qualité des parties ne consiste pas alors dans un simple effet de l'accord, mais dépend du respect de conditions légales ou réglementaires, extérieures au contrat¹¹²². Il en est ainsi pour la quasi-totalité des contrats d'auteur, qui ne se singularisent pas seulement par l'objet sur lequel il porte, une œuvre de l'esprit, mais aussi par celui à qui sa création, voire son exploitation, s'attache.

En effet, il ne faut pas oublier que la qualification du contrat dépend de la qualité de l'une ou l'autre des parties en raison de la volonté du législateur de réserver à certaines personnes l'application des règles protectrices qui composent le régime attaché à la qualification. Si le

¹¹¹⁹ Jules et Edmond de Goncourt, *Journal*, Honoré Champion, coll. « Bibliothèque des correspondances *Journal* ».

¹¹²⁰ V. not. sur ce point J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001, n°71 – X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, n°900.

¹¹²¹ Bien entendu, la qualité de l'une ou l'autre des parties peut exercer une « influence médiate » sur la qualification du contrat : ainsi par exemple la qualité de commerçant emporte l'application de règles propres à la vente commerciale ou aux sociétés commerciales. v. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°70. Il s'agit, en d'autres termes, d'un facteur de qualification en sous-ordre.

¹¹²² Comp. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°900, p. 1031, note 1, selon lequel la notion de qualité recouvre ici les caractéristiques concrètes d'une partie (âge, sexe, profession, etc.), à l'état brut ou déjà qualifiées par le droit (incapable, commerçant, etc.). Il faut relever que, quelque soit l'acception retenue de ce facteur, celui-ci doit néanmoins toujours être prévu par la loi pour constituer un critère de la qualification nommée.

caractère exceptionnel de l'influence de la qualité des parties se justifie par un souci de lutter contre le corporatisme¹¹²³, les contrats d'auteur ne sont évidemment pas les seuls exemples d'une telle influence – il n'est qu'à songer au contrat de transport¹¹²⁴ ou d'intégration en agriculture¹¹²⁵. Ceci révèle parfaitement qu'ériger la qualité des parties en critère de qualification a ainsi, au moins, pour but de préserver les intérêts particuliers de personnes déterminées. La qualité de créateur est donc, dans le principe, un critère permanent de la qualification du contrat d'auteur (section 1). Parce que seules certaines catégories d'exploitant, au contraire, s'exposent à des risques particuliers, ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une qualification contractuelle a été forgée en fonction de la qualité du cocontractant de l'auteur (section 2).

Section 1

LA QUALITÉ D'AUTEUR

242. Une volonté protectrice du créateur se manifeste incontestablement dans l'œuvre du législateur en matière de droit d'auteur : parce qu'il s'agit justement de protéger les intérêts du créateur, les différentes qualifications de la matière sont ordonnées autour de la qualité d'auteur : le droit commun des obligations artistiques régit les seuls contrats conclus par un créateur (§1.). De telle sorte que, dans ce droit fil, ce sera très exceptionnellement qu'un contrat spécial, prévu et réglementé par le code de la propriété intellectuelle, ne se fondera pas de même sur cette même qualité d'auteur (§2.).

¹¹²³ V. en ce sens D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon, 1982, n°76 – J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°71, qui relèvent que « l'influence limitée de la qualité des parties sur la qualification du contrat a pour origine la rupture historique du Code civil avec le corporatisme, ce qui explique que la plupart des contrats spéciaux soient caractérisés par leur contenu, sans égard à la qualité des contractants ».

¹¹²⁴ Le « voiturier » doit en effet faire du transport sa profession. V. en ce sens B. MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz 1996, n°133, qui relève cependant que la jurisprudence applique parfois le régime du contrat de transport à des transports réalisés par un non-professionnel. Le défaut de qualité de transporteur professionnel devrait dans le principe entraîner une autre qualification (et ainsi un régime de responsabilité différent). En faveur d'une qualification *sui generis* dans cette hypothèse, v. D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, n°76.

¹¹²⁵ V. art. L.326-1 c. rur., selon lequel « sont réputés contrats d'intégration tous les contrats, accords ou conventions conclues entre un producteur agricole ou un groupe de producteurs et une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales (...) ». La qualification est ainsi exclue à l'égard d'une coopérative agricole, qui n'est pas une entreprise industrielle ou commerciale (Cass. 1^{er} civ., 27 avril 1978, JCP G 1979, II, 19031, note J. PRÉVAULT), ou un marchand de bestiaux, qui n'est pas un producteur agricole en raison de sa qualité de commerçant (V. p. ex. Cass. 1^{er} civ., 14 mars 1979, Bull. civ. I, n°90, JCP G 1980, II, 19271, note J. PRÉVAULT).

§ 1. – UNE CONDITION D'APPLICATION DU DROIT COMMUN DES CONTRATS D'AUTEUR

243. Le contrat d'auteur est un contrat conclu par... un auteur ! Se profile une lapalissade qui n'est qu'apparente, et lourde de conséquences : le droit commun des obligations artistiques étant tout entier dédié à la protection du créateur, il importe de montrer que la qualité d'auteur est un critère et non un effet de la qualification. Aussi l'absence d'incidence du contrat sur la qualité de créateur doit-elle être mise en exergue (A) avant de vérifier si son application doit être cantonnée aux conventions qu'il négocie lui-même ou par mandataire interposé ou si, au contraire, elle peut être étendue aux ayants cause qui servent ses intérêts en même temps que les leurs (B).

A. – L'incidence du contrat sur la qualité d'auteur

244. Attribution légale de la qualité d'auteur. – La loi s'avère de bien peu de secours pour définir précisément la qualité d'auteur : tout au plus se contente-t-elle de poser une présomption – une présomption simple de surcroît – selon laquelle est auteur celui sous le nom duquel l'œuvre est divulguée¹¹²⁶. Toutefois, la notion est beaucoup moins obscure et polémique que celle d'œuvre de l'esprit¹¹²⁷. Les discussions portent en effet bien davantage sur l'élévation à la dignité d'auteur de tel ou tel participant à une espèce d'œuvre déterminée¹¹²⁸ que sur la définition de celui-ci en tant que créateur, personne physique¹¹²⁹ –

¹¹²⁶ Art. L.113-1 CPI.

¹¹²⁷ Sur ce point, v. *infra*, n°182.

¹¹²⁸ Ainsi p.ex. en matière audiovisuelle, où se discute, selon les faits d'espèce, la qualité d'auteur de certaines personnes non bénéficiaires de la présomption que pose l'art. L.113-7 CPI : le monteur, le directeur de la photographie, etc. V. sur ce point S. DUPUY-BUISSON, « Qui est l'auteur d'une œuvre cinématographique ? », JCP G 2004, I, 100, p.11s. - B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, Litec 2007, n°31s. La discussion a pu aussi porter sur la qualité de co-auteur d'une œuvre de collaboration, entre l'inspirateur et l'exécutant. N'est-ce que l'inspirateur, ou seulement celui qui réalise le projet, ou encore les deux ? En fait, c'est selon le cas. Celui qui n'exécute pas personnellement ne peut se contenter, pour mériter qualité d'auteur, de fournir une idée, qu'elle relève du domaine public ou non, ou, du moins, sans lui donner la précision requise pour jauger son originalité (v. p. ex. TGI Paris, 15 janv. 2003, CCE mars 2003, comm. n°22, obs. Ch. CARON : n'est pas co-auteur d'un film la personne qui a inspiré, par ses souvenirs, le scénario de l'œuvre qu'il n'a ensuite retouché que de façon minime). Il doit participer, par des directives suffisamment précises, à la création d'une forme que l'exécutant matérialise en y ajoutant sa propre part créatrice (mais de simples conseils, même précis, ne suffisent pas à donner la qualité de co-auteur (Cass. 1^{er} civ., 25 mai 2004, CCE septembre 2004, comm. 105, obs. Ch. CARON)). Inversement, celui qui met en application le projet ne mérite pas qualité d'auteur s'il n'accomplit qu'une réalisation machinale ; mais hormis ce cas, il est nécessairement créateur. L'exécution personnelle au sens noble du terme emporte création.

¹¹²⁹ Il est en effet admis une équipollence entre les notions d'auteur et de créateur, dès lors que l'auteur ne peut être qu'une personne physique (v. X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours* n°282), même si parfois, la

en d'autres termes, sur l'application du critère plus que sur le critère lui-même. S'agissant d'œuvres littéraires et artistiques à proprement parler, le lien peut incontestablement se découvrir dans l'empreinte de personnalité que l'auteur imprime à sa création, et qui, de fait, atteste de sa filiation¹¹³⁰. Encore faut-il observer qu'il reste possible, *a minima*, de s'en tenir à une conception plus objective, selon laquelle serai(en)t auteur(s), tout simplement, la ou les personnes qui sont à l'origine de l'apport créatif¹¹³¹. Cela étant, il est indéniable que les conditions d'attribution de la qualité d'auteur que pose la loi, interprétée par le juge, ne sauraient être ignorées des parties à un contrat quelconque : la qualité d'auteur est d'ordre public¹¹³². Aussi le contrat passé avec un producteur ne saurait-il attribuer la qualité d'auteur au cocontractant qui ne réalise aucun apport créatif : on ne devient pas auteur par la seule grâce du contrat d'exploitation¹¹³³. Il en va évidemment de même pour une transaction mettant fin à un litige¹¹³⁴. Toutes les conventions emportant renonciation générale et définitive à la qualité d'auteur sont, de fait, entachées de nullité¹¹³⁵. Inversement, le producteur ne peut se dire créateur – encore moins seul créateur – d'une œuvre qu'il aurait commandée en se bornant à exprimer ses souhaits ou de vagues directives.

jurisprudence erre quelque peu (v. p.ex. CA Riom, 14 mai 2003, CCE 2003, comm. n°116, obs. Ch. CARON). Une personne morale ne peut être en principe que titulaire originaire (art. L.113-5 CPI : œuvre collective) ou attributaire automatique des droits patrimoniaux (art. L.113-9 CPI : logiciel).

¹¹³⁰ V., soulignant ce rôle du critère d'empreinte de personnalité, X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°280.

¹¹³¹ La formule revient d'ailleurs incessamment sous la plume des juges de cassation. V. p. ex. Cass. 1^{er} civ., 3 nov. 1988, Bull. civ. I, n°303 (évoquant le « défaut d'apport personnel (...) à la création intellectuelle du film ») – 13 avr. 1992, Bull. civ. I, n°125 (« apport personnel dérivant d'une activité créatrice ») – 22 février 2000, Bull. civ. I, n°59 (« existence d'un travail créatif concerté », à propos d'une œuvre de collaboration).

¹¹³² V. not. Cass. 1^{er} civ., 6 mai 2003, CCE 2003, comm. n°56, note Ch. CARON ; RIDA 2003/3, 293, et obs. A. KÉRÉVER, 291 ; RTD com. 2004, 267, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

¹¹³³ Cass. civ. 1^{er}, 6 mai 2003, préc. : « *attendu (...) que la personne en charge de la réécriture d'une traduction n'est co-auteur du texte finalement réalisé qu'autant qu'est établi son apport créatif original ; qu'il en résulte(...) que la volonté contractuelle est impuissante à modifier les dispositions impératives des articles L.111-1, L.113-2 et L.121-2 du Code de la propriété intellectuelle* » (souligné par nous). Dans cette affaire, une société, en charge de l'adaptation en langue française de programmes audiovisuels étrangers, avait décidé de réduire de moitié la rémunération de ses traducteurs, en raison de ce que le salarié de la société qui relisait les textes traduits devait compter au nombre des coauteurs de la traduction. Tandis que la société soutenait que la liberté contractuelle permettrait que des contrats de commande engendrent une œuvre de collaboration et prédéterminent l'apport créatif original des deux futurs auteurs, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par cette dernière, en soulignant que le contrat ne pouvait déterminer *a priori* la qualité d'auteur de l'employé en charge de la réécriture de la traduction.

¹¹³⁴ Cass. 1^{er} civ., 16 nov. 2004, Bull. civ. I, n°275 ; LP 2005, III, 172, note A. GRANCHET ; RTD com. 2005, 81, obs. F. POLLAUD-DULIAN : jugé que la cour d'appel avait « exactement observé que la détermination de l'auteur d'une œuvre protégée relève exclusivement de la loi et que la transaction (...) n'avait pu investir [le signataire de la transaction] de cette qualité » (à propos d'un dictionnaire requalifié en œuvre collective). V. aussi Cass. civ. 1^{er}, 4 avr. 1991, Bull. civ. I, n°119 ; RIDA 1991/4, 125 (la cour d'appel ne pouvait rejeter la demande en nullité de la transaction qui attribuait à l'une des parties la paternité de la totalité des thèmes musicaux originaux dont plusieurs étaient, selon les constatations de l'arrêt, l'œuvre de l'autre signataire).

¹¹³⁵ V. les arrêts de la note précédente.

245. Pouvoir restreint et indirect des parties. – Il n'en demeure pas moins que l'impérativité, irriguant la matière, laisse subsister quelques manifestations du pouvoir des cocontractants. La qualification contractuelle d'auteur, permettant la divulgation de l'œuvre sous le nom mentionné dans le contrat, justifierait sans doute le bénéfice de la présomption posée par l'article L. 113-1 du code de la propriété intellectuelle¹¹³⁶. Inversement, la licéité d'une renonciation au droit de paternité semble admise, dès lors qu'elle est révocable¹¹³⁷. En revanche, il n'est pas certain qu'un contrat antérieur à l'exploitation des droits, telle une commande, puisse indirectement produire pour effet de retirer à l'une de ses parties la qualité d'auteur, même s'il se dégageait des termes mêmes de la relation une exclusion totale ou quasi-totale de la liberté devant présider à toute véritable création¹¹³⁸.

Un exploitant doit d'abord manifester une vigilance particulière à l'égard de l'existence d'une participation du cocontractant à la création de forme. Pour exclure la qualité d'auteur et, partant, la conclusion d'un contrat d'auteur, il faut s'assurer qu'aucun lien ne pourra être tissé entre l'œuvre et la personne qui intervient dans sa réalisation. Un principe ne souffre donc aucune discussion : pas plus qu'il ne peut l'attribuer selon sa volonté, l'investisseur ne peut exclure *a priori*, par simple affirmation péremptoire, la qualité d'auteur ou de coauteur¹¹³⁹. Mais en réalité, il faut également douter qu'il puisse ressortir de stipulations, même claires et précises, que le cocontractant de l'exploitant ne jouit en réalité d'aucune liberté créatrice. La Cour de cassation, dans un arrêt critiqué, semble certes l'avoir admis¹¹⁴⁰. À cet égard, le juge devrait cependant procéder à une appréciation particulièrement circonstanciée¹¹⁴¹. Surtout, il n'est pas acquis, loin s'en faut, que suffise la reconnaissance, au bénéfice du producteur, d'un pouvoir de demander des modifications de l'œuvre : en réalité, seul un examen de la conception et de la réalisation de l'œuvre, *i.e.* une analyse *a posteriori*, permettra de savoir si

¹¹³⁶ V. en ce sens Ch. CARON, obs. sous Cass. civ. 1^e, 6 mai 2003, préc., n°2.

¹¹³⁷ V. not. sur ce point P.-Y. GAUTIER, « L'œuvre écrite pour autrui », RIDAC1989/1, pp. 89s., n°16s.

¹¹³⁸ CA Poitiers, 7 décembre 1999 JCP E 2000, p.1375, note L. BROCHARD, CCE juillet – août 2001, comm. n°72, obs. Ch. CARON, pourvoi rejeté par Cass. civ. 1^e, 30 septembre 2003, CCE décembre 2003, comm. n°116, obs. Ch. CARON.

¹¹³⁹ V. Cass. 1^e civ., 6 mai 2003, préc. Dans cette affaire, présentée plus haut, le contrat liant le traducteur à l'exploitant prévoyait que le refus de signer la traduction achevée faisait perdre au premier la qualité d'auteur et, partant, toutes les prérogatives attachées à cette qualité, tant patrimoniales que morales : jugé alors que « la renonciation à tout droit déduite du refus de cosigner la version définitive arrêtée porte atteinte à l'inaliénabilité du droit moral d'auteur sur une œuvre achevée ».

¹¹⁴⁰ V. Cass. 1^e civ., 30 septembre 2003, préc. : l'arrêt souligne que « de par le contrat de commande, les réalisateurs étaient tenus de répondre à toutes les demandes de modifications, ajouts ou suppressions portant sur les éléments du film (...), qu'ainsi la maîtrise du scénario définitif, du découpage, du rythme, du contenu du commentaire et en général de tout de ce qui marque la liberté créatrice et la personnalité de l'auteur échappait aux (...) simples exécutants de la volonté du producteur » (souligné par nous).

son cocontractant n'a véritablement pas fourni l'apport créatif qui pourrait l'élever au rang d'auteur ou de coauteur¹¹⁴². Pour mieux encore s'en convaincre, il n'est qu'à songer à l'hypothèse dans laquelle l'investisseur n'exerce pas le pouvoir que lui reconnaît le contrat : la liberté créatrice de son cocontractant, qui ne pourra être qualifié de simple exécutant de ses volontés, aura pu s'exprimer de mille et une façons. À dire vrai, de simples clauses de la commande ne paraissent pas pouvoir garantir que le commandité ne sera qu'un simple exécutant, et non un coauteur. Dans le même esprit, il faut admettre que la distinction faite par la pratique du secteur audiovisuel entre « retouches » – simples conseils ou corrections, ajouts et coupes légères effectués soit par un salarié permanent de la société de production, tel le « directeur littéraire » ou le « coordinateur d'écriture » (« *script editor* »), ou par un tiers consultant (« *script doctor* ») – et, d'autre part, la « réécriture » – refonte du scénario d'origine – ne vaut que comme indication de bon sens¹¹⁴³ : d'après leur définition, les « retouches » ne témoignent pas d'un apport créatif original, au contraire de la « réécriture ». En tout état de cause, il n'en demeure pas moins que seul un examen *a posteriori* permet la classification, une clause contractuelle qui prétendrait l'imposer *a priori* devant être privée d'effets en cas de contrariété.

Le problème est qu'un producteur négocie toujours la cession des droits *en amont* du processus de création, *i.e.* à un moment où la consistance des tâches des divers intervenants ne peut pas toujours être fixée avec certitude. Ce problème présente d'ailleurs une acuité particulière à propos des œuvres qui, s'appuyant sur le réel, paraissent à certains égards revêtir les habits de la fiction, tels les émissions de « télé-réalité »¹¹⁴⁴, les docu-fictions, voire même certains documentaires¹¹⁴⁵. Certes, l'exploitant paraîtra précautionneux s'il négocie *a priori* la cession des droits d'intervenants dont il n'est pas certain qu'ils comptent au nombre

¹¹⁴¹ Bien que celle-ci soit souveraine, ainsi que le rappelle l'arrêt précité.

¹¹⁴² Dans l'affaire précitée, il faut ainsi noter qu'en dépit de la référence au pouvoir contractuel du producteur, la maîtrise de la création de l'œuvre n'a pas été déniée au réalisateur sans observer que, concrètement, le producteur a fait usage de son pouvoir : l'arrêt note « *qu'à ce titre [le pouvoir contractuel du producteur], certains projets avaient été refusés, et que tous avaient fait l'objet de corrections* ».

¹¹⁴³ Sur ces définitions, V. le *Protocole d'accord concernant les relations entre les scénaristes et les producteurs de télévision* signé par l'Union syndicale de la production audiovisuelle (USPA) et l'Union-Guilde des Scénaristes (UGS) le 28 mai 2001 (reproduit in B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, annexe 4).

¹¹⁴⁴ Sur le sujet, v. not. A. LEPAGE, Ch. CARON, O. de MATTOS, G. DECOCQ, A. BRUNING, « De quelques points de rencontre entre le droit et l'émission Loft Story », CCE 2001, étude 14.

¹¹⁴⁵ L'affaire « Être et avoir » est significative de ce point de vue : le film, présenté tel un documentaire, retrace la vie d'une classe unique d'un village de montagne. Suite au succès du film, l'instituteur revendique notamment un droit d'auteur sur son cours et sur l'œuvre audiovisuelle, en tant qu'auteur du texte parlé : ce sera sans succès. V. en dernier lieu, mais faisant l'objet d'un pourvoi en cassation, CA Paris, 4e ch., A, 29 mars 2006, D. 2006, p. 2995, obs. P. SIRINELLI ; CCE 2006, comm. 77, note Ch. CARON ; CCE 2006, chron. 5, n° 6, obs. B. MONTELS ; RLDI 2006/6, n° 489, note A. MAFFRE-BAUGÉ.

des créateurs de l'œuvre. En l'absence, au final, de concours du cédant à la création de forme, il lui faudrait néanmoins, pour se soustraire alors à l'exécution de la contrepartie prévue, réclamer la nullité – pour défaut d'objet (ou de cause) – d'un accord qu'il a lui-même sollicité... On mesure à quel point la sécurité des transactions est parfois mise à mal par ce qu'il est permis de nommer « le flou du droit d'auteur ».

246. Œuvre collective. – Le cas de l'œuvre collective appelle sans doute un traitement quelque peu différent. Il n'est pas douteux que l'application d'une telle qualification évince les personnes physiques ayant contribué à la création de l'œuvre de toute prétention au bénéfice du droit contractuel spécial¹¹⁴⁶ : sans être pour autant un auteur, seul le producteur est investi du droit d'auteur relativement à l'œuvre d'ensemble, ce qui le dispense de négocier la cession des droits des divers intervenants. Faut-il, cela étant, considérer que la qualité des contributeurs – auteurs d'une œuvre de collaboration, titulaires des droits, ou participants d'une œuvre collective, sans droits sur l'ensemble – est d'ordre public ? En réalité, la réponse gagnerait à être nuancée. Assurément, la qualification d'œuvre collective ne saurait être imposée par un investisseur¹¹⁴⁷. Celui-ci ne sera éligible au statut de propriétaire originel qu'au cas où ses conditions d'application seront réunies. En revanche, il n'est pas certain qu'un investisseur puisse renoncer au bénéfice de ce statut.

Prima facie, l'investisseur ne semblerait alors que renoncer à l'application des textes relatifs à l'œuvre collective. Si la « renonciation au bénéfice de la loi » ne présente pas le caractère abdicatif attaché aux renonciations¹¹⁴⁸, il semble néanmoins s'agir ici d'une sorte d'abdication du droit de propriété conféré à titre originel à l'investisseur. Dès lors, il faut s'interroger sur la licéité de la renonciation. Pourrait recevoir application le principe, fixé par la jurisprudence, selon lequel nul ne peut valablement renoncer à un droit d'ordre public avant qu'il ne soit acquis¹¹⁴⁹. De la même manière qu'il est impossible de renoncer au statut des baux commerciaux dans le contrat de bail¹¹⁵⁰, il ne serait pas possible, à l'investisseur même, de renoncer au statut d'œuvre collective dans le cadre des contrats de commande ou de travail –

¹¹⁴⁶ V. en ce sens Cass. 1^{er} civ., 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n°507 ; CCE 2007, comm. n°2, note Ch. CARON ; D. 2007, 26, obs. J. DALEAU ; PI 2007, 97, obs. A. LUCAS ; RLDI févr. 2007, p. 6, note L. MARINO : sont inapplicables au contributeur d'une œuvre collective les art. L. 131-4 et L. 132-5 CPI.

¹¹⁴⁷ On reste ici dans le caractère d'ordre public des art. L. 111-1, L. 113-2 et L. 121-2 CPI.

¹¹⁴⁸ V. D. HOUTCIEFF, « Renonciation », *Encycl. Civ. Dalloz*, 2004, n°4-5.

¹¹⁴⁹ V. p. ex. Cass. soc., 16 mars 1999, Bull. civ. IV, n°125 – civ. 2^e, 25 mars 1991, Bull. civ. II, n°102.

¹¹⁵⁰ Cass. 3^e civ., 19 mai 2004.

la réunion des critères de l'œuvre collective ne pouvant pas être prédéterminée avant que débute le travail de création.

Cependant, il ne faut pas oublier que la renonciation à un droit d'ordre public *acquis* demeure admise dans le principe, qu'il s'agisse d'ordre public de protection ou de direction¹¹⁵¹. Surtout, la discussion pourrait s'élever sur la nature des dispositions relatives à l'œuvre collective, leur caractère d'ordre public de protection prêtant au doute. Certes, le bénéficiaire ne semble pouvoir en être que l'exploitant, dans la mesure où la loi lui accorde ici un traitement de faveur. Il s'agirait alors de promotion de son activité. Il est cependant douteux que l'exploitant doive être protégé contre l'auteur, et que l'exploitant ne puisse délibérément renoncer à ce statut. En définitive, une telle renonciation devrait être admise, voire même se déduire implicitement de la conclusion de contrats d'exploitation avec les divers contributeurs, en sus de la commande ou de la relation de travail. On sait que la notion d'œuvre collective présente des contours assez incertains : il revient à l'investisseur de choisir entre sécurité juridique et bénéfice d'un statut particulièrement favorable.

247. Critère de qualification. – Si le cocontractant de l'exploitant n'accède pas au rang d'auteur, se pose en toute hypothèse la question de savoir à qui s'attache la création commandée¹¹⁵². Si investisseur et auteur ne font qu'un – celui-ci étant considéré comme celui-là – il n'est point de contrat d'exploitation : point n'est besoin de cession de droits dont l'exploitant est alors titulaire originel. Il n'est éventuellement lié qu'à de simples exécutants, aux termes, par exemple, d'un contrat de travail ou d'entreprise. À défaut de création protégeable, il n'est pas davantage utile de conclure un contrat d'exploitation : il s'agit d'une chose commune, libre de droits¹¹⁵³. Il en sera notamment ainsi lorsque, à la suite d'une action formée par un producteur à l'encontre de son cocontractant, la qualité d'auteur du dernier sera exclue sans qu'elle échoie au premier. L'exploitant ne pourra pas alors exciper du droit d'auteur pour interdire des exploitations concurrentes, ce qui devrait pour le moins l'inviter à

¹¹⁵¹ V. not. Cass. 1^e civ., 17 mars 1998, Bull. civ. I, n°120 ; RTD civ. 1999, 670, obs. J. MESTRE (« s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par une loi d'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles »). V. aussi *Encycl. Dalloz*, V° « Renonciation », par D. HOUTCIEFF, 2004, n°40.

¹¹⁵² Pour certains, il s'agirait de fait du commanditaire (L. BROCHARD, note préc.). *Contra* : v. obs. Ch. CARON, sous Cass. civ. 1^e, 30 septembre 2003, préc., p.27, qui s'interroge sur les qualifications possibles selon les circonstances : œuvre protégée si l'apport créatif d'autres co-auteurs ou du producteur est bien caractérisé, ou chose commune à défaut...

¹¹⁵³ V. en ce sens Ch. CARON, obs. sous Cass. civ. 1^e, 30 septembre 2003, préc., n°2.

la prudence, avant de s'attaquer à son partenaire¹¹⁵⁴. Ceci étant, il importe en définitive assez peu, dans la perspective d'une qualification contractuelle, d'identifier la source de la création. Le principe selon lequel le contrat d'auteur doit être conclu par un auteur n'est jamais altéré, en ce que la qualification ne restera malgré tout applicable que si la création peut être attribuée à un auteur, considéré comme tel en vertu de la loi, et partie à un contrat d'exploitation. Par conséquent, il s'avère certain que la qualité d'auteur ne dépend *jamais* de la position contractuelle occupée : la qualité d'auteur ne dépend que de facteurs *extérieurs* au contrat (critères légaux ou jurisprudentiels de la qualité d'auteur). La qualité d'auteur n'est pas un effet du contrat, mais bien une condition de la qualification.

B. – La qualité d'auteur, fondement de l'application du droit commun des obligations artistiques

248. Pour ériger la qualité d'auteur en critère de qualification, il faut encore montrer que l'application du droit commun des contrats d'auteur repose sur une condition *ad personam*, laquelle témoigne de sa finalité protectrice. En effet, nombreux sont ceux à se réclamer de la protection, alors même qu'ils ne sont pas eux-même les auteurs de l'œuvre visée au contrat. Il semble dès lors judicieux de distinguer entre deux situations dans lesquelles les besoins de protection ne sont pas les mêmes, celle de l'exploitant d'une part (1), celle des autres ayants cause, parmi les héritiers, d'autre part (2).

1) La situation de l'exploitant, cocontractant direct de l'auteur

249. Refus de protection. – Le cessionnaire pourrait trouver intérêt à se prévaloir du droit commun des contrats d'auteur, notamment des articles L.131-2¹¹⁵⁵ et L.131-3 du code de la propriété intellectuelle. L'exploitant n'a pourtant aucun titre pouvant réellement justifier que la protection du droit d'auteur soit étendue aux contrats qu'il négocie avec d'autres professionnels, qu'il invoque la nature de l'objet de propriété littéraire et artistique (a), ou la représentation des intérêts de l'auteur (b).

¹¹⁵⁴ *Ibid.* : M. Caron évoque ainsi la figure de l'arroseur arrosé.

a) Refus d'une protection fondée sur le caractère incorporel du droit d'auteur

250. Droit commun des contrats d'auteur, droit *intuitu rei* ? – Une première série d'arguments, favorables à l'extension aux exploitants de la protection qu'offre le droit commun des obligations artistiques, tient à la nature spécifique de ce qui constitue l'objet du contrat : les droits d'auteur. Ainsi Desbois évoquait-il le caractère *intuitu rei* des dispositions composant ce droit spécial au regard du droit civil¹¹⁵⁶. Plus largement, il s'agit de souligner que ces règles ont pu être édictées au regard de la configuration des droits d'exploitation, biens incorporels dont la circulation imposerait un certain formalisme, comme au regard de la nature immatérielle de l'œuvre de l'esprit, productrice de valeur au travers de la seule exploitation. Aussi faudrait-il, par exemple, que dans tout contrat d'exploitation, c'est-à-dire même dans les sous-cessions consenties par l'exploitant principal, les droits visés soient délimités conformément aux exigences de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle, ou que la rémunération proportionnelle à l'exploitation prévue par l'article L.131-4 soit prévue en toutes circonstances.

Cette opinion ne saurait pourtant prospérer. Il ne s'agit pas de contester que l'œuvre de l'esprit est détachée conceptuellement de son support, par nature immatérielle, ni que les droits d'exploitation sont des « biens incorporels »¹¹⁵⁷. Cela étant, toute prérogative juridique, qu'elle porte sur une chose matérielle ou une création intellectuelle, est un bien incorporel¹¹⁵⁸ : dans un cas comme dans l'autre, la délimitation de la cession ne peut qu'emprunter la voie d'une précision contractuelle, et à cet égard la règle est la liberté de l'accord des volontés. Il n'est point, en droit civil, d'exigence générale relative à des mentions obligatoires sur l'étendue des droits cédés : si par exemple le droit de propriété peut être démembré, il appartient au cédant de délimiter le périmètre de la cession. A défaut de précisions, c'est le transfert de la propriété pleine et entière qu'opérera le contrat, du seul fait de la détermination de la chose vendue (et de l'accord sur le prix)¹¹⁵⁹. Certes, il faut constater,

¹¹⁵⁵ V. à ce sujet l'affaire « Lucky Lucke », Cass. 1^{er} civ., 27 novembre 2001, CCE 2002, n°41, note Ch. LE STANC.

¹¹⁵⁶ H. DESBOIS, *Traité*, n°527. Selon l'éminent auteur, les dispositions du droit des contrats d'auteur sont justifiées par la nature de l'œuvre de l'esprit : les droits d'auteur conservant « à travers les conventions et les transferts dont ils font l'objet » l'empreinte de cette origine, « les contrats auxquels ils donnent lieu présenteront les mêmes singularités, quels que soient les titulaires ».

¹¹⁵⁷ Sur la notion de bien appliquée aux droits de l'auteur, v. *infra*, n°314.

¹¹⁵⁸ V. F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 7^e éd., 2006, n°43s. (qui tiennent au demeurant pour synonymes les termes « immatériel » et « incorporel »). V. aussi *infra*, n°314.

¹¹⁵⁹ V. art. 1582 C. civ., définissant la vente.

dans la pratique des professionnels, que les droits d'exploitation sont souvent aussi précisément délimités. Mais justement, il faut ajouter ici que l'exigence de détermination de l'objet du contrat (art. 1108 du code civil) concerne évidemment aussi bien les professionnels que n'importe quel autre contractant. Différente est la question du formalisme de la cession. Ainsi, en matière de propriété industrielle (où interviennent souvent des professionnels), les transmissions contractuelles ne sont pas soumises à la présence de mentions obligatoires relatives à l'étendue des droits cédés ou concédés¹¹⁶⁰. Si la loi spéciale n'imposait pas la délimitation du domaine d'exploitation, pourrait tout à fait se concevoir une cession totale des droits patrimoniaux de l'auteur. Il semble ainsi que l'exigence de mentions obligatoires ne puisse pas être analysée comme une suite du caractère incorporel du droit d'auteur, puisque tout droit patrimonial partage ce caractère et, qu'évidemment, un tel formalisme est loin d'être général en droit privé. Loin d'être fonction de la nature de l'objet du contrat, l'exigence tient au contraire à d'autres considérations, tenant notamment à la protection des intérêts du créateur. Il en va d'ailleurs de même du principe de rémunération proportionnelle, qui ne peut pas davantage être justifié par la nature des droits d'exploitation. Si l'on peut à la rigueur admettre qu'il est dans la nature d'une œuvre d'être exploitée, celle-ci ne peut à elle seule commander que le prix du contrat conclu soit proportionnel aux fruits de la diffusion. Tout dépend plutôt, abstraction faite ici de la situation de l'auteur, de la nature de l'opération projetée, reflet des objectifs poursuivis par les parties : rémunération proportionnelle quand la maîtrise de l'œuvre est conjointe, forfait quand elle est abandonnée moyennant une somme d'argent immédiatement disponible. D'ailleurs, la rémunération forfaitaire de l'auteur lui-même n'est pas exclue¹¹⁶¹. Enfin, ces diverses modalités de rémunération s'appliquent dans bien d'autres domaines. Si la protection de l'exploitant ne saurait ainsi se fonder sur la nature des droits d'auteur, elle ne devrait cependant pas plus pouvoir être justifiée par l'intérêt du créateur.

¹¹⁶⁰ Arg. art. L.613-8 CPI (brevets), art. L.714-1 (marques)... Il faut certes prendre acte de l'exigence d'un écrit que posent ces textes s'agissant des contrats relatifs au brevet et des cessions de marques. Mais cette exigence a une finalité elle aussi différente de la prise en compte de la nature incorporelle des droits visés : elle s'explique par le fondement du système de protection sur l'enregistrement, et la volonté d'assurer l'information et la protection des tiers. Sur ce point, v. J. SHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007, n°230s., n°572.

¹¹⁶¹ Les cas où le forfait est autorisé sont nombreux: v. art. L.131-4 CPI. D'où un débat qui se prolonge sur le lien entre obligation d'exploiter et rémunération proportionnelle: v. *supra*, n°. Il suffit de comprendre que si le forfait est une contrepartie possible de l'exploitation, aucun lien nécessaire et exclusif ne peut être établi entre exploitation et rémunération proportionnelle, qui n'est que la modalité de principe de la rémunération, non la seule modalité possible. Par suite, il ne saurait être admis que la nature du droit elle-même commande une rémunération proportionnelle, le droit d'auteur conservant bien sa nature en cas de forfait...

b) Refus d'une protection de l'exploitant fondée sur l'intérêt de l'auteur

251. Reconnaissance de l'objectif de protection de l'auteur. – Il est unanimement reconnu que le droit commun des obligations artistiques poursuit un objectif de protection de l'auteur¹¹⁶². Un parallèle peut d'ailleurs, il est vrai, s'établir entre ce droit et d'autres systèmes de règles protectrices de « parties faibles » au contrat, notamment le droit de la consommation et le droit du travail¹¹⁶³ : à une identité de motifs, la compensation d'une infériorité juridique et économique, répond une similarité de mécanismes protecteurs, ainsi notamment du formalisme informatif¹¹⁶⁴. L'esprit de la loi, essentiellement favorable aux créateurs, commande que les dispositions spéciales (par rapport au droit civil), règles d'exception, soient interprétées de façon stricte, leur application cessant quand la protection n'a plus lieu d'être¹¹⁶⁵. Il s'agit en fait de dispositions d'ordre public au service de l'intérêt privé de l'auteur – ordre public économique de protection, justifiant que seul l'auteur puisse en invoquer le non-respect mais ne puisse en pâtir¹¹⁶⁶ – ou au service de l'intérêt général – ordre public culturel, justifiant que soit soutenue la création nationale¹¹⁶⁷. La protection de l'auteur se pose ainsi comme un objectif si louable qu'elle semble devoir échapper aux récentes critiques portées contre la méthode légale de protection fondée sur la qualité des parties, accusée de déséquilibrer le contrat, alors que d'autres techniques, plus souples, judiciaires notamment, peuvent servir ce but protecteur¹¹⁶⁸ : l'activité de création présente en effet une

¹¹⁶² V. not., particulièrement clair en ce sens, Ch. CARON, *Manuel*, n°394. V. aussi B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM 2001, n°18s. – « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », CCE 2001, p. 19.

¹¹⁶³ B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, n°19, qui établit un rapprochement entre les différentes législations protectrices, quant à la formation du contrat (formalité de l'écrit, mentions obligatoires) et quant à son exécution (interprétation stricte, prise en compte de la lésion, limitation de la durée du contrat etc.)

¹¹⁶⁴ B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, n°20, ou art. préc., n°15, qui distingue entre infériorité-ignorance (ou juridique), due à une inexpérience de la pratique commerciale, à « une légèreté supposée immanente à la condition de créateur », et infériorité-contrainte (ou économique), qui résulte de la situation de dépendance de l'auteur face à la puissance financière de l'exploitant.

¹¹⁶⁵ C'est ici le lieu d'appliquer les célèbres maximes d'interprétation romaines, « *exceptio est strictissimae interpretationis* » et « *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* ». V. encore sur ces points B. MONTELS, th. préc., n°16 et 22, art. préc., n°11 et 17.

¹¹⁶⁶ V. sur ce point A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ, 1962, préf. R. SAVATIER, n°208. Cet auteur a démontré que le but protecteur des auteurs ne pouvait être atteint si le cessionnaire pouvait invoquer à son profit les dispositions du droit commun des contrats d'exploitation, réclamant l'annulation pour la violation de dispositions protectrices du seul créateur. La jurisprudence va dans ce sens : v. not. Cass. 1^{er} civ., 6 février 1973, « Dhéry », RTD com. 1973, p.553, obs. DESBOIS, GP 1973, I, 406 ; et plus récemment Cass. 1^{er} civ., 11 février 1957, « F. Sagan », RIDA 3/1997, 278, D.1998, SC 195, obs. COLOMBET.

¹¹⁶⁷ V. sur ce point B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, n°24 et 25.

¹¹⁶⁸ Lire à ce sujet la thèse de M. Cyril NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, LGDJ 2002, qui critique la méthode législative, fondée sur l'idéal de **justice commutative**,

valeur sociale incontestable, justifiant une promotion de celle-ci par la loi elle-même¹¹⁶⁹. À certains égards, il semble même que cet objectif de promotion de l'activité créatrice soit plus déterminant que celui de protection à proprement parler, dans la mesure où la reconnaissance à l'auteur de la qualité de professionnel le distingue du consommateur ou du salarié¹¹⁷⁰. Toutefois, il n'est pas question de nier que l'objectif de protection conserve un caractère essentiel, en contemplation de la situation la plus fréquente, qui est celle de l'infériorité du créateur dans ses négociations avec l'exploitant. Au fond, il paraît donc plus pertinent de conclure que les deux fondements jouent comme des conditions cumulatives de l'application de la législation protectrice.

252. Extension de la protection fondée sur l'intérêt de l'auteur. – Quoiqu'il en soit des fondements de cette protection, il n'est donc plus vraiment contesté qu'elle serve les intérêts de l'auteur : la volonté de l'étendre à certains professionnels, comme le producteur audiovisuel, s'appuie dès lors plutôt sur l'idée que cette extension servirait justement les intérêts du créateur lui-même, formant avec ceux de l'exploitant un tout commun et indivisible...¹¹⁷¹ *Un intérêt commun* : il résulterait de l'essence fiduciaire du contrat conclu avec l'auteur, cadre dans lequel l'exploitant se contenterait de gérer le patrimoine à leur mutuel profit¹¹⁷². *Des intérêts indivisibles* : l'efficacité des dispositions protectrices du

consistant à protéger un des cocontractants au terme d'une double prise en compte de leur qualité : ainsi s'efforce-t-il notamment de démontrer « l'inadaptation de la méthode de protection du contractant en qualité de consommateur » (n°378s.), surtout en ce qu'elle ferait primer l'activité de consommation sur l'activité professionnelle, sans pouvoir être justifiée sur l'utilité sociale plus grande que présenterait la première par rapport à la seconde – la consommation des produits n'est pas plus utile que leur fabrication ! (n°397s.) –, et en ce qu'elle serait de fait beaucoup trop subjective (n°414). Pour cet auteur, la protection de la « partie faible » devrait ainsi bien davantage s'appuyer sur des techniques juridiques différentes de la protection *légale*, se prévalant de la « légitimité d'une méthode reposant sur l'interventionnisme judiciaire (n°464s.)

¹¹⁶⁹ V. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, n°25s., qui approuve la méthode législative, fondée sur l'idéal de **justice distributive**, consistant à protéger un contractant au terme d'une simple prise en compte de sa qualité de personne physique, ou de l'activité qu'il exerce, en ce qu'elle serait socialement utile. Quant à nous, il nous paraît révélateur que le champ des démonstrations proposées n'intègre pas la protection de l'auteur, rebelle aux distinctions élaborées : ainsi, si l'auteur peut-il certes être protégé en tant que « partie faible » au contrat, se rapprochant du consommateur ou du salarié, on devrait admettre que sa protection peut aussi s'inscrire dans la logique d'une promotion de l'activité de création, le faisant échapper aux critiques portées dans cette thèse...

¹¹⁷⁰ L'auteur n'est en effet pas toujours en position de faiblesse dans les négociations menées avec son éditeur ou producteur, or il est indéniable que le bénéfice des art. L.131-1s. CPI ne saurait lui être refusé dans ces circonstances mêmes. Par ailleurs, la qualité de professionnel lui est en principe reconnue, voire celle d'« entreprise » soumise au droit communautaire de la concurrence (v. p. ex. la décision de la Commission du 26 mars 1978, affaire RAI c./ Unitel, JOCE, L.157, 15 juin 1978, p.39). Dès lors, le rapprochement avec le droit du travail ou de la consommation apparaît au final moins pertinent que l'explication tirée d'une valorisation des activités servant l'intérêt général.

¹¹⁷¹ Il faut bien sûr reconnaître ici la thèse de M. MONTELS (*Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, n°29s.).

¹¹⁷² Ainsi M. MONTELS relève-t-il la similarité du mécanisme de la fiducie avec la configuration des cessions de droit d'auteur : not. la possibilité de limiter les prérogatives consenties au propriétaire-fiduciaire,

créateur serait subordonnée à la possibilité que l'exploitant exerce lui-même les droits qui en découlent¹¹⁷³. En définitive, il faudrait étendre la protection de l'auteur au professionnel car il serait impossible de protéger l'un sans l'autre. L'appui « textuel » se trouverait dans l'article L.131-7 du code de la propriété intellectuelle.

253. Rejet d'une protection des professionnels fondée sur la représentation de l'auteur. –

Cette façon de lier les intérêts de l'auteur et de l'exploitant recèle une part de vérité, en ce sens que la valeur de l'œuvre sur le marché intéresse tout autant l'auteur que l'exploitant. Pour autant, il est quelque peu contestable de vouloir défendre les intérêts du marchand en les faisant passer pour ceux de l'auteur lui-même.

Tout d'abord, il n'est pas vrai que la protection de l'auteur nécessite d'étendre le bénéfice des dispositions du code de la propriété intellectuelle au cessionnaire de ses droits. S'agissant de la délimitation des cessions (l'exigence de mentions obligatoires), il est indéniable que l'ayant cause du créateur ne saurait transmettre plus de droits qu'il n'en a acquis lui-même : aussi bien, le sous-cessionnaire ne saurait imposer à l'auteur que l'étendue des droits rétrocédés soit plus large que celle convenue dans le contrat initial¹¹⁷⁴. S'agissant de la rémunération proportionnelle, l'auteur ne saurait non plus souffrir de ce qu'elle n'aurait pas été stipulée dans le cadre des sous-cessions. Outre que son co-contractant direct s'exposerait ainsi à une action en résolution pour inexécution de l'obligation qui pèse sur lui¹¹⁷⁵, l'auteur pourrait, à l'encontre des sous-acquéreurs, exercer une *action directe*. Une doctrine autorisée considère en effet que l'action directe serait ouverte à l'auteur, qu'il se prévale d'une *stipulation pour autrui tacite* en sa faveur, ou tout simplement de la théorie des chaînes de contrat –

l'interprétation restrictive de ses pouvoirs, le retour du bien à la fin du contrat, etc. (v. *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelle*, n°31). Le producteur audiovisuel jouirait ainsi d'une "propriété-fonction" (n°32).

¹¹⁷³ Ainsi M. MONTELS s'appuie-t-il sur l'exemple du privilège reconnu à l'auteur sur les redevances d'exploitation et de cession par l'art. L.131-8 CPI (n°36s.) : réduire l'assiette du privilège à la part qui revient à l'auteur dissuaderait le producteur de l'exercer dans leurs intérêts respectifs, qu'il faudrait donc reconnaître indivisibles, en permettant au producteur de le mettre en œuvre sur la totalité de la créance. La jurisprudence irait en ce sens (civ. 1^e, 11 avril 1995, D.1996, SC 70, obs. T. HASSLER, G.P. 1993, I, 300, note MARCHI, P.A. 1995, n°6, 14, note GUEGUAN).

¹¹⁷⁴ V. S. DURRANDE, « L'arrêt Perrier : un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur », RIDA 2/1995, p.3s. : « les dispositions de l'art. L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle gardent leur efficacité à travers la chaîne des contrats portant sur les droits d'exploitation puisque, servant à délimiter l'objet de la cession originaire, c'est cet objet qui servira lui-même de limite supérieure aux contrats successifs qui porteront sur les droits d'exploitation » (p.21).

¹¹⁷⁵ V. sur ce point B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, n°42s. L'on avoue mal comprendre, de ce point de vue, en quoi ce risque de résolution plaide, comme semble le penser M. MONTELS, en faveur d'une extension de la protection au professionnel, qui par définition serait responsable d'un manque de diligences pour s'acquitter de son obligation. Faut-il offrir une prime à la négligence ?

application de la théorie de l'accessoire – selon laquelle les obligations légales sont transférées en même temps que les droits cédés auxquelles elles sont attachées¹¹⁷⁶. Il faut toutefois rappeler que ce dernier fondement ne semble pas très solide, compte tenu de l'absence de lien nécessaire entre rémunération proportionnelle et nature du droit¹¹⁷⁷. Aussi bien, la technique de la stipulation pour autrui semble plus sûre¹¹⁷⁸. Quoiqu'il en soit, l'auteur n'est donc pas sans recours pour conserver le bénéfice des dispositions protectrices : les sous-cessions restent soumises au droit des contrats d'auteur de ce point de vue¹¹⁷⁹. L'extension de la protection aux professionnels ne sert en réalité que leurs intérêts, la considération selon laquelle cela servirait en même temps ceux de l'auteur étant secondaire, voire erronée.

Par suite, s'il est vrai qu'il existe un intérêt commun à l'exploitation, il n'est pas possible d'inférer de ce dernier que l'auteur ne mérite pas une protection particulière, devant lui être réservée. En réalité, le raisonnement qui consiste à reconnaître l'objectif de protection de l'auteur, tout en plaçant pour une extension des règles servant cet objectif aux investisseurs, paraît circulaire. En effet, que la protection se fonde sur une faiblesse présumée du contractant ou sur une promotion de l'activité de création, ce n'est pas l'infériorité ou l'activité créatrice qui est commune à l'auteur et à son co-contractant direct, c'est leur intérêt au succès commercial ! S'il s'agit vraiment de servir l'objectif de protection de l'auteur, le réel fondement de l'extension de protection préconisée ne peut donc pas être la communauté d'intérêt entre l'exploitant et le créateur, mais plutôt le fait que l'exploitant ne ferait que représenter les intérêts de l'auteur. Mais alors, le fait qu'il y ait bien pourtant communauté d'intérêt quant à l'exploitation postule que le professionnel ne fait pas que représenter un intérêt qui n'est pas le sien : il plaide justement pour un intérêt commun, non pas pour

¹¹⁷⁶ V. S. DURRANDE, « L'arrêt Perrier : un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur », *op. cit.*, p.27s. Que le lecteur veuille bien nous pardonner cet exposé sommaire : l'analyse faite par cet auteur étant très complète, nous l'invitons à s'y reporter pour de plus amples développements.

¹¹⁷⁷ V. *supra*, n°132 et *infra*, n°432.

¹¹⁷⁸ En ce sens, H. DESBOIS, *Traité*, n°558, et S. DURRANDE, « L'arrêt Perrier : un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur », *op. cit.*, p.29. Mme DURRANDE note ainsi que le recours à la stipulation pour autrui n'est pas plus artificiel que dans certaines hypothèses dans lesquelles elle a été retenue par la jurisprudence. Suivant DESBOIS, elle semble toutefois plus favorable à ce mécanisme dans le seul contrat d'édition que de manière générale, car il serait inapproprié dans les hypothèses où le cessionnaire est davantage soucieux de ses intérêts que de ceux de l'auteur, la stipulation pour autrui impliquant qu'il agisse en contemplation de leur intérêt commun. Cela étant, on voit mal qu'il ne soit pas dans l'intérêt du cessionnaire d'échapper à la résolution en cascade qui pourrait découler de l'absence de rémunération proportionnelle... Par conséquent, une stipulation pour autrui sert l'intérêt commun.

¹¹⁷⁹ V. S. DURRANDE, art. préc., pp.15-16 : « On ne doit pas conclure, un peu hâtivement selon nous, de l'arrêt Perrier, que les sous-cessions de droit d'auteur sont régies par le droit commun – ce qui pourrait laisser croire que la protection élaborée pour l'auteur perd toute son efficacité en cas de sous-cessions – mais simplement que, lors d'une sous-cession, les relations entre le cessionnaire originaire et le sous-exploitant sont régies par le droit commun ».

l'intérêt exclusif de l'auteur... Il ne peut donc pas davantage se prévaloir d'une simple représentation. Conclusion : plaider pour une extension du droit commun des contrats d'auteur en faveur des exploitants ne peut que se faire au prix d'une remise en cause de la philosophie du système – le but de la législation spéciale ne serait pas (que) de protéger l'auteur – ou de l'aveu que l'exploitant ne représente pas les seuls intérêts de ce dernier, mais avant tout le sien même. Resterait à trouver des arguments pour justifier pareille démarche !

La protection du professionnel ne peut être systématisée, que l'on tente de la légitimer par le même fondement de faiblesse présumée, ou celui de promotion d'une activité socialement valorisée. Elle serait évidemment d'abord profondément contraire à la logique du droit des affaires, qui repose notamment sur une exigence de rapidité et de sécurité des transactions commerciales¹¹⁸⁰. Dans cette optique, le formalisme et l'encadrement des volontés sont plus combattus qu'encouragés... Par ailleurs, la technique légale ne peut moduler la protection selon les circonstances dans lesquelles les contrats sont conclus : à retenir le critère de l'infériorité de l'auteur, sa protection repose en quelque sorte sur une présomption irréfragable – une fiction. Tous les auteurs, quelles que soient les circonstances de la cause, peuvent ainsi s'en réclamer. Au contraire, il n'apparaît pas qu'une telle méthode convienne s'agissant de la protection de commerçants. Il semblerait bien excessif de poser en principe la faiblesse de certains professionnels par rapport à d'autres, et ainsi par exemple celle du producteur ou de l'éditeur, cocontractant direct de l'auteur, par rapport aux sous-exploitants. Il est vrai que, en matière audiovisuelle, la configuration du marché consacre la puissance des diffuseurs¹¹⁸¹. Néanmoins, il semble téméraire d'en inférer que, de manière générale, les rapports entre les producteurs ou éditeurs et les autres maillons de la chaîne d'exploitation tournent toujours au détriment des premiers¹¹⁸² ! Dès lors, l'extension de protection ne semble pas pouvoir être légitimement fondée sur une faiblesse *présumée*, et tenir à l'application d'une loi qui n'a pas

¹¹⁸⁰ V. p. ex. J. MESTRE et M. E. PANCRAZI, *Droit commercial*, Manuel LGDJ, 26^e éd., 2003, n°30s., qui souligne par exemple « l'importance des apparences : chacun doit pouvoir se fier aux apparences sans devoir procéder à des vérifications approfondies » (p.18).

¹¹⁸¹ V. B. MONTELS, « Pratique des contrats audiovisuels », CCE juillet-août 2003, chron.18, p.16 : « les sociétés de production sont, sauf exceptions, de petites structures, qui sont en position d'infériorité face aux chaînes de télévision. Le marché audiovisuel est en effet ce que les économistes appellent un « oligopsone », i.e. un marché où l'offre de programmes est très supérieure à la demande ».

¹¹⁸² La situation du marché audiovisuel est en effet particulière, particularité sur laquelle s'appuie lui-même M. MONTELS pour justifier, en opportunité, la protection des professionnels du secteur (v. note préc.). Mais ce faisant, il devient difficile d'adhérer à la justification apportée en droit, reposant sur l'idée que le producteur serait le « fiduciaire » des auteurs : dans cette optique, tel serait aussi le cas de l'éditeur par exemple. Or la situation du marché littéraire n'est certainement pas identique à celle du marché audiovisuel... Au fond, c'est là le principal reproche que l'on pourrait adresser à la thèse de M. MONTELS : partir d'une situation

été adoptée dans cet esprit. De la même manière, il ne peut être péremptoirement affirmé que l'activité de tel ou tel professionnel est plus « digne » de protection que d'autres – celle du producteur audiovisuel plus que tel ou tel autre exploitant, par exemple. Certes, l'investissement de certains exploitants est plus important que pour d'autres, ainsi pour le producteur audiovisuel. Mais à considérer que l'exploitation des œuvres de l'esprit est une activité devant être socialement valorisée, et de fait, promue, il reste difficile de distinguer entre tel ou tel acteur du circuit de diffusion de la création : chaque rouage de la chaîne a son importance. En d'autres termes, le fondement n'est pas ici discriminant, et doit être rejeté de ce fait. Enfin, l'invocation des dispositions protectrices par les professionnels ne laisserait pas d'étonner, alors que leur bénéfice ne s'étend pas même aux artistes interprètes¹¹⁸³.

Il paraît ainsi pertinent de conclure au refus de protection du professionnel par le droit commun des obligations artistiques, dédié à la protection du seul auteur, et d'approuver une jurisprudence désormais classique¹¹⁸⁴. Cette position semble d'autant plus judicieuse qu'il existe d'autres voies pour défendre l'exploitant en situation d'infériorité, comme le producteur audiovisuel par exemple, ainsi notamment le droit de la concurrence – prohibition des ententes et des abus de position dominante de diffuseurs trop friands d'exclusivité – et le droit du cinéma et de la communication audiovisuelle, qui, en imposant des quotas de diffusion, contraint les diffuseurs à financer des projets de la production dite « indépendante »¹¹⁸⁵. La lettre du code de la propriété intellectuelle conforte de surcroît cette analyse. Si l'article L.131-7 prévoit certes qu'« *en cas de cession partielle, l'ayant cause est substitué à l'auteur dans l'exercice des droits cédés* », ce texte signifie simplement que tout cessionnaire se voit en effet transférer des droits d'exploitation reconnus au profit de l'auteur, non qu'il puisse être substitué dans le bénéfice du droit commun des obligations artistiques...

particulière pour fonder une solution généralisable à des hypothèses pour lesquelles elle ne serait plus opportune...

¹¹⁸³ V. Cass. 1^e civ., 21 mars 2006, CCE 2006, comm. 95, obs. Ch. CARON ; RLDI 2006, n°18 p. 6, note L. MARINO, qui pose en principe que le droit contractuel d'auteur ne s'applique pas aux contrats signés par les artistes interprètes. V. toutefois sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°1085 et la jurisprudence citée à l'appui d'un raisonnement par analogie.

¹¹⁸⁴ V. not. Cass. 1^e civ., 13 octobre 1993, D.1994, J, p.166, note P.-Y. GAUTIER, RTD com. 1994, p.272s., obs. A. FRANÇON (publicité) – 8 juin 1999, CCE octobre 1999, comm. 8, obs. C. CARON, RIDA 3/1999, p.181 – Cass. com., 5 novembre 2002, CCE janvier 2003, comm.1, obs. Ch. CARON (dessins et modèles).

¹¹⁸⁵ V. sur ces point B. MONTELS, « Pratique des contrats audiovisuels », préc., p.16s., étude à laquelle nous renvoyons pour l'analyse de ces mécanismes qui sortent du cadre de la notre. A noter que quoiqu'il en soit, la fatalité soit en matière commerciale de s'adapter au marché sur lequel l'on veut jouer un rôle, et de s'entendre : ainsi M. MONTELS note-t-il, à propos du droit de la concurrence, qu'« il faut reconnaître que les producteurs ont évidemment quelques réticences à attaquer en justice leurs principaux clients. C'est un autre

254. Absence de protection du titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre collective. – Les remarques précédentes valent d'ailleurs aussi bien pour les cessionnaires que pour les titulaires originaires du monopole né sur une œuvre collective. Le doute aurait pu naître du fait qu'ils sont, à l'instar des créateurs personnes physiques, titulaires *ab initio* du droit d'auteur¹¹⁸⁶ : la lettre de la loi ne distinguant pas, la doctrine s'accorde à leur reconnaître le bénéfice du droit moral aussi bien que des droits patrimoniaux, ce qui établit une analogie certaine avec l'auteur¹¹⁸⁷. De plus, le texte a une finalité de protection, à l'instar de ceux consacrés au créateur. Enfin et peut-être surtout, ils participent de manière étroite à l'activité de création : ne méritent-ils pas de bénéficier d'une protection qui se fonde au moins partiellement sur la promotion d'une activité socialement valorisée ?

Cependant, le doute paraît devoir être chassé. Il faut relever que nombre de cessionnaires ont d'abord passé commande, et participent ainsi du financement de la création de l'œuvre. Ils n'auraient ainsi, sur ce plan, pas moins de « mérite » que l'initiateur de l'œuvre collective¹¹⁸⁸. En réalité, c'est l'acte créatif en lui-même – et non son financement – qui est ici socialement valorisé¹¹⁸⁹. Il est alors difficile de considérer que la personne morale participe vraiment de l'activité de création – la loi ne la qualifie d'ailleurs pas d'auteur¹¹⁹⁰. En outre, même si l'on peut admettre que les rôles du cessionnaire et du maître de l'œuvre collective ne sont pas tout à fait les mêmes, il faut relever, en raisonnant cette fois à partir de l'opportunité d'une protection de la partie faible, la similarité des situations de ces deux acteurs de l'industrie culturelle. Tous deux professionnels, il n'est pas de raison de leur octroyer le bénéfice de principe d'une législation dédiée à la protection du créateur en état de faiblesse présumée. Or il a été souligné qu'au final, les deux fondements de l'application du droit commun des contrats d'auteur – protection de la partie faible, promotion de l'activité créatrice – jouent en

point commun avec le droit d'auteur : le droit de la concurrence n'a guère lieu de s'appliquer, faute de combattant » (p.16).

¹¹⁸⁶ Relis. Art. L. 113-5 CPI.

¹¹⁸⁷ Sur la reconnaissance d'un droit moral aux « propriétaires » de l'œuvre collective, V. p. ex. A. et H.-. LUCAS, *Traité*, n°209 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°381 – *Contra*, V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°693, qui considère que seul l'auteur personne physique peut être titulaire du droit moral, tout en reconnaissant au producteur la charge de défendre ce droit.

¹¹⁸⁸ Sur cette similarité du producteur cessionnaire et du producteur d'œuvre collective, V. déjà DESBOIS, *Traité*, n°691.

¹¹⁸⁹ Certes, la fonction essentielle de la propriété intellectuelle tend à se déplacer de la récompense de la création vers la protection de l'investissement. Mais pour l'heure à tout le moins, cette logique est plus celle des droits voisins que du droit d'auteur lui-même.

fait comme des conditions cumulatives, et non alternatives, du bénéfice de cette législation¹¹⁹¹. Enfin, le droit contractuel spécial vise « l'auteur », lequel ne peut être qu'une personne physique, et non « le titulaire initial des droits d'auteur »¹¹⁹². Le détenteur du monopole sur l'œuvre collective devrait donc se voir refuser l'application de la *lex specialis*, et partant, les contrats qu'il conclut ne pas être qualifiés de contrat d'auteur. La protection des héritiers de l'auteur n'encourt cependant pas les mêmes objections que celle dont ont pu se prévaloir les investisseurs.

2) La situation de l'ayant cause à titre universel

255. Une protection fondée sur le principe de continuité de la personne du défunt. –

L'objectif de protection de l'auteur étant établi, il convient de relever que les motifs qui ont conduit à cette protection s'étendent à ses héritiers ou autres ayant cause non professionnels (légataires, donataires, etc.). Non seulement, ils sont dans une même position de faiblesse à l'égard du professionnel, mais encore leurs intérêts doivent-ils être considérés comme ceux-là même de l'auteur, que le législateur a entendu protéger : intérêt pécuniaire – alimentaire – et intérêt moral¹¹⁹³. Cela étant, il faut justifier théoriquement la différence faite entre ces ayants cause et les professionnels, auquel le bénéfice du droit commun des contrats d'auteur a été refusé sur l'idée même qu'ils ne représenteraient pas les intérêts du créateur. Pourrait ainsi être invoqué le principe de continuité de la personne du défunt¹¹⁹⁴. On ne peut pas en effet prétendre que les héritiers de l'auteur représentent ses intérêts : on ne représente pas une personne décédée. En revanche, il est tout à fait possible de considérer que les héritiers, continuant sa personne, méritent de voir leurs intérêts protégés de la même manière¹¹⁹⁵. L'esprit de la loi est en ce sens, qui a calculé la durée du monopole de manière à couvrir les besoins d'au moins deux générations¹¹⁹⁶, et qui fait des héritiers les premiers défenseurs des

¹¹⁹⁰ Arg. art. L. 113-5 CPI, qui évoque prudemment la « personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle [l'œuvre] est divulguée ». V. aussi sur ce point Cass. 1^e civ., 8 déc. 1993, Bull. civ. I, n°361 ; RIDA 1994/3, 303. Adde A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°207.

¹¹⁹¹ V. *supra*, n°253.

¹¹⁹² V. d'ailleurs, prenant appui sur cet argument pour justifier l'inapplicabilité au producteur d'œuvre collective du droit contractuel d'auteur, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°469.

¹¹⁹³ Il n'est pas douteux que les héritiers de l'auteur, gardiens naturels de son œuvre, peuvent souffrir des atteintes portées à l'intégrité de l'œuvre, comme avoir un impérieux besoin des subsides que peut leur procurer son exploitation commerciale, ainsi not. du conjoint, de ses enfants mineurs...

¹¹⁹⁴ Sur le principe de continuité de la personne du défunt, V. p. ex. A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, 2003, n°81.

¹¹⁹⁵ Rapp. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°451.

¹¹⁹⁶ V. p. ex. sur ce point Ch. CARON, *Manuel*, n°335.

intérêts moraux du créateur défunt¹¹⁹⁷. La perpétuité du droit moral n'aurait d'ailleurs pas de sens si l'on considérait que les successeurs de l'auteur ne continuent pas en quelque façon la personne du créateur, la personnalité que ce dernier a exprimée dans son œuvre¹¹⁹⁸. La jurisprudence paraît s'inscrire dans cette direction¹¹⁹⁹.

Dans la mesure où les héritiers du créateur peuvent lui être assimilés, il apparaît donc que le principe ne souffre pas de réelle exception : le « droit commun des obligations artistiques » se fonde sur la qualité d'auteur. Une même influence, peut-être moins évidente, se détecte d'ailleurs également à l'endroit des qualifications contractuelles spéciales.

§ 2. – UN CRITÈRE DES QUALIFICATIONS SPÉCIALES DU DROIT D'AUTEUR

256. Tout contrat spécial du droit d'auteur est-il toujours un contrat d'auteur ? En d'autres termes, faut-il exclure l'application, au bénéfice des exploitants, du droit spécial des contrats d'auteur comme du droit commun ? La question peut surprendre, mais n'en suscite pas moins des opinions contrastées. Un examen du principe (A) doit ainsi précéder celui des tempéraments qu'il souffre (B).

A. – Principe : la qualité d'auteur est un critère de qualification du contrat spécial

257. Contrats d'édition et de représentation. – Les contrats d'édition et de représentation doivent être conclus par l'auteur, à défaut de quoi la qualification devient inapplicable¹²⁰⁰. En

¹¹⁹⁷ Art. L. 121-1 et 121-2 CPI.

¹¹⁹⁸ Il faut en effet souligner ici encore que le droit moral ne se comprend que dans la perspective d'une œuvre vue comme prolongement de la personne, ou du moins liée à un auteur qui pourrait souffrir de sa mutilation. Le droit moral ne saurait ainsi être perpétuel sans que l'on considère que ses successeurs deviennent dépositaires de cette empreinte de personnalité ou de ce lien originaire, autrement dit continuent en quelque sorte sa personne.

¹¹⁹⁹ V. Cass. 1^e civ., 27 nov. 2001, Bull. civ. I, n°296 ; CCE 2002, n°41, note Ch. LE STANC ; PI 2002, n°3, p. 60s., obs. A. LUCAS : jugé que l'éditeur ne rapporte pas la preuve du consentement de l'héritière du coauteur d'une BD à une édition promotionnelle ou de la ratification de l'acte.

¹²⁰⁰ *Contra* : M-E LAPORTE, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », JCP 1991, I, 3540, n°10 ; B. MONTELS, *Le contrat de représentation des œuvres audiovisuelles*, n°29s., qui, n'opérant pas de distinction entre droit commun des contrats d'auteur et droit spécial des contrats d'auteur, plaide de façon générale pour l'application au producteur d'un droit spécial des contrats d'auteur entendu par opposition au droit commun des obligations. V. aussi P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°617s. Il faut toutefois relever que ce dernier auteur conteste aux exploitants le bénéfice des dispositions protectrices de l'auteur dans les contrats d'exploitation, conformément à la jurisprudence *Perrier* : la qualification de contrat de représentation doit alors être disjointe de son régime, composé de dispositions protectrices de l'auteur...

effet, il ne faut pas oublier le rapport « hiérarchique » qui existe entre le droit commun des obligations artistiques et les différents régimes spéciaux, rapport selon lequel les conditions d'application de l'un doivent se refléter dans les autres. La lettre comme l'esprit des textes invitent à conclure en ce sens. Le titre du code de la propriété intellectuelle relatif à l'exploitation des droits se compose de deux chapitres, dont l'un est intitulé « *Dispositions générales* », et l'autre « *Dispositions particulières à certains contrats* ». Il est donc entendu que les règles générales s'imposent chaque fois que des règles particulières ne disposent pas en sens contraire. En outre, le « droit commun des obligations artistiques » vient d'être réservé à l'auteur, en ce sens qu'il poursuit une finalité protectrice de ses intérêts¹²⁰¹. Or il en va de même s'agissant des régimes spéciaux de l'édition et de la représentation, qui visent à encadrer l'exploitation à laquelle il consent. Il s'agit pareillement de protéger l'auteur, de promouvoir l'activité créatrice. L'exploitant est en revanche à même de négocier au mieux ses intérêts avec les sous-cessionnaires. Dans les chaînes contractuelles, l'intérêt de l'auteur est ainsi préservé par les mêmes voies que celles décrites à propos du contrat d'auteur en général : le contrat d'édition peut notamment être résilié si son co-contractant direct ne veille pas à l'exécution correcte des sous-contrats¹²⁰². Enfin, la lettre des dispositions définissant les contrats d'édition et de représentation comporte certes une référence à la cession ou à l'autorisation consentie par l'auteur *ou ses ayants droits*¹²⁰³. Mais, de même que pour l'application du droit commun des contrats d'auteur, il convient de souligner que si les régimes spéciaux ne doivent pas bénéficier à l'exploitant, ils ont au contraire toute vocation à s'appliquer aux contrats passés par les héritiers ou autres ayants cause à titre universel du créateur¹²⁰⁴. La mention par le législateur de l'ayant droit ne semble précisée que dans le dessein de permettre à ces derniers de conclure les contrats spéciaux susvisés dans les mêmes conditions que l'auteur. En conséquence, le cocontractant du créateur ne semble pas devoir profiter des mesures encadrant l'exploitation de l'œuvre. Ainsi par exemple le producteur audiovisuel ne conclut-il pas de contrat de représentation au sens du code de la propriété intellectuelle. Il ne saurait se prévaloir à son profit, notamment, de la limitation de la durée de l'exclusivité éventuellement consentie¹²⁰⁵. Devenu titulaire du droit de représentation aux termes d'une cession présumée ou – fréquemment, en réalité – expresse, pour la durée du

¹²⁰¹ V. *supra*, n°253.

¹²⁰² Sur ce point, v. également *supra*, n°253.

¹²⁰³ V. les art. L.132-1 et L.132-18 CPI. Curieusement, le législateur a présenté le contrat de représentation comme celui conclu par l'auteur *et* ses ayants droit. Simple inadvertance, estime généralement la doctrine.

¹²⁰⁴ V. *supra*, n°255.

¹²⁰⁵ Art. L.132-19 CPI.

monopole, il n'est aucune raison d'imposer une durée restreinte – 5 ans – de l'exclusivité conférée à un sous-exploitant.

258. Commande pour la publicité et production audiovisuelle. – L'article L.132-31 du code de la propriété intellectuelle, relatif au contrat de commande pour la publicité, vise sans aucune ambiguïté le « *contrat conclu entre le producteur et l'auteur* »¹²⁰⁶. Il semble ainsi incontestable que la qualité d'auteur constitue un critère de la qualification de contrat de commande pour la publicité. Si c'est peut-être à propos de cette convention que les pressions en faveur de l'extension de la législation spéciale aux personnes morales sont les plus fortes, une partie de la doctrine la refuse à juste titre¹²⁰⁷. La qualification et le régime du contrat de commande pour la publicité ne peuvent pas s'appliquer au rapport entre l'annonceur et l'agence de publicité. Ce rapport ne peut exister que sous la forme d'une commande et/ou d'une cession de droit commun. Si la présomption de cession ne découle pas du rapport entre annonceur et agence de publicité, il ne faut néanmoins pas oublier que les articles L.131-2 et suivants ne sont pas davantage applicables à une telle relation, qui est une relation entre exploitants : la cession peut se prouver par tous moyens et même se déduire implicitement des termes du contrat.

Si le contrat de commande pour la publicité est réservé à un auteur, il serait également légitime de distinguer entre l'auteur exerçant sous forme de personne morale, d'une part, et les exploitants, d'autre part. À cet égard, il faut se garder des conclusions hâtives tirées de la jurisprudence, et notamment d'un arrêt considérant que l'article L.132-31 du Code de la propriété intellectuelle « *ne fait aucune distinction qui permettrait de refuser la protection [de cette disposition] au créateur qui accepte et exécute la commande quand il s'agit d'un atelier graphique, exploité sous forme de société, et non d'une personne physique* »¹²⁰⁸. D'aucuns s'empressent d'en déduire que le bénéfice dudit texte peut être également accordé à toute personne morale, notamment à une personne investie des droits d'auteur sur une œuvre collective, et y voient même une logique opposée à celle de l'arrêt « *Perrier* »¹²⁰⁹. Il n'est pas

¹²⁰⁶ Arg. art. L.132-31 CPI : « *Dans le cas d'une oeuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat conclu entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre, en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support* ».

¹²⁰⁷ V. not. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1132 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°752.

¹²⁰⁸ CA Paris, 4^e ch. B, 18 avril 1991, LP 1991, n°89, III, p.23, RIDA 1992/3, 166, confirmé par Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1993, RIDA 1994/3, 303.

¹²⁰⁹ V. Ch. BIGOT, *Contrat de commande pour la publicité*, J-Cl. PLA, fasc. 1350, n°30.

certain qu'une telle interprétation soit de mise. En effet, un objectif de promotion de l'activité créatrice a pu être mis en évidence, s'agissant du domaine d'application du droit commun des obligations artistiques¹²¹⁰. Il en va de même pour les régimes spéciaux, ainsi qu'il vient d'être dit. Dès lors, il est compréhensible que le bénéfice de l'article L. 132-31 soit étendu aux auteurs exerçant sous forme de personne morale (agence photographique, atelier graphique, etc.), même si le cocontractant n'est alors plus directement l'« auteur », au sens où le code de la propriété intellectuelle réserve cette qualité à la personne physique. Dans les deux hypothèses, l'activité créatrice mérite d'être pareillement promue. En revanche, il faut rappeler que le « maître » d'une œuvre collective ne semble pas pouvoir se prévaloir de cette promotion de l'activité créatrice, le monopole ne lui étant directement attribué que dans une logique de protection de l'investissement¹²¹¹. De plus, il faut se garder de croire que les considérations liées à l'objectif de protection de la partie faible soient ici hors-jeu. Il ne s'agit certes pas d'imposer un formalisme dans des rapports entre professionnels qui devraient négocier librement, mais de déterminer les cas dans lesquels s'applique la présomption de cession. Or il peut, de prime abord, paraître curieux que le mécanisme joue à l'égard de la personne physique et non à l'égard d'une personne morale. Pourtant, il faut bien voir qu'à ce mécanisme de la présomption de cession s'attache le régime, de rémunération notamment, convenu par les accords auquel renvoie la loi¹²¹². Il n'y a aucune raison pour que ce carcan enserme les négociations que peuvent mener entre elles des sociétés commerciales. Au final, la solution jurisprudentielle ne doit pas être étendue au-delà de ce qu'elle dit réellement : peu importe que le créateur soit isolé ou exerce au sein d'un collectif éventuellement doté de la personnalité morale. La décision se comprend ainsi sans qu'il soit judicieux de l'opposer à celle de l'arrêt « *Perrier* », dans la mesure où il s'agit au contraire d'harmoniser les situations des différents créateurs, et non d'appliquer une législation protectrice dans des rapports entre exploitants.

¹²¹⁰ V. *supra*, n°253

¹²¹¹ V. *supra*, n°254. V., en ce sens que le maître d'une œuvre collective, ne pouvant se prévaloir de la qualité d'auteur, ne peut bénéficier des dispositions relatives au contrat de commande pour la publicité, F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1132 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°752 – G. BONET et M.-P. ESCANDE, « Propriété littéraire et artistique et publicité : des personnages en quête de droit d'auteur », JCP G 1994, 1, 3783, n°14.

¹²¹² Art. L. 132-31 et 132-32 CPI, renvoyant la fixation des « éléments de base entrant dans la composition des rémunérations » à un accord entre organisations représentatives des auteurs et des producteurs ou, à défaut, à une commission spéciale présidée par un magistrat. Cette commission a rendu une décision le 23 février 1987. V. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°763s. – Ch. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ 1997, n°245s.

De la même façon, il est évident que seuls des auteurs peuvent être parties à un contrat de production audiovisuelle, ainsi que l'énonce d'ailleurs clairement l'article L. 132-24 du code de la propriété intellectuelle. Aussi pourrait-on admettre qu'y prennent partie des auteurs exerçant au sein d'un collectif doté de la personnalité morale, un atelier d'écriture indépendant par exemple, mais non un exploitant cessionnaire de ses salariés, par exemple. Absolu pour les quatre principaux contrats spéciaux, le principe de la restriction du bénéfice des dispositions spéciales aux auteurs connaît en revanche, il est vrai, une « exception » ciblée¹²¹³.

B. – « Exception » : le contrat général de représentation

259. Contrat général de représentation. – En vertu de l'article L.132-18 du code de la propriété intellectuelle, le contrat général de représentation lie un organisme professionnel d'auteurs à un entrepreneur de spectacles¹²¹⁴. La qualité d'auteur ne constitue pas ainsi un critère de qualification de ce contrat spécial. Il s'agit cependant, en un certain sens, d'une fausse exception. D'une part, la qualité du cocontractant de l'exploitant reste un critère de qualification du contrat : celle-ci dépend de la qualité d'organisme professionnel d'auteurs, de telle sorte qu'un contrat conclu par une partie dépourvue de cette qualité ne pourra recevoir la qualification et l'application du régime subséquent. D'autre part, un organisme professionnel d'auteurs défend les intérêts des auteurs : il n'y a donc aucune rupture avec la philosophie du système, qui érige la qualité d'auteur en critère de qualification pour réserver au créateur le bénéfice d'un régime protecteur¹²¹⁵.

¹²¹³ On pourrait parler d'exceptions ciblées si on incluait dans notre étude le contrat de nantissement de logiciel. Sur l'exclusion de ce contrat, v. *supra*, n°11.

¹²¹⁴ Arg. art. L.132-18 CPI : « *Est dit contrat général de représentation le contrat par lequel un organisme professionnel d'auteurs confère à un entrepreneur de spectacles la faculté de représenter, pendant la durée du contrat, les œuvres actuelles ou futures, constituant le répertoire dudit organisme, aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants droit* ».

¹²¹⁵ Il en va différemment d'un contrat spécial très différent des autres contrats nommés par le code de la propriété intellectuelle, exclu de la présente étude (v. *supra*, n°11) : le contrat de nantissement de logiciel, introduit par la loi du 5 juillet 1985 et visé désormais par l'article L.132-34 du code de la propriété intellectuelle. L'absence de toute référence à l'auteur contraint en effet à admettre que la qualité d'auteur n'est pas un critère de qualification du contrat (Relis. art. L.132-34 CPI : « *le droit d'exploitation de l'auteur d'un logiciel (...) peut faire l'objet d'un nantissement* »). Un employeur dévolutaire des droits d'exploitation du logiciel créé dans le cadre d'un contrat de travail ou un cessionnaire pourra se prévaloir de la qualification aussi bien qu'un créateur indépendant qui aurait conservé ses droits. Cette exception n'emporte cependant là encore aucune distorsion du principe. En effet, le contrat de nantissement n'est pas un contrat d'exploitation, or c'est au regard de l'exploitation que l'auteur a un besoin de protection, qui gouverne le régime des contrats spéciaux. De surcroît, le logiciel, souvent créé dans le cadre d'un contrat de travail qui déclenche la dévolution légale des droits d'exploitation, appartiendra alors à un exploitant. La particularité de ce contrat spécial justifie donc que, par

260. Conclusion de la section 1. – En conclusion, il faut ainsi observer que, lorsque, de manière très exceptionnelle, la qualité d’auteur ne constitue pas un critère de qualification du contrat, soit la loi s’abstient clairement de toute référence à la qualité des parties, soit elle désigne tout aussi clairement un autre sujet que l’auteur. Le principe conserve ainsi toute sa portée, et son fondement reste à l’abri du doute : la qualité d’auteur est un critère de qualification du contrat, parce qu’il est le destinataire de la protection qui inspire le régime attaché à la qualification. La logique est inverse s’agissant de la qualité du cocontractant de l’auteur : parce qu’il ne saurait être dans le principe destinataire d’une protection particulière, sa qualité ne résulte en principe que de sa position contractuelle. Ce n’est que par exception, lorsqu’une catégorie d’exploitants supporte des risques jugés plus dignes de considération, que cette qualité justifie la prévision d’un régime particulier, attaché à une qualification contractuelle dont elle constitue alors un critère.

Section 2

LA QUALITÉ DU COCONTRACTANT DE L’AUTEUR

261. La qualité du co-contractant peut résulter du seul contrat : elle n’est alors évidemment pas une condition externe de la qualification, et partant l’un de ses critères, puisqu’elle en est un effet direct ! Ainsi le vendeur n’a-t-il cette qualité qu’autant qu’il est partie à un contrat de vente ; ce n’est pas une qualité extérieure à la convention. En droit d’auteur, la situation est plus contrastée. Si, dans le principe, la qualité du cocontractant du créateur n’est pas un critère de qualification (A), elle peut par exception remplir une telle fonction (B).

A. – Le principe : la qualité du cocontractant de l’auteur n’est pas un critère de qualification

262. Contrats d’édition, de représentation, contrat général de représentation et nantissement de logiciel. – L’éditeur acquiert sa qualité du fait du contrat d’édition auquel il prend partie : c’est dire que cette qualité est un effet de la convention plutôt qu’une condition de sa qualification. Aussi la loi ne définit-elle pas ce qu’est l’éditeur, du moins pas autrement

exception, la qualité d’auteur ne soit pas un critère de la qualification du contrat. Le champ d’application étroit de cette exception n’altère en rien le principe.

que de façon indirecte, comme le cessionnaire du droit de fabriquer ou faire fabriquer des exemplaires de l'œuvre, à charge d'en assurer la publication et la diffusion¹²¹⁶. Il est d'ailleurs significatif à cet égard que l'éditeur ne se soit pas vu reconnaître de droit voisin, sa qualité ne pouvant être reconnue en dehors des contrats qu'il a conclus. Puisqu'il est cessionnaire du droit d'auteur, le droit voisin paraîtrait d'ailleurs quelque peu superflu, et la preuve la plus éclatante en est l'absence de doléance en ce sens de la part des intéressés¹²¹⁷. Surtout, c'est le signe qu'il n'est pas de condition posée à cette reconnaissance de la qualité d'éditeur, dès lors que la personne s'est engagée à assumer les obligations découlant du contrat.

Il en va de même en matière de contrat de représentation ou de contrat général de représentation. Si la loi évoque la notion d'entrepreneur de spectacles¹²¹⁸, celle-ci n'a aucun autre contenu positif que celui que définissent les obligations nées du contrat¹²¹⁹ : la notion ne renvoie qu'à une position contractuelle, de la même façon que celle d'éditeur. Ceci se comprend parfaitement dans la logique du système de qualification propre au droit d'auteur : le cocontractant du créateur ne fait l'objet d'aucune protection particulière, même si, bien évidemment, le contrat fait naître des obligations à la charge de l'auteur. Il n'est donc pas question de lier le bénéfice de dispositions protectrices à une qualité définie de façon *externe* au contrat. Il en va tout autrement des contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité.

B. – La qualité du cocontractant, un facteur exceptionnel de la qualification

263. Contrat de production audiovisuelle. – La qualité de producteur audiovisuel ne dépend pas de la position que le cocontractant de l'auteur occupe dans le contrat, mais d'une

¹²¹⁶ Arg. art. L.132-1 CPI.

¹²¹⁷ V. p. ex. X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°934. Il n'est cependant pas exclu que la logique de droits reconnus à l'éditeur en tant que cessionnaire s'épuise à terme. Ainsi p. ex., lorsque l'éditeur perçoit une part de la rémunération au titre du prêt en bibliothèque (art. L. 133-4 CPI), il ne semble pas que cette perception soit subordonnée à une cession par l'auteur d'un droit de prêt qui n'est d'ailleurs pas explicitement consacré. Il y a donc une part d'artifice à lui attribuer des droits en tant que cessionnaire, dans la mesure où la justification profonde de sa participation réside plutôt dans sa qualité d'éditeur... comme un producteur de phonogrammes ou vidéogrammes. Dans une moindre mesure, il en va de même pour le droit de reproduction par reprographie.

¹²¹⁸ Relis. art. L.132-18 CPI, qui évoque la notion d'« *entrepreneur de spectacles* » en tant que partie au contrat général de représentation. Il est surtout significatif que le contrat de représentation soit simplement présenté comme celui « *par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale à représenter ladite œuvre à des conditions qu'ils déterminent* ». L'entrepreneur de spectacles n'est ainsi tel qu'en tant que partie au contrat de représentation.

¹²¹⁹ V., relevant le caractère insatisfaisant de cette dénomination,

définition légale : dans la mesure où cette qualité dépend d'un élément extérieur au contrat, il ne peut donc s'agir d'un effet de ce contrat.

En effet, le producteur est défini à l'article L.132-23 du code de la propriété intellectuelle comme la « *personne physique ou morale qui a l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre* » : il faut entendre par là qu'il doit jouer un rôle d'impulsion, de direction, de coordination de la production¹²²⁰, et participer au risque (financier) de la création de l'œuvre¹²²¹. Il se trouve, en tant que producteur de vidéogrammes, également investi d'un droit voisin¹²²². Aussi importe-t-il de relever que cette définition précède, ou même plutôt supplante, celle du contrat de production audiovisuelle, qui n'est défini qu'au travers de la présomption de cession à partir de la commande de l'œuvre¹²²³. Dès lors que le contrat de production audiovisuelle a nécessairement pour partie un producteur audiovisuel¹²²⁴, cette qualité peut être érigée en critère de qualification. Ceci se comprend très bien, dans la mesure où l'exploitant bénéficie ici d'un régime dérogatoire au droit commun des cessions. Il faut que l'exploitant qui signe avec l'auteur réponde aux conditions posées à la reconnaissance de la qualité définie par le code de propriété intellectuelle pour pouvoir bénéficier de la présomption. D'ailleurs, les producteurs d'œuvres cinématographiques doivent être titulaires d'une autorisation d'exercice¹²²⁵. La qualité de producteur audiovisuel est donc bien une condition de la qualification du contrat, et non son effet¹²²⁶.

Cela étant, il convient de relever que, pour la plupart des productions audiovisuelles, plusieurs personnes prennent l'initiative et la responsabilité de la création de l'œuvre. La qualité de

¹²²⁰ CA Paris, 22 juillet 1981, D.1983, IR p.94, obs. C. COLOMBET.

¹²²¹ Cass. 1^{er} civ., 3 avril 2001, JCP G 2001, IV, 2020, JCP E 2001, p.975, RIDA 2001, n°190, p.395, obs. A. KEREVER, LP 2001, 182, I, p.72.

¹²²² Art. L.215-1 CPI.

¹²²³ Arg. art. L.132-24 CPI. La section relative au contrat de production audiovisuelle s'ouvre par la définition du producteur (art. L.132-23).

¹²²⁴ Relis. art. L.132-24 al. 1^{er}, CPI, qui évoque le « contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle ».

¹²²⁵ V. Déc. Réglementaire n°12 du CNC, 2 mars 1948, qui prévoit que les entreprises de production de films de long métrage, *i.e.* dont la durée est supérieure à une heure et qui sont destinés à une première diffusion en salles de cinéma, doivent obtenir une autorisation d'exercice délivrée sous deux conditions : qu'elles soient constituées sous forme de sociétés commerciales et disposent d'un capital entièrement libéré d'un montant de 45 000 € au minimum. Aucune autorisation n'est requise en revanche pour l'accès à la profession de producteur d'œuvres destinées à une première diffusion à la télévision. V. sur ce point B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°27.

¹²²⁶ La plupart de la doctrine souligne que les parties cocontractantes sont un élément de définition du contrat. V. p.ex. B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°15s. – X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°882 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°719. Cela revient à en faire une condition de sa qualification, dès lors que le défaut de qualité se traduira par l'élision de son régime.

producteur revient alors à ces différents participants¹²²⁷, sans évidemment interdire la pratique courante qui consiste à donner mandat à un « producteur délégué », coproducteur chargé de la gestion de la production du film¹²²⁸. Le tout est de savoir qui est vraiment partie au contrat de production audiovisuelle, distinct du contrat de coproduction, et ainsi lié à l'auteur. Dans la pratique, seul le producteur délégué signe les contrats relatifs à la création de l'œuvre avec les différents auteurs – les diverses commandes et contrats de travail¹²²⁹. Les autres coproducteurs, dénommés parfois « producteurs associés », stipulent d'ailleurs en principe à leur profit une « garantie de bonne fin »¹²³⁰. Néanmoins, ce qui a été dit précédemment invite à reconnaître la qualité de partie au contrat à tous les coproducteurs qui répondent à la définition de l'article L.132-23 précité. En effet, il a pu être démontré que le « contrat de production audiovisuelle » est en quelque sorte un concept, qui désigne la cession présumée à partir des différentes commandes de l'œuvre, et doit en toute hypothèse être distingué de ces dernières, en ce qu'il a trait à l'exploitation¹²³¹. Or la cession, qu'elle soit présumée ou expresse, profite à tous les coproducteurs, qui, de fait, sont parties au contrat de production audiovisuelle. De surcroît, cette analyse se comprend parfaitement lorsque la qualité de producteur audiovisuel est posée en tant que condition de la qualification. Il n'y aurait aucun sens à considérer qu'une seule des personnes tombant sous le coup de cette qualification soit partie à un contrat qui règle le rapport entre l'auteur et l'exploitant. Les obligations prévues par le code de la propriété intellectuelle au profit de l'auteur visent en effet incontestablement « le producteur »¹²³², dont on comprendrait mal qu'il ne s'agisse pas de toutes les personnes qui répondent à la définition que la loi donne au préalable de cette qualité... Il n'y aurait guère plus de sens à considérer que ces obligations pèsent sur les producteurs indépendamment de leur qualité de partie au contrat de production audiovisuelle : une qualification n'est, faut-il le rappeler encore, que le titre d'application d'un régime déterminé. Le contrat devient proprement sans objet si les obligations du producteur ne s'y rattachent pas

¹²²⁷ Cass. 1^{er} civ., 16 juillet 1997, Bull. n°248, JCP G 1997, IV, 2013 ; D.1997, IR p.183, RIDA 1998, n°175, p.188 ; JCP 1999, p.317, n°1, obs. BOUGEROL (requalification d'un bailleur de fonds en producteur, compte tenu de son pouvoir d'immixtion).

¹²²⁸ Il s'agit alors en principe d'un mandat d'intérêt commun. V. not. Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1997, préc. Le producteur délégué peut lui-même être distingué du producteur exécutif, qui n'est alors souvent, en fait, qu'un salarié qui accomplit concrètement le travail de production. Il peut sinon du producteur délégué lui-même, ou d'une personne mandatée par ce dernier. V. B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°18s ; P. KAMINA, « Contrat de production audiovisuelle », J.-Cl. PLA, fasc. 1340, 2004, n°9.

¹²²⁹ En ce sens, M. P. KAMINA (J.-Cl. PLA, fasc. 1340, n°9) relève-t-il que la qualification de producteur « ne signifie pas nécessairement que le « producteur » ainsi défini soit partie au contrat de production audiovisuelle ».

¹²³⁰ V. sur ce point B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°18.

¹²³¹ V. *supra*, n°50.

¹²³² Arg. art. L.132-25, -28, -29 et -30 CPI.

directement, mais découlent de la qualité de la personne indépendamment de tout lien contractuel¹²³³. Dès lors, il faut tenir toute personne pouvant être qualifiée de producteur comme partie au contrat de production audiovisuelle, cette qualité étant justement la condition d'application de la qualification contractuelle¹²³⁴. Si, dans le contrat de coproduction liant les divers coproducteurs, le producteur délégué accepte ainsi de garantir les autres contre les divers risques juridiques liés à la création et à l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle, les divers coauteurs devraient pouvoir agir contre n'importe lequel des coproducteurs, même si bien entendu le recours contre le producteur délégué peut être privilégié tant qu'il n'est pas insolvable.

Le « producteur exécutif », prestataire de services agissant pour le compte du producteur délégué, ne répond pas en revanche aux critères légaux de la qualité de producteur audiovisuel¹²³⁵ : n'étant pas partie au contrat, il ne peut dès lors être tenu débiteur solidaire des obligations qui en sont issues.

264. Contrat de commande pour la publicité. – À première vue, l'analyse pouvant être conduite à propos de la commande pour la publicité ne semble pas pouvoir être similaire à celle menée en matière audiovisuelle. Il est vrai que la détermination du bénéficiaire de la présomption de cession paraît plus complexe. Force est de relever qu'en la matière, il existe encore beaucoup de confusions quant à la définition du « producteur » - alors même que l'enjeu n'est pas faible : qui est débiteur de l'auteur, notamment de sa rémunération ? Le code de la propriété intellectuelle est muet, tant et si bien que toutes les opinions ont pu être émises à ce sujet : tandis que certains plaident en faveur de l'attribution de cette qualité à l'annonceur¹²³⁶ ou, au contraire, à l'agence de publicité sous l'égide de laquelle est créée

¹²³³ On ne peut suivre ainsi M. KAMINA lorsqu'il affirme que « cette qualification de producteur a très certainement pour effet de justifier l'application aux « producteurs associés » de certaines règles prévues par le code, indépendamment de leur participation aux contrats de production audiovisuelle (par exemple art. L.132-25, L.132-28 ou L.132-30 du code) ». Cette position est en outre imprécise : quels exemples pourraient être donnés, à l'inverse, de dispositions ne concernant que la partie au contrat de production et non le producteur ?

¹²³⁴ Sauf à tenir compte de ce que celui que la pratique dénomme « producteur exécutif » n'est pas nécessairement producteur au sens de l'art. L. 132-23 CPI, s'il est salarié ou simple mandataire et non producteur.

¹²³⁵ V. sur ce point B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°19 : le producteur exécutif peut être chargé de superviser la réalisation de l'œuvre (préparation, tournage, montage et post-production) dans le respect de ses caractéristiques techniques, moyennant paiement d'une somme forfaitaire. Il ne supporte donc pas les risques liés à l'œuvre, n'étant pas à son initiative.

¹²³⁶ G. BONET et X. DESJEUX, « Le droit de la publicité dans l'article 14 de la loi du 3 juillet 1985 », JCP G 1987, I, 3283.

l'œuvre commandée¹²³⁷, d'autres considèrent que, selon les circonstances, elle peut revenir à l'un ou à l'autre¹²³⁸. Cette doctrine pragmatique se résout alors à la casuistique, c'est-à-dire à une recherche, au cas par cas, de celui qui a passé commande : ce sera l'annonceur ou l'agence de publicité qui aura passé commande pour son propre compte¹²³⁹, et ce sera donc encore l'annonceur quand l'agence aura expressément agi sur mandat¹²⁴⁰. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas insensible à cette position, et tend à admettre la qualité de producteur au profit de la société qui a passé directement la commande¹²⁴¹. Contrairement à la notion de producteur audiovisuel, critère de qualification du contrat de production audiovisuelle, la notion de producteur en publicité ne serait ainsi qu'une sorte de « coquille vide » : elle ne désignerait que celui qui occupe la position contractuelle opposée dans le rapport synallagmatique noué avec l'auteur¹²⁴². De telle sorte que, à l'instar des contrats d'édition et de représentation, la qualité de producteur serait un effet du contrat et non l'un des critères de qualification.

Un tel raisonnement n'empêche pourtant pas la conviction. À l'instar du producteur audiovisuel, qui bénéficie d'une présomption de cession, mécanisme dérogatoire au droit commun des contrats d'auteur, le « producteur publicitaire » bénéficie d'une disposition protectrice de ses intérêts, qui justifie que sa qualité soit érigée en critère de la qualification. La faveur de la loi ne peut bénéficier qu'à une personne qui satisfait aux conditions légales.

Même si seul l'auteur peut occuper l'une des deux positions contractuelles, rien ne permet d'affirmer que le producteur puisse être défini comme la personne qui contracte avec lui : soit l'annonceur, soit l'agence de publicité, lorsque c'est à elle que l'annonceur a passé commande. Cette opinion conduirait tout simplement à vider de tout contenu extérieur au contrat la notion de producteur, alors que, à l'instar du producteur audiovisuel, la loi lui

¹²³⁷ S. DURRANDE, « La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande », D. 1986, chron. 280. – E. PARENT, *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles 1989, p. 105.

¹²³⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1131 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°753, qui demandent : « Et pourquoi même ne pas dépasser la querelle en reconnaissant *a priori* cette qualité à celui qui contracte avec l'auteur ? ».

¹²³⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1131 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°753.

¹²⁴⁰ V. not. A. et H.-J. LUCAS, n°757 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1131.

¹²⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 14 février 2002, JCP G 2002, IV, 1567.

¹²⁴² V. p. ex. Ch. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, préc., n°240, selon lequel « en pratique, pour chaque espèce, ce sera tout simplement le cocontractant de l'auteur, déterminé ainsi par application du droit commun des contrats » – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°759, sous forme de question... Il est également significatif, de ce point de vue, que, contrairement à la notion de producteur audiovisuel, le terme « producteur » utilisé dans la définition du « contrat de commande pour la publicité » ne soit pas défini. Or ériger la qualité

réserve le bénéfice d'un mécanisme dérogatoire au droit commun des contrats d'auteur. En d'autres termes, si la présomption de cession a pour intérêt de pallier l'absence d'effet translatif du contrat de travail liant le producteur et le créateur salarié, encore faut-il qu'il s'agisse du producteur au regard de la loi, répondant à des conditions qui justifient de la faveur faite.

Il semble ainsi que la notion de producteur publicitaire, pour floue et incongrue qu'elle soit, devrait dépendre d'éléments extérieurs au contrat. La difficulté provient de ce que la loi ne définit pas le producteur publicitaire, contrairement au producteur audiovisuel.

Ne devrait-elle pas alors être définie de la même façon que la loi définit le producteur audiovisuel ? L'analogie risque néanmoins de ne pas être d'un grand secours. En effet, même à définir le « producteur publicitaire » en tant que personne ayant l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre¹²⁴³, les difficultés subsistent, dans la mesure où ces deux acteurs semblent bien se partager le rôle : si l'annonceur finance, l'agence de publicité paraît souvent responsable d'un projet dont elle a la maîtrise d'œuvre¹²⁴⁴.

Bien sûr, il est toujours possible de considérer que l'initiative et la responsabilité de la réalisation reviennent à celui qui a passé commande... Mais de la sorte, aucun intérêt pratique ne ressortirait de la distinction faite précédemment entre qualité définie par la loi et qualité liée à la position contractuelle. La notion de producteur peut être érigée en critère de qualification sur le plan théorique, mais il n'en résulterait aucune conséquence sur le plan pratique. Ne serait-ce que pour cette raison, ceci paraît critiquable. Mais surtout, il semble, en réalité, téméraire et hâtif de considérer que le fait de passer commande à l'auteur manifeste suffisamment l'initiative et la responsabilité exigées du producteur. Il s'agit d'éléments de fait, qui appellent une appréciation circonstanciée. Aussi une agence de publicité exécutant la commande d'un annonceur ne devrait-elle pas forcément être jugée prendre l'initiative et la

d'une partie en critère de qualification suppose que la qualité du cocontractant requise ne dépende pas seulement de ce qu'il occupe l'une des positions contractuelles, mais d'éléments extérieurs au contrat. V. *supra*, n°263.

¹²⁴³ V. *supra*, n°263 et art. L.132-23 CPI. Dès lors qu'il s'agit d'une notion forgée par la loi et non d'une simple qualité de partie au contrat, il semble légitime de raisonner par analogie avec la notion de producteur telle que la loi la présente en matière audiovisuelle, mais aussi en matière de droits voisins : producteurs de phonogrammes (art. L.213-1 CPI) ou de vidéogrammes (art. L.215-1 CPI).

¹²⁴⁴ Ch. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ 1997, n°240 ; et du même : « Contrat de commande pour la publicité », J-Cl. PLA fasc. 1350 préc., n°32. V. aussi X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°920 ; S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, th. Paris II, Litec/IRPI, n°451 note 1088.

responsabilité, partant être partie au contrat de commande pour la publicité¹²⁴⁵. Il importe donc de relever d'autres facteurs de l'initiative et de la responsabilité, propres à justifier l'attribution de la qualité de producteur.

En réalité, deux hypothèses restent concevables.

Dans une première hypothèse, que l'on pourrait dire classique, l'initiative et la responsabilité reviennent à celui qui a passé directement commande à l'auteur : l'annonceur ou l'agence de publicité, selon le cas, bénéficiera donc seul de la présomption de cession.

Il convient néanmoins de se demander s'il n'existe pas, au fond, une autre voie. L'on peut se risquer à formuler une seconde hypothèse, dans laquelle l'initiative et la responsabilité reviennent aussi bien à l'annonceur qu'à l'agence de publicité. Non pas à l'un *ou* l'autre, mais à l'un *et* l'autre. La jurisprudence ne répugne pas au partage de qualité en cas de production audiovisuelle¹²⁴⁶ : pourquoi ne serait-ce pas envisageable en matière publicitaire ? Pourquoi ne serait-ce pas même la configuration la plus fréquente ?

En effet, pourquoi, en cas de partage des rôles – risques financiers pour l'annonceur, maîtrise d'œuvre de l'agence – ne pourrait-on pas considérer qu'ils sont tous deux réunis comme une seule partie au contrat spécial de commande pour la publicité ? Il ne faut pas oublier que l'article L. 132-31, ainsi que le soulignent d'ailleurs certains spécialistes, a pour objet de renforcer la position des auteurs d'œuvres de commande, non de départager l'annonceur et l'agence de publicité¹²⁴⁷. Dès lors, il ne paraît pas plus impraticable qu'illogique de considérer que la présomption de cession bénéficie à ces deux protagonistes, réunis en tant que partie au contrat spécial d'auteur.

À l'instar de coproducteurs audiovisuels, qui peuvent convenir d'une rétrocession à l'un seul d'entre eux, il n'est au demeurant pas impossible de régler la question des droits dans un rapport distinct, entre annonceur et agence, si l'un d'entre eux souhaite en demeurer le titulaire unique. Dans le rapport avec l'auteur, les deux seraient en revanche tenus des

¹²⁴⁵ Il pourrait par exemple être recherché si l'agence de publicité ne perçoit qu'une rémunération proportionnelle à l'exploitation, ou un prix fixe, prenant à sa charge les frais de la réalisation et de l'exploitation, quoiqu'ils puissent être d'un montant supérieur à ce prix, d'où il ressort que l'agence a au moins une part de responsabilité, etc.

¹²⁴⁶ V. *supra*, n°263.

obligations d'exploiter et de rémunérer le créateur. Ils seraient ainsi, en quelque sorte, des coproducteurs : l'auteur devrait supporter le jeu de la présomption, mais aura surtout l'avantage d'avoir deux codébiteurs de sa rémunération, solidaires s'ils sont commerçants¹²⁴⁸.

Par où il semble que, même si le mécanisme de la présomption de cession n'a que peu d'intérêt pratique, il fait de la qualité de producteur un critère de la qualification, qui a pour conséquence, par un renversement de perspective, d'encadrer son application au profit de l'auteur...

265. Conclusion de la section 2. – « Serviteurs de Mercure »¹²⁴⁹, les exploitants ne sont assurément pas des marchands comme les autres. Cependant, leur position de force est souvent trop manifeste pour que le législateur ait cru opportun de prévoir systématiquement des règles particulièrement protectrices de leurs intérêts. Or la qualité d'une partie ne devient un critère de qualification que dans la mesure où il est nécessaire de réserver un statut protecteur à leurs destinataires, ce qui explique que, dans le principe, la qualité du cocontractant de l'auteur ne soit pas, contrairement à ce dernier, un facteur de qualification. C'est ainsi que l'éditeur et l'entrepreneur de spectacles n'acquièrent leur qualité que par effet du contrat conclu avec un créateur. Parce qu'au contraire, les investissements considérables qu'appellent la production audiovisuelle et, de façon beaucoup plus contestable, la commande publicitaire, justifient des mécanismes favorables à l'exploitant, la qualité de ces protagonistes, ne résultant pas seulement de leur position contractuelle, constitue un réel critère de qualification. Il apparaît alors que la qualification du contrat d'auteur dépend autant de la qualité de créateur que de celle du professionnel auquel il se lie.

266. Conclusion du chapitre 2. – « Parce que c'était lui, parce que c'était moi » ? Sans doute le créateur et l'investisseur n'iraient-ils pas souvent jusqu'à présenter ainsi leur relation, faite aussi de conflits, d'espoirs trahis, de confiance déçue. Mais, le fait a déjà été souligné, l'histoire de ce couple inséparable est également jalonnée d'amitiés indéfectibles et, tout au moins, placée sous le signe du respect mutuel, car l'exploitant n'est pas toujours – sinon

¹²⁴⁷ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°753, qui n'en tirent toutefois pas la conclusion proposée ici.

¹²⁴⁸ V. p. ex. Cass. com., 21 avril 1980, Bull. civ. IV, n°158, qui écarte la règle de l'art. 1202 c. civ. en matière commerciale.

¹²⁴⁹ Sur cette métaphore, v. R. SAVATIER, *Le droit de l'art et des lettres. Les travaux des Muses dans les balances de la Justice*, LGDJ, 1953.

jamais – un simple marchand¹²⁵⁰. Aussi un contrat d’auteur se définit-il également, de façon parfaitement logique, par la qualité des parties, ou du moins de l’une d’entre elles.

Tout d’abord, il n’est pas de contrat d’auteur sans auteur. Tautologie apparente, qui ne doit pas masquer les prétentions de certains exploitants, notamment des premiers maillons d’une chaîne contractuelle parfois très longue, à bénéficier de la protection qu’offre la loi aux créateurs. À raison, la jurisprudence les a jusqu’alors rejetées. Il en résulte que, ni le droit commun des contrats d’auteur, ni même les régimes spéciaux, ne doivent pouvoir être invoqués à leur profit, sauf exceptions expressément prévues par la loi. La logique législative est implacable : seul le créateur mérite la protection qu’assurent les dispositions dérogatoires au droit commun des obligations que constituent les règles du code de la propriété intellectuelle. Parce qu’il n’y aucune raison d’offrir à certains créateurs une protection plus étendue qu’à d’autres, la loi ne distingue pas en revanche plusieurs statuts, ce qui explique que le critère n’ait aucun rôle dans la distinction des divers contrats nommés.

De son côté, l’exploitant, qui n’est certes que rarement un simple marchand, représentant d’un métier, n’a pas toujours besoin d’une protection : dans un tel cas, pourquoi sa qualité serait-elle un critère de qualification contractuelle ? La qualité d’éditeur ou d’entrepreneur de spectacles ne résulte ainsi que d’une position contractuelle, non de conditions externes posées par la loi. Au contraire, le bénéfice d’avantages particuliers ne se justifie qu’autant que l’exploitant exerce bien les missions qui les nécessitent. Il n’est dès lors pas étonnant que la qualité du cocontractant de l’auteur, ne résultant plus cette fois de sa position contractuelle, soit érigée en condition d’application du régime spécial, c’est-à-dire en critère de qualification.

¹²⁵⁰ V. *supra*, n°...

267. Conclusion du titre 2. – La qualification de contrat d’auteur ne repose pas seulement sur les obligations auxquelles il donne naissance, mais aussi sur des conditions externes intangibles, l’existence d’une œuvre de l’esprit et la participation d’un auteur. Son cœur ne peut ainsi être exclusivement pesé sur la balance des diverses obligations, contrairement à la plupart des qualifications civilistes : s’imposent, à titre de critères complémentaires mais indispensables, deux conditions qui tiennent à l’environnement dans lequel se situe le contrat conclu entre le créateur et l’exploitant : l’environnement « matériel », c’est-à-dire l’objet du transfert, l’environnement humain, c’est-à-dire la qualité des parties.

Il s’agit de « conditions externes », en ce sens qu’elles sont imperméables à la volonté des cocontractants, ne dépendant en aucune façon de son expression concrète. Mais il s’agit aussi de conditions intangibles, dans la mesure où si fait défaut toute véritable création et/ou si l’auteur n’est pas partie au contrat, l’application du droit commun des obligations artistiques s’avère impossible, et partant la qualification de contrat d’auteur injustifiée. Le contrat d’auteur ne se définit ainsi pas seulement comme celui qui suppose l’existence d’un droit d’auteur : de façon plus dynamique, il se présente comme celui qui, conclu par un auteur, emporte l’exercice de ses droits patrimoniaux. De fait, sont exclues aussi bien les conventions relatives à la création de l’œuvre de l’esprit ou au support de cette œuvre, ou encore à la diffusion des œuvres du domaine public, que les conventions relatives au droit moral ou au droit de suite, comme les cessions ou licences légales. Mais il faudrait se garder de déceler là un quelconque ostracisme. C’est simplement qu’une qualification se dessine aussi en contemplation du régime qui lui est attaché : si le contrat d’auteur se définit comme celui auquel s’applique le droit commun des obligations artistiques, doivent être écartées de la qualification toutes les conventions qui n’en relèvent pas. Parce qu’il s’agit de réserver la protection à son destinataire, il se comprend que la qualité du créateur soit pareillement érigée en critère d’application de la qualification de contrat d’auteur : les exploitants ne sauraient l’invoquer à leur profit, dans leurs rapports avec d’éventuels partenaires commerciaux.

Fondement de l’application du droit commun, l’objet du transfert et la qualité des parties peuvent cependant aussi – et surtout – fonder la distinction des diverses qualifications nommées. En effet, les contrats spéciaux du droit d’auteur sont davantage définis par rapport aux conditions externes de la qualification – genre de l’œuvre, caractère d’œuvre de commande ou de collaboration, nature du droit exploité, mais aussi qualité de l’exploitant – que d’après leur structure d’obligations. Le législateur cherche souvent, par ce biais

méthodologique, à réserver des mécanismes protecteurs des créateurs ou, plus rarement, des exploitants, à leurs destinataires précis. Parce que le régime des divers contrats nommés est souvent le reflet de considérations sectorielles, la qualification se trouve ainsi nécessairement axée autour de critères extérieurs à la volonté contractuelle, davantage qu’au regard de la structure interne du contrat, ses effets. Mettre en évidence ce facteur s’avère néanmoins aussi indispensable qu’utile à la suite de l’analyse, qui – faut-il le rappeler ? – ne peut envisager le rapprochement avec les contrats spéciaux du droit civil qu’au terme d’une comparaison de leur facteur commun, la qualification d’après leur(s) obligation(s) principale(s). L’influence de l’objet du droit d’auteur peut en effet, sous cet angle, être minimisée, et l’attention portée non plus sur cet élément mais sur ce qui devrait les distinguer réellement : présence ou non d’une obligation d’exploiter, d’un transfert de droit, d’une stipulation d’exclusivité, de limitation géographique et/ou temporelle de la cession, etc. C’est là tout l’intérêt de la qualification du contrat d’auteur au regard du droit civil.

Conclusion de la première partie

268. L'architecture des qualifications contractuelles du droit d'auteur ne brille pas par l'élégance de sa simplicité. De fait, ces qualifications forment un nœud qui ne peut être dénoué qu'avec patience, en ce qu'elles sont au cœur d'un entrelacs de règles qui se veulent adaptées aux attentes de la pratique, mais qui constituent un maillage serré où diverses influences s'entremêlent, tant et si bien qu'il n'est pas toujours aisé de comprendre la logique du système de qualification.

À l'instar des types contractuels du droit civil, les divers contrats d'auteur se distinguent certes, pour la plupart du moins, par les effets qu'ils produisent, qu'il s'agisse de leur effet translatif ou des obligations auxquelles il donne naissance. Le critère apparaît cependant très vite insuffisant. Une lecture rigoureuse du code de la propriété intellectuelle, tant de ses dispositions instaurant un droit commun à tout contrat d'auteur que de celles régissant spécifiquement certains d'entre eux, suffit à révéler que l'effet translatif est partagé par l'ensemble des contrats d'exploitation. Indubitablement, un tel effet ne se produit pas dans les contrats par lesquels le créateur s'engage à créer l'œuvre – c'est d'ailleurs pour cette raison que la production audiovisuelle et la commande pour la publicité doivent en réalité être articulées, en dépit d'une dénomination trompeuse, autour d'une cession présumée ou expresse – ni dans les conventions par lesquelles un entrepreneur se borne à offrir ses services en vue de l'exploitation de l'œuvre – il n'est qu'à songer aux contrats de compte d'auteur ou de compte à demi, mais aussi à de multiples accords du web 2.0. En réalité, de tels contrats ne sont cependant pas des contrats d'auteur. En effet, tant le droit commun des obligations artistiques que le droit spécial à certains d'entre eux ne s'applique qu'au cas où se produit un effet translatif. C'est dire que la qualification de contrat d'auteur, en tant que titre d'application d'un régime déterminé, dépend de ce critère. Mais donc également qu'aucune qualification spéciale ne se distingue de ce point de vue.

L'architecture des diverses qualifications s'ébauche en revanche sous les traits que dessinent les diverses obligations de l'auteur ou de l'exploitant. Il ne s'agit toutefois que d'une esquisse. Les divers contrats nommés par le code de la propriété intellectuelle ont au moins pour dénominateur commun l'exigence d'un prix monétaire. Mais plus fondamentalement, il faut souligner que, pas plus que le contrat de représentation, les contrats d'édition ou de

production audiovisuelle ne se distinguent par la seule référence à leurs obligations principales. C'est en réalité l'environnement du contrat d'auteur qui permet de finaliser la distinction des diverses catégories, qu'il s'agisse de la qualité des parties ou de l'objet du transfert.

Cependant, ceci est au fond très heureux, dans la perspective de la qualification des contrats d'auteur au regard du droit civil. En effet, le fait que les qualifications spéciales dépendent avant tout de leur environnement laisse espérer que leurs effets ou, en d'autres termes, leur structure interne, sont tout à fait assimilables aux grandes figures contractuelles que dessine le code civil.

SECONDE PARTIE

LA QUALIFICATION DU CONTRAT D'AUTEUR AU REGARD DU DROIT CIVIL

269. Originalité relative des contrats d’auteur. – En 1958, après avoir proclamé la « Révolution bleue », Yves Klein organisa une « Exposition du vide » : la « sensibilité picturale immatérielle » était appelée à rayonner dans l’espace vide de la galerie¹²⁵¹. L’année suivante, il participa à une exposition collective en proposant une nouvelle œuvre invisible au prix d’un kilo d’or fin. Puis il décida de procéder à des « cessions de zones de sensibilité picturale immatérielle », en concevant à cette fin des carnets de reçus – connus aujourd’hui sous le nom de « chéquiers » - et en édictant des « règles rituelles », suggérant notamment à l’amateur de détruire par le feu le reçu remis pour l’achat d’une « zone »...¹²⁵² Voici assurément de quoi décontenancer les juristes ! Cependant, à l’instar des ventes ou des commandes d’œuvres d’art, les cessions de droit d’auteur ne sont ordinairement pas si fantaisistes : le créateur ne vend pas de l’air... Peut-être vend-il du rêve, mais ce dernier prend la forme d’une chose corporelle – un support matériel de l’œuvre – ou incorporelle – un droit d’exploitation. Aussi, si les extravagances de l’artiste suggèrent qu’une œuvre de l’esprit ne se prête pas au commerce juridique de la même façon qu’une maison de campagne ou qu’une voiture de sport, l’originalité des contrats d’auteur n’en doit pas moins être relativisée.

En effet, dans la mesure où la qualification du contrat d’auteur dépend avant tout de son environnement, la qualification de celui-ci au regard du droit civil n’apparaît pas d’emblée telle une vaine entreprise. De fait, les catégories forgées par le code civil sont dépendantes de la seule structure interne du contrat, c’est-à-dire de ses effets. À cet égard, la prise en

¹²⁵¹ Ce qui inspirera à Albert Camus la phrase suivante, portée dans le Livre d’or de l’exposition : « Avec le vide les pleins pouvoirs ». V. H. WEITEMEIER, *Yves Klein, 1928-1962, International Klein Blue*, Taschen, 2001, p. 32.

¹²⁵² Sur cette aventure artistique, v. D. RIOUT, *Yves Klein. Manifester l’immatériel*, Gallimard, coll. « Art et artistes », 2004.

considération de la qualité des parties, notamment celle de l'auteur, pose si peu de problèmes que rien ne justifie de s'y attarder : que les contrats nommés du code de la propriété intellectuelle soient réservés au créateur n'empêche en rien qu'ils reçoivent la qualification de vente ou de bail. Les grandes figures contractuelles du droit civil tolèrent que se superpose à leur régime de base un corps de règles défini en contemplation de la qualité d'une partie, aux termes d'une qualification en sous-ordre¹²⁵³. La particularité de l'objet du transfert que réalisent les contrats d'auteur invite en revanche à une plus grande prudence : il faut à tout le moins vérifier que la nature du droit d'auteur ne comporte pas des caractères qui le rendent rétif à tout rapprochement avec l'univers des contrats portant ordinairement sur les choses corporelles.

Après avoir démontré que la nature du droit d'auteur ne constitue d'obstacle rédhibitoire à aucune qualification civiliste (titre 1), il pourra ainsi être montré que la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil ne dépend en réalité que des effets qu'il produit, conformément à une méthode de qualification traditionnelle (titre 2).

¹²⁵³ Il en va ainsi, par exemple, des contrats de consommation, qui sont en principe des contrats civils qui obéissent à leur régime de base en dehors des règles protectrices du consommateur.

TITRE 1

UN CRITÈRE DE QUALIFICATION INOPÉRANT : L'ENVIRONNEMENT DU CONTRAT

270. La nature juridique du droit d'auteur pourrait constituer un obstacle incontournable à toute classification du contrat d'auteur au sein des catégories du droit civil, en raison d'une originalité qui la rendrait irréductible à toute autre catégorie de droit subjectif¹²⁵⁴. Ainsi, la qualification *sui generis* de droit intellectuel, par la fusion des attributs moraux et patrimoniaux qu'elle entend opérer, s'oppose-t-elle sans doute à la caractérisation d'un transfert de droit réel ou à la concession d'un droit personnel de jouissance, au cœur notamment des qualifications de vente ou de bail. Elle pourrait également constituer un critère de qualification opératoire, en raison du rapprochement avec un droit dont la nature exclut nécessairement la mise en œuvre de certaines qualifications, ainsi d'une qualification de droit de la personnalité. Aussi importe-t-il de réfuter les diverses théories qui justifient l'exclusion de tel ou tel modèle contractuel, voire la généralisation d'une qualification *sui generis*, par une référence à la nature juridique du droit d'auteur (chapitre 1). Démontrer que la nature du droit de l'auteur ne constitue pas un critère de qualification opératoire ne suffit cependant pas. Encore faut-il montrer que la nature du droit d'auteur ne s'oppose pas à ce que l'exploitation de l'œuvre donne lieu aussi bien au transfert du droit qu'à la concession d'une licence, c'est-à-dire, en d'autres termes, que le cocontractant du créateur peut lui aussi bénéficier de droits de nature différente, aussi bien un droit réel qu'un droit personnel de jouissance (chapitre 2).

Chapitre 1

LA NATURE DU DROIT DE L'AUTEUR

271. Rien n'est moins certain que l'application au droit d'auteur du modèle propriétaire : de la qualification de droit de la personnalité à celle de « droit intellectuel », en passant par celle de droit de créance, il ne manque pas de modèles concurrents. Aussi importe-t-il, pour y voir plus clair, de tracer une ligne de partage entre deux types d'approche du droit d'auteur, les premières pouvant être dites *synthétiques*, la seconde *analytique*. Les premières peuvent être ainsi dénommées en ce qu'elles opèrent, à un certain niveau, une synthèse des différentes prérogatives reconnues à l'auteur, afin de leur attribuer une nature homogène au regard du droit civil. Il en va ainsi de diverses théories monistes – dénommées telles en raison de leur prétention à rassembler l'ensemble des droits du créateur sous le sceau de la même nature juridique – mais aussi de la doctrine dualiste, en ce qu'elle se fonde sur une identité de nature, non plus du droit d'auteur, mais des deux branches que sont le droit moral et le monopole d'exploitation. Au regard de la qualification du contrat d'auteur, ces deux conceptions peuvent difficilement être opposées de façon *systématique*. Tandis que certaines qualifications monistes ou dualistes exercent une influence sur la qualification du contrat d'auteur – en condamnant tout recours à une qualification civiliste – d'autres s'avèrent parfaitement neutres – l'éventail des qualifications reste grand ouvert, la vente et le bail demeurant notamment applicables. La conviction que la nature du droit d'auteur est sans incidence sur la qualification du contrat ne s'affermirait néanmoins qu'après vérification du bien-fondé des thèses présentées en ce sens, lequel est discutable. Une autre conception pourrait être proposée, dans le respect de la lettre de la loi, qui met en exergue cette neutralité de façon plus convaincante. Il s'agit d'une conception qui peut être dite *analytique*, en ce qu'elle ne part pas d'une synthèse des diverses prérogatives pour justifier d'une qualification unitaire, mais de l'analyse de chacune d'entre elles, pour leur attribuer isolément la nature juridique qui leur convient, de sorte que la qualification unitaire de l'ensemble dépendra de leur homogénéité ou de leur hétérogénéité. Pour justifier de la neutralité de la nature du droit

¹²⁵⁴ V. p. ex. en ce sens V. DE SANCTIS, « En matière de transmission du droit d'auteur », Mél. M. Plaisant, Sirey 1960, p. 287 : « *L'examen des questions juridiques qui surgissent en matière de transmission du droit d'auteur suppose d'abord une conception juridique déterminée de la nature juridique de ce droit* ».

d'auteur sur la qualification du contrat, il convient ainsi de privilégier, non une approche synthétique (section 1), mais une approche analytique (section 2).

Section 1

APPROCHE SYNTHÉTIQUE DU DROIT D'AUTEUR ET QUALIFICATION DU CONTRAT

272. Les diverses approches synthétiques du droit d'auteur ne conduisent pas toutes aux mêmes conclusions. Certaines invitent à lui attribuer une nature homogène, qui exclut au moins le déploiement total de l'éventail des qualifications civilistes, voire impose la reconnaissance du caractère *sui generis* des contrats d'auteur. D'autres, sans préjuger de la mise en œuvre de ces mêmes qualifications civilistes, exhortent au contraire à admettre leur applicabilité. Une opposition se dessine ainsi entre les conceptions influentes (sous-section 1) et les conceptions neutres (sous-section 2).

Sous-section 1

CONCEPTIONS INFLUENTES

273. Contester à la faculté d'exploitation le rang de prérogative patrimoniale autonome, c'est inévitablement condamner le recours au modèle de la vente et, peut-être, borner l'horizon à une qualification contractuelle *sui generis*. Ce faisant, il est indispensable de rejeter aussi bien la doctrine personnaliste (§1.) que la conception du droit d'auteur en tant que droit intellectuel (§2.), qui toutes deux invitent à nier – conséquence inéluctable d'une théorie moniste – l'existence d'un droit patrimonial autonome librement cessible. Ni droit de la personnalité, ni droit intellectuel, le droit d'auteur n'est cependant pas davantage un droit de créance (§3.)

§ 1. – QUALIFICATION DE DROIT DE LA PERSONNALITÉ

274. « *La contrefaçon n'est pas une atteinte aux biens des auteurs, à leur patrimoine, elle est une atteinte à leur personne, à leur liberté ; elle n'est pas un vol, elle est une violence* »¹²⁵⁵ :

¹²⁵⁵ V. BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, Paris, Cosse et Marchal, 1867, 1869, 2 vol., spéc. T.I, pp.170 à 225. Considérant l'œuvre comme une « partie » de l'auteur (p. 205), et

telle est la percutante formule, célèbre à juste titre, qui pourrait être gravée sur le frontispice de l'École personnaliste¹²⁵⁶. De fait, il s'agissait de réduire le droit d'auteur tout entier à un droit dit « personnel », qui serait aujourd'hui mieux dénommé « droit de la personnalité »¹²⁵⁷.

En effet, l'œuvre de l'esprit est traditionnellement analysée comme le prolongement de la personne de son auteur, sinon même comme une partie intégrante de son être¹²⁵⁸. D'où la volonté de certains jurisconsultes de refuser jusqu'à l'idée même de toute dissociation de l'œuvre de l'esprit et de la personne de l'auteur et, subséquemment, l'existence d'un droit patrimonial autonome. Le contrat d'auteur ne serait pas une cession – en ce sens que cession emporte forcément séparation, aliénation – mais tout au plus une autorisation d'exploiter... Pourtant, à quel titre celle-ci pourrait-elle être consentie, si les aspects pécuniaires et moraux de la création ne sont pas distingués ? Dans l'optique d'une analyse des contrats d'exploitation, l'indéniable faille de la construction se dévoile sous les traits d'une aporie : comment fonder l'exploitation mercantile d'un attribut de la personnalité, placé hors du commerce juridique ? La première des critiques que suscite cette thèse tient sans doute à son

rejetant l'idée d'une propriété de la personne sur elle-même, Bertauld peut ainsi défendre la qualification de « droit naturel et personnel de l'auteur sur son œuvre (p. 210).

¹²⁵⁶ Bertauld est généralement présenté comme le premier jurisconsulte français à soutenir la qualification du droit d'auteur en droit de la personnalité (v. en ce sens P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 57), suivi de près par Morillot, reconnu quant à lui comme l'inventeur du terme « droit moral » (MORILLOT, *De la protection accordée aux œuvres d'art (...) dans l'empire d'Allemagne*, Paris, Cotillon, 1878, spéc. pp. 95s., et « De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant », in *Revue critique de législation*, 1872, pp. 29s.).

¹²⁵⁷ Une précision terminologique s'avère utile avant de présenter le monisme personnaliste : la notion de « droit de la personnalité » fut en effet forgée au cours d'une longue évolution, et au XIX^e siècle, le langage juridique ne connaissait pas l'expression, la doctrine utilisant le vocable de « droit personnel », dans un sens évidemment tout autre que celui de droit de créance, dans la signification actuelle de ce terme. V. p. ex. J. SFÉTÉA, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, th. Paris, 1923, ou encore L. BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits, et notamment du droit d'auteur, dans les régimes de communauté*, th. Paris, Arthur Rousseau, 1902.

¹²⁵⁸ V. p. ex., pour une formulation particulièrement claire de cette conception, B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 1993, p. 38 : « Si l'œuvre est un « bien immatériel », et si, mieux encore, elle est analysée comme une production de la personne, il en résulte logiquement que c'est une personne qui s'incarne dans une œuvre et logiquement encore que cette œuvre doit être protégée sur le même mode que la personne qui lui a donné naissance. L'œuvre incarnant l'identité du sujet n'est donc, en quelque sorte, que le sujet lui-même. Il n'est donc point étonnant que le rapport auteur / œuvre ait été qualifié de droit moral. L'adjectif « moral » signifie ici qu'il existe une homologie entre l'auteur et son œuvre, que le lien qui les unit est de nature « intellectuelle », en ce sens que l'homme est son œuvre. Tel est le « secret » du droit moral : l'indivisibilité de l'auteur et de l'œuvre » (souligné par nous). Il ne faut cependant pas ignorer que de tels discours reflètent souvent plus des opinions philosophiques qu'une position juridique rigoureuse, comme en témoigne d'ailleurs que s'agissant de qualification juridique, les catégories de l'« avoir » reparaissent dans les écrits de ceux-là mêmes qui refusent de détacher l'œuvre de l'esprit de l'« être » de l'auteur : ainsi p. ex. M. Edelman a-t-il pu, tout en clamant l'indivisibilité de l'auteur et de son œuvre, analyser le droit moral lui-même comme un droit réel... autrement dit un droit sur une *chose* (v. « Le droit moral dans les œuvres artistiques », D. 1982, chron. p. 263).

inadéquation aux impératifs *pratiques* et à la psychologie des parties en présence¹²⁵⁹, même s'il est bien sûr indispensable de mettre en évidence les faiblesses *théoriques* de la construction, qui ignore deux distinctions fondamentales et, partant, incontestables : la distinction entre œuvre et travail, d'une part (A), la distinction entre personne et chose, d'autre part (B).

A. – La distinction entre œuvre et activité créatrice

275. Confusions entre activité créatrice et œuvre de l'esprit. – Aux yeux des personnalistes, le droit d'auteur aurait pour but de protéger la liberté d'agir, par une sorte de parallèle entre l'activité créatrice et l'activité des professions libérales, ou le travail en général¹²⁶⁰. L'auteur ne pourrait céder un quelconque droit patrimonial, pas plus à titre onéreux qu'à titre gratuit : il n'existerait pas en effet de « monopole » librement cessible, mais seulement une inaliénable liberté de créer, accompagnée de la faculté de tirer des revenus de sa création¹²⁶¹. Le « droit d'auteur » ne se distinguerait de la liberté de créer qu'en tant que droit défensif. Cela étant – faut-il y voir le signe de son embarras ? – la doctrine qui s'exprime en ce sens reste muette sur la question de la nature des contrats conclus par l'auteur en vue de l'exploitation de ses œuvres¹²⁶²... Partant, il convient de souligner que

¹²⁵⁹ V. J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz 1927, pour qui cette conception présente « le défaut singulièrement grave d'être en contradiction formelle avec les aspirations communes des auteurs et des éditeurs » (p.37) ; elle aboutit au prétendu caractère intransmissible du droit d'auteur, alors que l'auteur ne peut pratiquement retirer de son travail un profit pécuniaire qu'en aliénant tout ou partie du droit qui lui est reconnu (pp. 37-38).

¹²⁶⁰ V. p. ex. NAST, note sous T. civ. Seine, 1^{er} avril 1936, D.P. 1936.2.65 : les œuvres de l'esprit « ne sont pas autre chose que la pensée même de l'auteur ou l'expression de son activité intellectuelle, de même que les manipulations de l'ouvrier sont l'expression de son activité manuelle. Elles sont si l'on peut dire l'industrie intellectuelle elle-même, et non les produits de cette industrie ». V. aussi COLIN, obs. sous Cass. civ., 25 juin 1902 (affaire Lecoq), D. 1903, 5, qui considère également que l'œuvre de l'esprit n'est pas un produit de l'industrie, mais l'industrie elle-même. Comp. SALEILLES, note sous CA Paris, 1^{er} février 1900, Sirey 1900, 2, 121 : « Entre ces deux réalités de fait, qui sont bien des réalités juridiques au premier chef, l'activité créatrice de l'individu considérée comme inhérente à la personnalité, comme une force interne et agissante, prise en puissance, si l'on peut dire, et les produits de cette activité, il y a des degrés, des intermédiaires, des situations mixtes ; et la propriété littéraire nous présente précisément l'une de ces situations ».

¹²⁶¹ V. en ce sens la note de Marcel NAST, préc. Pour cet auteur, le monopole d'exploitation ne saurait être dissocié du droit moral, le droit d'auteur véritable : « ce droit moral ne saurait être dissocié du « monopole d'exploitation » ; il est lui-même le droit d'exploitation » (souligné par nous). Seuls les bénéfices de l'exploitation consécutive à l'exercice de cette faculté d'ordre personnel pénètrent alors dans le patrimoine, qui ne saurait comprendre en revanche le droit exclusif lui-même. V. également COLIN, note préc. : « Mais serait-il vraiment téméraire d'affirmer que ces deux droits prétendument distincts, en réalité se confondent et n'en font qu'un... ? »

¹²⁶² Ainsi ne trouve-t-on par exemple aucun développement dans la note de Nast relativement à la question de la nature des contrats passés entre l'auteur et son exploitant : seule la question du sort de la création faite sous le régime matrimonial est abordée... Nous n'avons trouvé, dans les écrits des personnalistes, aucun développement substantiel sur la nature des contrats d'exploitation.

l'engagement principal du créateur ne consiste ni dans une obligation de faire, ni dans une obligation de ne pas faire, alors que l'inclusion des attributs patrimoniaux de l'auteur dans la catégorie du droit de la personnalité classique conduit à l'une ou l'autre des ces confusions.

276. L'obligation principale de l'auteur n'a pas pour objet la prestation de création. – La confusion entre l'activité créatrice et la création en tant que résultat, autrement dit entre ce qui va donner naissance au droit et l'objet du droit, est dénoncée par une doctrine ancienne¹²⁶³, mais aussi plus récente¹²⁶⁴. De ce que la création est une activité, il faut évidemment déduire qu'elle peut consister en une prestation offerte dans le cadre d'un contrat de travail ou d'une commande (contrat d'entreprise). Toutefois, il importe de distinguer le fruit de la pensée de la pensée elle-même, contrairement à ce que prône le courant personnaliste¹²⁶⁵. L'objet du contrat d'exploitation n'est qu'un résultat déterminé de l'activité créatrice. Peu importe à cet égard que l'œuvre de l'esprit soit susceptible de constants remaniements : l'*activité* de création se distingue du *produit* de la création, n'existerait-il que dans un état toujours précaire¹²⁶⁶. L'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle interdit au demeurant la qualification unitaire de l'engagement relatif à la création et de celui afférent à l'exploitation¹²⁶⁷.

¹²⁶³ V. déjà A. DARRAS, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, 1887, p. 47 : « Il nous semble bien impossible de pouvoir asseoir le droit pécuniaire uniquement sur l'idée de respect dû à la personnalité humaine ; cette idée, jointe à celle du travail, peut servir à la corroborer, à la sanctifier ; mais à elle seule, elle me paraît insuffisante pour établir sur un fondement inébranlable le droit pour les auteurs à une exploitation exclusive de leur œuvre ».

¹²⁶⁴ V. p. ex. J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois*, Litec, 1990, préf. M. VIVANT, n°259.

¹²⁶⁵ Comp. NAST, note préc., p.68 : les œuvres elles-mêmes sont « la pensée même de l'auteur (...), l'industrie intellectuelle elle-même, et non pas les produits de cette industrie. Il est vrai que la pensée de l'auteur peut se concrétiser en un produit matériel (écrit, statue, gravure, etc.) ; mais cela n'est pas nécessaire pour que l'œuvre intellectuelle existe. Un sermon, une conférence, le cours d'un professeur, etc., existent en tant qu'œuvres littéraires (...) alors même qu'ils sont improvisés, et non consignés par écrit, ou qu'ils ne sont écrits que partiellement ». L'erreur de raisonnement commise est patente : puisque l'œuvre orale existe, c'est bien qu'elle existe en tant que chose advenue au monde, quand bien même demeurerait-elle immatérielle, et comme résultat de la pensée de l'auteur, non sa pensée même, forcément propre. L'exemple pris ne prouve donc rien contre la distinction entre pensée et fruit de la pensée, mais au contraire la conforte : on voit qu'orale ou écrite, c'est la *communication* de la pensée qui permet de distinguer la pensée en tant que processus intime du *fruit* de la pensée, l'œuvre de l'esprit. Une œuvre de l'esprit est non pas une œuvre dans l'esprit, mais une œuvre qui vient de l'esprit. C'est l'erreur des personnalistes que de ne pas faire la distinction entre création et faculté de créer. Il est bien vrai que l'œuvre peut être remaniée, modifiée, sans cesse retouchée jusqu'à ce qu'elle soit offerte au public : mais c'est bien pour cela que l'auteur se voit reconnaître un droit moral sur cette chose, et jusqu'à la divulgation le contractant n'a aucune possibilité de se plaindre de l'indétermination de la chose. V. sur ce point *infra*, n°.

¹²⁶⁶ Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'une plaidoirie, par exemple, peut tomber sous la qualification d'œuvre de l'esprit. Il faut bien alors distinguer entre, d'une part, la prestation intellectuelle due par l'avocat à son client (plaider sa cause), dans le cadre du contrat d'entreprise (éventuellement doublé d'un mandat), et d'autre part, le droit qu'aurait l'avocat de publier un recueil de ses plaidoiries, qui lui procurerait une rémunération tout à fait distincte et indépendante de celle due dans le cadre du louage d'ouvrage le liant à son ancien client.

¹²⁶⁷ V. *supra*, n°52s.

277. L'obligation de l'auteur n'a pas pour objet une abstention. – Du fait du rapprochement entre œuvre de l'esprit et activité de la personne, le droit d'auteur a pu être considéré comme un droit proche du droit à l'honneur ou à la dignité – la réputation du créateur souffrant des atteintes portées à sa production – et ainsi comme une sorte de droit à réparation¹²⁶⁸. Par où se mesure bien le flou conceptuel régnant autour de cette qualification personnaliste, forgée à une époque où le recours à la responsabilité civile et la reconnaissance d'un véritable droit de la personnalité étaient encore en concurrence¹²⁶⁹. Cela étant, il convient de réfléchir aux incidences de la qualification en tant que droit de la personnalité à la lumière de ce qu'il est actuellement, c'est-à-dire un droit subjectif nettement distingué du mécanisme de la responsabilité civile, en ce sens qu'il permet à son titulaire d'obtenir satisfaction en justice sans avoir à prouver une faute ou même le préjudice dont il demande réparation¹²⁷⁰. Cette analyse classique du droit de la personnalité en un droit défensif ne s'avère pas sans conséquences sur la qualification des contrats que l'auteur est amené à conclure en vue de l'exploitation de son œuvre. En réalité, une telle qualification serait pourtant malaisée. En effet, il ne pourrait s'agir que d'une renonciation de l'auteur à demander réparation du préjudice subi consécutivement à la diffusion et l'exploitation commerciale de son œuvre, partie intégrante de sa personne¹²⁷¹. Il ne s'agirait pas d'une renonciation au droit lui-même, indisponible en tant que droit de la personnalité, mais d'une renonciation à l'*exercice* du

¹²⁶⁸ L. BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits dans les régimes de la communauté*, op. cit., pp. 40 à 65. V. également en ce sens M. PALMADE, *La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux*, th. Bordeaux, 1909, et J. SFÉTÉA, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, Paris, Jouve éd. 1923, p. 49s. : « Les différentes prérogatives que l'on désigne sous ce nom ne sont que des aspects du droit de la liberté individuelle. Il n'y a donc pas un droit d'auteur sur son œuvre, mais le droit de défendre sa personnalité à propos de cette œuvre ».

¹²⁶⁹ V. A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité*, PUAM 2003, préf. F. POLLAUD-DULIAN, n°76s.

¹²⁷⁰ V. également sur ce point A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité*, n°239s.

¹²⁷¹ Une telle analyse est ainsi proposée par ceux qui s'en tiennent à une conception classique du droit de la personnalité, selon laquelle les attributs d'une personne tels son nom et son image ne pourraient pas être considérés en même temps comme des choses objets de contrat. Il a par exemple pu être soutenu que l'image ne serait pas l'objet du contrat, mais sa cause... V. L. MARINO, « Les contrats portant sur l'image des personnes », CCE, chron. n°7, p.11 : « Comment (...) analyser le contrat d'image ? Accessoirement, le contrat organise l'exécution d'une prestation qui concerne la réalisation puis la diffusion d'une image. Mais principalement, on y décèlera une renonciation à l'exercice de son droit à l'image (...). Le contrat d'image (...) comporte une abstention temporaire d'exercice de ce droit. Il s'analyse comme l'engagement de ne pas exercer son droit de défense vis-à-vis de son cocontractant, pendant un certain temps (au travers d'une obligation de ne pas faire) (...) La patrimonialisation s'explique ainsi : c'est le prix de la renonciation temporaire à agir en justice... ». V. aussi G. LOISEAU, *Le nom, objet de contrat*, th. Paris I, LGDJ 1997, préf. J. GHESTIN, n°429, qui, constatant que « le droit patrimonial au nom est inconnu en droit français », estime que « pratiquement, la conséquence en est que les contrats de licence de nom ne peuvent être analysés, comme leur économie le commanderait, comme des contrats de concession du droit d'exploitation du nom, et doivent être considérés (...) comme des contrats d'abstention ».

droit¹²⁷², ce qui ne va pas sans suggérer la doctrine allemande... Au regard du droit français, ceci appelle une critique rédhibitoire.

En effet, le droit d'auteur ne saurait être tout entier ramené à un droit défensif de la personnalité du créateur, sur le postulat que l'œuvre et l'auteur ne faisant qu'un, toute atteinte à l'œuvre serait une atteinte à sa personne¹²⁷³. Il ne faut pas confondre le jugement porté sur l'œuvre et le jugement porté sur le créateur : il se peut que le public aime tel artiste, et non une de ses œuvres... ou inversement, qu'il aime les œuvres et non la personne de leur auteur. La jurisprudence distingue ainsi clairement les atteintes au droit moral de celles portées, sans lien avec telle ou telle œuvre déterminée, à la personnalité de l'auteur : l'atteinte au droit de paternité est distincte de l'usurpation du nom de l'artiste¹²⁷⁴ ; l'atteinte à la réputation d'une personne est distincte de l'atteinte à l'intégrité de ses créations¹²⁷⁵, etc. L'amalgame entre l'atteinte aux intérêts moraux d'un auteur sur sa création et l'atteinte à la personnalité est de surcroît au cœur d'une conception très critiquée en France, celle du droit international, reflet de celle du *copyright* anglo-saxon : l'auteur n'est guère protégé que contre l'atteinte à sa réputation¹²⁷⁶. C'est la confusion de deux ordres, celui de la personne et celui de l'œuvre comme prolongement de la personne¹²⁷⁷. Il est vrai que tout dépend de l'appréciation des juges, qui peuvent retenir que toute atteinte à l'œuvre atteint de même la réputation du créateur (son talent, l'esprit dans lequel il crée, etc.). Il n'en reste pas moins que conceptuellement, il existe une différence entre l'atteinte à la personnalité (de tout un chacun) et l'atteinte aux intérêts moraux d'un auteur sur sa création, et ceci est sans doute une raison suffisante pour refuser d'assimiler les contrats d'exploitation aux renonciations à agir en justice pour défendre un attribut de sa personnalité en une occurrence déterminée.

¹²⁷² V. L. MARINO, *op. cit.*, *loc. cit.* : « Cette renonciation ne porte pas du tout sur le droit à l'image lui-même, ce qui serait contraire au principe d'indisponibilité des droits de la personnalité, mais précisément sur l'exercice du droit à l'image ».

¹²⁷³ Ceci est le postulat dont part le raisonnement mené à propos des attributs de la personnalité que sont le nom ou l'image de la personne physique, par exemple. Sur ce point, v. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, 2004, n°274 et 285.

¹²⁷⁴ V. Cass. 1^e civ., 18 juillet 2000, RIDA 2/2001, p.309 (il est jugé, à propos de l'apposition de la signature apocryphe d'Utrillo sur une œuvre n'étant ni une copie, ni une imitation des œuvres de ce dernier, que la mise en vente de cette œuvre ne constitue pas une atteinte au droit moral, « mais une atteinte à un droit de la personnalité »). Sur les hésitations antérieures des juges du fond, v. A. LUCAS-SCHLOETTER, *th. préc.*, p.211 note 150.

¹²⁷⁵ V. Cass. 1^e civ., 10 mars 1993, D.1994, 78, note FRANÇON, JCP G 1993, II, 22161, note RAYNARD, *RTD com.* 1994, 48, obs. FRANÇON (« le droit moral de l'auteur d'œuvres littéraires est seulement celui de faire respecter soit l'intégrité de ses œuvres, soit son nom et sa qualité en tant qu'auteur de celles-ci, mais il est entièrement étranger à la défense des autres droits de la personnalité protégés par la loi »).

¹²⁷⁶ V. p. ex la convention de Berne.

¹²⁷⁷ Il est étonnant, de ce point de vue, que la doctrine personnaliste conduise aux mêmes errements qu'un « droit de copie », parfaitement réductible à une propriété classique reconnue au profit de...l'exploitant.

B. – La distinction entre personne et chose

278. Si les contours du droit de la personnalité ne sont pas clairement définis à l'époque où éclot la doctrine personnaliste, et notamment son caractère extra-patrimonial, la reconnaissance d'un tel caractère, à l'époque où cette opinion s'épanouit – et jusqu'à nos jours, dans la conception classique à tout le moins – ne va pas sans susciter des difficultés majeures. Une qualification exclusivement extra-patrimoniale devrait emporter une condamnation de toute spéculation, et c'est bien là son principal écueil (1). Malgré tout, il faut observer la progressive admission d'un certain nombre d'attributs de la personnalité – le nom, l'image, etc. – au rang des valeurs patrimoniales, qui est sans doute l'une des évolutions juridiques majeures de notre époque, invitant à une distinction plus précise entre ce qui participe de la personne et ce qui émane d'elle¹²⁷⁸. Aussi convient-il d'examiner également l'analyse moderne des droits de la personnalité, afin de savoir si elle pourrait entraîner une résurgence de cette qualification du droit d'auteur, et partant produire effet sur la nature des contrats d'exploitation (2).

1) Approche classique du droit de la personnalité : incidence de la qualification exclusivement extra-patrimoniale

279. Distinction entre œuvre de l'esprit et personne. – La doctrine personnaliste déduit logiquement de l'impossible séparation de l'œuvre de l'esprit et de la personne de son auteur que la création doit en tant que telle être tenue hors du commerce juridique : il ne s'agirait au fond que d'une manifestation de l'« extra-commercialité » des attributs de la personnalité. Pourtant, si la distinction entre la personne de l'auteur et l'œuvre de l'esprit comme objet de droit est admise depuis longtemps¹²⁷⁹, c'est que plusieurs arguments prouvent irréfutablement

¹²⁷⁸ B. EDELMAN, « De la propriété-personne à la valeur-désir », D. 2004, p.155, spéc. p.159 : « on pourrait retracer une histoire du sujet, montrer qu'il fut d'abord conçu sur le mode de sa « capacité » à intervenir dans l'univers du droit (...) puis qu'il devint auto-fondé (...), puis enfin qu'il s'organisa en « sujet et attributs », ce qui lui permit d'accompagner les révolutions technologiques, de vendre « quelque chose » de lui sans se vendre lui-même » (souligné par nous).

¹²⁷⁹ La thèse personnaliste est quasiment abandonnée en France, surtout depuis la loi de 1957. M. GAUTIER plaide certes pour une prévalence du droit moral, mais sans aucunement rejeter l'existence de droits patrimoniaux cessibles. V. son *Précis*, n°19 : « Cette théorie [personnaliste] apparaît assez bien rendre compte de la particularité du droit d'auteur, mais est sans doute en décalage avec son évolution ». Est du moins alors soulignée « l'indivisibilité » du droit d'auteur (n°21). La thèse n'est pas plus défendue dans les autres droits européens (v. p. ex. en Italie, Piola CASELLI, *Trattato del diritto di autore*, Turin, 2^e éd., 1927, pp. 320s.), sauf

que l'œuvre de l'esprit se dissocie de la personne de son créateur. Il est impossible de considérer que l'existence et l'exercice du droit d'auteur ne sont envisageables qu'en présence de la personne du créateur, et partant de réduire le droit tout entier au droit de la personnalité. Celui-ci postulerait d'abord que l'auteur dispose d'une pleine maîtrise de ce qui constitue sa personne, alors que la maîtrise de la création est limitée à maints égards, ainsi qu'en atteste la multiplication des utilisations non contrôlées (la cession obligatoire du droit de reproduction par reprographie p. ex.), le rôle accru des sociétés de gestion collective, des intermédiaires de diffusion et des auxiliaires de création¹²⁸⁰... La qualification de droit de la personnalité apparaît ensuite problématique à l'égard des œuvres de collaboration – comment une même œuvre pourrait-elle se confondre avec plusieurs personnes ?¹²⁸¹ – et devient insoutenable au regard de l'admission des œuvres collectives : la personne morale est titulaire *ab initio* du droit d'auteur, mais n'est pas « auteur » au sens de la loi¹²⁸². Par ailleurs, l'évolution de l'œuvre ne peut totalement être contrôlée par son auteur. L'œuvre peut être modifiée, adaptée par d'autres personnes : même si ceci ne peut que s'accomplir avec l'autorisation de l'auteur primaire, ce n'est pas sa pensée qui sera à l'œuvre... « Avec l'autorisation de » ne signifie pas « émanant de » l'auteur : par conséquent il est impossible de faire de l'œuvre une « *émanation incessamment agissante* » de son seul auteur¹²⁸³, même s'il importe de ne pas confondre l'œuvre première et les œuvres dérivées. Enfin, non seulement rien ne s'oppose à ce que la « chose » soit le produit de l'homme, mais encore est-ce le cas de la grande majorité des choses corporelles mêmes¹²⁸⁴. Une œuvre de l'esprit peut donc tout à fait, bien qu'elle soit entièrement créée par l'homme, recevoir la qualification de chose.

280. Détermination de l'œuvre de l'esprit. – En outre, la thèse personnaliste est incompatible avec l'exigence de détermination de la chose, dans le contrat de vente ou de bail : si tout pouvait toujours changer, l'œuvre ne faire qu'un avec l'auteur, il serait impossible de distinguer l'œuvre visée dans tel contrat de telle autre œuvre, et d'identifier

en droit allemand, où n'est pas davantage rejetée l'existence de véritables droits patrimoniaux cessibles – ce qui est sans doute désormais inéluctable, par respect du droit communautaire.

¹²⁸⁰ J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, LGDJ 1996, n°117. En droits voisins, v. T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ 2005, n°175s.

¹²⁸¹ En outre, un attribut de la personnalité est en principe propre à chaque individu, ainsi sa voix, son image, sa vie privée. Encore, il est vrai, que celle-ci se partage, et que le nom n'est pas, loin s'en faut, propre à une seule personne...

¹²⁸² V. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°381. V. aussi Cass. 1^{er} civ., 8 décembre 1993, RIDA 3/1994, 303.

¹²⁸³ La formule célèbre est de Nast, note préc.

¹²⁸⁴ F. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens*, n°1 et 6 – S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, th. Paris II, Litec/IRPI, n°26.

ainsi le droit cédé ou l'assiette du droit personnel concédé ... La réalité est autre, et montre au contraire qu'une fois que certains actes sont accomplis par l'auteur, l'œuvre est au moins partiellement séparée de sa personne. Tout d'abord, il ne faut pas confondre existence et détermination de la chose. L'œuvre de l'esprit, en tant que chose, existe dès le commencement de la création, car dès ce moment, elle ne se confond plus avec sa faculté créatrice¹²⁸⁵. Une fraction de la doctrine professe ainsi que l'exercice du droit de divulgation ne conditionne pas la naissance des droits patrimoniaux¹²⁸⁶. Ensuite, la détermination de la chose est toujours possible, que la divulgation précède ou suive la conclusion d'un contrat d'exploitation. L'œuvre peut être déterminée sans difficultés lorsqu'elle est déjà divulguée au jour de la conclusion du contrat, ou lorsqu'elle l'est concomitamment. La divulgation fait connaître au public et à l'exploitant la consistance de l'œuvre : elle est donc parfaitement identifiable. Au contraire, lorsqu'elle n'est pas divulguée, il convient de la tenir pour une œuvre simplement déterminable, mais cela suffit à faire des droits patrimoniaux l'objet d'une vente ou d'un bail. Si l'œuvre est, avant sa divulgation, au mieux déterminable, il faut cependant que la détermination dépende de critères objectifs, le droit civil interdisant qu'une nouvelle manifestation de volonté des parties soit nécessaire¹²⁸⁷. La chose déterminable par la seule volonté d'une partie manifesterait en outre un engagement potestatif¹²⁸⁸. L'œuvre semble néanmoins pouvoir être déterminée par l'indication, portée au contrat, des traits d'identification de l'œuvre : certes, l'auteur définira l'œuvre finalement livrée, mais il ne s'agira pas d'une détermination purement arbitraire, dans la mesure où l'auteur n'exécutera correctement les obligations à sa charge qu'en respectant les critères dégagés par les parties. L'œuvre peut sans doute aussi être déterminée par simple référence au contrat de commande passé en même temps que le contrat d'exploitation. En effet, dans le contrat de commande, la prestation de création est parfaitement déterminable, voire déterminée. L'auteur a le pouvoir d'exercer son droit de divulgation pour refuser de livrer la chose promise, mais il ne peut prétendre que la création objet du contrat n'était pas déterminée. Par conséquent, l'œuvre créée sur commande est parfaitement identifiable, et à défaut d'être considérée comme déjà déterminée, elle est déterminable. La conclusion du contrat d'exploitation, combinée avec la divulgation de l'œuvre, fait que l'auteur ne peut plus revenir sur la forme de son œuvre, sauf à

¹²⁸⁵ V. d'ailleurs l'art. L. 111-2 CPI, selon lequel « *L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur* ».

¹²⁸⁶ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°459. *Contra*, H. DESBOIS, *Traité*, n°482, suivi par F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°611. V. aussi p. ex. A. LE TARNEC, *Manuel de propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2^e éd. 1966, n°65 : tout en reconnaissant que l'œuvre est une valeur patrimoniale dès la naissance, l'auteur considère que l'œuvre est un bien hors du commerce jusqu'à la divulgation.

¹²⁸⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz 8^e éd. 2005, n°270.

exercer le droit de retrait et de repentir¹²⁸⁹... Il est donc établi que l'œuvre est déterminée ou déterminable comme chose distincte de la personne de son auteur, et partant, la dernière objection possible des personnalistes – l'indétermination constante de la chose – s'effondre.

Se trouve ainsi définitivement condamnée l'approche classique du droit de la personnalité, qui conduit à refuser à l'œuvre de l'esprit la qualité de chose, chose dans le commerce et déterminable. Il reste toutefois à se prononcer sur le sort promis à une approche plus contemporaine du droit de la personnalité.

2) Approche contemporaine du droit de la personnalité

281. Approche nouvelle des droits de la personnalité. – L'approche « traditionnelle » doit être distinguée d'une approche plus « moderne » du droit de la personnalité, lequel se voit reconnaître des aspects extra-patrimoniaux comme des aspects patrimoniaux : la seconde échappe aux critiques formulées contre la première, tenant à la méconnaissance de la fonction économique du droit d'auteur¹²⁹⁰. En effet, il faut rappeler que l'exploitation est aujourd'hui admise pour nombre d'attributs de la personnalité, ainsi du nom ou de l'image de la personne¹²⁹¹, et que de manière générale, les frontières de l'extra-commercialité ont nettement reculé¹²⁹², ce qui rendrait à tout le moins curieuse la « sacralisation » de l'œuvre de l'esprit... Le droit d'auteur pourrait ainsi être envisagé comme droit de la personnalité moderne, comportant un aspect patrimonial et un aspect moral.

Les voies empruntées pour justifier de l'existence d'un droit patrimonial de la personnalité autonome sont cependant très diverses. Le droit patrimonial est souvent reconnu sur un objet propre, qui n'est pas le nom ou l'image de la personne physique en tant que chose, mais sa

¹²⁸⁸ *Ibid.*, n°270.

¹²⁸⁹ V. art. L.121-4 CPI. En réalité, le moment de la divulgation coïncidera en pratique avec le moment où l'auteur exécutera son obligation de délivrance. L'auteur ne peut plus prétendre modifier ensuite son œuvre qu'au terme du droit de repentir.

¹²⁹⁰ Sur cette conception nouvelle du droit de la personnalité, exprimée not. pour le droit au nom (v. not. G. LOISEAU, th. préc., n°430s.) ou pour le droit à l'image (E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image », D.1984, chron. p.161 ; D. ACQUARONE, « L'ambiguïté du droit à l'image », D.1985, chron. p.129.)

¹²⁹¹ V. M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 1^{er} éd. 2004, n°130 p. 331 : « Les choses hors du commerce sont celles qui ont un caractère sacré ou tout au moins intimement et nécessairement lié à la personne (corps humain, aspect moral des droits de la personnalité, tombeaux ou sépultures) » (souligné par nous). Il est admis que les attributs de la personnalité tels le droit au nom, le droit à l'image etc., puissent faire l'objet de conventions d'exploitation commerciale.

¹²⁹² V. TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Les obligations*, n°274.

valeur commerciale, appréhendée extérieurement – celle-ci proviendrait de la notoriété¹²⁹³, du contrat d'exploitation¹²⁹⁴, etc. La transposition d'une telle analyse en droit d'auteur ne saurait être proposée ici, dans la mesure où il sera démontré plus avant que le droit patrimonial a bien pour objet l'œuvre de l'esprit en tant que chose, et non une valeur qui lui serait extérieure¹²⁹⁵. Pour d'autres, l'exploitation de l'image ou du nom, par exemple, passe par leur pleine admission au sein de la catégorie de chose en partie distincte de la personne¹²⁹⁶. Dans cette optique, l'œuvre peut être vue comme liée à la personne, tout en étant reconnue comme une chose dans le commerce, susceptible d'être objet d'une vente ou d'un bail¹²⁹⁷... Enfin, le droit de la personnalité a pu être considéré comme un droit voisin du droit d'auteur¹²⁹⁸.

282. Différence entre le droit d'auteur et le droit de la personnalité dualiste. – Quelle que soit cependant la conception retenue, le droit d'auteur a généralement servi de modèle aux fondateurs de la conception mixte des droits de la personnalité¹²⁹⁹. Dès lors, s'il n'est pas question de se livrer ici à une critique systématique des conceptions forgées ainsi, il convient de se demander si le modèle peut être absorbé par des constructions qui dérivent de lui. Le droit d'auteur ne saurait s'évanouir dans la catégorie nouvellement construite, droit de la

¹²⁹³ V. G. LOISEAU, th. préc., n°378 p.373 : « la patrimonialité du nom est en fait la projection sur ce signe de la patrimonialité de la notoriété », d'où il suit que « la reconnaissance de la valeur économique du nom n'a nullement pour conséquence de « mettre un prix » sur la personne humaine ; elle n'est que l'expression de la vénalité de la notoriété qui constitue un bien patrimonial ».

¹²⁹⁴ V. X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, 1982, éd. Larcier, n°445 : Dans cette conception, il y aurait exercice d'un droit réel seulement lorsque le sujet est dans une relation contractuelle, puisque c'est dans ce cas que le sujet accepte de passer pour objet. En revanche, lorsque le sujet n'est pas engagé dans une relation contractuelle, le droit de propriété n'a plus d'application : le droit de la personnalité suffit. Le droit à l'image serait donc un droit de la personnalité qui peut se faire droit de propriété lorsqu'un contrat est conclu. N'est-ce pas là prendre l'effet (la possibilité de passer contrat) pour la cause ?

¹²⁹⁵ V. *infra*, n°315.

¹²⁹⁶ V. M. SERNA, « L'image et le contrat : le contrat d'image », CCC nov. 1998, chron. 12 : l'image serait un bien non consommable, un corps certain (n°3 p.4), et donc une chose au sens de l'article 1126 C. civ. (n°4 p.4), d'où il suit que « le droit à et sur l'image possède intrinsèquement une double nature juridique » (n°8 p.5).

¹²⁹⁷ Comp. M. SERNA, art. préc., n°17 p.6 : « l'image peut s'inscrire dans un contrat de vente » (l'auteur opine cpt pour une qualification sui generis du contrat d'image, en ce qu'il donne naissance à des obligations de faire à exécution successive – se soumettre aux prises de vue, répétitions, essayages, etc.)

¹²⁹⁸ M.-E. BICHON-LEFEUVRE, *Les conventions portant sur les droits extra-patrimoniaux*, th. Paris XI, n°534s. : si le droit d'auteur est écarté en raison du défaut de création (n°526s.), la qualification de droit voisin est proposée, dans la mesure où il y a un effort et un investissement de la personne pour valoriser son nom ou son image...

¹²⁹⁹ V. G. LOISEAU, th. préc., n°471s, qui refuse l'application du droit d'auteur, dans la mesure où la personnalité notoire n'est pas une création, mais préconise un rôle de source d'inspiration (n°475). V. aussi M.-E. BICHON-LEFEUVRE, th. préc., n°508, qui se prononce en faveur de l'adoption d'une structure dualiste : « nier l'existence de droits d'exploitation commerciale sur ses attributs conduit à déguiser la lésion d'un intérêt pécuniaire en une soi-disant atteinte à un droit de la personnalité, ce qui n'est pas admissible sur le plan de la cohérence juridique (n°510) et ajoute qu'il serait sinon impossible de rendre compte de la pratique contractuelle (n°511). Est souligné aussi le passage d'une responsabilité pour faute à une responsabilité « subjective » fondée sur la seule atteinte au droit de la personne : est apparu alors indirectement un monopole (n°512).

personnalité parmi d'autres, qu'à la condition expresse d'une identité de nature de l'œuvre de l'esprit et des éléments de la personnalité¹³⁰⁰. Or d'un côté, il est encore loin d'être admis que le nom ou l'image d'une personne sont des « choses incorporelles », au même titre que l'œuvre de l'esprit. De l'autre côté, il est souvent souligné la différence entre attribut de la personnalité et œuvre de l'esprit par les personnalistes eux-mêmes¹³⁰¹. Toute personne a un nom, une image, une vie privée, mais toute personne ne crée pas d'œuvres de l'esprit : à cet égard, il est difficile de réduire l'œuvre de l'esprit à un attribut de la personnalité comme un autre. De ce point de vue, l'assimilation classique du droit moral à un droit de la personnalité ne saurait conduire à la même assimilation du droit d'auteur en son entier. Le nom, l'image, etc., *sont* la personne, l'œuvre de l'esprit est le *reflet* de la personne, et c'est cette particularité qui justifie que l'œuvre puisse être appréhendée comme chose et en même temps comme reflet de la personnalité, ce qui est loin d'être assuré s'agissant du nom ou de l'image. Si l'objet du droit patrimonial de la personnalité est pour l'heure souvent reconnu sur un élément extérieur à l'attribut de personnalité proprement dit – la notoriété par exemple – ceci n'est pas défendable en matière d'œuvre de l'esprit.

Aucun enseignement ne peut, en outre, être tiré des qualifications contractuelles forgées à leur propos, puisqu'elles ont été définies en contemplation de celles usuellement appliquées au droit d'auteur, celles-là même dont l'ordonnancement est ici analysé. Aussi est-il symptomatique que les défenseurs de ce droit de la personnalité « dualiste » se contentent d'une référence aux schémas de la cession et de la licence, sans s'interroger sur le rapprochement possible avec la vente, le bail, ou d'autres contrats spéciaux réglementés par le code civil : la qualification *sui generis* n'est pas dépassée, à défaut notamment d'une comparaison de ce droit d'exploitation avec le droit de propriété¹³⁰².

¹³⁰⁰ Certaines évolutions de l'art contemporain montrent que la distinction entre œuvre et attribut de la personnalité devient parfois difficile. V. D. LEFRANC, « L'auteur et la personne. Libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité », D. 2002, 1926, qui montre par exemple que dans les arts conceptuels, « le nom devient, à travers la signature, la source exclusive de valeur : que vaudrait un urinoir signé « Dupont » ? ». Il faut peut-être tempérer les propos de l'auteur, qui affirme que les artistes ne cherchent pas « l'obtention d'un monopole d'exploitation sur des œuvres qui ne s'exploitent pas ». Même l'urinoir de Duchamp se prête à la reproduction photographique...

¹³⁰¹ Tous les tenants historiques du monisme personnaliste ne peuvent être accusés de la confusion entre attribut de la personnalité et objet du droit d'auteur : ainsi Gierke, le fondateur-même de la doctrine personnaliste allemande, refusait de voir dans les attributs de la personne l'objet du droit d'auteur, mais dans l'œuvre créée, indépendante de son auteur dans une certaine mesure. Pour un exposé de la construction de Gierke, v. not. SRÖMHOLM, *Le droit moral*, n°70 – P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, p.85.

¹³⁰² V. p. ex. G. LOISEAU, th. préc., n°500 p.484s. : l'auteur ne propose qu'une distinction classique entre la cession et la licence, s'en tenant à l'observation selon laquelle « la cession porte toujours sur le droit et non sur la chose elle-même. En d'autres termes, poursuit-il, la conception d'une cession concernant le monopole d'exploitation peut être acceptable quand bien même la possibilité d'une cession de la notoriété ou même du

La qualification personnaliste, trop éloignée de la réalité des contrats d'auteur, doit en conclusion être rejetée, et partant les qualifications contractuelles qu'elle implique¹³⁰³. Il devrait en aller de même de la qualification du droit d'auteur en tant que droit intellectuel.

§ 2. – QUALIFICATION DE DROIT INTELLECTUEL

283. Le droit d'auteur, à défaut d'être réductible à un droit de la personnalité ou à un droit de propriété inaliénable, a pu être ainsi considéré tel un droit parfaitement *sui generis*, rétif à toute insertion dans l'une des catégories du droit civil¹³⁰⁴. L'incidence de la qualification de droit intellectuel sur la qualification du contrat (A) doit être examinée avant de se livrer à une critique (B).

A. – Qualification du droit d'auteur en tant que droit intellectuel

284. Interdépendance des intérêts moraux et matériels. – L'interdépendance des intérêts moraux et matériels éclaire sans doute certains aspects du régime des contrats d'auteur. Cependant, l'enchevêtrement de ces intérêts justifie-t-il que soit reconnu un droit unitaire distinct des catégories traditionnelles – droit réel, droit personnel et droit de la personnalité – impliquant une qualification *sui generis* des contrats d'exploitation ? Il est important, sous peine de contresens, de relever que la doctrine favorable à la qualification de « droit

nom n'est pas en soi envisageable » (p.485). V., dans le même esprit, M.-E. BICHON-LEFEUVRE, th. préc., n°249s.

¹³⁰³ V. aussi T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ 2005, préf. H. GAUDEMET-TALLON, n°133s., qui met en évidence l'inadéquation plus manifeste encore de la théorie personnaliste s'agissant des titulaires de droits voisins.

¹³⁰⁴ Comp. J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, n°16 : « les prérogatives de nature morale et pécuniaire contenues dans le droit d'auteur se séparent certainement des facultés inhérentes aux droits personnels ou de créance par leur caractère exclusif ou absolu. Mais elles se séparent aussi des droits réels, parce que l'auteur ne peut en profiter qu'en vertu d'aliénations totales ou partielles et aussi parce qu'elles sont temporaires et que le concessionnaire n'acquiert que pour partie les prérogatives de l'auteur ». Les mêmes ajoutaient (n°16) : « s'il y a un droit de *propriété* artistique et littéraire, il présente des caractères tout à fait particuliers. Ce droit (...) porte sur un objet éminemment immatériel. Il est donc légalement impossible de le sanctionner *effectivement* en lui-même. Lorsque la loi veut sanctionner des droits incorporels, de créance ou de servitude par exemple, elle ne peut le faire qu'en se référant aux objets concrets sur lesquels portent ces droits. Mais l'objet concret du droit d'auteur n'existe qu'après la matérialisation du concept esthétique. C'est ce qui amené (...) la législation française (...) à sanctionner les droits de propriété artistique à l'occasion des divers cas de matérialisation de l'œuvre conçue par l'auteur. Et c'est ainsi que, pour lui garantir la propriété exclusive de son œuvre, on lui a conféré *personnellement* le privilège exclusif de procéder lui-même, ou d'autoriser un tiers, à procéder, en son nom, à ces matérialisations grâce auxquelles l'œuvre peut être effectivement communiquée au public »

intellectuel » ne se fonde en réalité pas tant sur l'interdépendance des intérêts protégés que sur la nature de l'objet de droit.

En effet, les défenseurs de la théorie des « droits intellectuels » classent les droits selon leur objet, estimant que l'opposition des intérêts d'ordre moral et d'ordre matériel ne saurait fonder des catégories juridiques exclusives l'une de l'autre¹³⁰⁵. Il est vrai que le droit réel peut protéger des intérêts extrapatrimoniaux aussi bien que patrimoniaux¹³⁰⁶, tandis qu'il existe des droits personnels extrapatrimoniaux comme des droits de créance de nature patrimoniale¹³⁰⁷. L'opposition de l'ordre matériel et de l'ordre moral, d'inspiration économique¹³⁰⁸, ne permettrait en définitive que de moduler le régime attaché à un droit, non de fonder une classification. La diversité des intérêts protégés ne fait pas nécessairement obstacle à l'unité d'un droit, ce qui est effectivement incontestable.

En revanche, refusant de se fonder sur la nature de l'intérêt protégé, le courant « intellectualiste » se focalise sur la nature de l'objet du droit d'auteur. C'est ainsi qu'il est considéré que l'objet des prérogatives du créateur ne saurait pas plus être ramené à celui du droit de créance qu'à celui du droit réel, dont le droit de propriété, en ce que ces derniers ne pourraient porter que sur des choses matérielles, des « corps »¹³⁰⁹. Dans la classification des droits selon leur objet, seule rationnelle, il conviendrait de faire place à une nouvelle catégorie, celle du « droit intellectuel », en ce sens que son objet est irréductible à un autre¹³¹⁰... Aujourd'hui encore, il est observé que l'application du droit de propriété aux

¹³⁰⁵ J. DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. Crit. Légis. Juris.* 1939, 413, n°6 : « la division déduite du caractère patrimonial ou non des droits subjectifs peut bien se cumuler, se croiser, avec la division déduite de l'objet des droits ; elle ne saurait la dominer ou l'évincer » (p.419).

¹³⁰⁶ J. DABIN, *op. cit.* n°6 : les « droits réels (...) se définissent par la *res* sur laquelle ils portent (*jus in re*), droits pécuniaires le plus souvent, à cause du caractère habituellement pécuniaire des services que rendent les choses, mais qui pourraient cependant n'avoir qu'une valeur simplement morale : telle la propriété des souvenirs de famille, de valeur nulle sur le marché, d'une prix inestimable pour la famille, et, à ce titre, soustraits au régime normal de la propriété purement patrimoniale » (p.418).

¹³⁰⁷ J. DABIN, *op. cit.* n°6 : « Le droit de créance se caractérise (...) par le droit d'une personne sur une autre personne (*jus in persona*), droit en vertu duquel la première a le pouvoir d'exiger un service extraordinaire (*dare, facere, non facere*), qui forme le contenu de l'obligation. Or si, d'ordinaire, le service a une valeur pécuniaire, d'où résulte la valeur pécuniaire, cessible et transmissible, du droit d'obtenir ce service, il arrive qu'il n'ait qu'une valeur purement morale » (p.418). Le jurisconsulte évoque ainsi les obligations entre époux de cohabitation, de fidélité, etc.

¹³⁰⁸ J. DABIN, *op. cit.* n°6 : « il n'y aura pas droit réel ou droit de créance subordonné à la condition que le service à tirer de la chose ou du débiteur ait une valeur pécuniaire, cette condition étant extrinsèque, située sur autre plan, le plan économique » (p.419).

¹³⁰⁹ V. J. DABIN, *op. cit.* n°31-32.

¹³¹⁰ V. p. ex. E. PICARD, *Le droit pur*, 2^e éd., Paris, Flammarion, 1908, § 54, qui propose un 4^e terme à la classification romaine tripartite qui se ramène, selon lui, aux droits réels (sur une chose matérielle), droits « personnels » (de la personnalité) et droits obligationnels (droits de créance, ou droits personnels aujourd'hui).

créations intellectuelles ne permettrait pas d'expliquer la différence des régimes adoptés à l'égard des uns et des autres¹³¹¹ et méconnaîtrait la particularité de l'objet de droit, l'œuvre de l'esprit se définissant au moyen d'un critère subjectif – l'originalité – inconnu du droit des biens¹³¹².

Nul ne peut donc douter que les qualifications contractuelles traditionnelles connaissent le même sort que celui des catégories établies de droit subjectif, jugées inadéquates. Le « droit intellectuel » embrassant aussi bien des intérêts matériels que des intérêts spirituels et moraux irréductiblement attachés à la personne de l'auteur, il s'ensuit nécessairement que ce droit unitaire doit rester entre les mains du créateur : toute cession/vente est inconcevable¹³¹³. La concession de licence devient la figure de référence, mais le rapprochement avec le bail ne serait guère plus aisé : le « droit intellectuel » ne saurait être objet d'un droit de créance, ou l'œuvre de l'esprit louée, dans la mesure où le licencié n'acquiert aucune jouissance des attributs moraux. À dire vrai, sauf peut-être à mettre en œuvre les modèles de contrat portant sur un service, une telle doctrine paraît bien inviter au renoncement que constitue l'adoption d'une qualification *sui generis*. La thèse n'est pourtant pas à l'abri de la critique.

B. – Critique de la qualification du droit d'auteur en tant que droit intellectuel

285. Absence d'unité du droit d'auteur. – En réalité, la théorie du droit intellectuel a surtout permis, en une fin de XIX^e siècle où la dissociation du support et de l'œuvre de l'esprit n'était pas encore claire, de bien manifester que le droit d'auteur portait sur l'œuvre, et non sur son support, et que la propriété corporelle était indépendante de celle de la création intellectuelle¹³¹⁴. Il n'en demeure pas moins que cette conception n'a jamais été consacrée en

¹³¹¹ V. not. en ce sens J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, th. Paris I, LGDJ 1995, préf. P. LAGARDE, n°110 p. 85 : « Dès lors que l'on est contraint de distinguer selon que la propriété est relative à un bien corporel ou à une œuvre, appelée faussement « bien incorporel », on aura beau crier haut et fort qu'il s'agit toujours de propriété, le fait est que l'on ne sera pas parvenu à désigner par une terminologie appropriée des droits fondamentalement différents ».

¹³¹² J.-S. BERGÉ, th. préc., n°126: observant « qu'il y a dans la définition du bien intellectuel un élément subjectif qui est totalement absent de la définition des autres biens, qu'ils soient corporels ou incorporels » (p.95).

¹³¹³ J.-S. BERGÉ, th. préc., n°126: observant que « les montages contractuels les plus élaborés ne permettent pas de faire disparaître totalement la personne de l'auteur » (p.96), et conclut donc à la qualification *sui generis* de droit intellectuel.

¹³¹⁴ En ce sens, v. P. RECHT, préc., p. 72 : « le service éminent rendu par Picard à la cause du droit d'auteur n'est nullement d'avoir « inventé » une dénomination nouvelle de ce droit, mais c'est d'en avoir bien précisé l'objet, d'avoir dissocié l'œuvre de son support ». Il convient en effet de rappeler que les défenseurs de

droit positif, du moins de façon éclatante. Il sera d'ailleurs démontré plus avant que le droit réel peut porter sur une chose incorporelle, et que la qualification unique n'a aucune consistance dès lors que la plupart de ces prérogatives ne peuvent échapper à une qualification de droit de créance ou de droit réel¹³¹⁵. En outre, une large fraction de la doctrine a déjà exposé les objections décisives auxquelles se heurte la théorie¹³¹⁶. L'on se bornera donc ici à formuler deux observations.

En premier lieu, il faut souligner que la notion de droit intellectuel a été forgée en concurrence de la dichotomie traditionnelle opérée entre droit réel et droit personnel, et non seulement pour contester la qualification de droit de propriété. Si le droit d'auteur ne se confond peut-être pas avec un droit de propriété corporelle, rien ne justifie en revanche l'éviction de la technique du droit réel, droit direct sur une chose. Il a été montré précédemment que l'œuvre de l'esprit était une chose, nonobstant son incorporelité¹³¹⁷. Dès lors, ce serait pure pétition de principe que d'exclure la qualification.

Par suite, la notion de droit intellectuel est trahie par l'absence d'unité des prérogatives reconnues à l'auteur. Pour retenir une telle qualification, il faudrait que chacune d'elles soit rebelle à toute classification dans l'une des catégories du droit civil, notamment celles de droit réel et de droit de créance. Or il sera montré plus avant que c'est loin d'être le cas.

Après le dévoilement des faiblesses de la qualification de droit intellectuel, aucune des théories monistes écartant la cession de droit d'auteur n'emporte la conviction. Cependant, l'application au droit d'auteur ou, du moins, à sa seule branche patrimoniale, de la qualification de droit de créance devrait susciter la même levée de boucliers.

l'inclusion dans la catégorie classique de droit réel, tel Huard, ne distinguait pas clairement l'œuvre de son support, et pouvaient ainsi prétendre que la cession du corpus entraînait la cession des droits de reproduction (V. Huard, préc.). Il a fallu attendre la loi de 1910 pour que le principe d'indépendance des propriétés corporelles et incorporelles soit proclamé.

¹³¹⁵ V. *infra*, n°313s.

¹³¹⁶ V. not. J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois*, *op. cit.*, n°266s., qui souligne not. la contradiction que révèle l'opposition de la catégorie des droits intellectuels à celles des droits réel et personnel, fondées sur le contenu du droit, alors que la première ne se distingue des deux autres que par la spécificité de l'objet (n°266) et qui démontre par ailleurs que cette notion n'explique en rien la nature originale, spécifique de ces nouveaux droits (n°268). Pour les droits voisins, v. T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, n°191s., qui se fonde not. sur l'idée que l'originalité est un critère inadapté aux droits voisins (n°194s.), qui reposent plutôt sur le genre, la forme d'expression ou le mérite (n°210s.), par un raisonnement qui ne peut donc être étendu au droit d'auteur.

¹³¹⁷ V. *supra*, n°278s.

§ 3. – QUALIFICATION DE DROIT DE CRÉANCE

286. Une dernière conception exerce une influence sur la qualification du contrat, sans s'inscrire nécessairement dans le courant moniste : celle qui consiste à reconnaître dans le droit patrimonial de l'auteur un droit de créance. Certes, les droits d'exploitation sont en principe des droits exclusifs et opposables à tous – caractères si importants qu'ils sont affirmés au seuil même du code de la propriété intellectuelle¹³¹⁸. Aussi est-il vrai, en l'état du droit positif, que le débat pourrait être rapidement clos par un rappel de la lettre de la loi. Néanmoins, les assauts répétés que subit aujourd'hui la forteresse du monopole d'exploitation, de l'expansion du « *copyleft* »¹³¹⁹ aux propositions de licence légale globale¹³²⁰, invitent à examiner plus attentivement les conséquences de la qualification de droit de créance. Par où, en quelque sorte, la prospective juridique rejoint l'histoire. Après avoir mis en évidence l'influence de la conception sur la qualification des contrats d'auteur (A), il s'avère utile de présenter les arguments propices à sa réfutation (B).

A. – Assimilation de l'attribut patrimonial au droit de créance

287. Qualification de droit personnel. – De nombreuses pistes ont été explorées, en vue de conduire à la réception du droit d'auteur au sein de la catégorie de droit personnel¹³²¹. Sans aller jusqu'à réduire tout à fait le droit d'auteur à un simple droit de créance, le législateur a été tenté de mettre en œuvre la technique de façon complémentaire, à l'expiration d'un monopole d'une durée plus courte qu'il ne l'est aujourd'hui¹³²² ou, plus récemment, pour certains types d'exploitation¹³²³. Mais c'est avant tout de la doctrine qu'émanent les propositions les plus diverses.

¹³¹⁸ V. art. L.111-1 al. 1 CPI.

¹³¹⁹ Pour une présentation du phénomène, v. *supra*, n°98s. et les réf. citées en note.

¹³²⁰ V. not. le projet de loi adopté fin 2005 par l'Assemblée nationale, instaurant une licence globale sur les diffusions sur la Toile.

¹³²¹ Comp., en droit des brevets d'invention, A. CASALONGA, *La notion de brevetabilité considérée sous l'angle du concept de cause en droit civil*, Dalloz 1938 ; E. THALLER, « Dépendance ou indépendance des brevets pris pour une même inventions dans divers Etats, RCDIP 1908, 5, pour lesquels le brevet est un contrat entre l'inventeur et la société.

¹³²² V. projet de loi de 1936, in J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, n°25-26 : art. 21, 3^e et 4^e al. : « A l'expiration du délai de dix ans ci-dessus spécifié et jusqu'à l'expiration d'une durée de cinquante ans calculée à dater de la mort de l'auteur (...), l'exploitation des œuvres de l'auteur est libre, à charge pour l'exploitation de payer une redevance équitable aux personnes à qui appartenait la jouissance du droit pécuniaire de l'auteur avant qu'eût pris fin le délai de dix ans. Cette redevance ne pourra en aucun cas être inférieure à 10 % du produit brut de l'exploitation ».

¹³²³ V. le projet de licence globale pour la diffusion des œuvres sur Internet. Il faut toutefois s'empresse de préciser que, en l'état du droit positif, *i.e.* tant que le droit exclusif d'exploitation reste de principe, il est

Le postulat de départ est souvent le même : le droit du créateur serait une simple « récompense », octroyée par la société à raison du service social rendu¹³²⁴. Du moins à l'origine, ce courant s'inscrit, à l'instar de la doctrine personnaliste, dans un refus de considérer l'œuvre de l'esprit comme une chose : la création ne serait qu'une action, qu'un « service »¹³²⁵. Dès lors, nul ne s'étonnera que ces partisans ne s'attachent, pour la plupart, qu'à la qualification d'une sorte de contrat tacite entre l'auteur et la société – contrat en vertu duquel l'auteur reçoit récompense de son effort créateur – même si ce « contrat social » est peu conforme à la réalité¹³²⁶. Les propositions n'en sont pas moins fort variées : si la qualification de louage d'ouvrage ou de services se présente comme la plus convaincante¹³²⁷, d'aucuns plaideront en faveur de celle de contrat de société¹³²⁸, voire même celle de contrat d'échange¹³²⁹. Dans cette même perspective, mais en dépassant le concept de contrat social, l'auteur a pu être encore récemment comparé au salarié : il ne serait ainsi titulaire que d'un droit à rémunération, né d'une sorte de contrat de travail tacite conclu avec tout utilisateur de l'œuvre¹³³⁰. Son droit a même pu être assimilé à une créance née d'un quasi-contrat¹³³¹ ! Il faut à tout le moins constater que ces conceptions ont toutes pour conséquence de nier la

douteux que les diverses « licences légales » ou « compensations équitables » soient analysées en tant que droit de créance. Il en serait donc sans doute allé de même de la « licence globale » que d'aucuns ont tenté d'instaurer.

¹³²⁴ V. notamment la position de A.-Ch. Renouard, in *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t.I, p. 434s., dans l'inspiration de la philosophie rousseauiste du contrat social et de la célèbre plaidoirie de Marion (discours prononcé en 1586 devant le Parlement de Paris, à l'occasion du conflit entre libraires parisiens et provinciaux). Par souci de justesse, sinon de justice, il faut préciser qu'à cette époque, une telle conception ne s'inscrivait pas dans un mouvement de réduction des prérogatives du créateur. Il faut au contraire, à l'heure actuelle, constater un risque d'affaiblissement du droit d'auteur, le droit d'auteur se réduisant alors à une licence légale, qui entraîne la disparition même du « contrat » d'exploitation.

¹³²⁵ C'est ce que rappelle récemment M. PFISTER, in « Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle », RIDA 3/2005, p.145 : Renouard « considère l'œuvre d'un écrivain non pas comme une chose mais comme une action (...). Refusant de la réifier, il la définit comme « un service que l'auteur rend à la société », en vertu duquel il est en droit d'exiger une rémunération ».

¹³²⁶ V. en ce sens L. PFISTER, art. préc., p. 147.

¹³²⁷ Sur la qualification de louage de services, v. déjà L. DE LAVERGNE, in Discussion de la société d'économie politique de Paris sur la question de la propriété littéraire et artistique, dans E. ROMBERG, *Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1859, t. 2, p. 290 : l'auteur est ainsi comparé à un « ouvrier qui travaille pour autrui ».

¹³²⁸ V. en ce sens CALMELS, *De la propriété et de la contrefaçon*, Paris, 1856, p. 37. Selon cet auteur, le créateur et la collectivité sont associés aussi bien au stade de la production de l'œuvre (la communauté apportant les idées et l'auteur les mettant en forme) qu'à celui de l'exploitation de celle-ci.

¹³²⁹ V. not. en ce sens A.-Ch. RENOARD, *op. cit.*, p. 436 et 467, et P.-J. PROUDHON, *Les majorats littéraires*, préc., p. 154-155.

¹³³⁰ V. notamment l'opinion présentée par R. FERNAY dans son article « Droit d'auteur, salaire et droit de grève », RIDA 3/1963, p.5s., selon laquelle l'auteur serait le « salarié automatique, permanent et perpétuel de quiconque utilise son œuvre », et les redevances un salaire. Il est intéressant de relever que cette opinion s'exprime à une époque où la loi du 11 mars 1957 est déjà entrée en vigueur, et ainsi sa proclamation d'un droit exclusif. Il faut s'empresse d'ajouter, cependant, que R. Fernay le savait parfaitement, présentant son propos sur un mode métaphorique plus que sous une forme de technique juridique.

¹³³¹ V. RAULT, *Le contrat d'édition*, préc., p. 22, qui réfute cette possibilité.

réalité des contrats d'intermédiaire, en ne dissociant pas l'exploitant de n'importe quel amateur de l'œuvre. Aussi ne faut-il guère s'étonner que toutes ces voies soient des impasses, qui ne mènent qu'à des qualifications contractuelles erronées.

B. – Critique de l'assimilation de l'attribut patrimonial au droit personnel

288. La structure du droit personnel, une structure inadéquate. – Il faut d'abord, d'un point de vue de théorie juridique, rappeler que la structure du droit personnel est aujourd'hui inadéquate à l'appréhension des prérogatives patrimoniales de l'auteur, qui sont reconnues et s'exercent directement à l'égard de l'œuvre de l'esprit. Si le droit de créance peut éventuellement être érigé comme le modèle dans lequel vient se fondre le droit du créateur à une rémunération, il ne permet pas d'expliquer la faculté qu'a l'auteur d'autoriser, et corrélativement d'interdire, la communication ou l'exploitation de son œuvre, alors que c'est sans conteste à celle-ci que renvoie l'expression « droit exclusif » qu'emprunte la loi¹³³². En d'autres termes, ramener le droit patrimonial d'auteur à un droit de créance n'est possible qu'à la condition de présupposer l'existence d'un contrat permettant l'utilisation de l'œuvre, ce qui du même coup sape l'aptitude de la technique du droit de créance à rendre compte des différents aspects du monopole du créateur, qui ne tient pas seulement dans la rémunération, mais également dans la faculté d'autoriser ou d'interdire – le droit exclusif¹³³³. Il est vrai, néanmoins, que la démonstration ne vaut précisément qu'en contemplation de la lettre de la loi. Les partisans de la qualification du droit de créance n'auraient qu'à gommer le caractère exclusif pour faire triompher leur thèse. Aussi convient-il de relever que, au-delà de la lettre du texte et de l'indubitable exclusivité actuelle, d'autres arguments mettent en lumière les impasses de la qualification de droit de créance.

289. La concession de droit personnel, fondement inadéquat de la reconnaissance du droit d'auteur – La conception du droit de l'auteur en tant que droit de créance se heurte en effet à une impasse théorique au regard de la qualification du contrat à la source duquel il trouverait son origine. Le « contrat social » ne peut être qu'un fondement philosophique du

¹³³² V. p. ex. sur ce point P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°272.

¹³³³ Certaines pressions s'exercent en faveur de l'extension du modèle de la licence légale, ainsi que le démontra encore la discussion du projet de loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 sur la société de l'information. Il n'en demeure pas moins que le droit exclusif d'autoriser et/ou d'interdire reste la règle, aussi bien en droit interne qu'en droit européen (v. not. la directive du 22 mai 2001, art. 2 à 4).

droit subjectif en général, mais en aucun cas un mécanisme juridique propre à rendre compte de la situation du créateur. Au sens technique du terme, aucune qualification ne saurait rendre compte des contrats d'auteur. La créance de rémunération ne saurait résulter d'une vente, alors qu'il est dénié au créateur, dans cette conception, la propriété originaire de l'œuvre qu'il a conçue. De la même façon, la qualification de contrat d'échange ne saurait être valable, au sens technique du terme. Ni l'échange ni la vente ne peuvent se concevoir à propos de ce qui est tenu, dans cette conception, pour un simple « service »¹³³⁴. L'analyse fondée sur le bail est à cet égard tout aussi vaine, dès lors que la qualification nécessite que soit reconnue l'existence d'une chose. En effet, soutenir que la rémunération de l'auteur est la contrepartie de la jouissance offerte au public suppose bien de reconnaître au préalable un droit de l'auteur sur l'objet de sa prestation, sur la chose qu'il offre en contrepartie de sa rémunération : le louage de chose se distingue à ce prix du louage d'ouvrage ou de service¹³³⁵. Enfin, les qualifications de contrat de service n'apparaissent guère plus satisfaisantes. Il ne serait pas plus pertinent de fonder le droit à rémunération sur un hypothétique contrat de travail conclu avec tout utilisateur de l'œuvre, même si la qualification s'applique ici à un contrat au sens technique¹³³⁶. En effet, il convient d'approuver pleinement les critiques formulées à l'encontre de cette thèse, qui méconnaît le fait que l'auteur n'est pas en état de subordination juridique à l'égard de son public, mais dispose au contraire d'un droit exclusif et absolu lui permettant d'interdire l'utilisation par des tiers, et non de seulement percevoir des redevances¹³³⁷. Il faut également ajouter qu'une autre qualification de cette convention tacite, en contrat d'entreprise par exemple, n'atténuerait en rien la faiblesse de ce type d'analyse. De fait, il semble que la faille de cette construction se découvre avant tout dans l'inéluctable confusion relative à la détermination de l'objet de la convention tacite entre l'auteur et l'utilisateur... Serait-il la seule communication de l'œuvre, la simple faculté d'en jouir, les modèles du contrat de travail ou du contrat d'entreprise ne sauraient assurément l'appréhender. L'auteur n'accomplit souvent aucune prestation de communication : il serait impossible de placer sous cette bannière l'achat d'exemplaire, par exemple¹³³⁸. En réalité, les qualifications proposées

¹³³⁴ Sur la qualification de l'œuvre de l'esprit en tant que service, par les tenants de la thèse du droit de créance, v. *supra*, n°287.

¹³³⁵ Il faut ainsi relever que la « licence légale » que certains proposent d'étendre à toute exploitation sur Internet (projet de loi de transposition de la directive « Société de l'information ») n'entre pas de façon logique dans la catégorie de bail, sauf à assumer la contradiction de ce modèle et de la reconnaissance de principe d'un droit exclusif, qui le fait apparaître comme une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée.

¹³³⁶ V. R. FERNAY, « Droit d'auteur, salaire et droit de grève », *op. cit.*, p. 5.

¹³³⁷ Sur ces critiques, v. déjà J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois*, n°252.

¹³³⁸ Il ne faut pas oublier, en effet, que même si la qualification de contrat d'entreprise ne s'oppose pas au transfert de propriété de la chose fabriquée, encore faut-il qu'il s'agisse d'un travail sur mesure (v. sur ce

nécessiteraient ainsi que le rapport s'instaure en amont, relativement à la création de l'œuvre : tel n'est évidemment pas le cas. Le public ne s'engage pas à verser une rémunération avant même que la création ne soit réalisée ni pour qu'elle le soit, mais seulement pour bénéficier de sa communication. À cet égard, la comparaison avec un chef d'entreprise ou un maître d'ouvrage s'avère bel et bien abusive. En d'autres termes, la notion de contrat social ne peut se couler dans aucune qualification contractuelle au sens technique du terme, et la qualification de contrat de travail ne saurait pas davantage refléter la réalité de la chaîne contractuelle tissée entre l'auteur et son public. Il n'existe pas *un* contrat entre l'auteur et la collectivité, mais de *multiples* rapports entre l'auteur et les exploitants, puis entre ceux-ci et les utilisateurs. Aussi la notion de contrat social ne permet-elle pas de qualifier les contrats conclus entre le créateur et les intermédiaires indispensables à la diffusion de l'œuvre¹³³⁹, pas plus que celle de contrat de travail conclu entre l'auteur et tout utilisateur.

290. Conclusion de la sous-section 1. – La subsumption des droits d'exploitation sous la catégorie du droit de créance n'a donc aucune légitimité, ni, partant, la qualification vague et indéterminée d'une « licence » qui serait alors le seul modèle de référence, en l'absence de tout rapprochement possible avec ceux que contient le code civil. S'il n'est ni un droit de la personnalité, ni un chimérique droit intellectuel, ni un simple droit de créance, le droit d'auteur ne se place cependant pas de façon évidente dans le giron du droit de propriété, même si les conceptions élaborées en ce sens n'exercent pas d'influence sur la qualification contractuelle.

point chapitre 1, n°). Or il ne saurait être soutenu que le client qui achète un support de reproduction d'une œuvre de l'esprit (livre, CD, DVD...) commande un objet résultant d'un travail sur mesure.

¹³³⁹ V. en ce sens L. PFISTER, « Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle », art. préc., pp. 145-146 : « Dans leur approche théorique, les juristes spécialisés en droit d'auteur que sont Renouard et Calmels négligent totalement les conventions qui, dans la pratique, lient par exemple un écrivain à son éditeur. Et, avec l'ensemble des adversaires de la propriété littéraire et artistique, ils n'envisagent qu'un contrat tacite entre l'auteur et la société dont naissent les droits exclusifs d'exploitation ». En fait, la qualification conduit à confondre les exploitants dans la masse indistincte des utilisateurs de l'œuvre : aucune distinction n'est possible entre ceux qui se livrent à exploitation commerciale et ceux qui recherchent seulement un accès personnel.

Sous-section 2

QUALIFICATIONS NEUTRES

291. L'application au droit d'auteur de la qualification de droit de propriété est une tentation récurrente, ainsi qu'en atteste le sort de la dénomination, qui, abandonnée un temps par la loi¹³⁴⁰ comme par la jurisprudence¹³⁴¹, réapparut de nouveau sous la plume du législateur contemporain¹³⁴², ainsi que sous celle du juge constitutionnel¹³⁴³. La plupart des conceptions présentées en ce sens n'exercent aucune influence sur la qualification du contrat : ainsi du monisme réaliste, lorsque la qualification de droit de propriété s'impose par absorption ou, au contraire, par négation du droit moral, mais aussi du dualisme, lorsque la qualification de droit de propriété est réservée au droit patrimonial. Bien entendu, le dessein pourrait paraître louable, dans la perspective d'un rapprochement avec les catégories contractuelles du droit civil. Ce rapprochement ne semble pourtant pas devoir se faire au prix de l'adoption de thèses contestables, d'autant que la voie reste ouverte en dépit de leur rejet. Une critique du monisme réaliste (§1.) précèdera donc celle du dualisme (§2.).

§ 1. – MONISME RÉALISTE

292. L'assimilation du droit d'auteur à un droit de propriété est justifiée par les tenants de la qualification aux termes de deux approches tout à fait différentes. Tantôt s'agit-il de soutenir que la propriété absorbe le droit moral, ce qui conduit à reconnaître le caractère inaliénable du droit d'auteur (A). Tantôt s'agit-il, pour soustraire le « droit moral » de l'opération de qualification du droit, de le considérer tel un simple ensemble de règles dérogatoires au régime de droit commun du droit de propriété, dont le caractère cessible n'est alors pas remis en cause (B).

¹³⁴⁰ L.14 juillet 1866. V. aussi projet de loi de 1936, art. 1^{er} : « Tout travail aboutissant à la création d'une œuvre littéraire ou artistique confère à son auteur sur cette œuvre un droit *sui generis* dit droit d'auteur », cité et critiqué par J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset 1937, n°27.

¹³⁴¹ Cass. ch. requ. 27 juillet 1887, affaire « Ricordi », D.R. 1888, 1, 5, note SARRAUT : « les droits d'auteur confèrent seulement un privilège exclusif d'exploitation commerciale temporaire ». V. aussi CA Paris, 1^{er} février 1900, pour laquelle les droits d'auteur ne sont que « des privilèges exclusifs d'une exploitation temporaire, qui demeurent à côté de la classification du droit civil » (droit *sui generis*).

¹³⁴² V. évidemment, en premier rang, l'art. L.111-1 CPI.

¹³⁴³ Cons. Const., décision du 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, D. 2006, 2157, obs. C. CASTETS-RENARD, LP 2006, 129, obs. L. THOUMYRE, RTD civ. 2006, 791, obs. T. REVET : « les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins (...) figurent (...) parmi (...) (les) domaines nouveaux (...) du droit de propriété » dont l'évolution (...) depuis 1789 (est) caractérisée par une extension de son champ d'application » (§ 15).

A. – Absorption du droit moral

293. L'assimilation du droit d'auteur à la propriété n'est pas toujours le fruit d'une conception hostile au droit moral¹³⁴⁴. Au contraire, le droit moral est parfois placé au cœur de la qualification, la plupart de ses traits se découvrant sous son visage. Aussi convient-il d'examiner l'incidence de cette doctrine sur la qualification du contrat d'auteur (1), avant de se livrer à son examen critique (2).

1) Présentation

294. Qualification de propriété personnelle inaliénable. – Lorsque la propriété se confond avec le droit subjectif lui-même¹³⁴⁵, le sujet de droit peut être reconnu propriétaire de choses matérielles comme d'attributs de sa personnalité¹³⁴⁶. Dans une telle optique, le droit d'auteur se coule ainsi sans peine dans la catégorie générique, accueillant sans difficultés le droit moral aussi bien que le monopole d'exploitation¹³⁴⁷.

En effet, si la propriété est conçue comme un rapport entre une personne déterminée et un objet déterminé – une relation privative qu'il importe de distinguer de l'aptitude à être propriétaire, pouvoir virtuel de la personne détaché de toute chose déterminée¹³⁴⁸ – il ne faudrait pas pour autant, selon la thèse de M. Zenati-Castaing, distinguer entre propriété et titularité d'un droit subjectif : c'est parce que le « droit de propriété » est à tort qualifié de droit patrimonial, et partant de bien, qu'il aurait fallu chercher une autre dénomination du lien

¹³⁴⁴ P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, th. Poitiers, n°119, selon lequel la qualification de droit réel est moins dangereuse que la conception personnaliste, un risque existant que le droit moral ne soit plus reconnu que sur les œuvres à haute valeur artistique. V. aussi C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, n°227, qui considère que les maîtrises morale et matérielle correspondent toutes deux à l'exécution d'actes de maîtrise et retient la qualification du droit d'auteur en tant que droit de propriété (n°186s.).

¹³⁴⁵ F. ZÉNATI, *La nature juridique de la propriété*, th. dactyl. Lyon.

¹³⁴⁶ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, PUF 3^e éd. 2007, n°1 : « Tout ce qui n'est pas une personne peut être une chose, étant précisé que tel élément, tel attribut, tel produit de la personne est susceptible d'être qualifié « chose » - et l'est, d'ailleurs ». V. aussi, des mêmes, *Manuel de droit des personnes*, PUF 1^e éd. 2006, n°260 et 262, soulignant que la personnalité est un bien et que le droit de la personnalité est un droit de propriété.

¹³⁴⁷ V. ainsi en ce sens F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°72-73.

¹³⁴⁸ F. ZÉNATI, th. préc., n°549, p.751. L'auteur entend ce faisant la propriété de façon plus rigoureuse qu'Aubry et Rau par exemple, qui donnait à ce vocable un sens technique, visant le droit de propriété d'une chose déterminée, et un sens plus général, visant l'aptitude à être propriétaire comme attribut de la personne, ou comme « bien inné ».

entre la personne et les droits qui composent son patrimoine¹³⁴⁹. Cette « informe » notion de titularité ne pourrait en réalité se définir autrement que comme la propriété, par la jouissance et la faculté de disposition¹³⁵⁰. La propriété serait donc, en réalité, le droit subjectif lui-même. Il ne serait plus utile de chercher comment rattacher à la personne ce droit subjectif qui est la propriété : l'exercice du droit ne pourrait être distingué du droit lui-même¹³⁵¹. Et l'aptitude à être propriétaire serait en réalité le signe de la personnalité juridique¹³⁵². Il faudrait donc subsumer sous la catégorie « propriété » les intérêts patrimoniaux aussi bien que les intérêts extrapatrimoniaux, d'ordre moral, affectif, etc. Il est tout à fait admis, dans cette conception, qu'un même objet, ainsi l'œuvre de l'esprit, puisse être au centre d'intérêts de deux ordres distincts : l'ordre patrimonial et l'ordre moral. En revanche, l'existence de deux droits de nature distincte est écartée, car la propriété serait aussi bien d'ordre patrimonial qu'extrapatrimonial¹³⁵³.

Dans une telle conception, la propriété reste néanmoins un rapport entre une personne et une chose¹³⁵⁴. Il ne saurait en effet exister une propriété de la personne sur elle-même, le sujet du

¹³⁴⁹ F. ZÉNATI, *La nature juridique de la propriété*, n°551, p.756

¹³⁵⁰ F. ZÉNATI, *op. cit.*, n°551, p.757 : « Se confond-elle [la catégorie de la titularité] avec la notion de jouissance des droits pour exprimer la relation d'exclusivité unissant le sujet et son droit patrimonial ? A-t-elle un rapport avec la disponibilité des droits patrimoniaux en ce qu'elle recèlerait le pouvoir d'accomplir sur eux des actes juridiques ? A creuser cette notion floue on finirait par trouver les éléments constitutifs de la propriété... ». V. aussi n°518, p.712 : « si la propriété était un bien comme le droit qu'elle « attache » au sujet, il faudrait admettre que la propriété elle-même est reliée au sujet par un type de rapport particulier qui pourrait s'appeler titularité mais aussi... propriété, de sorte que c'est par une structure « en abîme » que se résoudrait l'énigme de la relation personne-chose ». V. aussi F. ZÉNATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 305.

¹³⁵¹ F. ZÉNATI, *La nature juridique de la propriété*, n°518, pp.710-711: « Jouir d'un droit ou en disposer, ce n'est pas exercer un pouvoir distinct du droit, c'est exercer le droit lui-même (...). Comment disposer d'un droit qui lui-même consiste en partie dans le pouvoir de disposer ? Comment jouir d'un droit qui constituerait lui-même un rapport de jouissance ? La confusion entre le droit et l'exercice du droit est incompatible avec une construction rationnelle reposant sur la dissociation de la propriété et de son objet. Dans le cas où la propriété est distincte de son objet, la représentation de la propriété par la catégorie du droit patrimonial n'est pas plus rationnelle. La personne se trouve munie de deux biens au lieu d'un : le droit de propriété d'une part, le droit ou le bien sur lequel il porte d'autre part. »

¹³⁵² *Ibid.*, n°544, p.745.

¹³⁵³ Ce faisant, propriété et titularité sont bel et bien confondues : dans cette thèse, la personne est propriétaire de choses et de droits mais il n'existe plus de « droit » de propriété. C'est une démarche qui s'inscrit dans la veine de la théorie du patrimoine et de la propriété « bien inné », faculté d'appropriation plus que droit sur une chose déterminée, mais c'est une démarche qui la dépasse : tout ne tombe pas dans le patrimoine, puisque l'intérêt moral ne peut être en lui-même au centre de transactions mercantiles. La propriété devient donc plus que le patrimoine : le droit subjectif lui-même.

¹³⁵⁴ Relation de la personne avec une chose, et non une relation entre personnes, car même si elle établit une relation sociale, il s'agit d'une « catégorie fondamentale qui se justifie en l'absence de tout conflit d'intérêt » : F. ZÉNATI, *th. préc.*, n°549, p.752 (la propriété « a cette utilité élémentaire de rattacher un bien ou un droit quelconque à une personne déterminée et elle permet de fonder le commerce juridique que fait une personne d'un bien ». C'est une « condition *a priori* de la connaissance juridique », une « donnée immédiate de la pensée juridique »). V. aussi F. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », RTD civ. 2003, 667.

droit ne pouvant en constituer l'objet : l'application du modèle propriétaire implique donc la réification de son objet¹³⁵⁵. De même que la personnalité est considérée comme un bien, le droit d'auteur ne peut qu'être réduit à un droit sur l'œuvre de l'esprit appréhendée en tant que chose, en ce sens qu'est une chose tout ce qui n'est pas la personne dans son unité fondamentale, mais s'en détache. Cette conception se rapproche ainsi, semble-t-il, de la doctrine philosophique selon laquelle l'homme est libre en tant qu'il est propriétaire de lui-même, et surtout de ce que produit son travail¹³⁵⁶ : c'est comme si jouait l'accession, pour rendre la personne propriétaire de ce qui émane de sa personne, sa propriété principale¹³⁵⁷.

La propriété se définit ce faisant par l'exclusivité, pouvoir de considérer l'œuvre comme sa chose propre. Le droit moral serait au cœur de la propriété de l'auteur, en tant que manifestation du pouvoir que détient tout propriétaire de jouir et disposer de sa chose, en ce compris le droit de la détruire¹³⁵⁸...

La conclusion logique, s'agissant de la qualification des contrats d'auteur, est d'exclure le recours à la cession¹³⁵⁹. Il faut commencer par souligner que, en vertu de cette qualification de propriété-droit subjectif, la vente n'opèrerait pas un transfert de propriété au sens strict : la propriété n'étant pas un bien, mais une projection de la personne sur un bien déterminé, la conclusion d'une vente emporterait en réalité l'extinction de la propriété du vendeur – la relation qu'il avait à son bien devenant sans objet – et corrélativement naissance de la propriété de l'acquéreur¹³⁶⁰. La propriété littéraire et artistique présente ainsi un trait particulier de ce point de vue. Nul autre que l'auteur ne pouvant prétendre être titulaire du droit moral, le droit d'auteur ne saurait être qu'une propriété personnelle inaliénable : la

¹³⁵⁵ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD civ. 2006, 445, spéc. p. 463s.

¹³⁵⁶ V. not. J. LOCKE, *Le Traité du Gouvernement civil*, rééd. Bréal, coll. « La philothèque », 2002, prés. F. FARAGO.

¹³⁵⁷ V. en ce sens A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », Droit d'auteur et économie, 2005, p.349.

¹³⁵⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°72 : « Le lien entre l'auteur et son œuvre est si fort, qu'à en confier l'exploitation à un tiers, celui-ci en demeure toujours propriétaire (...). Il en résulte que seul l'auteur peut s'affirmer comme tel, c'est-à-dire revendiquer la paternité de l'œuvre. Lui seul peut prendre la décision de divulguer l'œuvre et de la mettre dans le commerce. Ce pouvoir va jusqu'à la faculté qu'a l'auteur de se raviser en exerçant un droit de repentir ou de retrait à l'encontre de l'exploitant qui devra en contrepartie être dédommagé. Comme tout propriétaire, l'auteur peut enfin modifier l'œuvre comme bon lui semble, et même la détruire. L'ensemble de ces prérogatives dénommé droit moral n'est en fait que la traduction du pouvoir d'exclusivité attaché à la propriété en droit commun » (souligné par nous).

¹³⁵⁹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°73, qui considère que la référence du code de la propriété intellectuelle à la « cession » est une erreur due à la conception du droit de propriété qu'ils dénoncent, à savoir celle qui décompose le droit de propriété en une somme de prérogatives déterminées.

¹³⁶⁰ F. ZÉNATI, th. préc., n°550, p.755, et n°535, p.730.

propriété de l'auteur sur sa création peut éventuellement être éteinte, mais jamais nul autre que le créateur ne pourra prétendre à une propriété de l'œuvre, aussi bien dans ses aspects moraux que patrimoniaux¹³⁶¹. La qualification de cession étant écartée, l'autorisation d'exploiter que confère l'auteur serait en réalité un acte constitutif, qui emporterait constitution soit d'un droit réel, soit d'un droit personnel¹³⁶². Cela étant, la conception paraît pouvoir être classée parmi celles qui restent neutres au regard de la qualification civiliste du contrat, dans la mesure où les actes constitutifs de droit réel s'insèrent dans la qualification de vente¹³⁶³.

2) Critique

295. Critique propre au droit d'auteur. – Il ne saurait s'agir, dans la présente étude, de procéder à un examen critique de la thèse présentée ci-dessus au regard de l'ensemble des biens¹³⁶⁴. Il convient en revanche d'observer que l'assimilation du droit d'auteur à une propriété personnelle inaliénable se heurte à une triple critique, tenant à la composition et à la finalité du droit moral, ainsi qu'à la structure de la propriété.

296. Critique tenant à la composition du droit moral. – Le droit moral n'est pas structuré comme une propriété de la chose. Tous les attributs du droit moral ne peuvent être comparés avec les attributs de la propriété. Certes, le droit de paternité peut éventuellement être analysé comme le droit de se présenter comme le propriétaire de la chose, le droit au respect comme la protection légitime de son intégrité. Mais l'auteur devrait également pouvoir, étant resté propriétaire de l'œuvre, détruire la chose... Or le droit de retrait et de repentir n'est qu'une

¹³⁶¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°73, qui soulignent que l'autorisation donnée pour l'auteur n'a pas pour effet de lui transférer la propriété de l'œuvre. V. aussi A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PU Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne – LGDJ, Fondation Varenne, préf. Th. Revet, 2005, n°115.

¹³⁶² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°73, estimant que le contrat d'exploitation emporte constitution soit d'un droit réel, soit d'un droit personnel, selon les cas. Les auteurs ne sont cependant pas plus prolixes, taisant ce qui peut bien distinguer les deux cas. Notons du moins que, dans la conception de ces auteurs, le droit réel ne se conçoit que comme un droit réel sur la chose d'autrui (ici donc sur l'œuvre de l'esprit, propriété de l'auteur).

¹³⁶³ V. sur ce point *infra*, n°378.

¹³⁶⁴ Pour une critique étayée, v. p. ex. S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites*, th. Paris IX, 2007, n°339s., qui démontre not. que la propriété ne peut être définie par le droit de disposer et de jouir d'une chose, en relevant que « d'autres que le propriétaire peuvent disposer d'un bien » et donc que « la propriété n'est pas le seul droit comportant le pouvoir d'agir juridiquement » (n°340). Il est également relevé que certains objets de droit ne sont pas des biens, ainsi de certaines obligations, telle la créance de soin d'un patient contre un médecin (n°342). Ce faisant, l'auteur adhère à l'idée que la propriété est une relation d'appropriation entre une personne et un bien, tout en refusant la confusion totale du droit de propriété et du droit subjectif, en ce que certains objets de droit ne sont pas des biens.

faculté de résiliation exorbitante du droit commun des contrats : il ne saurait garantir une « destruction » totale de l'œuvre de l'esprit, dans la mesure où son exercice ne peut s'étendre à la récupération et la destruction de tous les exemplaires déjà vendus¹³⁶⁵. Faut-il, d'ailleurs, admettre que la destruction de tous les supports emporterait celle de l'œuvre de l'esprit ? De prime abord, il pourrait paraître vain d'appliquer à une réalité incorporelle ce qui ne se conçoit qu'à l'égard des corps : il faudrait alors conclure que la destruction des supports n'est qu'une opération matérielle laissant intacte la création intellectuelle. Cependant, il est vrai que l'œuvre de l'esprit n'existe qu'en tant que forme perceptible par les sens¹³⁶⁶ : si elle ne peut plus être perçue par les sens – destruction de toutes les reproductions existantes, impossibles reproductions et représentations futures suite à la disparition de l'original –, mais uniquement intellectuellement (souvenir), l'œuvre n'existe plus qu'au passé... Il y aurait donc bel et bien une sorte de « destruction ». Pourtant, le droit de retrait ne saurait garantir à l'auteur un pouvoir de destruction de la chose, dans la mesure où la disparition de l'œuvre de l'esprit est subordonnée à la destruction de tous ces supports, de tout ce qui en permettrait de nouvelles reproductions ou représentations. Or l'auteur n'a aucun titre sur la propriété corporelle des légitimes acquéreurs de supports de reproduction comme du support original¹³⁶⁷. Par ailleurs, l'exercice du droit de retrait n'empêche aucunement l'auteur de décider de remettre sa création dans le circuit commercial¹³⁶⁸, ce qui montre bien que l'œuvre n'est pas détruite du seul fait du retrait. En définitive, lorsque l'auteur n'a pas publié, il peut détruire l'œuvre, mais la publication lui retire inéluctablement ce pouvoir, même s'il mettait fin à toutes les licences concédées. Ce qui le distingue du propriétaire de choses corporelles, qui, une fois le bail expiré ou résilié, le droit reconstitué (fin de l'usufruit, etc.), recouvre pleinement le droit de détruire sa chose. Enfin, il ne faut pas oublier que le droit de retrait et de repentir ne saurait remettre en cause, selon la doctrine majoritaire à tout le moins, les contrats relatifs au support original d'une œuvre d'art¹³⁶⁹. La « destruction » de l'œuvre d'art ne saurait ainsi être garantie par le droit moral. Il est vrai cependant que là ne réside peut-être pas une objection dirimante,

¹³⁶⁵ V. Ph. GAUDRAT, J. Cl. PLA, fasc. 1211, « Droit de divulgation », n°27s.

¹³⁶⁶ V. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°58s.

¹³⁶⁷ V. p. ex. sur ce point F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°658.

¹³⁶⁸ L'article L.121-4 du Code de la propriété intellectuelle reconnaît expressément le droit de l'auteur de faire publier l'œuvre postérieurement au retrait, en prévoyant toutefois une sorte de droit de préemption au cocontractant initial.

¹³⁶⁹ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°470 (qui relèvent à juste titre qu'outre une atteinte à la force obligatoire, le droit de retrait permettrait une véritable expropriation, ce qui n'est pas admissible), F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°660, DESBOIS, *Traité*, n°412. Des voix se sont toutefois élevées en sens contraire (P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°207, se bornant à une analogie), qui ne restent pas sans écho parmi les juges du fond (v. CA Paris, 6 juin 2000, PI octobre 2001, 61, chron. A. LUCAS).

dans la mesure où la thèse pourrait expliquer cette particularité par la conciliation des propriétés corporelle et incorporelle...

297. Critique tenant à la méconnaissance de la finalité du droit moral. – L’assimilation du droit moral à la propriété semble surtout traduire une méconnaissance du caractère extra-patrimonial de ce droit, lequel doit en principe être exercé à des fins non mercantiles. Reconnu à des fins non patrimoniales, le droit moral est limité à sa fonction naturelle. S’il relevait réellement de la propriété, comment justifier alors que son exercice ne soit pas admis à des fins pécuniaires ? Ramener le droit subjectif à la propriété ne permet plus de distinguer entre intérêts patrimoniaux et extra-patrimoniaux, et ainsi de réserver l’exercice du droit aux fins pour lesquelles il a été reconnu. Il semble ainsi qu’en l’état du droit positif, cette vision moniste du droit d’auteur soit condamnée par l’application de la théorie de l’abus de droit, dans les hypothèses où le droit moral est détourné de sa finalité¹³⁷⁰. En effet, si la propriété était *le* droit subjectif par excellence, transcendant la distinction entre l’ordre patrimonial et l’ordre extra-patrimonial, il serait *logiquement* impossible de soumettre l’exercice d’un *même* droit à un critère *distinct* de l’abus. Or l’abus du droit moral se comprend essentiellement comme l’exercice de ce droit à des fins autres que celles qui lui sont assignées, c’est-à-dire la protection de ses intérêts moraux. Comment comprendre, si le droit moral est en fait *une* propriété personnelle de l’auteur, que les prérogatives morales reconnues à l’auteur soient susceptibles d’abus si elles ne sont pas exercées dans un but de défense des intérêts moraux ?

298. Critique tenant à la structure de la propriété. – La confusion entre titularité des droits et propriété, ou entre droit subjectif et propriété, conduit à définir la propriété au moyen du

¹³⁷⁰ La doctrine majoritaire se prononce en faveur de l’application de la théorie de l’abus de droit dans les hypothèses où le droit moral est détourné de sa finalité : v. surtout Ch. CARON, *Abus de droit et droit d’auteur*, th. Paris II, Litec/IRPI 1997, n°319s. – C. CARREAU, « Propriété intellectuelle et abus de droit », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, 17. Quant à la doctrine qui conteste l’application de la théorie de l’abus s’agissant du droit moral, il reste admis que le droit moral a une finalité étrangère à la défense des intérêts matériels du créateur, justifiant que son existence soit écartée lorsque le créateur est animé par des mobiles intéressés. V. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, qui, en dépit de son rejet de l’application de la théorie de l’abus de droit au droit moral (n°592s.), reconnaît que les prérogatives qui le composent ne s’étendent pas à la protection des intérêts matériels, ainsi p. ex. pour le droit de retrait et de repentir (n°661). Plutôt qu’une condamnation de l’usage abusif du droit, il s’agirait en fait de prendre acte de l’absence de vocation d’un droit extra-patrimonial à défendre des intérêts matériels (M. Pollaud-Dulian s’exprime clairement en ce sens : « Bien entendu, si l’auteur s’aventure à n’invoquer devant le juge que des raisons d’ordre pécuniaire à l’appui de l’exercice de son droit moral, il ne saurait obtenir gain de cause, puisque le fondement juridique (extra-patrimonial) contredit sa demande (purement pécuniaire). En ce cas, l’auteur ne commet pas un abus du droit moral : sa demande est tout simplement mal fondée » (n°598, p. 397). En d’autres termes, ce n’est là qu’une classique remise en cause de la théorie de l’abus de droit elle-même, qui ne saurait être discutée ici, mais non une objection soulevée au principe selon lequel le droit moral a pour vocation de défendre les seuls intérêts moraux et spirituels. Il s’agit en fait de combattre la

seul critère d'exclusivité. Aussi est-il rétorqué par certains que l'exclusivité est le caractère commun à tous les droits subjectifs, et non seulement celui de la propriété, d'où l'impossibilité de se saisir de ce critère comme élément de définition¹³⁷¹. Ce n'est peut-être encore là, pourtant, qu'une fausse objection : lorsqu'il est soutenu que droit subjectif et propriété se confondent, le critère d'exclusivité peut être admis comme critère de définition... Il convient donc surtout de contester que le droit moral confère à lui seul l'exclusivité, tenue pour l'essence même de la propriété. En effet, il faut douter que le droit moral puisse constituer seul la propriété littéraire et artistique, car il ne confère pas en toute hypothèse la maîtrise exclusive de l'œuvre de l'esprit, ainsi par exemple lorsque l'œuvre fait partie du « domaine public » : l'auteur ne peut plus interdire l'exploitation conforme aux exigences du droit moral. Si la propriété relevait aussi bien de l'ordre patrimonial que de l'ordre extra-patrimonial, comment justifier du régime différent des deux ordres de prérogatives, l'un perpétuel, l'autre temporaire ? La logique veut au contraire que les deux types d'intérêts soient protégés par deux droits distincts. Il est illusoire de prétendre réunir sous un même droit deux intérêts devant suivre un régime de protection distinct. En outre, si le droit moral était en fait propriété de l'œuvre de l'esprit en tant que chose, il ne serait pas concevable que ce droit change de nature selon la personne de son titulaire. Or il est constant que les héritiers ou légataires du droit moral sont tenus d'exercer le droit moral selon les vœux, ou du moins dans le respect de la personnalité de l'auteur défunt. Ils ne peuvent ainsi autoriser ou interdire tous actes relatifs à l'œuvre de l'esprit, mais seulement ceux qui portent atteinte à la personnalité de l'auteur¹³⁷². La comparaison entre le droit d'auteur et une forme de propriété personnelle inaliénable paraît, en définitive, bien excessive. Mais il en va de même de l'extrême inverse, lorsque la cessibilité du droit d'auteur est reconnue au prix du sacrifice du droit moral.

thèse du monisme réaliste par d'autres raisons explicatives de l'adoption du dualisme, sa consécration légale notamment (F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, *eod. loc.*)

¹³⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ. 1997, p.583s., n°1 et 2s.

¹³⁷² S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, th. Paris II, Litec/IRPI 2002, préf. P.-Y. GAUTIER, n°128 : « le droit moral ne confère pas une exclusivité absolue sur l'œuvre. Par exemple, les héritiers d'un écrivain, dont l'œuvre est dans le domaine public, ne peuvent pas interdire aux éditeurs de publier ses romans. Le droit moral leur permet seulement de protéger la personnalité de l'auteur à travers son œuvre. Ce n'est qu'à la condition de démontrer qu'une utilisation de l'œuvre porte atteinte à la personnalité du *de cuius*, qu'ils peuvent interdire aux tiers de poursuivre cette exploitation. Il s'avère donc que le droit moral ayant pour but de protéger la personnalité de l'auteur à travers son œuvre, il ne peut être présenté comme conférant le pouvoir d'exclure, en toute hypothèse, les tiers de son usage. Partant, le droit moral ne peut être analysé comme un droit de propriété ».

B. – Soustraction du droit moral

299. La mise en œuvre de la qualification de droit de propriété paraît en effet tout aussi critiquable, lorsqu'elle résulte de la soustraction du droit moral de l'opération de qualification. À la présentation de la thèse (1) peut ainsi succéder une analyse critique (2).

1) Présentation

300. Incidence de l'éviction du droit moral. – Malgré la reconnaissance légale de la branche morale du droit d'auteur, M. Raynard considère que la loi n'édicterait que des règles dérogatoires au régime de droit commun du droit de propriété¹³⁷³. Une divergence apparaît ainsi de façon éclatante entre deux constructions du droit d'auteur sous les traits du modèle propriétaire, l'une plaçant le droit moral au cœur de la qualification, l'autre le reléguant au rang d'accessoire¹³⁷⁴. Pour bien comprendre la différence d'approche entre la conception de MM. Zenati-Castaing et Revet d'une part, celle de M. Raynard d'autre part, il convient cependant de relever que l'opposition consiste moins dans l'approche du droit de propriété lui-même que dans celle du droit d'auteur¹³⁷⁵. Certes, dans une approche classique du droit de propriété, qui en fait le parangon du droit patrimonial, la seule voie qui reste ouverte pour justifier cette qualification du droit d'auteur consiste à considérer que le droit moral, d'ordre extrapatrimonial, est accessoire. L'utilité de la relégation du droit moral au rang d'accessoire ne peut cependant apparaître sous cet angle, s'il est admis que le droit de propriété peut néanmoins protéger des intérêts extrapatrimoniaux¹³⁷⁶. En réalité, la relégation au rang d'accessoire permet surtout de conclure à l'aliénabilité du droit d'auteur, tandis que le situer au cœur de la qualification conduit au contraire à reconnaître son caractère inaliénable. Le « droit moral » ne figurant qu'un ensemble de règles dérogatoires au régime du droit

¹³⁷³ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, op. cit., n°349 : « Ainsi le droit moral figure-t-il un ensemble de règles légales qui dérogent, dans des hypothèses ponctuelles, aux conséquences normales que le droit attache à la reconnaissance dans l'œuvre d'un bien, c'est-à-dire d'une valeur économique » (ital. de l'auteur). Cette affirmation de principe paraît plus révélatrice encore de la conception de M. Raynard que la notion d'accessoire, qui n'est d'ailleurs exposée que dans un second temps (n°357). V. aussi du même obs. sous Cass. 1^{er} civ., 10 mars 1993, JCP G 1993, II, 22161, n°12 et 13 et obs. sous Cass. 1^{er} civ., 28 mai 1991, D. 1993, Jur. 197, n°29.

¹³⁷⁴ V. aussi, sur un recentrage autour de la dimension patrimoniale du droit d'auteur, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET, « De la propriété comme modèle », Mél. A. Colomer, Litec 1993, p. 281 – J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles, un pluriel bien singulier », Mél. J.-J. Burst, p. 527.

¹³⁷⁵ Sur l'approche de MM. Zenati-Castaing et Revet, v. *supra*, n°294s.

commun, le droit d'auteur devient cessible : tout acquéreur, devenu propriétaire, doit évidemment respecter les dérogations à la mise en œuvre du droit acquis¹³⁷⁷. Bien évidemment, la thèse ne préjuge pas de l'applicabilité de la qualification de vente, qui dépend aussi et surtout des stipulations contractuelles – délimitation du domaine d'exploitation, exclusivité, obligation d'exploiter¹³⁷⁸. Mais l'important est de montrer que, du point de vue de la nature du droit d'auteur, rien ne fait alors obstacle à l'application de la qualification de vente¹³⁷⁹. En ce sens, la conception peut être dite neutre, en tant que la reconnaissance de cette nature fonde aussi bien l'applicabilité de la qualification de vente que celle de bail, le propriétaire de l'œuvre pouvant aussi bien la céder qu'en concéder la jouissance¹³⁸⁰.

2) Critique

301. Mais, à notre sens, telle analyse ne saurait prospérer. S'il ne s'agit pas ici d'exclure *a priori* la qualification de vente, il convient de s'élever contre son application au prix d'une réduction de la protection des intérêts moraux et spirituels de l'auteur, peu conforme à l'esprit de la loi. Aussi plusieurs objections peuvent-elles être formulées à l'encontre de cette thèse, qui méconnaît aussi bien l'indépendance du droit moral à l'égard du monopole d'exploitation (a) que sa primauté (b).

a) *L'indépendance du droit moral*

302. Réparation des atteintes aux intérêts spirituels du créateur sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. – Lorsque le « droit moral » est réduit à un ensemble de règles dérogatoires au régime de droit commun du droit de propriété, se comprennent sans difficulté les restrictions que subit l'acquéreur du droit d'auteur dans l'exercice de son droit :

¹³⁷⁶ V. en ce sens J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, n°376.

¹³⁷⁷ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, n°379, qui n'affirme pas clairement la cession du droit d'auteur, mais évoque bien « la cession du droit », se bornant à observer que cette cession rend opérationnelles les règles relatives aux intérêts moraux du créateur, « qui empêchent le cessionnaire du droit de tirer toutes les conséquences de sa qualité de propriétaire, et notamment d'exploiter l'œuvre sous une forme modifiée ou d'y apposer son nom ». L'auteur, sans que son propos se rapporte à la qualification du contrat, paraît bien admettre la possibilité d'un transfert de propriété.

¹³⁷⁸ Du point de vue du droit international privé, l'analyse tient ainsi compte de l'obligation d'exploiter mise à la charge du cocontractant du créateur : J. RAYNARD, *op. cit.*, n°750, qui la tient pour la prestation caractéristique du contrat.

¹³⁷⁹ V. p. ex. v. p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°122, pour lesquels « les « cessions » de droit d'auteur (...) qui entraînent transfert de ce droit, ou seulement de certaines de ces utilités, (...) s'analysent en contrats de vente (...) ».

¹³⁸⁰ Sur l'admission de la qualification de bail, en l'absence d'effet translatif, v. v. p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°297.

devenu propriétaire de l'œuvre, l'ayant cause du créateur ne peut pas exercer son droit dans sa plénitude, tenu de respecter les dérogations au régime de droit commun de la propriété. En revanche, comment expliquer que l'auteur qui a cédé ses droits d'exploitation puisse néanmoins agir contre les tiers ayant méconnu ses intérêts moraux ? Ceux-ci n'ont pas agi en vertu du droit de propriété, cédé à un autre. Certes, le fait du tiers porte atteinte au droit de propriété cédé, d'autant plus que, dans pareille hypothèse, l'atteinte aux intérêts spirituels du créateur s'accompagnera le plus souvent d'une violation des droits patrimoniaux¹³⁸¹. Mais comment justifier que l'action intentée contre le tiers, en raison de l'atteinte aux intérêts spirituels, soit ouverte au créateur ? L'idée de dérogation au régime de droit commun du droit de propriété justifie que le cessionnaire ne puisse agir, mais conduit M. Raynard, pour rendre compte de la qualité à agir de l'auteur, à considérer que ce dernier a une simple faculté d'agir en responsabilité civile contre le tiers¹³⁸². Or cette opinion n'emporte pas notre conviction.

303. Distinction entre droit moral et responsabilité civile délictuelle. – Il est vrai que le rapprochement classique entre le droit moral et les droits de la personnalité favorise la contestation de sa nature de droit subjectif propre, dans la mesure où les seconds se distinguent parfois malaisément d'une simple mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle¹³⁸³. Cependant, il est aujourd'hui pour le moins difficile de contester au droit moral les caractères d'un véritable droit subjectif¹³⁸⁴. En droit commun, l'existence d'un tel droit, détaché de la simple application de la responsabilité civile, est attestée par le fait que son titulaire n'a pas à prouver l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité – seule doit être prouvée l'atteinte au droit, pour qu'en soit ordonnée la cessation. S'agissant du droit moral, c'est bien un tel raisonnement que suivent les juges¹³⁸⁵. Le droit de divulgation et le droit de paternité ne laissent certainement aucune marge d'appréciation au juge saisi : suffit

¹³⁸¹ Il n'en irait autrement que lorsque l'atteinte aux intérêts intellectuels du créateur se constaterait dans le cadre d'exceptions au droit d'exploitation ou d'expiration des droits patrimoniaux.

¹³⁸² V. not. J. RAYNARD, obs. sous Cass. 1^{er} civ., 10 mars 1993, JCP G 1993, II, 22161, n^o12.

¹³⁸³ Cf. not. la distinction, forgée par Roubier, entre action procurée par le droit et réaction du droit, droit subjectif et situation objective. V. son ouvrage, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963. L'éminent jurisconsulte dénie notamment aux « droits de la personnalité » le caractère de véritables droits subjectifs. Il s'agirait de simples réactions du droit, de la mise en œuvre de la responsabilité civile (V. not. p. 365s.). Le droit moral pourrait ainsi être nié en tant que droit subjectif indépendant, en ce qu'il ne conférerait pas un pouvoir déterminé, mais qu'il représenterait seulement un « intérêt » dont la violation peut être sanctionnée par la responsabilité civile. V. aussi sur ce sujet (sans que le propos se rapporte à la négation du droit moral), T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, 227, n^o21s., qui montre que la jurisprudence ne s'éloigne pas toujours vraiment du schéma de la responsabilité civile et du triptyque faute/préjudice/liens de causalité.

¹³⁸⁴ Pour une démonstration récente, v. A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité*, op. cit. n^o261.

¹³⁸⁵ A. LUCAS-SCHLOETTER, th. préc., n^o262.

indiscutablement le constat objectif d'une divulgation intervenue contre la volonté du créateur, ou d'une exploitation de l'œuvre sans indication de sa paternité ou respect de l'anonymat souhaité. S'agissant du droit au respect, il est également vrai qu'à strictement parler, le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de la faute¹³⁸⁶. S'il peut très bien estimer que les limites du droit moral sont dépassées, voire qu'il en est fait un usage abusif¹³⁸⁷, il ne peut, pour le reste, que constater l'atteinte au droit. Il raisonne moins en termes de responsabilité délictuelle qu'au titre de l'application d'un véritable droit subjectif, qui, comme tous les autres, n'en demeure pas moins susceptible d'abus et défini dans certaines limites.

En définitive, on peut conclure qu'un véritable droit subjectif est né de la sanction systématique du devoir de ne pas porter atteinte aux intérêts moraux de l'auteur sur sa création¹³⁸⁸. Si le droit subjectif a pu être défini comme pouvoir de maîtrise¹³⁸⁹, comme une sphère privée, une faculté d'exclure¹³⁹⁰, c'est bien là, en effet, la nature du droit moral. Le droit moral est bien une faculté d'exclure, dans le sens où il confère au seul auteur la maîtrise des intérêts spirituels attachés à l'œuvre de l'esprit. En d'autres termes, il s'agit d'une faculté d'autoriser ou d'interdire des actes déterminés, et non d'une simple réaction du droit à une atteinte. En outre, le contenu du droit est bel et bien déterminé, dans la mesure où la loi définit précisément ce que l'auteur peut exiger au titre de la protection de ses intérêts moraux¹³⁹¹.

¹³⁸⁶ Comp., plus nuancé, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°201, selon lequel le juge devrait apprécier la violation « par un panachage d'*in abstracto* et d'*in concreto* », en comparant le point de vue du créateur et celui de l'auteur de l'atteinte, ou du public. La jurisprudence est plus ferme, qui se limite à une constatation de l'atteinte : v. p. ex. Cass. civ. 1^e, 24 février 1998, RIDA 1998/3, 213, note KÉRÉVER : « attendu que le respect dû à l'œuvre en interdit toute altération ou modification, quelle qu'en soit l'importance ».

¹³⁸⁷ Il est en effet indéniable que la reconnaissance d'un droit subjectif exclut un raisonnement fondé sur l'existence ou l'absence d'une faute : la seule atteinte au droit suffit pour entrer en condamnation. Il n'en demeure pas moins qu'il n'est d'atteinte au droit que dans les limites du droit, or les juges peuvent très bien exclure certains actes du champ de l'atteinte au droit moral. Ainsi par exemple le droit au respect de l'intégrité de l'esprit de l'œuvre n'est pas sans limites, ne comportant pas une protection contre la critique p. ex. Tel est à notre avis le sens dans lequel pourrait être analysée la jurisprudence.

¹³⁸⁸ F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droits de la personnalité », JCP G 1994, I, 3780, n°13.

¹³⁸⁹ V. not. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, qui définit le droit subjectif, avant tout, comme un lien d'appartenance, comme « la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garanti par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû » (p.105). Le droit subjectif est pensé sur le modèle du droit de propriété. Dabin le définit avant tout, ainsi, comme lien d'appartenance entre une personne et une chose, et comme pouvoir de maîtrise, c'est-à-dire une faculté de libre disposition.

¹³⁹⁰ A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité*, op. cit., n°254, selon laquelle les droits subjectifs « correspondent à un domaine réservé au sujet lui-même, à une sphère personnelle de laquelle il peut exclure les tiers ». Pour une définition du droit subjectif, v. n°242s., et les références citées.

¹³⁹¹ Art. L.121-1s. CPI.

b) La primauté du droit moral

304. Contestation du caractère inutile du droit moral. – Plusieurs arguments sont avancés pour conclure à une relégation du droit moral au rang d'accessoire. S'ils révèlent une construction dont la cohérence n'est pas le moindre éclat, ils soulèvent néanmoins de nombreuses hésitations.

D'abord, il est permis de douter que le droit moral soit inutile en dehors de l'exploitation de l'œuvre. Selon cette thèse, le droit moral serait en effet surabondant dans la sphère de l'utilisation publique – le droit d'exploitation, seul, appréhenderait la communication publique de l'œuvre – et inefficace dans la sphère de l'utilisation privée. Et à l'appui d'une telle opinion, il est observé qu'avant la divulgation de l'œuvre, l'auteur pourrait s'opposer à la publication au moyen de ses prérogatives patrimoniales¹³⁹². Certes, il est exactement soutenu, dans cette optique, que le contrat de commande n'emporte pas cession du monopole d'exploitation¹³⁹³. Néanmoins, il ne faut pas oublier que l'auteur peut parfaitement consentir, concomitamment à la commande, une convention relative à l'exploitation de l'œuvre future. S'il n'existait pas de droit de divulgation, l'auteur n'aurait alors plus aucun titre à s'opposer à l'exploitation de l'œuvre promise, droit qui lui est pourtant reconnu dans ce cas¹³⁹⁴. Il est surtout impossible de convaincre de l'inutilité du droit moral lorsque le monopole d'exploitation est paralysé, voire écarté¹³⁹⁵. Bien au contraire, les utilisations autorisées par la loi dans ce cadre, par conséquent libres et gratuites à l'égard du titulaire du monopole, demeurent en principe soumises au respect des intérêts moraux et spirituels de l'auteur¹³⁹⁶.

¹³⁹² J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, n°353.

¹³⁹³ *Ibid.*, n°353.

¹³⁹⁴ Etant admis que la conclusion d'un contrat d'exploitation d'une œuvre future n'emporte pas de ce seul fait la divulgation. Sur ce point, v. *infra*, n°...

¹³⁹⁵ J. RAYNARD, th. préc., n°356, qui s'appuie sur la jurisprudence « Microfor » (v. Cass. ass. plén., 30 octobre 1987, JCP 1988, II, 20932, rapp. X. NICOT et note J. HUET, D. 1988, 21, concl. J. CABANNES, RIDA 1988/1, 78, RTD com. 1988, 57, obs. FRANÇON : « la violation du droit de l'auteur au respect de son œuvre implique une altération de celle-ci ». Doit être cassé l'arrêt qui décide que des extraits d'article cités dans un index constituent des mutilations et des altérations en retenant que ces extraits donnent une idée toujours incomplète et le plus souvent déformée tant de chaque article que de l'ensemble du journal, alors que cet index était par nature exclusif d'un exposé complet du contenu de l'œuvre et qu'aucune erreur n'avait été relevée dans les citations »). Cela étant, il s'agit d'une solution particulière, cantonnée au droit au respect en matière de citations, et au demeurant très critiquée par la doctrine.

¹³⁹⁶ La citation, la revue de presse, etc., ne peuvent p. ex. que s'exercer sur une œuvre divulguée, et sous réserve d'indiquer le nom de l'auteur et la source... Arg. art. L. 122-5 CPI. Il est indéniable, par ailleurs, que si la citation suppose de s'exercer sur une partie de l'œuvre seulement, elle ne doit pas comporter d'altérations de la partie citée, de dénaturations de l'esprit de l'œuvre, etc. Même le droit au respect conserve donc une portée non négligeable.

On peut également hésiter à étendre la finalité du droit moral à la protection d'intérêts matériels, afin de prouver qu'il peut se confondre avec le droit pécuniaire. Certes, il existe un intérêt pécuniaire à être reconnu comme le père de l'œuvre, et peut-être aussi à entourer de mystère l'origine de la création¹³⁹⁷. Cela étant, l'auteur peut consentir une autorisation gratuite d'exécution, voire renoncer au monopole d'exploitation, et ne pas pour autant souhaiter que l'œuvre soit exploitée sans que soit révélée sa paternité, ou, inversement, respecté son anonymat¹³⁹⁸. Surtout, l'auteur ne peut faire valoir son intérêt pécuniaire qu'en tant que titulaire originaire du monopole d'exploitation, puis par le biais des cessions consenties : une fois le monopole expiré, il n'existe plus de protection de l'intérêt pécuniaire, alors que le droit de paternité demeure, ce qui prouve suffisamment qu'il ne protège que l'intérêt moral à être reconnu comme le créateur de l'œuvre. Vainement tenterait-on d'avancer, par ailleurs, que le juge ne vérifie pas que le droit de paternité est bel et bien exercé conformément à sa finalité. Si l'intérêt moral à être reconnu comme le créateur de l'œuvre existe toujours, quelle que soit l'utilisation intervenue sans mention de sa paternité, la prétention relative à une rémunération ne sera au contraire accueillie qu'au titre des droits patrimoniaux qu'il est encore possible de faire valoir. C'est bien assigner au droit de paternité la seule finalité de protection de l'intérêt spirituel. Quant au droit au respect, il est tout aussi impossible de l'ouvrir à la protection d'un intérêt matériel, en le comprenant en ce sens qu'il servirait seulement à préserver intactes les perspectives d'exploitation économique, qu'une dénaturation pourrait compromettre¹³⁹⁹. C'est ignorer que, très souvent, au contraire, il s'agit de prémunir l'auteur contre des dénaturations ou modifications qui permettraient un meilleur succès commercial de l'œuvre. Surtout, s'il est vrai que l'auteur peut très bien ne pas agir contre les atteintes à l'intégrité de l'œuvre, il est difficile d'en tirer argument pour convaincre que l'auteur peut exercer son droit moral en fonction de ses intérêts matériels¹⁴⁰⁰. Là encore,

¹³⁹⁷ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, n°321.

¹³⁹⁸ Il ne faut ainsi pas oublier que si l'auteur peut consentir des autorisations gratuites d'exécution, c'est le monopole qui est exercé à des fins désintéressées... V. en ce sens P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ 1969, p. 249 et 276. Il faut bien voir que ce qui compte, au fond, est donc l'intérêt protégé, plus que la finalité dans laquelle le droit est exercé. Autoriser gratuitement l'exploitation revient à statuer sur ses intérêts pécuniaires, mais non sur ses intérêts moraux : l'auteur conserverait toute latitude pour interdire une exploitation dénaturante. Le développement des licences *Creative Commons* et autres contrats de l'univers du « *copyleft* » suffit à attester de la vigueur de la distinction.

¹³⁹⁹ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, n°322.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, loc. cit. : « Supposons-alors que des modifications apportées à l'œuvre, du seul chef du cessionnaire des droits, ne satisfassent point l'auteur, mais entraînent néanmoins une recrudescence des ventes. Bien que l'auteur considère ses intérêts intellectuels affectés, il peut faire prévaloir des considérations financières et, finalement, décider de ne pas se manifester. L'analyse qui admettrait en la circonstance la police de l'abus de droit traduirait inmanquablement la vocation culturelle, ou du moins collective, du droit moral, justement réfutée ». L'argument ingénieux consiste à dire que si le droit au respect n'est pas susceptible d'abus lorsque l'auteur poursuit des considérations financières, c'est qu'il ne peut être cantonné à une finalité de protection des

le juge peut discerner la finalité selon laquelle le droit au respect est exercé : si celui-ci permet à l'auteur de s'opposer à toute altération de son œuvre, il ne saurait justifier l'octroi d'une rémunération de la part du cessionnaire des droits d'exploitation, qui, en tant que tel, ne leur aurait pas porté atteinte. La finalité du droit moral nous paraît donc distincte de celle du monopole d'exploitation.

305. Contestation du caractère accessoire du droit moral. – Enfin, la règle de l'accessoire est d'application contestable, dès lors que le droit moral est reconnu tel un droit subjectif : le droit moral, perpétuel et inaliénable, ne peut être l'accessoire de droits d'exploitation temporaires et cessibles. L'accessoire étant lié à un élément principal, mais distinct et placé sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui, il est impossible d'appliquer cette qualification au droit moral, qui existe indépendamment du monopole, sous un régime de licence légale ou après la révolution du monopole¹⁴⁰¹. D'ailleurs, il paraît inutile, dans cette optique, de chercher à démontrer que ce principe souffre des exceptions, *i.e.* que certaines conventions relatives aux intérêts moraux sont admises¹⁴⁰² : quoiqu'il en soit, des exceptions ne font toujours que confirmer le principe. Or une qualification contractuelle ne saurait être proposée qu'au vu de ce principe.

La protection des intérêts intellectuels et moraux ne saurait ainsi être réduite à un ensemble de règles légales dérogatoires aux effets des droits patrimoniaux, alors qu'il s'agit d'un ensemble de prérogatives propres, qui prévalent même sur le monopole d'exploitation. Certes, il est sans doute assez vain de chercher à prouver que le droit moral est premier dans le temps : aussi importe-t-il de ne pas se perdre dans les querelles théoriques provoquées par la question de savoir si les droits patrimoniaux naissent du fait de la création ou du fait de la divulgation. Il n'en demeure pas moins certain que l'exploitation des droits patrimoniaux est subordonnée à la divulgation de l'œuvre. La divulgation conditionne au moins l'effectivité des droits patrimoniaux. Par ailleurs, le droit moral permet également au créateur de mettre fin à

intérêts intellectuels. C'est pourtant là une inexacte vision des choses. S'il n'est pas d'abus en l'espèce, c'est parce que l'auteur n'exerce justement pas son droit au respect, en tolérant l'atteinte : or il ne saurait exister d'abus dans la tolérance d'une atteinte à son droit !

¹⁴⁰¹ F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droit de la personnalité », JCP G 1994, I, 3780, n°5-6.

¹⁴⁰² J. RAYNARD, *th. préc.*, n°304s.

l'exploitation : le droit de retrait et de repentir assure la prééminence des intérêts moraux et spirituels de l'auteur, une fois l'exploitation commencée¹⁴⁰³.

En conclusion, il s'avère à notre sens impossible de considérer que le droit moral peut être un « accessoire » qui suit le monopole cédé. L'œuvre de l'esprit n'est pas, du moins pas seulement, l'objet d'un droit de propriété classique, ainsi qu'en atteste clairement la théorie dualiste.

§ 2. – DUALISME

306. Contrairement aux conceptions monistes, la doctrine dualiste ne prétend pas attribuer au droit d'auteur une qualification unitaire. Pour autant, elle ne renonce pas à une approche synthétique, dans la mesure où elle tend vers une qualification exclusive de deux ordres d'attributs. Il s'avère ainsi nécessaire de mettre en lumière le double échec que subit une telle approche, tant à l'égard de l'attribut patrimonial (A) qu'au regard de l'attribut moral (B).

A. – Échec d'une qualification unitaire de la branche patrimoniale

307. L'application de la qualification de droit de propriété au seul versant patrimonial du droit d'auteur se comprend lorsqu'il est considéré que le droit porte, non sur l'œuvre de l'esprit, mais sur sa reproduction ou représentation (1), ou sur les droits d'exploitation eux-mêmes (2). Par le déplacement de l'objet du droit de propriété qu'elles opèrent, ces conceptions justifient le recours à la figure de la vente comme convention translatrice de propriété. Néanmoins, de telles conceptions peuvent être réfutées. Partant, la qualification de droit de propriété devient impossible, dès lors que le droit patrimonial ne peut être assimilé à lui seul à un droit de propriété de l'œuvre de l'esprit (3).

1) L'attribut patrimonial n'est pas un droit de propriété de la reproduction

308. Il convient de présenter la thèse (a) avant de la soumettre à la critique (b).

¹⁴⁰³ V. not. en ce sens la célèbre note d'Ambroise COLIN, D. 1903, 1. 5 : cet auteur souligne que le droit moral peut aboutir à la suppression de l'ouvrage, donc à la suppression du droit pécuniaire, d'où la

a) *Présentation de la thèse*

309. Artifice d'un droit patrimonial ayant pour objet la reproduction. – Suite au refus de reconnaître la propriété des choses incorporelles, et de hisser ainsi l'œuvre de l'esprit au rang de chose appropriée, certains partisans de la reconnaissance de véritables droits d'exploitation cessibles ont estimé que l'objet du monopole n'est pas l'œuvre de l'esprit en tant que chose, mais sa reproduction ou sa représentation matérielle. Il s'agit souvent de personnalistes – le droit d'auteur serait ainsi, fondamentalement, droit de la personnalité, l'attribut patrimonial pouvant suivre un autre régime en tant qu'il porte sur la *reproduction* de l'œuvre de l'esprit, et non pas directement sur l'œuvre en tant que telle. Mais il s'agit aussi de tenants d'une analyse « contractualiste », qui soutiennent que si le droit de l'auteur est uniquement un droit extra-patrimonial avant la conclusion du contrat d'édition, le contrat d'édition détache l'œuvre de la personne¹⁴⁰⁴. Par suite de cette origine contractuelle du droit d'exploitation, l'œuvre publiée ne serait ainsi pas un bien en tant que tel, pas plus que l'œuvre inédite : la valeur économique s'attacherait en réalité aux éditions ou représentations successives autorisées par l'auteur¹⁴⁰⁵. Dans les deux cas, la « chose » objet du droit patrimonial serait donc la reproduction ou représentation matérielle, et non l'œuvre en tant que telle¹⁴⁰⁶. Dès lors, rien ne s'oppose plus à la reconnaissance d'un droit patrimonial autonome, voire à sa qualification en droit de propriété (du point de vue de son objet), ni au recours au modèle de la vente / cession des droits d'exploitation. En effet, l'indépendance de la cession du droit de reproduction et du

précérence du premier sur le second.

¹⁴⁰⁴ V. THALLER, RTD civ. 1903, p. 61, et l'analyse qu'en livre P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, p. 65.

¹⁴⁰⁵ V. THALLER, RTD civ. 1903, p.61s. : si selon Pouillet la publication fait entrer l'œuvre dans le domaine commercial, pour Thaller elle a besoin pour y entrer de manifestations successives. L'œuvre publiée n'est pas un bien, pas plus que l'œuvre inédite ; la valeur qui y est incluse est restreinte aux éditions et représentations ordonnées par l'auteur (v. aussi, pour un exposé de cette conception, P. RECHT, *préc.*, p.65). Comp. avec la pensée de Kohler par exemple, pour lequel l'objet du droit d'auteur est le bien *produit par* la conception intellectuelle : cette dernière n'est donc pas directement l'objet du droit, elle n'en est que le titre, le fondement, la justification. Le bien produit doit être pris dans le sens de valeur vénale, exploitable commercialement et productrice de profits (V. P. RECHT, p.77).

¹⁴⁰⁶ Comp. A. TOURNIER, « Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit ? », RIDA 1958/3, p. 19, évoquant « *le droit d'exploitation de l'auteur, qui s'exerce sur la matérialité de l'œuvre, donc sur une chose* » (le premier original, v. p. 11). Il faut cependant considérer que la reproduction inclut la première fixation de l'œuvre (V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°239), donc s'exerce en fait sur l'œuvre intellectuelle, non sur un substrat matériel. Ce n'est que par une insuffisante abstraction scientifique que l'on est conduit à considérer que la reproduction ne peut s'exercer que sur un substrat matériel tangible, le premier original : d'ailleurs à ce compte, des connexions neuronales ont autant de « matérialité » que des sons émis, de sorte que l'œuvre n'est jamais dépourvue de toute matérialité, mais se matérialise au contraire au fur et à mesure de sa conception : une première fixation est déjà une reproduction sous cet angle. Il est vrai cependant que la création doit être extériorisée dans une forme perceptible aux *sens* (et non seulement à l'intellect).

droit de représentation ne suscite plus de difficultés, dans la mesure où le droit de propriété cédé s'appliquerait distinctement aux reproductions et aux représentations.

b) Critique

310. Distinction de l'œuvre de l'esprit et de la reproduction. – Cette conception n'est pourtant pas tenable : la reproduction de l'œuvre étant appréhendée « matériellement », cette doctrine datée invite en réalité à une confusion entre l'œuvre et son support, alors qu'il est constant que le droit d'auteur, distingué de la propriété corporelle, porte sur l'œuvre de l'esprit en tant que substrat incorporel¹⁴⁰⁷, et que la fixation d'une œuvre de l'esprit n'est pas un critère de protection¹⁴⁰⁸. En outre, elle néglige la distinction entre l'œuvre et le travail. Le résultat de la création se distingue de l'activité créative en ce qu'il n'implique pas qu'une action, mais aussi l'expression d'une personnalité. Sous son aspect « statique », la création est une chose unique, émanation de la personne irréductible à une chose existante : ce qui compte est son *unicité intellectuelle*. Au contraire, les produits du travail ne se distinguent pas forcément intellectuellement, s'ils sont fabriqués en série : ce qui compte est leur *unicité matérielle*. Aussi est-ce par exemple un « travail » que de fabriquer en série des supports d'une œuvre de l'esprit (comme un meuble design) – les objets se différencient seulement matériellement – mais est-ce au contraire une « création » que la réalisation d'une œuvre d'art, même en plusieurs exemplaires originaux. En d'autres termes, la *reproduction* résulte du seul travail (de la mise en œuvre d'une technique), alors que l'œuvre de l'esprit est réalisation originale, et non seulement un travail. L'artifice d'une reconnaissance d'un droit patrimonial sur la seule reproduction n'a en définitive aucune légitimité, car elle s'avère contradictoire avec la définition même de la création objet du droit d'auteur. Si, dans la suite de cette étude, on verra que la reproduction ou la représentation peut être saisie en tant que valeur immatérielle, fruit du monopole¹⁴⁰⁹, il n'est pas contestable qu'une propriété des fruits ne se conçoit pas sans celle de la chose dont ils sont tirés. Il serait enfin curieux que le monopole puisse naître du contrat d'exploitation : comment le droit patrimonial pourrait-il naître du contrat qui en présuppose l'existence ? En réalité, si le contrat de société, par

¹⁴⁰⁷ Un parallèle peut-être établi avec les débats relatifs à la nature de l'image des personnes physiques : V., dans le sens d'un détachement de l'image de la personne en tant que chose reproductible infiniment, M. SERNA, « L'image et le contrat : le contrat d'image », CCC 1998, chron. n°12, p.4. Pour une critique, v. L. MARINO, « Les contrats portant sur l'image des personnes », CCE 2003, chron. n°7, p.10 : « On a aussi fait valoir que l'image est reproductible indéfiniment, ce qui serait une preuve de ce supposé détachement. Il semble pourtant que ce soit confondre ici l'image et son support. L'image est unique, c'est le support qui est reproductible ».

¹⁴⁰⁸ X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°91.

exemple, donne naissance aux droits sociaux des associés¹⁴¹⁰, ce n'est pas comparable avec la situation de l'auteur, auquel *la loi* attribue des droits patrimoniaux dont la naissance dépend non de la conclusion d'un contrat d'exploitation mais de la création (et de l'exercice du droit moral de divulgation)¹⁴¹¹. En outre, même le contrat de société suppose des apports, donc des biens préexistants¹⁴¹². Or si le droit d'exploitation naissait au jour du contrat, il ne pourrait être un apport de droit préexistant ! Mais si l'attribut patrimonial ne consiste pas dans un droit de propriété de la reproduction ou de la représentation, il n'est pas davantage un droit de propriété des droits d'exploitation.

2) L'attribut patrimonial n'est pas un droit de propriété des droits d'exploitation

311. Plutôt que de chercher à qualifier les droits d'exploitation de droits de propriété, l'application du modèle propriétaire pourrait également être défendue en considérant que la propriété a au contraire pour objet les droits patrimoniaux. Là encore, une présentation de la thèse (a) précéderait un essai de réfutation de celle-ci (b).

a) Présentation

312. Le droit d'auteur en tant que propriété des droits d'exploitation. – Le concept de propriété, dans la plupart des doctrines, repose sur une conception polysémique de la notion de bien. En effet, les biens seraient non seulement les choses corporelles susceptibles d'appropriation, mais aussi les droits tels le droit de créance ou les droits réels sur la chose d'autrui (usufruit, servitude, etc.)¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁹ V. *infra*, n°397s.

¹⁴¹⁰ En réalité, il est nécessaire que la société soit pourvue de la personnalité morale, pour disposer d'un capital propre constitué des apports promis par les associés dans le contrat de société, en contrepartie de parts sociales ou d'actions. Ce faisant, c'est bien le contrat de société qui fonde l'attribution de titres sociaux aux associés, même si ces titres, en tant qu'ils représentent une part du capital social, n'existent que lorsque la société, immatriculée, acquiert la personnalité morale. Dans une société en participation, purement contractuelle, chacun des associés demeure propriétaire des biens qu'il affecte au projet commun.

¹⁴¹¹ En réalité, la confusion ne se comprend que dans le contexte de l'époque où elle a été commise. Ainsi Renouard ne raisonnait-il que par rapport à la publication matérielle de l'œuvre, le droit moral de divulgation n'étant pas nettement élaboré à l'époque.

¹⁴¹² V. A. VIANDIER, M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 20^e éd. 2007, n°112.

¹⁴¹³ Sur cette présentation classique, v. not. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, n°707 p. 1595 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°27.

Cependant, une divergence apparaît à ce stade à propos du statut de la propriété. Tandis que la doctrine majoritaire y voit un bien¹⁴¹⁴, une conception plus récente y voit une relation entre une personne et un bien¹⁴¹⁵. Selon cette dernière approche, la propriété s'applique alors à tous les biens, qui peuvent constituer en des choses comme en des droits (droit personnel et droit réel sur la chose d'autrui)¹⁴¹⁶. Dans la vision classique, si le droit réel ou personnel est un bien, comme la chose sur laquelle porte un droit (réel), le droit de propriété, en tant que droit réel, ne s'applique pas en revanche aux créances ou aux droits réels sur la chose d'autrui¹⁴¹⁷.

Face à une telle divergence d'approche, nul ne peut s'étonner que le droit d'auteur ait suscité un grand embarras. En admettant la qualification de droit de propriété, encore faut-il en préciser l'objet. Depuis longtemps, certains illustres civilistes estiment que le droit de propriété ne s'applique pas à l'œuvre de l'esprit elle-même, mais... aux droits d'exploitation de la création protégée par la loi¹⁴¹⁸. Ainsi, dès lors qu'il est retenu une propriété des droits d'exploitation, il devient sans conteste possible d'adopter le modèle de la vente en retenant la définition classique de transfert de propriété¹⁴¹⁹. Aujourd'hui encore, certains spécialistes de droit d'auteur se situent dans une optique proche. Ceux-ci affirment que l'objet de la vente consiste non pas dans l'œuvre mais dans le droit sur l'œuvre, ce qui est exact¹⁴²⁰. Mais ils en déduisent une sorte de propriété des droits d'auteur, ce qui est plus étonnant¹⁴²¹. Il faudrait ainsi, semble-t-il, comprendre que la qualification de vente peut s'appliquer en tant que

¹⁴¹⁴ V. p. ex. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, préc., n°27 et 50 ; Ch. CARON et H. LÉCUYER, *Droit des biens*, p.12s.

¹⁴¹⁵ V. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°2 : « Seuls peuvent être des biens les droits qui ne réalisent pas l'appropriation des choses, car il serait absurde (et, en outre, inutile) d'approprier le rapport d'appropriation. Telle est la fonction du droit de propriété, qui n'est donc pas un bien, puisqu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens. Parmi ces choses, figurent les droits patrimoniaux, qui sont des biens parce qu'ils sont objets d'une propriété ».

¹⁴¹⁶ F. ZENATI et Th. REVET, *op. cit.*, n°2. V. également, précurseur de cette conception, GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ 1960, et « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTD civ. 1962, 573.

¹⁴¹⁷ V. not. en ce sens J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », RTD civ. 1962, 20.

¹⁴¹⁸ V. en ce sens, très net, SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, préc., n°509 note 248, pour lequel la propriété intellectuelle s'entend « de la propriété d'un droit, non d'une chose ».

¹⁴¹⁹ C'est ainsi que la doctrine ancienne pouvait considérer, au chapitre de la nature de l'objet vendu, que « l'objet du contrat est une chose corporelle : meuble ou immeuble. Mais, dans le droit moderne, toute cession de droits faite à titre onéreux est traitée comme une vente, quant à l'application des règles générales du contrat. Il en est ainsi (...) des droits de propriété intellectuelle » (*Traité de droit civil*, d'après le traité de Planiol, par Ripert et Boulanger, t. III, 1958, n°1331). On note que ces auteurs évoquent plus une assimilation (comme une vente) qu'une inclusion.

¹⁴²⁰ V. A. et H.J. LUCAS, *Traité*, n°27 : « le bien incorporel n'est pas la chose immatérielle mais le droit qui en permet l'appropriation ».

¹⁴²¹ V. A. et H.J. LUCAS, *Traité*, n°27 : « le bien incorporel n'est pas la chose immatérielle mais le droit qui en permet l'appropriation, d'où la conclusion que l'objet de la propriété incorporelle est ce droit lui-même » (souligné par nous). V. aussi Savatier, préc., n°509 note 248.

contrat translatif de propriété des droits d'exploitation d'une œuvre... Pourtant, si l'on définit le bien comme un droit et non comme une chose, c'est par un raisonnement contestable que la vente est présentée comme acte translatif de la propriété d'un bien, puisque la propriété est un bien¹⁴²²...

b) Critique

313. La chose et le droit sur la chose. – Le flou qui règne en la matière oblige à arrêter une position claire sur la notion de chose et la notion de bien, même s'il ne saurait être question de prétendre bâtir ici une théorie générale des biens et de la propriété.

314. Rejet de la distinction entre chose corporelle et bien incorporel. – Par le passé, nombre d'éminents jurisconsultes ont refusé d'admettre l'existence de « choses incorporelles », la chose ne pouvant être à leurs yeux qu'une réalité *tangible*¹⁴²³. Il y aurait donc deux catégories de biens : les choses (biens corporels) et les droits (biens incorporels)¹⁴²⁴. La doctrine de droit des biens, loin d'être unanime sur la qualification du droit d'auteur en tant que propriété, avance parfois encore cet argument¹⁴²⁵, qui constituait d'ailleurs le point de départ du raisonnement des partisans de la reconnaissance du « droit intellectuel » en tant que droit patrimonial *sui generis*¹⁴²⁶. Toutefois, cette opinion restrictive a

¹⁴²² V. A. et H.J. LUCAS, *Traité*, n°25, qui soutiennent que « le concept d'objet (...) n'est pas univoque. Le mot est doté d'une grande richesse sémantique. Il peut renvoyer aussi bien à la chose sur laquelle porte le droit (l'immeuble ou le meuble corporel, la création intellectuelle), (...) qu'au droit lui-même ». L'on avoue cependant mal comprendre comment l'objet du droit pourrait se définir comme l'objet du droit et le droit lui-même.

¹⁴²³ PLANIOL et RIPERT, *Les biens*, t.III, par PICARD, LGDJ 1952, n°51.

¹⁴²⁴ Les biens corporels ne pouvant tenir que dans un substratum matériel, et seuls des droits pouvant être biens corporels.

¹⁴²⁵ V. p. ex. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les Biens*, n°62 : Pour ces auteurs, le droit de propriété paraît avoir avant tout été conçu et réglementé comme portant sur les choses, objets matériels, et donc ne pouvoir s'appliquer vraiment au fruit d'un travail, élément immatériel ; surtout, certains droits intellectuels, le droit d'auteur au premier rang, sont trop intimement liés à la personnalité de leur titulaire pour être ramenés complètement à une propriété classique. Ainsi relèvent-ils, dans un propos général sur les droits intellectuels, que « leur nature véritable est très différente de celle du droit de propriété ». V. aussi Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, n°207, pour lesquels il n'existerait de droit réel que lorsque le droit porte sur une chose matérielle. V. enfin le Vocabulaire Capitain, v° « chose » : « objet matériel considéré sous le rapport du Droit ou comme l'objet de droits ; espèce de bien parfois nommé spécialement chose corporelle » (par opposition alors aux biens incorporels : les droits).

¹⁴²⁶ Dans les théories du droit intellectuel, la thèse du droit de propriété n'est pas contestée au motif qu'elle serait inapte à appréhender le droit moral : il est de toute façon tenu pour acquis que les prérogatives morales appartiennent à une autre catégorie. La critique fondamentale adressée à la qualification de propriété repose ainsi sur l'incapacité du droit de propriété à saisir les choses intangibles. Kohler initiera le mouvement doctrinal né en ce sens, en considérant que le droit d'auteur est un droit réel, qui ne sort pas ainsi de la classification tripartite romaine, mais estimant qu'il s'agit cependant d'un droit réel *sui generis*, un droit « frère » du droit de propriété. (V. P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, préc., p.79s.). Picard

été battue en brèche de façon fort convaincante. D'abord, d'aucuns ont rappelé l'admission de la catégorie de chose incorporelle par le droit romain¹⁴²⁷. Cela étant, cette catégorie n'était alors reconnue qu'autant que le droit était considéré comme une chose, la propriété n'étant pas elle-même un droit, mais une qualité de la chose (de toute chose donc, corporelle comme incorporelle, une chose matérielle comme un droit)¹⁴²⁸. Il faut donc surtout observer qu'il n'existe pas que des choses matérielles, mais qu'il existe aussi des choses incorporelles qui ne sont pas pour autant des droits : des réalités immatérielles qui sont impalpables, telles que les créations intellectuelles ou les signes distinctifs, mais aussi les clientèles par exemple¹⁴²⁹. D'autres s'en tiennent à l'idée que le bien tient dans la « valeur », qui n'existe pas que dans les choses matérielles¹⁴³⁰, mais la fausseté cette analyse est patente. Il faut d'abord souligner que, bien qu'« immatérielle », il existe une chose indépendamment du droit éventuellement reconnu sur elles : que le droit d'auteur vienne à disparaître, il n'en existerait pas moins des œuvres de l'esprit¹⁴³¹. Par conséquent, il est faux de prétendre qu'il n'existerait, s'agissant de l'incorporel, que des « droits » ou des « valeurs », et non pas des « choses », et d'opposer ainsi les choses, biens corporels, aux droits, biens incorporels. Il convient ainsi de bien comprendre l'assertion selon laquelle l'existence des « biens incorporels » vient du droit : ce

sera plus audacieux, même s'il n'a pas défini précisément le contenu du « droit intellectuel ». V. son ouvrage *Le droit pur*, 1^{er} éd., Bruxelles, 1899 ; 2^e éd., Paris, 1908, § 54 ; et l'article « Embryologie juridique », *Journal de droit international privé*, Clunet, 1883, p.581. Picard se fonde ainsi sur une distinction selon l'objet du droit (or on peut critiquer cette conception du droit de propriété axé sur l'objet), et propose quant à lui un 4^e terme à la classification romaine droit réel/ personnel/ obligationnel. Le mérite est à l'époque d'avoir distingué le support de l'œuvre elle-même.

¹⁴²⁷ F. ZENATI et Th. REVET, « Les biens », n°83, et les références citées. V. not. M. VILLEY, « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Rev. hist. de dr. fr. et étr.* 1946-1947, p.201s., et « Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne », *Conférences faites à l'Institut de Droit romain de l'Université de Paris*, VI, Sirey 1950, p.187s. Dans la doctrine du droit d'auteur, v. P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle* », *op. cit.*, n°85.

¹⁴²⁸ V. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n°236s. – F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, n°112s.

¹⁴²⁹ V. M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social, *RTD civ.* 1997, p.596, n°17.

¹⁴³⁰ A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, th. Montpellier, 2000, n°238 : Lorsque le bien est appréhendé comme la vision juridique de la chose, c'est moins la chose qui est prise en compte par le Droit que la valeur que représente cette chose. Ecartant toute controverse relative à la notion de chose, seule la valeur, susceptible d'être présente aussi bien dans les biens corporels qu'incorporels, justifie une consécration par le Droit et « comme elle se réduit à une abstraction le clivage entre le matériel et l'immatériel devient indifférent » (citation de A. PIÉDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'une approche de la notion de bien » *Etudes Michel de Juglart*, Montchrestien 1986, p.61) ».

¹⁴³¹ Comp N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, th. Paris II, 2005, n°22, selon lequel « le bien intellectuel existe sans intervention de la loi, comme tout bien matériel ». Il faut cependant se garder de confondre définition de la chose et définition du bien : s'il est certain qu'une œuvre existe indépendamment de sa qualification juridique, il nous semble en revanche impossible de conclure qu'un *bien* existe de même sans intervention du droit. V. aussi N. BINCTIN, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », *CCE* 2006, étude n°14, n°15s. V. enfin G. PILLET, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, LGDJ 2004, préf. P. JOURDAIN, n°287, selon lequel l'œuvre de l'esprit est une « totalité », et qui défend son appropriation dès lors que, selon lui, une « chose peut être cédée à titre principal si elle est une **individualité** qui, dans sa **totalité**, est appréhendée par le droit subjectif » (n°286).

n'est pas tant l'existence d'une œuvre de l'esprit en tant que telle qui dépend du droit que l'existence du droit reconnu sur elles. Il est alors parfaitement normal que l'existence d'un droit (subjectif) dépende de la reconnaissance du droit (objectif), ainsi que pour n'importe quelle chose corporelle¹⁴³². Peut-être faut-il même considérer que tout droit patrimonial est en réalité un droit sur une chose, qu'il s'agisse d'une chose présente ou d'une chose attendue – ainsi de l'objet attendu de la réalisation des droits réel ou personnel, qui est potentiellement une chose¹⁴³³. Mais ce qu'il importe en toute hypothèse de retenir, c'est que la qualification de l'œuvre de l'esprit en tant que « chose incorporelle » semble bel et bien indéniable¹⁴³⁴.

315. Rejet de la distinction entre bien corporel et bien incorporel. – C'est ainsi la notion de bien qui doit être définie, sa définition constituant en fait le préalable indispensable à la définition de la chose et à son application aux réalités immatérielles telle que l'œuvre de l'esprit¹⁴³⁵. Bien entendu, le bien ne consiste pas toujours dans un droit de propriété. En d'autres termes, la valeur peut être réservée par d'autres voies que celle de la reconnaissance d'un droit de propriété, notamment par l'action en responsabilité civile¹⁴³⁶. Il n'en demeure pas moins qu'il n'existe pas de biens sans qu'il existe de droit : si la valeur n'existe qu'à condition d'être protégée par l'ordre juridique, elle l'est inéluctablement par l'intermédiaire d'un droit patrimonial. Lorsque joue le mécanisme de la responsabilité civile délictuelle, c'est une créance de réparation qui est constatée, autrement dit un droit personnel, un droit patrimonial. Il n'existe donc de bien qu'à partir du moment où est reconnu un droit patrimonial... Sera ainsi adoptée la thèse selon laquelle le bien consiste toujours, au final, dans un droit (patrimonial s'entend), qu'il s'agisse d'un droit sur une chose corporelle ou incorporelle, ou même d'un droit détaché de toute chose particulière, ainsi des

¹⁴³² Sur cette conception classique, v. not. G. CORNU, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, n°9.

¹⁴³³ V. M. FABRE-MAGNAN, art. préc., n°22.

¹⁴³⁴ V. aussi *supra*, n°278s., sur la distinction entre personne et chose. La qualification ne présente d'ailleurs pas uniquement d'intérêt dans la perspective de qualification du contrat. V. ainsi par exemple la question de savoir si l'œuvre de l'esprit pourrait être qualifiée de chose au sens de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, emportant une responsabilité objective de l'auteur en tant que gardien, et non une responsabilité pour faute prouvée, dans le cas où son œuvre provoque un dommage à un tiers... V., considérant l'image des personnes physiques comme une chose au sens de l'article préc., TGI Paris, 27 février 1991, JCP E 1992, II, 21809, note Ph. Le TOURNEAU.

¹⁴³⁵ Sur la difficulté de saisir cette notion protéiforme, v. p. ex. H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Arch. Phil. Dr.* T. 24, 1979, pp. 9-16.

¹⁴³⁶ V. not. J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », art. préc., n°9 ; et à sa suite A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, th. Montpellier, 2000, n°241 : Cette dernière évoque not. la réservation de l'information par des mécanismes de responsabilité civile : v. sur ce point P. CATALA, « La « propriété » de l'information », *Mél. P. Reynaud*, Dalloz Sirey 1985, p.111 n°34.

universalités¹⁴³⁷. C'est dans le droit que gît la valeur, parfois faussement attachée à la chose même¹⁴³⁸. En d'autres termes, il n'existe pas véritablement de biens corporels, par opposition aux biens incorporels. Le bien est une abstraction juridique, et en ce sens il ne saurait être un corps !

Cette idée que le bien consiste dans le droit sur la chose et non dans la chose elle-même se comprend parfaitement dans le cadre de son application au droit d'auteur : l'œuvre de l'esprit est la chose sur laquelle porte le droit, mais n'est pas un bien en tant que telle, dans la mesure où elle ne fait plus l'objet, lorsqu'elle tombe dans le domaine public, d'aucune appropriation privative. Ce sont les droits d'exploitation qui constituent le siège des biens, ainsi qu'en attestait déjà la formule des célèbres arrêts « Lecoq » et « Canal »¹⁴³⁹. Il est donc entendu que droit de reproduction et droit de représentation sont deux formes distinctes de droit d'exploitation, et, en terme de droit civil, deux *biens* distincts, alors que s'agissant de choses corporelles, le droit de propriété constitue un seul *bien*. Il se comprend ainsi que l'attribut patrimonial, qui comprend plusieurs droits d'exploitation, ne puissent être considérés comme un droit de propriété de l'œuvre de l'esprit.

3) L'attribut patrimonial n'est pas un droit de propriété de l'œuvre de l'esprit

316. Dans une optique dualiste, dissociant le droit moral et l'attribut patrimonial, il est impossible de reconnaître dans le seul versant patrimonial un droit de propriété de *l'œuvre de l'esprit*. En effet, si le monopole d'exploitation a bien pour objet l'œuvre de l'esprit, il ne saurait être assimilé à un droit de propriété, dès lors que la plupart des prérogatives attachées à ce droit de propriété ne relèvent pas du monopole, mais du droit moral. L'acception classique de la notion de vente se heurte ainsi au fait que le cocontractant de l'auteur n'acquiert pas plus un complet droit de jouissance qu'un complet droit de disposition.

¹⁴³⁷ V. not. en ce sens A. PIÉDELIÈVRE, *Droit des biens*, n°3 et 8 – Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens, la publicité foncière*, n°6 – Ch. CARON et H. LÉCUYER, *Droit des biens*, p.12s. V. aussi R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, n°24.

¹⁴³⁸ V. sur cette idée Ch. CARON et H. LÉCUYER, *passim*.

¹⁴³⁹ « Attendu que le droit d'exploiter successivement les produits d'une œuvre littéraire ou artistique, réservé par la loi, constitue un bien entrant dans le commerce et soumis, dès lors, aux règles du Code civil etc. » (affaire « Lecoq », civ. 25 juin 1902, DP 1903.1.5, concl. Proc. Gén. BEAUDOIN, note A. COLIN ; S. 1902.1.305, note LYON-CAEN).

a) L'absence d'acquisition d'un complet droit de jouissance

317. Le contrat d'auteur ne confère pas un droit d'utilisation. – Les contrats d'exploitation ne sauraient être comparés au classique transfert de propriété des choses corporelles, qui opère transmission aussi bien du droit d'utiliser la chose (*usus*) que du droit d'en tirer des fruits (*fructus*). Cela étant, deux voies peuvent être empruntées pour en convaincre. La première propose une sorte de « preuve négative », consistant à montrer qu'il n'existe pas, de façon générale, de tel droit d'utilisation au profit de l'auteur, qu'il serait subséquemment incapable de céder. La seconde, peut-être plus convaincante, avance au contraire une « preuve par hypothèse », consistant à convaincre que, quand bien même un droit d'utilisation existerait, il ne serait pas objet du contrat d'exploitation.

318. Le caractère ubiquitaire de l'œuvre de l'esprit et l'*usus*. – Lorsque l'*usus* est hissé au rang d'élément constitutif du droit propriété, l'existence d'un transfert de ce dernier pourrait être contesté, dès lors qu'aucun *usus* exclusif ne semble pouvoir être reconnu au titre des prérogatives patrimoniales du créateur.

1° Il semble indéniable que l'auteur est en principe privé de l'*usus*. Du fait de la divulgation, il perd l'usage exclusif de l'œuvre¹⁴⁴⁰ : si l'utilisation d'une chose corporelle est unique, celle d'une œuvre de l'esprit est par nature ubiquitaire¹⁴⁴¹.

Il est vrai que nombre d'arguments opposés à cette opinion ne semblent pas déterminants. S'il est souligné qu'avant divulgation, l'auteur est bien le seul à pouvoir user de la chose, en ce sens que personne d'autre que le créateur n'a connaissance de l'œuvre, et ne saurait par conséquent l'« utiliser »¹⁴⁴², il n'en demeure pas moins qu'il s'agirait alors d'une prérogative incessible et temporaire : une fois l'œuvre divulguée, l'*usus* exclusif disparaît irrémédiablement, et ne saurait être transmis en propre à quiconque. L'argument n'est au demeurant que pétition de principe. Tout d'abord, il pèche par contradiction flagrante avec la thèse classique de la naissance des droits patrimoniaux par l'effet de la divulgation¹⁴⁴³, thèse

¹⁴⁴⁰ V. not. en ce sens P. ROUBIER, « Les droits de clientèle », RTD civ. 1935, pp. 280-281.

¹⁴⁴¹ Cette objection est encore déterminante aux yeux de certains auteurs contemporains. V. T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins*, op. cit., n°117, pour lequel la « plurilocalisation » et la « pluriexploitation » de l'œuvre de l'esprit appellent une réglementation particulière du droit lui correspondant.

¹⁴⁴² V. p. ex. P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, LGDJ 1934, t. 1, p.35.

¹⁴⁴³ V. en ce sens H. DESBOIS, *Traité*, n°387 et 389 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°611. *Contra*, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°459.

qui oblige à considérer qu'avant divulgation, l'œuvre n'est pas une chose appropriée, en tant qu'elle est hors du commerce juridique. Il n'y a donc pas usage de la chose appropriée, puisque l'œuvre n'existe pas encore en tant qu'objet du droit patrimonial. Surtout, il faut dénoncer le vice logique d'une argumentation fondée sur un droit moral, le droit de divulgation, pour tenter de convaincre que le droit patrimonial est un droit de propriété. Si le monopole de l'auteur devait être une véritable propriété, c'est à l'intérieur de sa structure que l'attribut devrait être reconnu, et non à l'extérieur. Lorsque le bien approprié est ramené à la valeur économique, il est soutenu que l'*usus* ne comprend pas les hypothèses dans lesquelles il n'existe pas de telle valeur¹⁴⁴⁴. Mais l'utilisation d'une œuvre est aussi susceptible de présenter une valeur économique que l'usage de n'importe quelle autre chose. Enfin, un parallèle est parfois établi entre la situation du titulaire d'un monopole intellectuel et celle du commerçant, propriétaire des choses qu'il fabrique ou qu'il vend¹⁴⁴⁵. Certes, il est indéniable que l'*usus* n'est pas une prérogative utile à un commerçant, l'usage personnel de la chose pouvant même compromettre son activité¹⁴⁴⁶. Il n'en demeure pas moins que cet *usus* exclusif existe néanmoins potentiellement : en d'autres termes, ce n'est qu'*accidentellement* qu'une chose corporelle ne donne pas prise à l'*usus*¹⁴⁴⁷, et il n'est donc aucune raison valable d'exclure par principe l'appropriation de la chose. Au contraire, c'est par *nature* qu'une œuvre de l'esprit est insusceptible d'usage exclusif. Un transfert de propriété classique peut donc être caractérisé s'agissant de la cession des choses destinées à être revendues, dans la mesure où leur utilisation exclusive reste possible, et constitue même le but recherché par le consommateur à qui la chose sera revendue, mais non à propos des œuvres de l'esprit, dont l'utilisation exclusive reste impossible et n'est l'objet ni du contrat d'exploitation, ni des contrats conclus entre l'exploitant et le public de l'œuvre. Le contrat d'exploitation, en tant

¹⁴⁴⁴ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, n°372 : « Que le législateur n'attribue pas à l'auteur l'exclusivité de l'accès intellectuel à l'œuvre divulguée est logique, en ce que l'exploitation économique de celle-ci en suppose précisément le libre accès à tous ou mieux, la publicité (...). L'absence d'exclusivité en dehors du faisceau des prérogatives légales, c'est-à-dire quand il ne s'agit plus d'avantage ou de privilège économique, n'est donc pas pour surprendre, en ce qu'il n'y a plus alors droit d'auteur, c'est-à-dire droit de propriété, parce qu'il n'y a plus d'objet de droit, de *res*, de valeur économique ».

¹⁴⁴⁵ P. TAFFOREAU, *Manuel de droit de la propriété intellectuelle*, Gualino 2^e éd. 2007, n°34 p.44-45 : « Que [dans ces deux cas], l'*usus* soit de faible portée pratique, c'est indéniable. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas (...). De même [que le commerçant], l'auteur n'est pas dépouillé de l'*usus* pour la simple raison que cette prérogative lui est de peu d'utilité, voire lui est interdite lorsqu'il concède son droit d'exploitation à un tiers ».

¹⁴⁴⁶ P. TAFFOREAU, *Manuel de droit de la propriété intellectuelle* n°34 p.45 : « Dira-t-on que le commerçant qui vend des vêtements n'est pas propriétaire de son stock de prêt-à-porter parce que l'usage des vêtements ne lui sert à rien – voire est incompatible avec la vente de biens neufs ! – et parce que son seul but est de revendre ces biens ? ».

¹⁴⁴⁷ Un vêtement reste par nature susceptible d'un usage personnel exclusif, ce n'est que par accident (il est entre les mains d'un commerçant intéressé par sa seule vente à l'état neuf) que l'*usus* peut perdre sa signification.

qu'il ne transfère pas l'*usus*, ne semble donc pas pouvoir être tenu pour un transfert de propriété *au sens classique*.

Cependant, il est possible de rétorquer que l'ubiquité de la création intellectuelle est seulement un obstacle à la possession exclusive, et non à la propriété proprement dite. En effet, il est aujourd'hui constant que peuvent être appropriées des choses rebelles à la possession, fussent-elles incorporelles (ainsi de l'électricité par exemple)¹⁴⁴⁸. Il est par ailleurs douteux que l'*usus* puisse être érigé en attribut autonome essentiel de la propriété, dans le sens où il se confond avec l'*abusus* à l'égard de toutes les choses consommables¹⁴⁴⁹. Des auteurs contestent même à la trilogie *usus/fructus/abusus* toute vocation à rendre compte du contenu du droit de propriété¹⁴⁵⁰. Il est aussi parfois relevé qu'une propriété détachée de la possession serait plus puissante¹⁴⁵¹. En définitive, il importerait donc peu que l'*usus*, ne participant pas de l'essence de la propriété, ne soit pas transmis à l'exploitant : un véritable transfert de propriété pourrait néanmoins être constaté.

¹⁴⁴⁸ P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, th. Poitiers, n°88. V. aussi A. PÉLISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz 2001.

¹⁴⁴⁹ P. KAMINA, préc., n°105, qui observe que l'*usus* n'est pas mentionné à l'article 544 C. civ., et qu'il peut se confondre avec l'*abusus*, notamment s'agissant de choses insaisissables comme l'électricité, p. ex.

¹⁴⁵⁰ V. en ce sens F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, n°100, qui estiment qu'il s'agit simplement d'une énumération non exhaustive des utilités que le propriétaire peut retirer de son bien, et que l'*usus* peut se confondre avec le *fructus*.

¹⁴⁵¹ A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une propriété de marché », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la dir. De M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO, LGDJ 2005, coll. « Droit et économie », p.341, spéc. p.344 : « une propriété qui fait l'économie de la possession pourra paraître plus puissante (...) du fait que le droit de propriété ordinaire des choses mobilières est susceptible de dépendre de la possession à plusieurs égards, par sa valeur probatoire et surtout constitutive. D'autre part, la propriété conçue comme un lien physique à une chose saisissable limite la puissance et l'ampleur du droit sur cette chose-là alors qu'une conception moins réaliste permet de revendiquer une propriété partout et en tout lieu par la duplication infinie des droits de propriété ».

319. Le droit d'utilisation n'est pas l'objet des cessions de droit d'exploitation. – La preuve de l'absence de transfert de propriété au profit de l'exploitant paraît en fait mieux fournie par un raisonnement fondé sur le postulat d'une existence hypothétique d'un *usus* exclusif. Dans le cas où un « droit d'utilisation » serait reconnu et protégé par la loi, il serait une composante du droit de propriété ainsi reconnu à l'auteur, que la conception adoptée donne sens à la trilogie *usus/fructus/abusus* ou le lui refuse, se bornant à considérer que la notion a vocation à rassembler toutes les utilités de la chose, dont la loi assure la réservation¹⁴⁵².

Or il faut relever que l'exploitant n'aurait aucun intérêt à ce que lui soit « cédé » le droit d'utilisation. Il serait probablement inutile, voire inefficace, de dénier au créateur le droit de jouir intellectuellement de l'œuvre qu'il a créée¹⁴⁵³. Tout au plus l'exploitant pourrait obtenir une licence exclusive, pour consentir à son tour des autorisations d'utilisation au public. Il faut ainsi comprendre que les contrats d'exploitation, en la présence d'un droit d'utilisation, n'auraient pas vocation à en organiser le transfert, et ne sauraient ainsi être rapportés à un transfert *in integrum* du droit de propriété. Cependant, la distinction entre transfert de propriété et contrat d'auteur se manifeste davantage par l'absence d'acquisition d'un pouvoir de disposition.

b) L'absence d'acquisition d'un pouvoir de disposition

320. Absence de disposition matérielle de la chose. – Le contrat d'auteur n'a pas pour effet de transférer à l'exploitant le pouvoir de détruire l'œuvre de l'esprit, car ce pouvoir n'est pas attaché à l'attribut patrimonial¹⁴⁵⁴. De fait, la destruction de la chose est généralement justifiée par le droit de retrait et de repentir¹⁴⁵⁵, ce qui ne peut légitimer l'application de la qualification

¹⁴⁵² Sur cette divergence de conception, v. F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, 305.

¹⁴⁵³ Les œuvres d'art constituent peut-être un contre-exemple, dans la mesure où elles s'adressent aux sens, et que l'aliénation du support prive l'artiste de la possibilité de la contempler. Mais il ne faut pas oublier qu'en la matière, les contrats d'exploitation du droit de reproduction ou de représentation jouent un rôle mineur. A l'inverse, leur poids est déterminant à l'égard des œuvres littéraires, musicales, etc., où il est évident qu'il n'y aurait pas grand sens à interdire à l'écrivain ou au compositeur de continuer à jouir de la musique ou de la pensée qu'il a couché par écrit, par exemple.

¹⁴⁵⁴ V. aussi en ce sens C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, n°527, qui en tire argument pour démontrer l'impossibilité de céder l'œuvre de l'esprit.

¹⁴⁵⁵ V. p. ex. P. TAFFOREAU, *Manuel*, n°34 p.44 : Les auteurs « ont l'abus (…), le loisir de détruire leur œuvre et même de la retoucher ou de la retirer du marché éditorial à certaines conditions (droit de retrait et de repentir (...)) ».

de propriété au droit pécuniaire : un vice logique se décèlerait là encore dans une argumentation fondée sur un attribut du droit moral pour justifier que le droit patrimonial est bien un droit de propriété. Une prérogative d'ordre moral ne peut être tenue pour un attribut du monopole d'exploitation ! De ce point de vue, le droit patrimonial ne saurait comporter un *abusus* complet, incluant la destruction de la chose. Cela étant, il est tout à fait possible de dire que l'*abusus* est paralysé par une cause extérieure : il pourrait peut-être exister si le droit moral n'existait pas, et si l'œuvre de l'esprit était réduite à une chose¹⁴⁵⁶. Surtout, le fait qu'une prérogative ne puisse pas s'exercer n'interdit pas la qualification de propriété tant que cette absence s'explique par un facteur extrinsèque, qu'il s'agisse du respect d'un autre droit ou de la nature de la chose, ainsi par exemple l'indestructibilité du sol¹⁴⁵⁷.

321. Absence de disposition juridique de la chose. – Les considérations liées à la disposition juridique de la chose sont sans doute plus déterminantes. En effet, outre l'inaliénabilité du droit moral¹⁴⁵⁸, l'aliénabilité du monopole d'exploitation n'est pas générale, interdisant de retenir la qualification de vente au sens classique de transfert de propriété. Les droits de reproduction et de représentation peuvent certes être cédés, mais non le droit de suite. Or il n'est pas question de nier l'évidence : le droit de suite compte au nombre des droits patrimoniaux reconnus à l'auteur. Certes, il ne peut être comparé au droit de reproduction et au droit de représentation : ce droit ne s'exploite pas par le biais de cession ou de concession de licence. Incessible, ce droit ne saurait être acquis par l'exploitant¹⁴⁵⁹. Néanmoins, il participe de la même manière à la branche patrimoniale du droit d'auteur¹⁴⁶⁰. En aucun cas, un contrat d'exploitation ne saurait donc être ramené à une vente de ce droit patrimonial, envisagé globalement comme droit de propriété¹⁴⁶¹. De surcroît, le droit de

¹⁴⁵⁶ V. toutefois les observations présentées au chapitre 3. Il est douteux que la disparition de l'œuvre de l'esprit puisse être maîtrisée au titre de la propriété incorporelle, dans la mesure où la propriété corporelle des supports s'en distingue, et explique que, tant que des supports existent, l'œuvre perdure en dépit de la volonté de destruction.

¹⁴⁵⁷ Il faut observer que la destruction de la chose n'est pas toujours possible : le sol ne peut être détruit, or personne n'a jamais contesté la propriété du sol. Peu importe que certaines choses soient rebelles à la destruction matérielle. V. en ce sens P. KAMINA, *L'utilisation finale des propriétés intellectuelles*, th. préc., n°105.

¹⁴⁵⁸ Art. L. 121-1 CPI. V. B. PARISOT, L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique », D. 1972, chron. 71.

¹⁴⁵⁹ Arg. art. L.122-8 CPI.

¹⁴⁶⁰ V. not. en ce sens, très clair, F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°894. V. aussi, plus mesuré, A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°426, à la suite de H. DESBOIS, *Traité*, n°292.

¹⁴⁶¹ Une autre analyse consisterait à prétendre que ce droit s'exerce sur un support corporel, fût-il le réceptacle d'une œuvre originale. Le droit de suite ne pourrait alors être ramené à une prérogative de la propriété incorporelle, mais seulement à une servitude pesant sur la propriété corporelle. V. sur ce point n°... La conséquence serait cependant identique : il ne serait pas possible de subsumer sous la catégorie de droit de

reproduction ne peut pas être cédé en son entier. La théorie du droit de destination y attache en effet des droits patrimoniaux que les contrats nommés du droit d'auteur ne concernent aucunement, ainsi du droit de location, du droit de prêt¹⁴⁶². Quant au droit de reproduction par reprographie, l'auteur ne maîtrise pas la faculté d'en disposer : sa « cession » est obligatoire, et n'est concevable qu'à l'égard d'une société de gestion : l'auteur est privé de la liberté de contracter ou non, du choix de son cocontractant, et même de la détermination du contenu du contrat¹⁴⁶³.

Enfin, il faut douter que l'auteur même puisse renoncer à son droit patrimonial, dans la mesure où des considérations d'ordre public invitent à le protéger contre des actes contraires à ses intérêts¹⁴⁶⁴.

Pour toutes ces raisons, il faut admettre que la qualification de droit de propriété ne saurait s'appliquer au seul attribut patrimonial du droit d'auteur. Le droit de propriété ne pouvant pas avoir pour objet la seule reproduction ou représentation de l'œuvre, encore moins les droits d'exploitation eux-mêmes, la qualification ne peut s'appliquer qu'à l'œuvre de l'esprit. Or le droit patrimonial de l'auteur ne correspond que partiellement à ce que serait un droit de propriété de l'œuvre de l'esprit, certaines prérogatives de propriétaire relevant en la matière du droit moral. Il en résulte une inadéquation au droit d'auteur de la définition de la vente en tant que convention translatrice de propriété. Les contrats d'auteur ne peuvent d'aucune manière se fondre dans la qualification ordinaire de vente, analysée en tant que contrat translatif de propriété d'une chose¹⁴⁶⁵ : l'attribut patrimonial du droit d'auteur n'est pas une propriété globalement cessible. De la même façon, la qualification unitaire du droit moral en tant que droit de la personnalité échoue à justifier de son absence d'interférence avec les pouvoirs de l'exploitant.

propriété l'ensemble des prérogatives patrimoniales reconnues à l'auteur, et de considérer que le contrat d'exploitation saurait être qualifié de vente, au sens de transfert de propriété.

¹⁴⁶² Sur cette théorie et sa relative consécration légale (implicite) et jurisprudentielle, v. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°730s. et du même, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ 1989.

¹⁴⁶³ V. l'art. L.122-10 CPI.

¹⁴⁶⁴ V. sur ce point X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°159, qui invite à ne pas confondre diffusion gratuite et abandon du droit d'auteur, et estime que l'auteur « est toujours en mesure de modifier le statut de ses [œuvres], de les retirer de la circulation, d'exiger une rémunération pour l'usage à venir. Toute renonciation à son droit éminent d'auteur serait nulle d'ordre public dans les cas, rares, où un contrat est conclu avec l'utilisateur, sans signification juridique dans le cas contraire ».

¹⁴⁶⁵ La vente se définit ordinairement comme une convention translatrice du droit de propriété. Sur ce point, v. not. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°184 – Ph.

B. – Échec de la qualification unitaire du droit moral

322. Qualification de droit de la personnalité. – Une large fraction de la doctrine considère que le droit moral protège la personnalité de l’auteur à travers son œuvre et non l’œuvre prise en tant que telle¹⁴⁶⁶. Cette conception, qui devrait induire une nette distinction avec le monopole d’exploitation, présente de prime abord l’avantage de justifier que l’opération de qualification du contrat d’auteur au regard du droit civil fasse abstraction des prérogatives morales du créateur. Le dualisme explique parfaitement qu’un transfert de droit se produise, en dépit de l’inaliénabilité du droit moral.

La qualification de droit de la personnalité paraît néanmoins discutable. Certes, la plupart des prérogatives rattachées à l’attribut moral se fondent dans la conception d’un droit défensif. Mais il n’en va pas de même du droit de retrait et de repentir. La qualification en tant que droit de la personnalité paraît en fait résulter d’une analyse trop rapide. Bien entendu, il est vrai que le droit de retrait et de repentir permet à l’auteur de revenir sur sa parole au nom de la défense de sa personnalité¹⁴⁶⁷. Mais il ne faut pas oublier que le droit de la personnalité ne peut pas se définir par sa finalité. En tant que technique juridique, le droit de la personnalité a un contenu précis : autoriser ou interdire un acte portant atteinte à sa personnalité, obtenir cessation de l’atteinte et/ou réparation de son préjudice sans avoir à prouver une faute¹⁴⁶⁸. Il ne revient pas à cette technique juridique de contrarier la force obligatoire d’un contrat. L’inadéquation de la qualification ne tient donc pas à la différence de finalité ou d’objet, mais à la différence de contenu. Le droit de la personnalité n’offre pas le pouvoir que représente le droit de retrait et de repentir. Or, pour appliquer la qualification de droit de la personnalité au droit moral, saisi dans sa globalité, il faudrait que chacune des prérogatives qui s’y rattachent puissent entrer dans la catégorie. Le droit de retrait et de repentir, au regard du droit civil, ne peut recevoir en réalité que la qualification d’une prérogative contractuelle exorbitante : il

MALAUURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n°79s. – A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°24.

¹⁴⁶⁶ DESBOIS, *Traité*, n°381 - F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°553 - Ch. CARON, *Manuel*, n°246, pour qui le droit moral est un droit de la personnalité, mais un droit de la personnalité spécial – de même X. LINANT DE BELLEFONDS, Cours, n°595. V. aussi P. MASSE, *Le droit moral de l’auteur sur son œuvre littéraire ou artistique*, thèse Paris 1906, p.28s. ; Ch. CARON, *Abus de droit et droit d’auteur*, Litec IRPI, 1998, n°130 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droits de la personnalité », JCP 1994, I, 3780.

¹⁴⁶⁷ V. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°262.

s'agit d'un droit potestatif¹⁴⁶⁹. La nature hétérogène des diverses prérogatives fait au contraire obstacle à une qualification homogène de l'ensemble.

En définitive, le dualisme encourt donc les mêmes objections que le monisme, qui prétend attribuer une nature unique à deux attributs distincts. Chaque attribut rassemble des prérogatives qui n'ont pas toutes la même nature : il est aussi illusoire d'attribuer une même nature à l'ensemble des prérogatives de chaque attribut que d'attribuer une même nature à l'ensemble des attributs.

323. Conclusion de la section 1. – En réalité, toutes les conceptions synthétiques du droit d'auteur paraissent méconnaître le fait que la qualification du droit, à l'instar de toute qualification, ne s'impose qu'en tant que titre d'application d'un régime déterminé. Or il existe une qualification spéciale, celle prévue par le code de la propriété intellectuelle, qui définit et réglemente chacune des prérogatives de l'auteur. Aussi la qualification au regard du droit civil ne s'impose-t-elle qu'autant que le régime spécial apparaît lacunaire, et n'est-elle permise qu'autant que les caractères des droits en comparaison s'harmonisent. Il est douteux, à cet égard, que la qualification de droit de la personnalité ou de droit propriété, appliquée au droit d'auteur en son entier ou à l'une seule de ses branches, soit utile, à supposer même qu'elle soit justifiée. En réalité, le seul attrait du dualisme tient à ce qu'il permet d'expliquer en quoi un transfert de droit peut se produire, nonobstant l'inaliénabilité des prérogatives morales. Or il existe une autre voie pour justifier de cette faculté : une approche analytique du droit d'auteur.

Section 2

APPROCHE ANALYTIQUE DU DROIT D'AUTEUR ET QUALIFICATION DU CONTRAT

324. Deux vérités d'évidence paraissent pouvoir recueillir un assentiment unanime : non seulement n'est-il pas possible d'attribuer la même nature au tout et à chacune de ses parties,

¹⁴⁶⁸ V. p. ex. P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques », RTD civ. 1971, 445, spéc. n°14. Pour une approche critique, v. T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, 227.

¹⁴⁶⁹ V., pour une définition et une approche critique, Ch. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat*, Economica 6^e éd. 2007, *Traité de droit civil* t. III, 1^e partie, n°11 : le droit potestatif est défini comme le droit de parfaire une situation juridique, de la modifier ou de la faire disparaître par sa volonté unilatérale.

mais encore est-il impossible de réunir, dans un ensemble *homogène*, diverses prérogatives de nature *hétérogène*. Il semble que la recherche d'une qualification adéquate au regard du droit civil conduit trop souvent, par commodité, à faire abstraction des éléments qui gênent l'analyse. Plutôt que de procéder d'emblée à une synthèse, en cherchant à classer le droit d'auteur en son entier ou même l'une de ses branches, ne serait-il pas plus opportun d'analyser chacune des diverses prérogatives reconnues au créateur ? Si une qualification *sui generis* de l'ensemble s'évince nécessairement de l'hétérogénéité de ses diverses composantes, il n'est pas exclu que chacun des droits de l'auteur, pris isolément, reçoive une qualification civiliste¹⁴⁷⁰. Définir la nature des divers droits que la loi reconnaît au créateur (sous-section 1) permet de mettre en lumière l'adéquation de la qualification retenue aux diverses catégories contractuelles du droit civil (sous-section 2).

Sous-section 1

NATURE DU DROIT D'AUTEUR

325. Après avoir défini la nature des divers droits patrimoniaux (§1.) et intellectuels (§2.) que la loi reconnaît au créateur, il convient d'exposer les conséquences qui s'en évincent quant à la nature du droit d'auteur en son entier (§3.).

§ 1. – NATURE DES DROITS PATRIMONIAUX

326. Le code de la propriété intellectuelle vise distinctement les droits d'exploitation que sont les droits de reproduction et de représentation (A) et le droit de suite (B).

A. – Droits d'exploitation

327. Bien qu'une *summa divisio* soit opérée, par le code de la propriété intellectuelle, entre droit de reproduction et droit de représentation, leur similitude autorise à examiner ensemble leur nature au regard du droit civil (1), avant de voir si certains droits rattachés au droit de

¹⁴⁷⁰ En proposant ici une approche « analytique », il s'agit avant tout de relever l'hétérogénéité de nature juridique des prérogatives reconnues à l'auteur au regard du droit civil, et non pas de démontrer que le droit d'auteur repose sur une conception analytique, dans un sens proche de la distinction qui est faite entre conception analytique et synthétique des droits patrimoniaux. Il est néanmoins vrai que le droit d'auteur ne comporte que les attributs que la loi veut bien reconnaître. S'agissant de droits tel le droit de suite, s'agissant des prérogatives patrimoniales, ou tel le droit de retrait et de repentir, s'agissant des prérogatives morales, leur

reproduction, en vertu d'une conception synthétique de ce droit, présentent ou non une spécificité (2).

1) Droit de reproduction ou de représentation

328. Pas plus que l'attribut patrimonial pris dans son ensemble, les droits d'exploitation ne peuvent recevoir une qualification de droit de propriété (a). S'il ne s'agit pas davantage de droits réels sur la chose d'autrui (b), des droits réels *sui generis* peuvent en revanche être identifiés (c).

a) *Qualification de droit de propriété*

329. Distinction entre les attributs du droit de propriété et les droits d'exploitation. – *S'agissant des choses corporelles*, la vente emporte en principe transfert de propriété de la chose convenue par les parties : le droit de propriété passe aux mains de l'acquéreur¹⁴⁷¹. S'il est admis qu'il s'agit d'un droit exclusif comprenant le « droit de jouissance » et le « droit de disposition » d'une chose, personne n'a même songé à défendre une règle selon laquelle la cession de l'un n'emporterait pas cession de l'autre. Voilà tout simplement pourquoi il est possible d'évoquer la « chose vendue » autant que la « propriété cédée ». Il faut comprendre par là qu'il n'existe pas réellement de « droit de jouissance » ou « droit de disposition » cessibles séparément : ce sont les « attributs » d'un même droit¹⁴⁷². À cet égard, la vente d'un usufruit, par exemple, ne se ramène pas à la cession d'un attribut du droit de propriété : la cession porte sur un droit réel, forgé à partir du droit de propriété, mais distinct de lui¹⁴⁷³.

consécration n'est pas universelle et ne pourrait se déduire de la nature du droit d'auteur, en l'absence de consécration légale.

¹⁴⁷¹ Sur cette forme classique de la vente, v. p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°115 – F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°184.

¹⁴⁷² Comp. G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, Précis Domat Montchrestien, 11^e éd., 2003, n°1016 : « Dans sa plénitude, le droit de propriété comprend diverses prérogatives qui constituent, par leur réunion, la pleine propriété : ces *droits* du propriétaire, *pouvoirs inhérents* à la propriété, *facultés et libertés* attachées à elle, sont les attributs de la propriété ».

¹⁴⁷³ En effet, la constitution d'un droit d'usufruit ne correspond pas à une cession du « droit de jouissance », dans la mesure où la loi limite l'usufruit contractuel à 30 ans ou la vie du bénéficiaire. De même, la nue-propriété n'est pas réductible au « droit de disposition », dans la mesure où le nu-propriétaire a vocation à recouvrer la pleine propriété, donc des attributs distincts du droit de disposition...

S'agissant des œuvres de l'esprit, la structure même du droit exclusif d'exploitation exige au contraire une adaptation du modèle propriétaire du code civil¹⁴⁷⁴. En effet, l'unité du « droit exclusif d'exploitation » est plus qu'incertaine : si la loi évoque bien ce « droit exclusif d'exploitation », droit qui « comprend le droit de reproduction et le droit de représentation », l'autonomie de chacun de ces droits est clairement attestée par le principe selon lequel la cession de l'un n'emporte pas cession de l'autre¹⁴⁷⁵. En réalité, le monopole d'exploitation est défini selon une logique différente : les catégories de droit sont définies en contemplation de types d'utilisation distincts, non en fonction des pouvoirs reconnus¹⁴⁷⁶. Aux opérations de reproduction de l'œuvre correspond le droit de reproduction, à celles de représentation, le droit éponyme. Droit de représentation et droit de reproduction ne peuvent ainsi être comparés aux attributs classiques du droit de propriété, incessibles séparément.

Il est donc vain de chercher dans *chacune* des prérogatives que la loi attache au droit d'auteur les attributs du droit de propriété. La démarche n'a pas plus de sens que celle qui consisterait à prétendre chercher dans chacun des attributs du droit de propriété la totalité de celui-ci – ainsi par exemple dans le droit d'user et de jouir de la chose le droit d'en disposer matériellement et juridiquement ! Aussi est-il vain de chercher à voir dans le seul droit de reproduction le droit de jouir de l'œuvre de l'esprit, ou le droit de disposer de l'œuvre de l'esprit, alors que c'est l'ensemble des prérogatives de l'auteur qui manifeste ces pouvoirs.

330. Ampleur des droits d'exploitation par rapport au droit de propriété corporelle. –

De surcroît, ces prérogatives de l'auteur ne comptent pas naturellement au rang des prérogatives de tout propriétaire, ainsi qu'en atteste, non sans paradoxe, la jurisprudence relative à l'exploitation de l'image des choses corporelles¹⁴⁷⁷. Chacun sait que le juge a refusé de reconnaître un droit exclusif, au profit du propriétaire d'une chose corporelle, sur l'image de celle-ci. Or la *reproduction* d'une œuvre de l'esprit semble, dans l'ordre incorporel, très proche de l'image d'une chose matérielle, dans l'ordre corporel. N'est-ce pas là un signe que

¹⁴⁷⁴ V. p. ex. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°120 : ces auteurs soulignent que « la difficulté provient de ce que la vente est un contrat translatif de propriété, ce qui présente l'inconvénient d'exclure formellement les contrats qui transfèrent un droit autre ».

¹⁴⁷⁵ Art. L.122-7 CPI.

¹⁴⁷⁶ V. sur ce point *infra*, n°370s..

¹⁴⁷⁷ V. Cass. ass. plén., 7 mai 2004 (v. not. CCE 2004, comm. 14, note Ch. CARON, D. 2004, 1545, obs. J.-M. BRUGUIÈRE et E. DREYER) qui refuse au propriétaire le droit exclusif de s'opposer à la publication de l'image de sa chose. V. l'observation pénétrante de M. P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, th. Poitiers, n°91, avant l'arrêt « Café Gondrée » : « On voit mal comment un droit démembré pourrait conférer des droits supérieurs au droit dont il est issu si le droit de propriété corporelle ne confère pas le droit exclusif de reproduire la chose matérielle ».

le droit de reproduction n'est pas une prérogative de propriétaire et, partant, que le droit d'auteur, qui le comprend indéniablement, est *plus* qu'un droit de propriété ?

La qualification de vente, restreinte au transfert de *propriété*, est ainsi condamnée par une telle analyse, dans la mesure où même si le droit pécuniaire de l'auteur est globalement qualifié de droit de propriété, il faudrait réserver le terme de vente aux seules conventions par lesquelles il est intégralement transféré, et l'exclure lorsque seul un des attributs est visé... ce qui est pourtant presque toujours le cas. En outre, s'il est évidemment possible de concevoir une cession concomitante des deux prérogatives principales que sont le droit de reproduction et le droit de représentation, celle-ci doit être expresse, et encore ne pourrait-elle pas permettre de tenir l'exploitant pour propriétaire (ce compris en tant que titulaire du droit patrimonial, en dehors-même de l'influence du droit moral), dans la mesure où, faut-il le rappeler, le droit de suite est inaliénable¹⁴⁷⁸. Il semble également infondé de raisonner par analogie avec la vente assortie d'une clause de réserve d'usufruit, dans la mesure où le démembrement est, dans cette hypothèse, d'origine conventionnelle, alors que l'indépendance des droits d'exploitation est affirmée par la loi. Il serait très artificiel de considérer que le contrat d'auteur emporte transfert du monopole, sous la réserve des droits patrimoniaux et des modes d'exploitation non visés par les parties, par une sorte de stipulation tacite... Les cocontractants doivent expressément prévoir ce qui est cédé, non ce qui ne l'est pas¹⁴⁷⁹.

331. Impossible reconnaissance de multiples droits de propriété sur un même objet. –

Enfin, s'ils ne sont pas réductibles à des *attributs du droit de propriété classique*, droit de reproduction et droit de représentation ne sont certainement pas davantage des *droits de propriété distincts* – et encore moins le droit de suite. Il ne peut exister *plusieurs* droits de propriété sur une *même* chose. Dès lors qu'il est admis que les droits patrimoniaux ont pour objet l'œuvre de l'esprit, on ne saurait soutenir que chacun des droits d'exploitation, pris isolément, est un droit de propriété : ce dernier étant le droit réel le plus complet qui puisse se concevoir, la maîtrise juridique la plus complète qui soit admise¹⁴⁸⁰, il est logiquement impossible de considérer que chacune des prérogatives peut recevoir indépendamment la

¹⁴⁷⁸ V. sur ce point le § précédent.

¹⁴⁷⁹ Sur l'impact de l'article L.131-3 CPI sur la qualification des contrats d'auteur, v. *infra*, n°366s.

¹⁴⁸⁰ Qu'il soit considéré comme un bien ou une relation entre une personne et un bien, un droit réel ou non, nul ne conteste que la propriété est la maîtrise de droit la plus complète que le système juridique admette. V. en ce sens, p. ex., F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°50 et 120 (droit de propriété envisagé comme droit réel le plus complet) ; F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, n°90s. (propriété envisagée comme relation exclusive entre une personne et un bien, qui permet à la première de se réserver toutes les utilités du second).

qualification. Aussi est-il exclu de considérer que la définition de la vente comme acte translatif de droit de propriété puisse s'appliquer à la cession de droits d'exploitation, envisagés isolément comme droit de propriété à part entière.

b) Qualification de droit réel sur la chose d'autrui

332. Qualification de droit réel sur la chose d'autrui. – Serait-il alors possible de réduire le droit d'auteur à un droit réel sur la chose d'autrui, plus exactement un droit réel grevant la propriété corporelle ?

Certains contrats d'exploitation réglementés par la loi mettent à la charge de l'auteur une obligation de délivrance d'un support de l'œuvre de l'esprit, ainsi les contrats d'édition¹⁴⁸¹. Il est alors possible de se demander si cette obligation pourrait justifier une subsumption de celui-ci sous une qualification de vente ou de bail de la chose corporelle que constitue ce support. En ce sens, il faut rappeler que la doctrine ancienne s'interrogeait sur l'effet de la vente du substrat corporel des œuvres de l'esprit. L'acquéreur d'un exemplaire pouvait-il à son tour en faire des copies, au titre de l'exercice de son droit de propriété¹⁴⁸² ? Le droit d'auteur pouvait-il être tenu pour une partie de la propriété de la chose corporelle, auquel cas il en aurait emprunté la nature ? Cependant, la question est réglée aujourd'hui. La loi énonce expressément que la propriété d'un support de l'œuvre de l'esprit est indépendante du droit d'auteur¹⁴⁸³, et au demeurant, la jurisprudence s'est récemment fixée en ce sens que le droit de propriété corporelle n'emporte pas le droit de reproduire la chose¹⁴⁸⁴. Le doute n'est donc pas permis. De la même façon que l'auteur conserve son droit d'exploitation lorsqu'il vend un

¹⁴⁸¹ V. art. L. 132-9 CPI, selon lequel l'auteur « doit remettre à l'éditeur, dans le délai prévu au contrat, l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication normale ». Il convient cependant de noter qu'aucune disposition similaire n'a été adoptée s'agissant du contrat de représentation ou du contrat de production audiovisuelle, par exemple. Sur ce point, v. *supra*, n°90.

¹⁴⁸² V. le raisonnement de la doctrine ancienne, ainsi p. ex. GASTAMBIDE, *Historique de la propriété des auteurs*, pp.84-85 : la propriété de l'exemplaire est mise en concurrence avec celle de l'œuvre de l'esprit : l'acheteur d'un exemplaire aurait-il, en tant que propriétaire, le droit d'en tirer copie ? Le jurisconsulte répond par la négative en arguant du fait que si « la propriété [de l'auteur] va être aux prises avec la propriété de l'acheteur et exposée au danger des reproductions rivales, la loi intervient et stipule une réserve au profit de l'auteur sur sa pensée, et qu'elle est en réalité un droit de suite sur les fruits de celle-ci ».

¹⁴⁸³ Art. L.111-3 CPI. V. aussi P. KAMINA, « De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997 (Godard c/ Houdelinckx) », *RRJ* 1998-3, 881.

¹⁴⁸⁴ V. Ass. plén., 7 mai 2004 (v. not. CCE 2004, comm. 14, note Ch. CARON, *D.* 2004, 1545, obs. J.-M. BRUGUIÈRE et E. DREYER) qui refuse au propriétaire le droit exclusif de s'opposer à la publication de l'image de sa chose. V. l'observation pénétrante de M. P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, th. Poitiers, n°91: « On voit mal comment un droit démembré pourrait conférer des droits

support original de son œuvre, le contrat qu'il conclut relativement à l'exploitation a pour objet le ou les droits patrimoniaux qui lui sont reconnus sur l'œuvre incorporelle, mais non le support corporel de cette dernière¹⁴⁸⁵. Le contrat d'exploitation ne saurait ainsi être absorbé par une qualification de vente de chose corporelle, même s'il donne naissance à une obligation de mise à disposition du support de l'œuvre visée par les parties. Il est indéniable que le contrat d'exploitation doit recevoir une qualification autonome.

Mais d'autres propositions tendent également à la qualification de droit réel¹⁴⁸⁶. Il s'agirait alors de considérer que les contrats portent sur des droits réels sur la chose d'autrui. La qualification paraît pourtant inadéquate, en ce qu'elle repose sur un lien entre œuvre et support qui n'a rien de constant. La qualification ne sied d'ailleurs à aucune des prérogatives de l'auteur. En réalité, la thèse généralise abusivement le raisonnement mené à l'égard de la fabrication d'exemplaires. Certes, dans ce cas, il est techniquement concevable de tenir le droit de reproduction pour un droit réel grevant la propriété de chacun de ces vecteurs matériels de l'œuvre¹⁴⁸⁷. Mais une telle analyse achoppe déjà sur l'inclusion dans le droit de reproduction de tout ce qui concerne l'adaptation de l'œuvre : le droit de reproduction s'applique là en dehors même de l'apparition d'un droit de propriété corporelle. Quant au droit de représentation, la réfutation est évidente : il n'existe pas de propriété corporelle dans un tel cas. Les droits de reproduction et de représentation ne sauraient donc être réduits à des droits réels sur la chose (corporelle) d'autrui.

c) Qualification de droit réel sui generis

333. Qualification de droit réel sui generis. – En réalité, les droits de reproduction et de représentation sont bien des droits réels, dans la mesure où ils partagent toutes les caractéristiques des droits réels portant sur des choses corporelles : ils sont exclusifs,

supérieurs au droit dont il est issu si le droit de propriété corporelle ne confère pas le droit exclusif de reproduire la chose matérielle ».

¹⁴⁸⁵ V. not. en ce sens Cass. 1^{er} civ., 11 octobre 1983, RIDA 1/1984, p. 196 ; RTD com. 1984, p. 288 (jugé que l'achat d'une copie de film publicitaire par l'annonceur n'était que l'achat du support matériel de l'œuvre, et non une cession des droits sur le film : l'annonceur n'était donc pas fondé à effectuer les représentations qu'il avait accomplies).

¹⁴⁸⁶ V. déjà P. CATALA, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », RTD civ. 1966, 185, n°26, selon lequel « la propriété littéraire et artistique, dans ses attributs d'ordre moral et patrimonial, comporte de singulières prérogatives apparentées au droit de suite, qui altèrent la souveraineté de l'acquéreur ».

¹⁴⁸⁷ V. en ce sens P. BERLIOZ, *La notion de bien*, th. Paris I, n°250s.

opposables à tous et s'exercent directement sur une chose¹⁴⁸⁸. Ces droits réels portent sur l'œuvre de l'esprit, qui est une chose¹⁴⁸⁹, et sont ainsi des biens cessibles¹⁴⁹⁰.

La qualification de droit réel *sui generis* s'évince ainsi naturellement de l'inapplicabilité de la qualification de droit de propriété ou de droit réel sur la chose d'autrui. En tant qu'outil de technique juridique, rien ne s'oppose à son utilisation en dehors des sentiers bornés du modèle propriétaire. Il en va de même des droits rattachés au droit de reproduction.

2) Droits rattachés au droit de reproduction

334. Qualification de droit de créance. – Les divers « droits à rémunération » issus de « licences légales » ou de « cessions forcées » ne peuvent recevoir une qualification de droit de créance, au prétexte que le créateur, privé du pouvoir d'interdire l'exploitation, ne bénéficie que d'une compensation financière. La raison en est simple : l'approche analytique ne doit pas conduire à déterminer la nature du droit en fonction de caractères contingents. Lorsque la loi paralyse la mise en œuvre du droit exclusif, le droit reste par nature exclusif¹⁴⁹¹. Il en va ainsi par exemple de la rémunération du prêt public des œuvres éditées ou de la reproduction par reprographie. Mais il en est également de même s'agissant de la rémunération pour copie privée, dans la mesure où les exceptions au monopole n'altèrent pas la nature du droit exclusif¹⁴⁹². Offrant par nature un pouvoir d'interdire, ces droits dénommés « droits à rémunération » ne sauraient pourtant être réduits à des droits de créance.

335. Qualification de droit réel sur la chose d'autrui. – Il serait également vain de soutenir une qualification en tant que droit réel grevant la propriété corporelle d'autrui. Certes, un certain nombre de ces prérogatives de l'auteur limitent les pouvoirs du propriétaire du

¹⁴⁸⁸ Sur ces caractères du droit réel, v. p. ex. Ch. ATIAS, *Les biens*, Litec 9^e éd. 2007, n°72.

¹⁴⁸⁹ Sur l'appréhension de l'œuvre de l'esprit en tant que chose, v. *supra*, n°...

¹⁴⁹⁰ Sur l'assimilation des biens au droit, v. Ch. CARON et H. LÉCUYER, *Les biens*, *op. cit.*, p. 12s. et *supra*, n°315.

¹⁴⁹¹ V. p. ex. en ce sens J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, *op. cit.*, n°253 : la licence, volontaire ou non, « apparaît alors comme une technique particulière d'exercice du droit qui, à ce titre, n'en modifie pas la nature ».

¹⁴⁹² En droit français, l'exception au monopole ne se conçoit pas comme un droit des utilisateurs, mais comme une dérogation, d'interprétation étroite de surcroît, au principe d'exclusivité (V. not. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°322). L'existence d'une exception est donc un facteur contingent, sans incidence sur la nature du droit. Il est d'ailleurs symptomatique que l'exclusivité de droits similaires, tels les droits de prêt et de location, soit parfois paralysée – prêt public des œuvres éditées par exemple – parfois non – location par exemple. C'est bien le signe que par nature, ces droits restent des droits exclusifs, offrant un pouvoir d'interdire.

support : l'exemplaire ne peut être loué sans autorisation, prêté sans acquitter une redevance, etc. Une telle qualification ne s'en avère pas moins inadéquate.

Le droit de l'auteur ne permet pas à ce dernier de louer ou de prêter l'exemplaire en dépit de la volonté de son propriétaire. A cet égard, la différence se perçoit aisément avec un usufruit, qui donne au titulaire un droit direct sur la chose. Les droits de prêt ou de location ne donnent pas un droit direct sur la chose corporelle, ils permettent seulement d'interdire ou d'autoriser un acte juridique en contrepartie d'une rémunération. L'atteinte aux prérogatives du propriétaire n'est pas suffisamment avérée, dès lors que le droit de l'auteur ne peut imposer un usage de la chose. Néanmoins, il est vrai que certaines servitudes consistent seulement à interdire quelque chose, ainsi une construction sur le fonds servant¹⁴⁹³. S'il est de toute façon exclu de retenir la qualification de servitude, grevant la seule propriété foncière¹⁴⁹⁴, la technique du droit réel n'est peut-être donc pas condamnée pour cette seule raison. Il n'en demeure pas moins qu'en principe, la reconnaissance du droit réel se fait sans contrepartie, car il n'y a pas d'engagement personnel¹⁴⁹⁵. Aussi est-il fort douteux que puisse être mise en œuvre la technique du droit réel dans des situations où il s'agit de subordonner l'exercice des prérogatives du propriétaire (louer sa chose) à une autorisation et à une rémunération.

Toutefois, l'inadéquation de la qualification se dévoile de façon plus évidente encore par un parallèle avec le droit *princeps* de reproduction. Il a été démontré que le droit de reproduction n'est pas un droit réel grevant la propriété corporelle, en ce que la propriété corporelle ne confère pas de droit d'exploiter l'image de la chose¹⁴⁹⁶. Cela étant, il ne faut pas ignorer que le droit de reproduction, en ce qu'il vise la fixation *matérielle* de l'œuvre, s'applique bien sur une matière, qui fait en principe l'objet d'une propriété corporelle. Dès lors que, nonobstant ce lien avec la matière, le droit de reproduction n'est pas tenu pour un droit réel grevant la propriété corporelle, il n'y a pas plus de raison d'inférer de ce lien avec la matière la même nature pour les droits de prêt ou de location. Certes, le prêt ou la location sont des actes juridiques accomplis à l'égard du support. Mais le droit de prêt et de location ne sont pas pour autant nécessairement des droits réels grevant la propriété corporelle : la limitation des prérogatives du propriétaire du support peut aussi bien s'expliquer par le respect de la

¹⁴⁹³ C. civ., art. 689 al. 3. V. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°885.

¹⁴⁹⁴ C. civ., art. 637. V. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°865.

¹⁴⁹⁵ Pour les servitudes, v. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°877, sur la distinction entre servitude et obligation personnelle : le propriétaire du fonds servant n'est tenu d'aucune prestation positive.

¹⁴⁹⁶ V. *supra*, n°330.

propriété incorporelle de l'auteur. Il faut ajouter que, pour une fraction de la doctrine, le prêt et la location sont des actes qui entrent dans le champ du droit de reproduction, par le biais de la théorie du droit de destination¹⁴⁹⁷. Le rejet de la qualification pour le droit de reproduction interdit donc de l'appliquer au « droit de prêt ou de location ».

336. Qualification de droit réel *sui generis*. – Là encore, une qualification de droit réel *sui generis* s'impose ainsi. Il s'agit de droits directs sur l'œuvre de l'esprit, opposables à tous et exclusifs par nature, même si l'exclusivité est souvent paralysée en pratique : rien ne s'oppose à la mise en œuvre de la technique du droit réel. Parce qu'ils ne sont pas pour autant des droits de propriété ou des droits réels grevant une chose corporelle, il faut cependant y voir des droits réels *sui generis*, pour marquer leur spécificité. Le droit de suite présente quant à lui une nature différente.

B. – Droit de suite

337. Qualification de droit de créance ou de droit *sui generis*. – Le « droit de suite » reconnu à l'auteur d'œuvres d'art se distingue clairement du droit de suite ouvert à tout titulaire de droit réel, qui lui permet de reprendre possession de la chose, en quelques mains qu'elle se trouve¹⁴⁹⁸. Le droit de suite reconnu aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques ne peut d'aucune manière être analysé en tant qu'attribut de droit de propriété. Le droit de suite reconnu aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques n'est ni un droit de propriété en lui-même, c'est évident, mais il n'est pas davantage une prérogative de propriétaire.

S'agit-il alors d'un droit réel grevant la chose corporelle d'autrui ? Certains auteurs le contestent, en observant que les prérogatives du propriétaire corporel ne sont pas affectées, la validité de la vente n'étant d'ailleurs pas menacée en cas de violation du droit de suite¹⁴⁹⁹. À dire vrai, la technique même du droit réel semble condamnée, dès lors que le créateur, ne pouvant prétendre qu'à une rémunération, n'a aucun droit direct sur la chose. Pour la même raison, il ne saurait s'agir d'une obligation réelle, attachée à la chose – étant entendu que, de surcroît, il s'agit plus d'une contrainte s'exerçant à l'occasion d'un acte – la vente du support – que sur la chose elle-même.

¹⁴⁹⁷ V. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°730. Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°246s., hostiles à la théorie du droit de destination.

¹⁴⁹⁸ Pour une présentation de ce droit, v. *supra*, n°191.

En réalité, il pourrait s'agir d'un droit de créance imposé par la loi. Certes, aucun contrat ne lie l'auteur au nouvel acquéreur du support. Il ne faut pas oublier cependant que le débiteur de la rémunération est le vendeur¹⁵⁰⁰. Le premier débiteur est, de fait, l'acquéreur initial de l'œuvre, lequel est partie au contrat de vente avec l'auteur mais aussi à la revente, avec le tiers acquéreur. S'explique ainsi aisément que tout nouveau vendeur soit tenu, en dépit de l'absence de contrat direct avec l'auteur : la dette de rémunération se transmet avec la chose, tel un accessoire. À défaut d'une telle qualification, il faudra reconnaître un caractère *sui generis* absolu.

De même que chacun des droits d'exploitation peut recevoir sa propre qualification au regard du droit civil, les droits moraux n'obéissent pas à une logique unitaire.

§ 2. – NATURE DES DROITS MORAUX

338. Rejet de la qualification de droits réels sur la chose d'autrui. – Certains se bornent à considérer que les droits moraux sont des droits réels concurrents du monopole d'exploitation, observant qu'il existe en propriété corporelle des « équivalents fonctionnels » à certains « droits moraux » de l'auteur¹⁵⁰¹ : ainsi le droit de rétention peut avoir la même fonction que le droit de non-divulgaration, le droit d'exposition que le droit de divulgation, le droit de propriété peut même remplir la fonction d'un « droit au respect », pour autant qu'une atteinte matérielle à la propriété soit en cause »¹⁵⁰². Il est par ailleurs avancé que la qualification de droit réel ne fait pas obstacle à la reconnaissance des caractères du droit moral, ainsi de son

¹⁴⁹⁹ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°426.

¹⁵⁰⁰ Art. L. 122-8 al. 3 CPI : pour être exact, il faut préciser que la responsabilité du paiement incombe en réalité au « professionnel intervenant dans la vente », dans les ventes à un particulier, au vendeur lorsque la cession s'opère entre deux professionnels.

¹⁵⁰¹ V. P. KAMINA, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, th. dactyl. Poitiers, n°113s.

¹⁵⁰² V. P. KAMINA, th. préc., n°113 : « La seule différence réside dans l'étendue et le régime de ces prérogatives qui, pour des raisons éthiques, sont particulièrement étendues en matière de propriété littéraire et artistique. Mais là encore, ces différences ne justifient pas une disqualification en termes de droit réel » (souligné par l'auteur).

inaliénabilité¹⁵⁰³, de son insaisissabilité, etc.¹⁵⁰⁴. Il est ainsi conclu que des régimes différents ne sauraient exclure l'identité de nature du droit d'auteur¹⁵⁰⁵.

La qualification de droit réel grevant une propriété incorporelle est pourtant inadéquate, pour la même raison que celle exposée s'agissant des droits patrimoniaux : elle repose sur un lien entre œuvre et support qui n'a rien de constant. Certes, le propriétaire d'une œuvre d'art ne peut exercer la plénitude de ses droits : du moins en principe, il ne peut en modifier ou altérer la substance, voire la détruire, sans violer de fait le droit moral¹⁵⁰⁶. Mais ceci n'oblige en rien à analyser le droit moral en un droit réel grevant la propriété corporelle, notamment lorsqu'il s'agit de la propriété d'un support de reproduction. Ceci se vérifie pour toutes les prérogatives morales. Le droit de divulgation n'a rien d'un droit réel grevant une telle propriété, dans la mesure où la reproduction de l'œuvre n'est justement possible qu'après sa divulgation : la propriété corporelle (des exemplaires) peut n'apparaître qu'après l'exercice du droit de divulgation, qui ne saurait ainsi être ramené à un droit réel grevant un droit né postérieurement. Le droit de paternité ou le droit au respect ne sauraient s'opposer à la destruction d'un exemplaire. Quant au droit de retrait et de repentir, il n'est pas davantage un droit réel grevant une chose corporelle, étant inapplicable dans le cadre des contrats de commande ou de vente d'œuvre d'art.

339. Rejet de la qualification de droits réels sur l'œuvre. – Mais de façon plus générale, c'est la technique du droit réel qui paraît condamnée. De façon peut-être un peu paradoxale, c'est leur transmissibilité à cause de mort qui dévoile pourquoi ces prérogatives ne peuvent être assimilées au droit réel. En effet, il est admis que les ayants cause du créateur doivent suivre la volonté qu'il a exprimée de son vivant, aussi bien s'agissant de la divulgation – ou

¹⁵⁰³ V. P. KAMINA, th. préc., n°114, qui souligne qu'un droit réel peut tout à fait être frappé d'inaliénabilité par la loi elle-même, ainsi p. ex. le droit d'usage et d'habitation (art. 625 C. civ.), la propriété des souvenirs de famille, des sépultures, etc.

¹⁵⁰⁴ V. P. KAMINA, th. préc., n°117, qui observe que l'insaisissabilité de l'œuvre non divulguée n'est pas le signe de son caractère extra-patrimonial, mais seulement du caractère personnel du droit réel.

¹⁵⁰⁵ P. KAMINA, th. préc., n°115. M. Kamina ajoute également (n°118) que loi évoque seulement les deux attributs d'un même droit, et que la différence de régime s'observe tout aussi bien s'agissant des différentes prérogatives attachés au droit moral ou au monopole d'exploitation, dont l'unité respective est pourtant postulée par la doctrine dualiste (il est ainsi rappelé que seul le droit de suite est inaliénable, que seul le droit de repentir et de retrait n'est pas transmissible à cause de mort, etc.)

¹⁵⁰⁶ V., en faveur de la qualification de droit réel grevant le support de création, B. EDELMAN, « Le droit moral dans les œuvres artistiques », D. 1982, 263, n°5 : « le droit moral est un attribut réel de l'œuvre artistique (...). En d'autres termes, une œuvre artistique amputée de son droit moral constitue une *propriété imparfaite*. Il en résulte, si l'on généralise cette analyse, que son acquéreur ne la possède pas *en pleine propriété* : l'œuvre est affectée d'une condition réelle qui doit être respectée ».

du refus de divulgation – que de la paternité ou du respect de son œuvre¹⁵⁰⁷. Or la technique du droit réel ne peut pas rendre compte de cette transformation du droit moral après la mort de l’auteur, dans la mesure où le droit direct sur la chose, en quoi consiste un droit réel, produit au profit de son titulaire la plénitude de ses effets, sans considération attachée à sa personne. Si le droit moral était un droit réel, l’ayant cause, devenu titulaire du droit, pourrait l’exercer en fonction de son propre intérêt moral : ce n’est indubitablement pas le cas.

340. Rejet de la qualification de droits de la personnalité. – À l’instar du droit d’auteur pris dans sa globalité, les droits moraux gagneraient également à échapper à la qualification de droit de la personnalité. En effet, il est permis de douter de l’utilité d’une inclusion dans une catégorie dont la nature reste elle-même incertaine : tandis que certains auteurs préfèrent y substituer une propriété des attributs de la personnalité¹⁵⁰⁸, une fraction de plus en plus importante de la doctrine conteste leur vocation extrapatrimoniale¹⁵⁰⁹. C’est peu dire que la nature du droit moral ne se trouverait pas éclaircie par un tel rattachement, car la perspective dualiste, dans laquelle s’inscrit cette qualification, invite précisément à nettement dissocier les prérogatives patrimoniales et extrapatrimoniales de l’auteur. Il semble ainsi périlleux de construire les qualifications contractuelles sur des fondations aussi fragiles, quand ses vacillements actuels et futurs risquent de provoquer la chute de l’édifice. De ce point de vue, il est significatif que certains pourfendeurs de la qualification craignent que le rapprochement ait pour conséquence un affaiblissement de la protection¹⁵¹⁰. D’ailleurs, il faut rappeler la distinction déjà exposée entre les attributs de la personnalité et l’œuvre de l’esprit¹⁵¹¹ : toute personne a un nom, une vie privée, une image ; toute n’a pas créé une œuvre de l’esprit, d’où il ressort que l’œuvre n’est pas une caractéristique de la personne. Ne saurait être compté au nombre des attributs de la personnalité que ce qui appartient nécessairement à la personne¹⁵¹².

¹⁵⁰⁷ V. not. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°271s., qui souligne la « métamorphose » que subit le droit moral au décès du créateur, passant d’un droit subjectif à un pouvoir devant être exercé au service de la volonté du créateur défunt.

¹⁵⁰⁸ F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006, n°262, qui relèvent l’extrapatrimonialité des attributs de la personne, mais admettent une dimension pécuniaire (n°266).

¹⁵⁰⁹ V., pour le droit à l’image, Th. HASSLER, « Quelle patrimonialisation pour le droit à l’image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l’image », LP 2007, II, 123, qui propose en fait d’abolir le droit extrapatrimonial à l’image (n°16) et penche vers la qualification de ce droit patrimonial à l’image en tant que droit de propriété (n°22).

¹⁵¹⁰ V. aussi en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°444, qui relève même un risque d’affadissement du droit moral, craignant notamment un alignement avec l’approche minimaliste de la plupart des conventions internationales – une réduction du droit moral à la protection contre les atteintes à l’honneur et à la réputation.

¹⁵¹¹ V. *supra*, n°282.

¹⁵¹² On pourrait penser de surcroît que, si le lien entre personne et œuvre pouvait se comprendre quand les œuvres protégeables l’étaient en tant qu’elles portaient l’empreinte d’une personnalité, l’ouverture de la protection fondée sur le critère d’apport intellectuel propre discrédite tout rapprochement entre droit moral et

De même faut-il rappeler que le droit de retrait et de repentir ne peut s'expliquer par la technique du droit de la personnalité¹⁵¹³.

341. Qualification de droits *sui generis*. – Le droit de divulgation, le droit au nom et au respect de l'œuvre sont ainsi des droits *sui generis*, qualification qui s'impose dès lors qu'il ne s'agit ni de droits réels, ni de droits de la personnalité. Ce qui importe est qu'ils soient attachés à la personne et, partant, indépendants des opérations accomplies à l'égard des droits patrimoniaux. Après avoir procédé à l'analyse de la nature de chacune des prérogatives reconnues à l'auteur par la loi, il convient de prendre parti sur la qualification de l'ensemble.

§ 3. – NATURE DU DROIT D'AUTEUR

342. Rejet de la qualification de droit de propriété. – La qualification de droit de propriété ne saurait convenir, dans la mesure où le droit exclusif d'exploitation est à la fois plus et moins que ce qu'est le droit de propriété des choses corporelles.

Le droit d'auteur ne peut être présenté tel un droit de propriété, défini de façon classique par l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, même si l'obstacle ne réside pas nécessairement là où une première intuition amène. En effet, il est vrai que la loi ne retire rien à l'auteur qui ne lui est pas *de fait* retiré par la nature de la chose : l'*usus* du fait de l'ubiquité de la création, une partie de l'*abusus* du fait que la destruction d'une œuvre de l'esprit n'est pas concevable en dehors de la destruction de ses incarnations physiques, qui relèvent de la propriété corporelle. Juridiquement, le droit est donc aussi absolu qu'il peut l'être, étant entendu qu'il n'est pas même possible à un droit absolu de nier ce que la nature de la chose ne permet pas de maîtriser ou ce que le droit d'un tiers ne permet pas de faire – que le propriétaire d'un terrain ne puisse le détruire n'a jamais exclu la qualification... En outre, s'il faut admettre que la loi limite aussi le *fructus* par certains mécanismes (durée limitée et exceptions au monopole) – seule distinction entre propriété corporelle et incorporelle du point de vue de l'absoluité – il s'agit en quelque sorte de mécanismes d'expropriation qui n'interdisent en rien la mise en œuvre de la qualification. Pour autant, celle-ci achoppe sur l'autonomie de chacune des

droit de la personnalité. L'argument ne semble pourtant pas pertinent : ne faut-il pas relever que, pour les créations dont l'originalité est appréciée différemment, ainsi en matière de logiciel, le droit moral est justement réduit à une protection contre les atteintes à la réputation et à la dignité, c'est-à-dire à des faits qui portent atteinte à la personne ? De fait, le droit moral protégerait bien toujours la personnalité de l'individu. Il n'est pas tant question de remettre en cause cette idée que l'aptitude technique de la qualification de droit de la personnalité à rendre compte du droit moral.

prérogatives morales et patrimoniales et la cessibilité, de façon indépendante, des droits d'exploitation. Tandis qu'un propriétaire ne peut céder indépendamment les attributs de son droit de propriété, mais seulement soit le céder pleinement, soit constituer un droit réel sur la chose d'autrui, l'auteur peut céder indépendamment certaines des prérogatives qui lui sont attribuées par la loi. En outre, l'éviction de la qualification réelle du droit moral interdit de considérer que le droit d'auteur pris en tant que tout constitue un droit de propriété qui reste, dans la conception orthodoxe, le droit réel le plus complet¹⁵¹⁴.

L'auteur n'est pas davantage « propriétaire » du droit de reproduction ou de représentation, puisque chacun de ces droits patrimoniaux est une composante de sa propriété ! Là encore, la construction ne paraît pas avoir plus de sens que celle qui consisterait à prétendre que le propriétaire d'une chose est propriétaire de l'*usus*, du *fructus* ou de l'*abusus* de la chose, ou, dans une terminologie plus moderne, propriétaire du pouvoir de disposer ou du pouvoir d'exclure¹⁵¹⁵. Le propriétaire d'une chose corporelle n'est pas propriétaire des prérogatives attachées à sa propriété, laquelle n'est d'ailleurs pas définie de façon analytique comme une somme de prérogatives déterminées. Qu'en matière de droit d'auteur, la loi isole et définisse distinctement diverses prérogatives n'autorise pas à considérer que le créateur devient pour autant propriétaire des différentes prérogatives qui composent sa propriété ! C'est simplement que, tandis que le droit de propriété classique est défini de façon synthétique, le droit de propriété littéraire et artistique résulte d'une conception analytique : il n'est qu'un contenant, son contenu étant composé non pas d'un ensemble indéterminé d'utilités, mais d'un ensemble déterminé de droits : prérogatives morales, droits patrimoniaux obéissant chacun à un régime propre.

Il n'est donc pas possible de réunir sous une même bannière l'ensemble des prérogatives patrimoniales de l'auteur. Le droit de suite reconnu aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques paraît s'assimiler à un droit de créance ou à un droit *sui generis*, tandis que les droits d'exploitation – reproduction, représentation, droits dérivés – sont des droits réels *sui generis*. Comment serait-il possible, sur ces bases, d'identifier *un* droit patrimonial d'auteur, et de lui attribuer une nature unitaire ? Il en est de même s'agissant des diverses prérogatives

¹⁵¹³ V. *supra*, n°322.

¹⁵¹⁴ V. p. ex. en ce sens F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n°120

¹⁵¹⁵ Sur cette terminologie, V. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°192s.

morales, le droit de retrait et de repentir apparaissant tel un droit potestatif lié à un contrat, quand les autres ne semblent pas nécessiter une qualification civiliste réductrice.

343. Impossible mise en œuvre de la théorie de l'accessoire. – De surcroît, la théorie de l'accessoire ne semble pas devoir s'appliquer. Alors que son application à l'égard du droit moral est apparue pour le moins discutable¹⁵¹⁶, il est permis de douter que sa mise en œuvre s'avère plus pertinente *au sein de chaque ordre de prérogatives*, pour attribuer au tout la nature de sa partie principale. La théorie ne peut s'appliquer dès lors que chacune des prérogatives présente des caractères propres qui peuvent se révéler incompatibles avec n'importe quelle qualification unitaire de l'ensemble¹⁵¹⁷. Par ailleurs, on voit mal comment l'une quelconque des prérogatives morales ou patrimoniales pourrait être jugée plus accessoire que les autres, en ce qu'aucune n'est au service de l'autre. Le critère de l'accessoire qualitatif, orienté vers la finalité, ne semble pas devoir jouer un rôle à ce titre¹⁵¹⁸.

344. Qualification *sui generis*. – Enfin n'est-il pas inutile de souligner que la qualification de droit de propriété ne s'impose pas pour étendre au droit d'auteur la mise en œuvre des mécanismes du droit commun des biens ou la protection des instruments internationaux¹⁵¹⁹. Ainsi par exemple faut-il admettre que l'indivision ou l'usufruit ne sont pas nécessairement liés à la qualification de propriété¹⁵²⁰. S'agissant de l'application des normes internationales, notamment du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il peut être observé que la qualification de droit de propriété ne s'impose pas dans un sens technique : la

¹⁵¹⁶ V. sur ce point *supra*, n°301s.

¹⁵¹⁷ La logique est profondément différente en matière contractuelle. Certaines obligations peuvent être dites accessoires à d'autres, dans la mesure où le régime qu'il s'agit d'appliquer au contrat dépend alors de la qualification du *contrat*, et non des diverses *obligations*. Ainsi l'obligation de conservation ne connaît-elle pas le même régime selon qu'il s'agit de dépôt, de bail ou d'entreprise. Au contraire, le régime d'une prérogative déterminée dépend de la qualification de cette prérogative déterminée, et ne dépend pas de la qualification fluctuante d'un ensemble fluctuant...

¹⁵¹⁸ Sur ce critère de l'accessoire, v. G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, n°20.

¹⁵¹⁹ Comp. M. VIVANT, « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété », PI 2007, n°23, 193, sur les difficultés de qualification et la reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'un droit de propriété par sa décision du 27 juillet 2006. V. aussi M. VIVANT, « Le contenu du droit d'auteur », in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 73, qui avance l'idée d'une propriété d'un genre spécial – J.-S. BERGÉ, « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », PI 2002, n°4, 9, sur la distinction et les rapports avec le droit de propriété (image de la chose) et la responsabilité civile.

¹⁵²⁰ V. p. ex. Y. STRICKLER, *Les biens*, n°337, qui rappelle que l'indivision peut porter sur un droit de propriété ou un droit réel démembré. Pour l'usufruit, *ibid.*, n°92-b. V. aussi p. ex. art. L. 613-29s. CPI, sur la copropriété des brevets. V. aussi A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PU Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne – LGDJ, Fondation Varenne, préf. Th. Revet, 2005

protection est aussi indubitable¹⁵²¹ que l'est celle des créances, qui ne sont pas des droits de propriété.

En tant que contenant de prérogatives de nature très diverse, il apparaît au final que le droit d'auteur est sans doute un droit *sui generis*. Ni droit de la personnalité¹⁵²², ni droit de propriété¹⁵²³, le droit d'auteur n'est pas pour autant un droit intellectuel, catégorie *sui generis* fondée sur l'idée que les prérogatives morales et patrimoniales partagent toutes cette nature propre¹⁵²⁴. Contrairement à celle de « droit intellectuel », la qualification proposée résulte d'une approche analytique, qui ne s'oppose pas à ce que chacune des diverses prérogatives qui s'attachent à cette « enveloppe » qu'est le droit d'auteur reçoive la qualification adéquate au regard du droit civil, ce qui au fond est l'essentiel. D'ailleurs, si le droit d'auteur pris dans sa globalité est *sui generis*, c'est précisément parce qu'il est la réunion de prérogatives de nature hétérogène. Peut-être même pourrait-on penser que, la qualification ne valant qu'en tant que titre d'application d'un régime déterminé, la qualification du droit d'auteur en tant que tout ne s'impose guère, dès lors qu'il ne fait jamais l'objet en tant que tout d'un régime unitaire ou d'une transaction globale. Celle des diverses prérogatives, notamment patrimoniales, permet en revanche de justifier la mise en œuvre de qualifications du droit commun, dont il reste à mesurer l'adéquation.

Sous-section 2

ADÉQUATION DES QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES DU DROIT CIVIL

345. Les qualifications contractuelles du droit civil, notamment la vente et le bail, sont applicables en dépit de la qualification *sui generis* du droit d'auteur, tant en raison de l'indépendance des divers droits patrimoniaux les uns par rapport aux autres (§1.) que de celle du droit moral par rapport au monopole d'exploitation (§2.).

¹⁵²¹ CEDH, 29 janvier 2008, LP 2008, I, p. 25 (violation de l'art. 1 du Protocole n°1 constituée par le refus des juridictions moldaves d'indemniser un ressortissant du pays pour l'utilisation, sans son accord, de photographies comme fond pour les cartes d'identité nationale, par le ministère de l'Intérieur).

¹⁵²² V. *supra*, n°274s.

¹⁵²³ V. *supra*, n°292s.

¹⁵²⁴ V. *supra*, n°283s.

§ 1. – INDÉPENDANCE DES DIVERS DROITS PATRIMONIAUX

346. Adaptation de la qualification de vente au transfert de droit réel *sui generis*. – Il faut prendre conscience que la définition classique de la vente en tant que convention translatrice de la propriété d'une chose ne saurait embrasser les contrats d'exploitation du droit d'auteur, le constat s'imposant d'ailleurs à dire vrai en dehors même de tout parti pris à l'égard de la qualification du monopole d'exploitation en tant que droit de propriété. De deux choses l'une, en effet. Même en admettant l'application de la technique du droit de propriété, la cession d'un seul droit d'exploitation ne peut être analysée en transfert du droit de propriété, dans la mesure où il n'est pas concevable que chaque droit d'exploitation soit qualifié de droit de propriété plénier¹⁵²⁵. Lorsqu'au contraire la qualification de droit de propriété est rejetée, il est *a fortiori* exclu de s'en tenir à la définition de la vente comme acte translatif de propriété...

Cependant, la vente peut se définir plus simplement et justement comme un acte translatif d'un bien (donc de tout droit patrimonial), et non pas seulement comme acte translatif du droit de propriété, qui n'est qu'une catégorie de bien. En d'autres termes, s'il convient de souscrire sans réserves à l'idée que la cession ne porte que sur des droits déterminés, et non sur l'œuvre globalement, c'est la voie qui est ordinairement empruntée pour parvenir à la qualification de vente qui se présente telle une impasse. Plutôt que de raisonner sur une propriété des droits ou de considérer que la valeur appropriée gît dans la reproduction de l'œuvre, et non dans l'œuvre elle-même, il semble plus pertinent de se fonder sur l'extension de la qualification de vente, définie non pas comme acte translatif de propriété, mais comme acte translatif de n'importe quel droit patrimonial. La doctrine civiliste, sinon le code civil lui-même, ont toujours admis que la qualification s'applique au transfert d'autres droits que le droit de propriété. Aux termes de l'article 1582 du code civil, la vente est une « *convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer* ». Une telle définition renvoie immédiatement, il est vrai, au domaine d'application naturel de la vente, contrat translatif de propriété. Il n'en demeure pas moins que la qualification s'étend, selon le code civil lui-même, aux « droits incorporels », notamment aux créances¹⁵²⁶, et certainement aux droits réels démembrement ou accessoires¹⁵²⁷. La doctrine se prononce d'ailleurs de façon générale en

¹⁵²⁵ V. *supra*, n°331.

¹⁵²⁶ Art. 1689s. C. civ.

¹⁵²⁷ V. not. l'art. 595 C. civ., à propos de la cession du droit d'usufruit ; l'art. 2149 C. civ., qui évoque les « cessions d'antériorité et transferts » des privilèges et hypothèques.

faveur de l'applicabilité de la qualification de vente à la cession de tout droit réel démembré ou de tout droit personnel¹⁵²⁸, à la cession de part sociale comme de créance, à la cession de fonds de commerce ou même de quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁵²⁹ ! L'identification de droits réels *sui generis* ne saurait interdire d'en faire les objets du transfert que produit un contrat de vente.

En outre, il est indéniable que ces droits réels *sui generis* peuvent être appréhendés isolément. De fait, le code de la propriété intellectuelle reconnaît l'indépendance de la cession des divers droits d'exploitation¹⁵³⁰, d'où il résulte une division ou un fractionnement des droits patrimoniaux¹⁵³¹. Résultant ainsi d'un fractionnement légal, chaque partie du droit devient un droit distinct, bien cessible séparément.

Enfin, s'il est vrai qu'en tant qu'acte translatif, la vente ne donne pas ordinairement prise à un effet constitutif, il faut bien voir que, non seulement cette possibilité ne peut être exclue¹⁵³², mais encore que le fractionnement légal du droit de l'auteur en divers attributs patrimoniaux n'est pas un démembrement conventionnel : dans cette mesure, l'acte n'est pas constitutif car ce n'est pas le contrat qui donne naissance à un droit distinct du droit reconnu à l'exploitant. La loi elle-même distingue les prérogatives, et considère qu'elles sont pour certaines isolément cessibles. Définie comme acte translatif de droit, la vente peut s'appliquer sans difficulté à la cession du droit réel *sui generis* que constitue l'un quelconque des droits d'exploitation.

347. Adaptation de la qualification de bail. – L'identification d'un droit réel *sui generis* contrarie encore moins la qualification de bail : dès lors que l'auteur dispose d'un droit

¹⁵²⁸ V. p. ex. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 10, *Contrats civils*, par HAMEL, GIVORD et TUNC, n°12, et dans la doctrine récente, v. p. ex. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11103 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°122 – F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°120.

¹⁵²⁹ V. p. ex. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°121.

¹⁵³⁰ Art. L. 122-7 CPI.

¹⁵³¹ Le terme de « fractionnement » semble préférable, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un « démembrement » classique : en droit civil, il n'y a pas d'indépendance du droit de disposition d'une part, du droit de jouissance de l'autre, ou du droit d'usufruit d'une part, de la nue-propriété de l'autre. S'il existe en droit civil des démembrements légaux comme des démembrements conventionnels, il n'y a pas de fractionnement *ab initio* du droit de propriété corporelle : ce ne sont que des facteurs externes qui expliquent le démembrement, au premier rang desquels la volonté des parties. Le monopole de l'auteur est au contraire divisé dès l'origine, indépendamment de tout événement ou de toute volonté contractuelle.

¹⁵³² V. *infra*, n°378.

exclusif sur la chose, sa qualité pour conférer un droit personnel de jouissance à un tiers ne saurait être remise en cause.

§ 2. – INDÉPENDANCE DU DROIT MORAL

348. L'indépendance des attributs moraux et patrimoniaux, qui ne sont pas nécessairement liés, achève de convaincre que les qualifications de vente et de bail, qui reposent sur le transfert ou la concession d'un droit *patrimonial*, sont parfaitement applicables. En outre, s'il est évident que le droit moral n'est pas l'objet du transfert, il ne constitue pas davantage un obstacle au transfert. Tant l'obligation de respecter le droit moral qui pèse sur les cocontractants d'un créateur (A) que les prérogatives de l'auteur relativement à la divulgation et au retrait de son œuvre (B) restent neutres sur la qualification du contrat.

A. – Neutralité de l'obligation de respecter le droit moral

349. Réception de l'obligation au sein des qualifications. – Si une obligation relative au droit moral pèse sur la plupart des cocontractants de l'auteur¹⁵³³, il apparaît pourtant qu'aucune qualification contractuelle du Code civil ne semble condamnée de ce fait, qu'il s'agisse des qualifications de contrat de service ou de celles de contrat relatif aux biens.

350. La réception de l'obligation de respect du droit moral par les qualifications de contrat de service. – Dans le cadre d'un contrat d'entreprise, l'obligation de respecter le droit moral ne peut pas vraiment être subsumée sous celle de conservation de la chose confiée à l'entrepreneur¹⁵³⁴. Celle-ci pourrait peut-être rendre compte de l'obligation de ne pas apporter à l'œuvre de modifications ou d'altérations, mais non celle de mentionner le nom de l'auteur. De façon plus simple, il faut reconnaître l'obligation de respecter le droit moral sous les traits de l'engagement principal de tout entrepreneur : accomplir correctement le service promis. Lorsqu'un entrepreneur s'engage à publier, fabriquer des exemplaires ou organiser des représentations de l'œuvre, il va de soi que celui-ci doit communiquer l'œuvre sans altérer sa forme, à défaut de quoi il n'exécute pas correctement la prestation promise. Quant à

¹⁵³³ V. *supra*, n°162.

¹⁵³⁴ V. not. l'art. 1789 C. civ., à partir duquel la jurisprudence a introduit dans le contrat, lorsque l'entrepreneur s'est vu confier la chose, une obligation de conservation et de restitution analogue à celle du dépositaire (responsabilité pour faute présumée). V. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°555.

l'obligation de mentionner la paternité de l'auteur, qui découle de la loi, elle s'inscrit naturellement dans la philosophie de la qualification de louage d'ouvrage.

351. La réception de l'obligation de respect du droit moral au sein du contrat de bail. –

Le preneur à bail supporte une obligation de conservation de la chose louée, conséquence logique de l'obligation de restitution mise à sa charge. De fait, l'obligation de restitution commande la conservation de la substance de la chose louée, en ce sens que le locataire doit être en mesure de rendre la chose « telle qu'il l'a reçue »¹⁵³⁵, ou du moins, en « bon état de réparations locatives »¹⁵³⁶. De ces obligations pesant sur tout locataire, il serait tentant, à l'évidence, de rapprocher celle que l'exploitant supporte, s'agissant du respect du droit moral de l'auteur.

Cependant, plusieurs objections s'y opposent. Il est douteux que les obligations faites à l'exploitant au titre du droit moral soient exactement couvertes par l'obligation de conservation. S'agissant du droit de paternité, ce serait forcer le sens des mots que d'inclure dans cette obligation de conservation celle que supporte tout exploitant de mentionner le nom de l'auteur, sur les supports de reproduction ou lors de la représentation de l'œuvre. S'agissant du droit au respect de l'intégrité et de l'esprit de l'œuvre, le rapprochement avec l'obligation de conservation paraît de prime abord plus évident. Il ne faut pourtant pas oublier que, sauf le cas d'une atteinte matérielle portée au support original de création, la modification ou l'adaptation laisse l'œuvre perdurer sous une forme première : il s'agit donc, en fait, d'altération de la communication de l'œuvre plus que d'altération de l'œuvre en tant que telle. Dès lors, il est difficile de faire de l'obligation de respecter l'intégrité de l'œuvre une simple suite de l'obligation de conservation de la chose. Par ailleurs, un problème se pose relativement à la détermination de l'objet du bail : la pratique et la doctrine évoquent généralement la licence des droits, ce qui invite à penser que la « chose » à restituer ou conserver, c'est le droit d'exploitation déterminé par les parties¹⁵³⁷. En conséquence, c'est le droit qu'il s'agirait de conserver et de restituer, et non l'œuvre de l'esprit en tant que telle. D'où la difficulté de conclure que l'obligation de respecter le droit moral s'insère naturellement dans le cadre des obligations mises à la charge de tout preneur à bail.

¹⁵³⁵ V. l'art. 1730 C. civ., à propos du bail conclu après état des lieux.

¹⁵³⁶ V. l'art. 1731 C. civ., à propos du bail conclu sans état des lieux.

¹⁵³⁷ Sur ce point, v. *infra*, n°411s.

Il vaut mieux, somme toute, se garder de rapprochements hasardeux avec les obligations mises à la charge du preneur par le code civil. Mais au fond, n'importe-t-il pas seulement que la qualification de bail soit compatible avec cette obligation de l'exploitant relative à l'indication de la paternité de l'auteur et au respect de sa création ? En d'autres termes, il faut simplement savoir si le régime juridique du bail peut accueillir cette obligation sans que soit perturbée sa structure de qualification, sans que l'accueil de cette obligation ne vienne « défigurer » sa nature profonde. Or, à cet égard, il ne fait nul doute que cette obligation particulière aux contrats d'auteur peut s'insérer sans difficultés dans le modèle du contrat de bail. En effet, il est de l'essence même du bail de ne conférer qu'une jouissance de la chose, enfermée dans les jalons posés par les parties¹⁵³⁸. Ainsi, même si l'objet de la licence consiste dans des droits d'exploitation et non dans l'œuvre de l'esprit en tant que telle, il peut tout à fait découler de la loi que la jouissance des droits soit cantonnée à une exploitation de l'œuvre dans l'état de sa création. Dans le cadre d'une licence, les parties peuvent aménager librement la jouissance donnée, en définir les limites. Or cette jouissance peut être entendue comme celle visant l'exploitation de l'œuvre en l'état de sa création.

352. La réception de l'obligation de respect du droit moral au sein de la qualification de vente. – Il s'avère plus difficile de soutenir, au premier abord, que la qualification de vente peut s'accommoder d'obligations relatives à la jouissance de la chose vendue. L'acquéreur d'une chose corporelle, devenu son propriétaire légitime, doit en jouir et disposer à sa guise, à défaut de quoi il devient inexact de retenir un véritable transfert de propriété en sa faveur. La question se pose ainsi de savoir si la qualification de vente ne fait pas obstacle à l'inclusion d'obligations qui, sans être directement relatives à l'objet de la cession – un ou plusieurs droits patrimoniaux – contraignent néanmoins l'acheteur à faire ou ne pas faire : mentionner le nom de l'auteur et ne pas modifier l'œuvre, par exemple, sont bien des obligations de faire ou de ne pas faire que supporterait le cocontractant, fut-il reconnu cessionnaire¹⁵³⁹. De fait, comment expliquer qu'une vente puisse être résolue pour non-respect du droit moral, alors que la résolution d'une vente ne se conçoit dans le principe qu'à raison de l'inexécution des obligations qui découlent ordinairement de cette qualification ?

¹⁵³⁸ V. art. 1719 C. civ.

¹⁵³⁹ V. sur ce point *supra*, n° 164.

Mais la qualification de vente n'exclut pas *par principe* la stipulation d'obligations de faire ou de ne pas faire¹⁵⁴⁰. Par exemple, il est admis que la vente d'un immeuble soit assortie d'une clause interdisant à l'acheteur l'exercice de certaines activités¹⁵⁴¹, ou encore que, dans les ventes commerciales entre professionnels, l'acquéreur s'engage à ne revendre que sous certaines conditions¹⁵⁴², etc. Il convient seulement de ne pas restreindre la liberté de l'acquéreur à tel point que le transfert de propriété soit illusoire¹⁵⁴³. En d'autres termes, il faut seulement vérifier que le contrat de vente peut bel et bien produire son effet principal. En droit commun, il est ainsi renvoyé à une appréciation concrète, dévolue au juge, et non à une condamnation de principe, que nulle disposition du droit commun de la vente ne permet d'inférer. En droit d'auteur, la seule différence est que l'obligation contractuelle relative au droit moral s'inscrit dans le cadre d'une loi impérative, et semble devoir s'imposer dans tout contrat d'auteur. ce faisant, l'appréciation doit être conduite au regard des mêmes critères : il s'agit de savoir si, nonobstant l'obligation contractuelle de respect du droit moral, la cession produit bien son effet principal, le transfert du droit visé par les parties. Or il ne saurait être soutenu que la cession de droit d'exploitation ne produit pas son effet principal, qui est de transférer à l'exploitant la ou les prérogatives visées par les parties, qui, faut-il le rappeler encore, ne s'étendent pas au droit moral. Le respect de la paternité de l'auteur et de la forme de l'œuvre ne saurait être considéré comme une entrave vidant le transfert des droits d'exploitation de toute réalité.

En définitive, il semble que toutes les qualifications contractuelles proposées par le Code civil restent applicables, dans la mesure où leurs structures respectives peuvent accueillir ces obligations de respect du droit moral sans être dénaturées ni voir leur effet principal anéanti. Il faut cependant s'assurer que l'influence du droit moral sur les obligations mises à la charge du créateur n'est pas plus décisive au regard de l'application de ces qualifications contractuelles.

¹⁵⁴⁰ V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°331 : « le contrat peut faire supporter à l'acheteur des restrictions à son pouvoir de propriétaire qui s'apparentent à des obligations de ne pas faire ».

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, n°331.

¹⁵⁴² V. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°176 : le commerçant qui achète pour revendre peut s'engager à ne revendre qu'à certaines personnes (consommateurs, commerçants du même réseau), à ne pas dépasser un certain prix, ne pas vendre certains produits concurrents, disposer ses installations de vente d'une certaine manière, offrir certains services complémentaires à la clientèle, etc..

¹⁵⁴³ Comp. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°331 : « dans tous ces cas [de restriction aux pouvoirs du propriétaire], la liberté de l'acheteur ne doit pas être restreinte de manière déraisonnable ».

B. – Neutralité de l'incidence du droit moral sur les obligations de l'auteur

353. Le droit de divulgation (1) et le droit de retrait et de repentir (2) ne peuvent qu'altérer les effets du contrat d'exploitation, et non interdire *a priori* l'une quelconque des qualifications envisagées.

1) Neutralité de l'exercice du droit de divulgation

354. Droit de divulgation et obligation de délivrance. – La reconnaissance d'un droit de divulgation ne peut aller sans conséquences sur la portée des engagements auxquels souscrit le créateur. Il faut cependant, après avoir postulé l'indépendance de la conclusion du contrat et de la divulgation de l'œuvre, distinguer deux hypothèses, selon que l'auteur conclut le contrat postérieurement ou antérieurement à la divulgation de l'œuvre promise.

355. Indépendance de la conclusion du contrat d'exploitation et de l'exercice du droit de divulgation. – C'est une question discutée que de savoir si le consentement donné à un contrat d'exploitation emporte ou non divulgation de l'œuvre visée par les parties. Une réponse affirmative éliminerait le problème de l'influence du droit de divulgation sur la qualification du contrat d'auteur : admettre que la conclusion de l'accord emporte divulgation de l'œuvre, c'est en effet considérer que le contrat d'exploitation ne peut porter que sur une œuvre divulguée, et par là-même, éliminer l'influence du droit de divulgation sur la qualification contractuelle. Au contraire, une réponse négative implique de vérifier que la qualification proposée, qu'il s'agisse de celle de vente ou de bail, peut accueillir aussi bien le contrat formé antérieurement que postérieurement à la divulgation. Si celle-ci peut n'intervenir que postérieurement à la conclusion du contrat, il ne saurait être admis qu'une qualification possible après la divulgation ne le soit pas avant...

Une réponse nuancée devrait en réalité s'imposer. Certes, la conclusion d'un contrat à propos d'une œuvre non divulguée établit de prime abord une certaine volonté de la communiquer au public¹⁵⁴⁴. La bonne foi contractuelle a également pu être invoquée au soutien de cette

¹⁵⁴⁴ V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°191, selon lequel la signature d'un contrat d'exploitation manifeste la décision de divulguer – Comp. DESBOIS, *Traité*, n°388 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°612, qui considère que la divulgation « doit précéder ou accompagner la conclusion du contrat et ne peut lui être postérieure » et en

position¹⁵⁴⁵. Cela dit, il semble prudent de considérer qu'il s'agit là d'un simple indice, laissé à l'appréciation des juges, car l'exercice du monopole d'exploitation reste par principe indépendant de celui du droit moral. En outre, la divulgation est la marque d'un jugement de l'auteur sur son œuvre, considération de la fidélité de celle-ci à son art, sa pensée, sa personne, or il est évident qu'un tel jugement ne peut être formé que s'agissant d'une œuvre qui existe, dans un certain état d'achèvement, cet état fut-il provisoire... Aussi, s'agissant d'œuvres créées au jour de la conclusion du contrat – ainsi dans le cas de l'édition d'une œuvre déjà écrite, proposée spontanément à l'éditeur – il ne semble pas injustifié de déduire de la signature du contrat le consentement de l'auteur à la communication de l'œuvre au public. En revanche, il importe de se méfier de la portée de la conclusion d'un contrat portant sur une œuvre future¹⁵⁴⁶. Il est alors possible de raisonner à partir de l'effet produit par le contrat de commande. La conclusion de la commande ne préjugeant pas de la divulgation¹⁵⁴⁷, l'on voit mal comment celle du contrat d'exploitation pourrait produire un effet que le contrat de commande ne produit pas ! De façon générale, il est discutable de considérer que, s'agissant d'une œuvre qui n'est pas encore créée ou achevée, la conclusion d'un contrat établisse fermement la volonté de la communiquer au public. En ce sens, il ne serait pas acceptable d'admettre que, à l'expiration du délai prévu au contrat pour remettre l'œuvre, l'exploitant puisse diffuser la création inachevée sous le prétexte que la divulgation a été réalisée par la conclusion du contrat. Enfin, vainement soutiendrait-on que la solution protectrice de l'auteur entraîne une confusion entre la divulgation, d'une part, le repentir ou le retrait, d'autre part¹⁵⁴⁸. Le droit de divulgation s'exerce *avant* la diffusion de l'œuvre, tandis que le droit de repentir et de retrait ne peut être mis en œuvre que *pendant* l'exploitation, alors que l'œuvre a déjà été diffusée.

veut pour preuve que la solution explique pourquoi il a été prévu un droit de retrait et de repentir. *Contra*, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°459, qui observent que la divulgation peut « aussi bien précéder que suivre la conclusion des contrats d'exploitation.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, n°191 : « en matière *contractuelle*, dès que la convention est signée (...), l'auteur doit être considéré comme ayant accepté la divulgation. En d'autres termes, la divulgation va de pair avec la bonne foi ».

¹⁵⁴⁶ Les propos précités de M. Gautier semblent cependant viser aussi l'hypothèse du contrat d'exploitation conclu à l'égard d'une œuvre qui n'est pas déjà créée, l'auteur notant que « peu importe que la chose soit encore future : elle est déterminable et l'exercice par avance du droit n'est pas une abdication » (n°191, p. 232, note 3).

¹⁵⁴⁷ Le droit commun des contrats, qui prohibe l'exécution forcée des obligations de faire qui engagent la personne du cocontractant, évite le conflit entre droit d'auteur et force obligatoire du contrat. Sur l'application de l'art. 1142 c. civ. en droit d'auteur, v. p. ex. Ch. CARON, *Manuel*, n°262.

¹⁵⁴⁸ Telle critique apparaît de façon au moins sous-jacente dans les propos de M. Pollaud-Dulian (*Traité*, n°612).

356. Qualification du contrat formé avant la divulgation. – Le contrat d’exploitation est fréquemment conclu antérieurement à la divulgation, concomitamment à la formation du contrat de commande. Pour rendre compte de cette situation, plusieurs voies de droit ont été explorées, mais présentent un intérêt inégal dans la perspective de la qualification du contrat. Si l’identification d’une obligation alternative¹⁵⁴⁹, d’un contrat aléatoire¹⁵⁵⁰ ou d’un contrat conclu sous une condition suspensive¹⁵⁵¹ ne sont que de fausses pistes, il ne faut pas oublier que si un contrat d’exploitation conclu avant divulgation est nécessairement adossé à une convention de commande – l’auteur s’engage nécessairement à créer l’œuvre dont il cède les droits d’exploitation – ces deux conventions sont juridiquement distinctes. L’hypothèse du refus de divulgation doit alors conduire à une analyse des liens entre ces deux contrats, laquelle analyse révèle que le refus de divulgation n’emporte pas directement inexécution du contrat d’exploitation, mais de la commande. Il n’existe donc pas d’obstacle à la qualification de vente ou de bail, dans la mesure où le droit de divulgation ne perturbe pas directement

¹⁵⁴⁹ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°205, à propos des conventions de commande : « L’on pourrait encore imaginer l’insertion dans le contrat d’une sorte de « clause de réserve d’achèvement », qui suspendrait le transfert de propriété et obligerait alternativement l’auteur à livrer ou indemniser, de sorte que l’obligation ne serait pas potestative ». Il semble toutefois exclu, dans la perspective des cessions de droits sur l’œuvre commandée, de tenir l’obligation de l’auteur pour une obligation alternative. Le transfert des droits d’exploitation ne saurait être remplacé par l’exécution d’une obligation de payer une somme d’argent – à titre de dommages-intérêts ? – sans que la qualification de vente ou de bail soit dénaturée. Il faudrait de toute façon que le créateur stipule dans le contrat cette alternative, ce qui est illusoire en pratique.

¹⁵⁵⁰ Pour rendre compte de la paralysie que pourrait provoquer l’absence de divulgation, une qualification de vente aléatoire ne saurait pas davantage être acceptée. Celle-ci suppose en effet que l’existence future de la chose ne soit pas certaine, mais aussi que les parties l’acceptent (V. p. ex. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°124). L’aléa doit néanmoins être exclu ici, car la création de l’œuvre n’est pas un événement dont la survenance est liée au hasard... Les effets d’un contrat de vente aléatoire, notamment le paiement du prix en dépit de l’inexistence de la chose, seraient au demeurant injustifiés dans ce cas. Seule la qualification de contrat commutatif semble donc pouvoir être soutenue.

¹⁵⁵¹ Pourrait-il s’agir d’une vente ou d’un bail conclu sous la condition suspensive de la divulgation ? Une telle qualification ne serait pas sans conséquence. Dans ce cadre, l’exploitant ne saurait obtenir la résolution du contrat d’exploitation en raison de l’absence du transfert des droits patrimoniaux promis. Il ne pourrait qu’attendre la réalisation de la condition, sa défaillance n’étant pas concevable : aucun constat objectif ne peut être dressé que la divulgation ne pourra survenir un jour. L’exploitant, s’il avait à souffrir de cette incertitude, pourrait contester ce qui se présente bien telle une condition purement potestative, dans la mesure où il appartient au seul auteur de décider de divulguer ou non l’œuvre commandée. Il ne paraît pas légitime, en effet, d’admettre que la divulgation puisse être érigée en condition admissible, même si le droit de divulgation est prévu par la loi elle-même. Il faut en fait se garder d’inférer, de ce qu’un droit de divulgation peut être brandi par l’auteur, la validité d’une condition posée à l’exécution du contrat d’exploitation, que constituerait son exercice. L’obligation de délivrance existe en tout état de cause : son inexécution ne saurait signifier son inexistence. Or il résulte de la loi et de la jurisprudence, non pas que l’engagement que prend l’auteur est soumis à la condition que l’œuvre soit divulguée, mais seulement que l’exécution forcée est exclue en l’absence de divulgation. En d’autres termes, il ne peut être déduit de la reconnaissance du droit de divulgation que doit être admise la condition purement potestative qui consisterait dans son exercice.

l'obligation de délivrance qui en résulterait, mais seulement l'exécution d'un autre contrat, dans la dépendance duquel il s'inscrit toutefois¹⁵⁵².

357. Qualification du contrat formé postérieurement à la divulgation. – Le contrat d'exploitation reste souvent conclu postérieurement à la divulgation de l'œuvre, ainsi par exemple lorsque l'auteur expédie le « manuscrit » d'une œuvre littéraire ou la maquette de ses compositions musicales, avant même et dans l'espoir de conclure un contrat relatif à leur diffusion commerciale. Dans cette hypothèse, le droit de divulgation ne saurait être un obstacle à la qualification de vente ou de bail que dans la mesure où ce droit serait jugé n'être pas épuisé par son premier usage : il pourrait alors être agité pour empêcher le contrat de produire effet.

Certes, l'épuisement du droit de divulgation est encore discuté en doctrine¹⁵⁵³, et sujet à des incertitudes jurisprudentielles¹⁵⁵⁴. Aucun impératif de protection de l'auteur ne paraît pourtant commander une solution contraire. De deux choses l'une, en effet : ou bien sont réservés par l'auteur les droits d'exploitation sous d'autres formes que celle sous laquelle l'œuvre a été initialement divulguée, et dans ce cas son monopole suffit à interdire l'exploitation sous de telles formes ; ou bien les droits ont été cédés pour d'autres formes que celle sous laquelle l'œuvre divulguée a d'abord été exploitée, et dans ce cas l'existence d'une cession des droits patrimoniaux porte à considérer que la divulgation a été consentie de façon générale¹⁵⁵⁵. Contrairement à l'hypothèse de la conclusion d'un contrat avant l'achèvement de l'œuvre, l'auteur peut ici parfaitement juger de la portée de sa décision, et doit respecter la force obligatoire du contrat d'exploitation librement négocié. Il en résulte qu'une qualification de cession/vente ne suscite, sous cet angle, pas plus de difficultés que celle de licence/bail, dans

¹⁵⁵² Il est en effet possible de considérer que le contrat d'exploitation est privé de cause s'il a trait au monopole d'exploitation d'une œuvre commandée, qui finalement n'est pas divulguée. Des délais de livraison de l'œuvre commandée sont souvent prévus. S'ils ne sont pas respectés, le cocontractant peut, à défaut d'obtenir l'exécution forcée de la commande, demander à ce que soit prononcée sa résolution judiciaire, ou constatée l'application d'une clause résolutoire. Si le contrat de commande est résolu, le contrat de vente qui vise l'œuvre commandée n'a plus d'objet ni de cause, et devient par conséquent caduc. Quoiqu'il en soit, l'existence du droit de divulgation ne constitue donc pas un obstacle à la qualification de vente ou de bail, dont la seule validité serait remise en cause dans le cas de l'inexécution du contrat de commande.

¹⁵⁵³ L'épuisement du droit de divulgation est admis par une partie de la doctrine. V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°461 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°191 (plus nuancé) – Ch. CARON, *Manuel*, n°259. V. en sens contraire COLOMBET, *Précis*, n°138, F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°617.

¹⁵⁵⁴ Certains juges se prononcent en faveur de l'épuisement du droit de divulgation (CA Paris, 14 février 2001, CCE mars 2001, chron. n°25, obs. C. Caron, PI octobre 2001, p. 60, CA Paris, 12 décembre 2001, PI octobre 2002, p. 49, obs. A. Lucas), d'autres en sens contraire (CA Paris, 9 décembre 2001, RIDA 1/2002, p. 303, CA Paris, 10 octobre 2003, PI janvier 2004, p. 546, obs. crit. A. Lucas), tant et si bien qu'il est difficile d'en dégager une solution claire.

la mesure où elles s'appliqueraient à des droits patrimoniaux dont l'exercice ne saurait être paralysé par la mise en œuvre du droit de divulgation.

Au regard de la qualification des contrats d'auteur, l'incidence du droit de divulgation est, au final, secondaire : l'existence de cette prérogative n'emporte pas l'inexistence de l'obligation de délivrance, mais seulement son éventuelle inexécution, ce qui n'interdit en soi aucune qualification. Il faut cependant savoir s'il en va de même s'agissant de l'incidence du droit de repentir et de retrait.

2) Neutralité de l'exercice du droit de retrait et de repentir

358. Droit de retrait et de repentir. – Il est certes logique de distinguer le retrait du repentir, dans la mesure où la loi utilise deux termes qu'il n'est aucune raison de tenir pour redondants. Suivant la doctrine dominante, le repentir consiste à modifier la forme de l'œuvre divulguée, tandis que le retrait consiste dans une opposition à la poursuite de sa commercialisation¹⁵⁵⁵. L'effet essentiel de l'exercice du droit de repentir et de retrait n'en demeure pas moins le même à l'égard du cocontractant de l'auteur : la convention est unilatéralement résiliée. En d'autres termes, la loi distingue peut-être les hypothèses d'application de la prérogative, mais non ses conséquences, ce qui justifie une analyse d'ensemble. Pour établir avec certitude les conséquences sur la qualification contractuelle, il faut surtout observer qu'en toute hypothèse, l'auteur ne peut que décider la résiliation unilatérale du contrat, mais non imposer la poursuite de son exécution à de nouvelles conditions. C'est à l'exploitant qu'il doit revenir d'accepter la survie du contrat, ou de se résigner à la rupture unilatérale de ses relations avec l'auteur.

359. Repentir, retrait et résiliation du contrat. – Lorsque le contrat est résilié consécutivement à l'exercice du droit de retrait – l'auteur souhaite que cesse la diffusion de son œuvre, même si ce n'est que provisoirement – la qualification de cession/vente reste tout aussi concevable que celle de licence/bail.

¹⁵⁵⁵ V. not. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°120.

¹⁵⁵⁶ V. en ce sens G. GAVIN, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation française*, Dalloz, 1960, n°64, opinion partagée depuis par une majorité de la doctrine : v. p. ex. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°465 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°656 – Ch. CARON, *Manuel*, n°262 – Ph. GAUDRAT, « Droit de retrait et de repentir », J.-Cl. PLA fasc. 1212, n°1.

Bien que la technique n'exclue aucune qualification contractuelle, la reconnaissance d'un « droit de renoncer au contrat » ne semble pas adéquate¹⁵⁵⁷. Une première objection n'est certes pas dirimante : si le droit de rétractation reconnu au consommateur s'exerce ordinairement sans contrepartie, alors que le droit de retrait attribué à l'auteur ne peut être exercé qu'au prix d'une indemnisation préalable de son cocontractant¹⁵⁵⁸, l'exigence ne suffit pas à condamner la qualification, ainsi qu'en atteste la pratique des arrhes. De façon plus décisive, la technique paraît surtout ne pas correspondre à un mécanisme qui permet de mettre un terme à un contrat correctement exécuté, pendant un certain temps, sans remettre en cause le passé. Le droit de retrait ou de repentir ne conduit pas à renoncer au bénéfice du contrat, mais à y mettre fin.

La faculté de résiliation unilatérale potestative doit dès lors être préférée, n'interdisant pas davantage une quelconque qualification contractuelle.

S'agissant de la vente, il n'est pas interdit de songer à la qualification de vente à réméré, qui serait en réalité une vente sous condition résolutoire potestative, expressément admise par la loi¹⁵⁵⁹. *Prima facie*, il semble en aller pareillement des contrats d'auteur et des ventes de choses corporelles : l'obligation faite à l'auteur d'indemniser l'exploitant du préjudice que lui cause le retrait peut sans doute être assimilée à celle faite au vendeur de rembourser le prix payé, les frais et coûts de la vente, ainsi que les réparations nécessaires et celles qui ont donné de la plus-value à la chose vendue, jusqu'à concurrence de celle-ci¹⁵⁶⁰. Pourtant, une règle vient interdire, techniquement, la qualification de vente à réméré : le code civil enferme la faculté de rachat dans un délai maximum impératif de 5 ans¹⁵⁶¹, alors que le droit de retrait peut être exercé jusqu'au décès de l'auteur. Cela étant, la qualification de vente peut s'accorder avec une faculté de résolution arbitraire, en dehors du cas de la vente à réméré. Cela ne fait aucun doute, s'agissant d'une hypothèse prévue par la loi. La vente à réméré n'est qu'un cas parmi d'autres de vente sous condition résolutoire potestative admissible.

¹⁵⁵⁷ Sur cette dénomination générique, pour regrouper l'ensemble des droits de rétractation, délais de réflexion etc., v. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°50.

¹⁵⁵⁸ V., soulignant cette différence, F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°663 : « contrairement au droit de rétractation que connaît le droit de la consommation, et dont l'exercice est gratuit pour le consommateur, le droit de retrait est subordonné à une indemnisation préalable du cocontractant, qui apparente plutôt cette prérogative à une faculté légale de rachat ou réméré, ou encore à une faculté légale de résolution ».

¹⁵⁵⁹ V. en ce sens J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *La vente*, n°570s. – F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°196. V. aussi Cass. 3^e civ., 31 janvier 1984, Bull., n°21.

¹⁵⁶⁰ V. l'article 1673 C. civ.

S'agissant du bail, la faculté de réméré est étrangère au droit commun de ce type de convention. Lorsque le droit de jouissance du preneur à bail peut être remis en cause à tout moment par le bailleur, sa situation évoque la position du bénéficiaire d'une convention d'occupation précaire... Une telle qualification ne saurait pourtant être adoptée s'agissant des contrats d'auteur. En effet, aucun de ses deux éléments caractéristiques ne se retrouve dans les conventions relatives à l'exploitation : non seulement ne s'agit-il pas d'un contrat répondant à une situation provisoire¹⁵⁶², mais encore le propriétaire supporte-t-il les obligations que le code civil met à la charge du bailleur, ainsi celle de délivrer une chose en bon état (en état d'être exploitée...), de garantir les défauts, d'assurer une jouissance paisible, etc.¹⁵⁶³ Le régime légal prévu s'agissant des principaux contrats d'auteur, qui prévoit le principe de ces obligations, ne permet pas de retenir une qualification qui les exclut par essence. De même, il ne faut pas oublier que le contrat d'auteur n'est pas consenti moyennant une contrepartie financière particulièrement faible, alors qu'une convention d'occupation précaire doit prévoir une contrepartie plus modique qu'un véritable loyer, sous peine de requalification en tant que bail¹⁵⁶⁴. En réalité, la qualification de bail peut être maintenue si l'on veut bien tirer les conséquences de l'extériorité du droit moral : sur le plan patrimonial, le créateur qui concède un droit personnel de jouissance pendant une durée précise y est engagé, sans pouvoir remettre en cause la stabilité de la jouissance conférée. La qualification de bail ne serait évincée qu'en cas de possibilité de remise en cause de cette stabilité sur un motif patrimonial, ce qui n'est pas le cas. Il faut en outre rappeler la validité de baux à durée indéterminée, qui montre bien que la qualification n'est pas rétive à la faculté de résolution unilatérale¹⁵⁶⁵.

Dans le cadre d'un louage d'ouvrage, le maître peut résilier unilatéralement le contrat, mais seulement lorsque la rémunération est forfaitaire¹⁵⁶⁶. Il faut cependant considérer que l'économie du contrat d'entreprise peut tolérer une autre faculté de résiliation légale, sans que la qualification soit dénaturée¹⁵⁶⁷. L'existence du droit de repentir et de retrait ne pose pas

¹⁵⁶¹ V. l'article 1660 C. civ.

¹⁵⁶² Alors que la convention d'occupation précaire répond seulement à une telle situation. V. not. Cass. 3^e civ., 19 nov. 2003, Bull. civ. III, n°202 (« la convention d'occupation précaire se caractérise, quelle que soit sa durée, par le fait que l'occupation n'est autorisée qu'à raison de circonstances exceptionnelles et pour une durée dont le terme est marqué par d'autres causes que la volonté des parties »). V. aussi F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°361, p. 331.

¹⁵⁶³ Sur leur exclusion, s'agissant des conventions d'occupation précaire, *ibid.*, n°361, p. 331.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, n°361, p. 332.

¹⁵⁶⁵ V. p. ex. sur ce point A. BÉNABENT, *Contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°321.

¹⁵⁶⁶ Art. 1794 C. civ.

¹⁵⁶⁷ Il est entendu ici que la qualification d'entreprise proposée ici est relative aux contrats d'édition, de production audiovisuelle, etc., non au contrat à compte d'auteur, auquel le droit de repentir et de retrait est peut-

plus de problème s'agissant d'une qualification en tant que mandat confié par l'auteur : un mandat est par principe révocable *ad nutum*¹⁵⁶⁸. Lorsqu'il s'agit d'un mandat d'intérêt commun, ce qui serait le cas s'agissant de conventions conclues par l'auteur, le principe demeure, malgré l'obligation d'indemniser le mandataire¹⁵⁶⁹. Aucune qualification contractuelle n'est donc condamnée par la faculté de résiliation en laquelle consiste le droit de retrait et de repentir.

360. Repentir et réfaction du contrat. – *A fortiori*, aucune qualification, y compris celle de vente, n'est interdite lorsque le repentir de l'auteur ne provoque qu'une simple réfaction du contrat. L'exploitant devrait en effet parfaitement pouvoir accepter, dans le cas du repentir de l'auteur, la proposition faite par ce dernier d'opter en faveur de la survie du contrat, afin d'exploiter l'œuvre remaniée dans sa nouvelle version. Ce faisant, il ne s'agit plus de résiliation du contrat d'auteur, mais de réfaction. *Théoriquement*, deux explications sont concevables, qui dépendent de la conception retenue du droit de repentir et de retrait. Il semble justifié de considérer qu'il ne s'agit plus là d'une réelle mise en œuvre du droit de retrait et de repentir, en ce sens que celui-ci ne serait qu'un droit de résiliation unilatérale, sans objet dès lors que l'exploitant accepte le remaniement de la part du créateur désireux de poursuivre l'exécution du contrat. Admettre au contraire que le régime du droit de repentir s'applique dès lors que l'auteur prétend modifier l'œuvre exploitée ne changerait cependant pas la donne. Il s'agirait alors, pour l'exploitant désireux de poursuivre l'exploitation de l'œuvre remaniée, de renoncer au bénéfice de son droit de créance (réparation du préjudice) et de son droit de préemption (sur une nouvelle convention d'exploitation), ce qui est tout à fait licite s'agissant de prérogatives patrimoniales. *Pratiquement*, la contrainte est toujours la même pour l'auteur : il est lié à son cocontractant initial quant à l'exploitation de l'œuvre remaniée, ce dernier pouvant aussi bien consentir à une réfaction du contrat que se prévaloir du régime du droit de repentir et de retrait, et exercer ainsi son droit de préemption. En d'autres termes, l'exploitant peut contraindre l'auteur désireux de modifier son œuvre, soit à exercer son droit de repentir, soit à accepter les conditions de l'exploitation qu'il propose de l'œuvre telle que modifiée. La seule différence entre la réfaction et la préemption d'un nouveau contrat réside dans l'indemnisation antérieure du préjudice occasionné par le repentir. Mais il faut observer que l'exploitant qui accepte la simple réfaction du contrat peut

être inapplicable. Sans préjuger de la pertinence de ces qualifications, il s'agit seulement de savoir si cette qualification n'est pas incompatible avec le droit de retrait.

¹⁵⁶⁸ Art. 2004 C. civ.

¹⁵⁶⁹ A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°683s.

de toute façon obtenir du créateur qu'aucun préjudice ne soit causé par la modification de l'œuvre : il devrait pouvoir être stipulé que les stocks d'exemplaires de l'œuvre remaniée ensuite soient écoulés, qu'il y ait un simple erratum ou avertissement dans l'attente d'une réédition, etc.¹⁵⁷⁰ Quoiqu'il en soit, il est acquis qu'en cas de simple réfaction du contrat, il n'y a aucun obstacle à la qualification de vente ou de bail, puisque rien ne contraint l'acquéreur ou le preneur à accepter la modification de la forme de l'œuvre¹⁵⁷¹.

361. Conclusion de la section 2. – Il apparaît au final que l'existence d'obligations contractuelles relatives au respect de l'œuvre et à la paternité de son auteur, mises à la charge de l'exploitant par la loi impérative, n'interdit aucune qualification contractuelle, dans la mesure où ces obligations de faire ou de ne pas faire peuvent s'inscrire dans les qualifications de vente et de bail sans les dénaturer, autant du moins que dans les qualifications de contrats de services. Le droit de divulgation et le droit de retrait et de repentir ne jouent en outre qu'au stade de l'exécution du contrat, sans interdire une quelconque qualification, dans la mesure où vente et bail supportent de la même manière de tels mécanismes de remise en cause de leurs effets principaux, sans faire obstacle à l'application de leur qualification. Il faut donc prendre conscience que, contrairement à l'idée première souvent avancée, l'interdépendance du droit moral et des droits patrimoniaux n'est pas telle qu'elle pourrait suffire à condamner *a priori* une qualification donnée, notamment celle de vente.

362. Conclusion du chapitre 1. – Pour défendre l'application de la qualification de vente, emportant véritable transfert de propriété de l'œuvre de l'esprit, une fraction de la doctrine invite à nier l'existence même d'un droit moral autonome, ce qui s'avère heureusement impossible en l'état du droit positif. Il serait tout aussi excessif de considérer que le droit moral est lui-même le visage de la propriété en matière de créations intellectuelles, et partant une propriété inaliénable qui ne se prêterait qu'à des concessions de droit personnel de jouissance de l'œuvre de l'esprit. Les deux voies conduisent en réalité à une méprise commune, qui consiste à prendre pour objet du contrat d'auteur l'œuvre de l'esprit réduite à une seule de ces dimensions : l'œuvre de l'esprit en tant que chose, que l'on ravale les intérêts spirituels au rang d'accessoire ou, qu'au contraire, l'on en fasse une chose attachée à la

¹⁵⁷⁰ V., suggérant de telles pistes, mais au titre de la réparation du préjudice occasionné par l'exercice du droit de repentir, Ph. GAUDRAT, « Droit de retrait et de repentir », J.-Cl. PLA, fasc. 1212, n°24.

¹⁵⁷¹ S'agissant du bail, la situation prévue par le code de la propriété intellectuelle s'harmonise parfaitement avec ce que prévoit l'article 1723 du code civil, selon lequel « le bailleur ne peut, pendant la durée

personne, de ce fait inaliénable. L'œuvre de l'esprit ne se confond pas davantage avec la personne de son créateur, dont elle n'est qu'une émanation. La réduction du droit d'auteur au droit de la personnalité, avec les problèmes de qualification contractuelle qu'elle suscite, ne paraît donc guère plus légitime. Celle du droit intellectuel n'emporte pas plus la conviction, en ce qu'elle repose sur un rattachement daté de la propriété à l'univers des choses corporelles. Pour autant, la théorie dualiste conduit à des impasses, lorsqu'elle prétend unifier les droits de l'auteur au sein de deux branches et qu'elle prétend attribuer à la branche patrimoniale la qualification de droit de propriété. Pas plus qu'elle ne saurait constituer à elle seule un droit de propriété de l'œuvre de l'esprit, en ce qu'elle n'offre pas toutes les prérogatives qu'un propriétaire pourrait exercer sur la création, elle ne consiste pas dans une propriété des divers droits d'exploitation – il s'agit d'une méprise sur l'objet du droit de propriété. Toutes ces conceptions, qui peuvent être dites *synthétiques* – en ce qu'elles opèrent au niveau du droit d'auteur ou de ses deux branches une synthèse des différentes prérogatives pour leur attribuer une nature commune – mènent en réalité à des impasses.

Au contraire, une conception *analytique*, révélant la nature propre de chacune des diverses prérogatives, conduit à admettre que le droit d'auteur n'est qu'une sorte d'enveloppe, qu'il est vain de chercher à qualifier de façon unitaire, dans la mesure où il rassemble des prérogatives très hétérogènes. Si les droits d'exploitation sont en réalité des droits réels *sui generis*, ils se prêtent au transfert que produit un contrat de vente, dans la mesure où la qualification peut s'adapter à des transferts d'autres droits que le droit de propriété et où ces droits réels portent bien sur l'œuvre de l'esprit qu'il s'agit d'exploiter. De même la qualification n'interdit-elle pas que l'auteur, titulaire initial de ces droits réels, confère un simple droit personnel de jouissance. Que les droits moraux aient une nature *sui generis* importe enfin assez peu, dès lors que leur indépendance justifie que les droits patrimoniaux fassent l'objet de contrats distincts. Le droit moral exerce en réalité une influence *externe* à la convention, qui n'interdit aucune qualification.

Si la nature réelle des droits d'exploitation de l'auteur explique qu'ils se prêtent à une cession aussi bien qu'à une concession de droit personnel de jouissance, encore faut-il cependant vérifier que certaines particularités des contrats d'auteur, qui obligent à une délimitation du

du bail, changer la forme de la chose louée ». Il est évident que le bailleur ne saurait imposer un changement de forme, mais que le preneur peut tout à fait y consentir...

domaine d'exploitation et s'accommodent d'une absence d'exclusivité, n'influent pas sur la nature du droit du cocontractant de l'auteur.

Chapitre 2

LA NATURE DU DROIT DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR

363. S'il est désormais établi que les droits patrimoniaux de l'auteur sont des droits réels, qui ne sont pas rétifs en tant que tels au transfert que produit un contrat de vente, il reste à déterminer les conditions dans lesquelles le cocontractant du créateur acquiert un droit de même nature. En effet, il faut tenir compte de deux traits particuliers du droit des contrats d'auteur : le caractère obligatoire de la délimitation du domaine d'exploitation, d'une part, le caractère facultatif de l'exclusivité, d'autre part. Un effet translatif se produit, en vertu de la loi spéciale, alors même qu'il ne porte jamais sur la plénitude de l'un des droits d'exploitation¹⁵⁷². De même la lettre des textes invite-t-elle à considérer qu'un tel effet n'est pas nécessairement condamné par l'absence d'exclusivité¹⁵⁷³. Aussi la doctrine se divise-t-elle en deux camps : tandis qu'une fraction considère que les contrats de cession et de licence sont deux modèles concurrents, l'autre invite à adopter le modèle de la cession de droit réel en toute hypothèse, y compris en l'absence d'exclusivité, et à exclure de reconnaître à l'exploitant un droit personnel de jouissance. Une recherche de la nature du droit du cocontractant s'impose donc, non seulement pour savoir s'il *peut* être un droit réel ou un droit personnel, l'un comme l'autre, mais encore afin de comprendre comment la qualification de bail peut s'accommoder d'un effet translatif ou celle de vente de l'absence d'exclusivité¹⁵⁷⁴. De fait, l'applicabilité concurrente des qualifications de vente et de bail résulte d'une double distinction : entre démembrement réel et droit personnel de jouissance (section 1), entre le bien frugifère et les fruits qui en sont issus (section 2).

¹⁵⁷² Art. L. 131-3 CPI. V. sur ce point *supra*, n°35s.

¹⁵⁷³ V. sur ce point *supra*, n°38s.

¹⁵⁷⁴ La nature du droit du cocontractant de l'auteur, droit réel ou droit personnel de jouissance, ne peut être déterminée qu'après avoir tranché en faveur de la qualification de vente ou de bail ou, plus largement, d'acte translatif de droit réel ou d'acte constitutif d'un droit personnel de jouissance, ce qui n'est pas l'objectif des propos suivants. Ce chapitre se propose seulement, en effet, de démontrer l'*applicabilité* de ces deux modèles.

Section 1

DISTINCTION ENTRE DÉMEMBREMENT RÉEL ET DROIT PERSONNEL DE JOUISSANCE

364. Après avoir souligné que la vente peut porter sur un droit autre que le droit de propriété, en ce compris un droit limité dans le temps par la loi, il reste à démontrer que la vente reste concevable lorsque les parties au contrat ajoutent une limitation conventionnelle de la durée d'exploitation. En effet, non seulement la vente ne produit-elle pas ordinairement un effet limité dans le temps, mais encore certains mécanismes permettant de remettre en cause le caractère définitif du transfert n'apparaissent-ils pas pouvoir justifier de façon pleinement convaincante de son applicabilité en droit d'auteur, ainsi de la qualification de *vente à réméré*¹⁵⁷⁵ ou de celle de vente assortie d'un *terme extinctif*, dont la validité demeure douteuse¹⁵⁷⁶. De même, la vente ne s'accommode pas naturellement d'une délimitation du domaine d'exploitation quant au lieu, à son étendue et sa destination. Opérant transfert du

¹⁵⁷⁵ La vente à réméré n'est pas une vente à terme, mais une vente assortie d'une condition résolutoire potestative, admise par exception (V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz 8^e éd. 2007, n°196 – J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *La vente*, LGDJ 1990, n°570s. – V. aussi Cass. 3^e civ., 31 janvier 1984, Bull. civ. III, n°21). De surcroît, cette qualification est enfermée par le code civil dans un délai impératif maximum de cinq années (Art. 1660 c. civ.), alors que les contrats d'auteur peuvent prévoir des durées très diverses, dans la limite des 70 ans *post mortem auctoris*, au-delà desquels le monopole expire. Enfin, la stipulation d'une durée limitée doit être distinguée de la faculté de rachat qu'emporte la qualification de vente à réméré, qui implique notamment un remboursement du prix perçu (art. 1673 c. civ.). V. également, dans le sens d'un rejet de la qualification, B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°481.

¹⁵⁷⁶ V., en faveur de son admission en droit commun, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°192. V. aussi, dans la doctrine ancienne, PLANIOL et RIPERT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2^e éd., t. X, par HAMEL, n°328 – BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil*, 2^e éd., t. XI, par BRÈTHE DE LA GRESSAYE, n°415. En droit d'auteur, v. H. DESBOIS, *Traité*, n°492 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°261-1, p. 508, lequel estime que « si la cession a été consentie pour une durée déterminée (mode exorbitant du droit commun mais expressément autorisé par l'article L.131-3), selon la modalité du terme extinctif, le cessionnaire sera bien propriétaire pendant la durée prévue, mais les droits reviendront automatiquement à l'auteur, à la date indiquée au contrat, ce qui interdit notamment à son cocontractant ou à ses ayants droit de se prévaloir d'une prorogation de la cession contre sa volonté ». Il faut pourtant admettre qu'en principe, un véritable transfert de propriété ne peut pas être limité dans la durée. Si la cession n'est que temporaire, le cessionnaire supporte une obligation de restitution de la chose à l'expiration de la durée convenue. Par conséquent, le contrat ne met pas l'acquéreur en mesure de disposer pleinement de la chose. Il ne peut pas la détruire, il ne peut pas davantage abandonner son droit. Peut-être devrait-il pouvoir le céder à un tiers, mais le sous-acquéreur devrait en tout état de cause souffrir la limite temporelle convenue dans le contrat initial. En d'autres termes, sa qualité de propriétaire pourrait être discutée. Qu'il s'agisse en droit d'auteur de cession de l'un de ses droits d'exploitation et non d'un droit de propriété plénier ne change rien à cet égard. Le cocontractant de l'auteur s'engagerait bel et bien, dans l'hypothèse d'un contrat ne couvrant pas la durée du monopole, à restituer le droit visé par les parties, et subséquemment à ne pas le « détruire », *i.e.* à ne pas y renoncer, ainsi qu'à ne pas s'en dépouiller.

droit du vendeur à l'acquéreur, la vente n'emporte pas en principe de restrictions à l'exercice de ce droit¹⁵⁷⁷. Aussi les obstacles auxquels semble se heurter la qualification de vente apparaissent-ils nettement : si chaque droit d'exploitation représente un bien distinct, il importe de savoir si ce bien peut être à son tour divisé et se décomposer en biens isolément cessibles. À cet égard, il ne faut pas oublier que la vente est en principe une convention *translative*. Si le droit d'exploitation n'est pas cédé tel quel, mais seulement dans les bornes du domaine d'exploitation contractuellement déterminé, il faut se demander s'il n'y a pas plutôt un acte *constitutif*, portant création et non transfert de droit, et, dans l'affirmative, si la qualification de vente peut s'adapter à ce « découpage ». En outre, le droit commun de la vente ne connaît pas de transfert non exclusif du droit de propriété. À cet égard, l'évocation par le législateur d'un effet translatif des contrats d'auteur qui peuvent ne pas conférer d'exclusivité ne laisse pas de surprendre¹⁵⁷⁸. D'aucuns, pour justifier d'une généralisation du modèle de la cession, se fondent alors sur la notion de démembrement¹⁵⁷⁹. Le droit d'exploitation de l'auteur étant un droit réel, celui acquis par le cessionnaire le serait nécessairement aussi. Il n'y aurait plus de place, en quelque sorte, pour la concession d'un droit personnel de jouissance. Bien que cette conception ait une indéniable valeur explicative, relativement à la délimitation du domaine d'exploitation, sa pertinence apparaît néanmoins sujette à caution, en ce qui concerne notamment l'absence d'exclusivité. Un exposé de la théorie du démembrement (sous-section 1) s'impose donc avant la présentation de ces insuffisances (sous-section 2).

¹⁵⁷⁷ En droit commun, il n'est certes pas inconcevable que la vente soit assortie de la stipulation d'une obligation de faire ou de ne pas faire, dès lors que le transfert de propriété ne perd pas toute consistance (V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°331, qui estiment que « le contrat peut faire supporter à l'acheteur des restrictions à son pouvoir de propriétaire qui s'apparentent à des obligations de ne pas faire » mais précisent que, « dans tous ces cas [de restriction aux pouvoirs du propriétaire], la liberté de l'acheteur ne doit pas être restreinte de manière déraisonnable ». Il est admis, par exemple, que la vente d'un immeuble soit assortie d'une clause interdisant à l'acheteur l'exercice de certaines activités, ou encore que, dans les ventes commerciales entre professionnels, l'acquéreur s'engage à ne revendre que sous certaines conditions, etc. Il convient seulement de ne pas restreindre la liberté de l'acquéreur à tel point que le transfert de propriété soit vidé de sa substance). La situation de l'exploitant de droit d'auteur est cependant différente : l'auteur reste titulaire de la partie du droit d'exploitation relative aux modes, à la destination, aux lieux d'exploitation non visés dans la convention. La restriction des prérogatives de l'exploitant ne tient donc pas à l'exécution d'une obligation, mais au caractère partiel du transfert de droit.

¹⁵⁷⁸ Sur ce point, v. *supra*, n°38s.

¹⁵⁷⁹ V. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°568.

Sous-section 1

PRÉSENTATION DE LA THÉORIE DU DÉMEMBREMENT

365. Il convient d'exposer la mise en œuvre de la notion de démembrement en droit d'auteur (§1.) avant de pouvoir en tirer les conséquences au regard de la qualification du contrat (§2.).

§ 1. – NOTION DE DEMEMBREMENT ET DROIT D'AUTEUR

366. Ambiguïté de la notion de cession partielle. – En droit de la propriété industrielle comme en droit d'auteur, il est admis que la cession soit totale ou partielle¹⁵⁸⁰. Ainsi, un contrat de cession porte soit sur la totalité des droits découlant du brevet, soit sur certains aspects seulement de l'invention, par exemple sur certaines applications du moyen breveté ou sur une partie des modes d'exploitation¹⁵⁸¹. Le concept de « cession partielle » n'en soulève pas moins une difficulté d'analyse. Une vente partielle ne s'entend ordinairement que d'une vente d'une partie de la chose. En d'autres termes, la vente partielle emporte transfert de propriété d'une seule *partie de la chose*, mais transfère un droit de propriété plénier sur cette fraction de la chose. Il importe ainsi déterminer à quelle qualification correspond exactement ce fractionnement du monopole au terme du contrat. Le « démembrement » correspondant à une catégorie juridique donnée, il faut se demander si le terme ne doit pas être réservé à ce qui y entre précisément, et si le fractionnement contractuel des droits d'exploitation n'obéit pas plus à une telle logique qu'à celle de morcellement d'une chose appropriée (A). Cette distinction préalable étant faite, il sera possible d'envisager le rôle exact de la notion de démembrement en droit d'auteur (B).

A. – Distinction entre fractionnement de la chose et démembrement du droit

367. Morcellement de la chose et division du droit. – Parce qu'il a pour objet une chose, le droit de propriété en suit les évolutions « matérielles ». Ainsi, s'il existe un seul droit de

¹⁵⁸⁰ V. *supra*, n°35.

¹⁵⁸¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°604 – V. J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF 1992, p. 418, plus réservés : « Il faut encore, en rigueur, préciser que la cession n'est pas nécessairement totale. On peut songer à un démembrement conventionnel du droit telle que le serait par exemple une constitution d'usufruit mais ceci, au vrai, nous conduirait vers un autre type de contrat. La cession partielle est, en réalité, celle qui n'intéresse que certains aspects de l'invention brevetée (telle application

propriété à l'égard d'une chose, il cèdera la place à autant de droits de propriété que de fractions de la chose isolément aliénées, qui constitueront autant de choses distinctes. Si, par exemple, une personne est propriétaire d'un terrain de cent hectares, la vente de ce terrain emportera transfert du droit de propriété de ce terrain. Mais il est possible de le vendre sous forme de parcelles de dix hectares à divers acquéreurs : le droit de propriété du terrain aura cédé la place aux dix droits de propriété correspondant aux dix parcelles. Le morcellement de la chose entraîne une démultiplication du droit. Aussi n'est-ce pas à proprement parler le droit qui se trouve éclaté en diverses prérogatives et réparti entre plusieurs titulaires, mais l'intégrité matérielle de la chose qui est altérée : ce sont alors plusieurs droits de même nature qui trouvent leur source dans une seule et même chose, mais divisée – l'apparition de plusieurs droits distincts n'étant causée que par son éclatement.

L'intérêt d'une telle analyse est patent, au regard de l'application de la qualification de vente : nul ne conteste que tout propriétaire peut fractionner la chose et *vendre* isolément chaque fraction obtenue. Il ne saurait évidemment s'agir d'un acte constitutif d'un droit réel autre qu'un droit de propriété, mais bien d'un acte translatif. Appliqué au droit d'auteur, le raisonnement consisterait à considérer que le créateur, en spécifiant les modes d'exploitation auxquels il consent, ne vend qu'une partie de la chose. Tel semble d'ailleurs le raisonnement des principaux tenants de la thèse du démembrement, MM. Lucas, qui considèrent que les droits d'exploitation sont *l'objet de la propriété* de l'auteur¹⁵⁸². Or une telle analyse n'emporte pas notre conviction. En effet, il nous a paru souhaitable de ne pas confondre l'objet du droit patrimonial de l'auteur et le droit lui-même¹⁵⁸³. La comparaison ne vaut pas pour la spécification des modes d'exploitation, de la durée, du lieu, etc., dans la mesure où il s'agit là de fractionnement du monopole, et non de morcellement de la chose, *i.e.* l'œuvre de l'esprit. C'est, là encore, commettre une confusion sur l'objet de la cession : l'auteur n'est pas propriétaire du droit d'exploitation, comme d'une chose qu'il pourrait morceler à sa guise ; les droits d'exploitation sont une composante de sa propriété.

En réalité, le parallèle n'est susceptible de s'établir qu'à l'égard des situations dans lesquelles c'est l'œuvre de l'esprit qui est « morcelée », ainsi par exemple lorsqu'il est possible de dissocier diverses contributions de genres différents – musique et paroles d'une chanson par

technique et non telle autre) ou que certains territoires de protection (...). Cette cession partielle débouche obligatoirement sur une copropriété, ce qui n'est pas sans créer une certaine lourdeur ».

¹⁵⁸² V. sur ce point *supra*, n°312

¹⁵⁸³ V. *supra*, n°313s.

exemple – ou de même genre – divers articles d’une encyclopédie, d’un journal, etc. Le droit de reproduction de l’œuvre dans son état originel ne se confondrait pas alors avec le droit de reproduction d’un de ses éléments originaux. Il s’agirait ainsi de dédoublement de droits de même nature (droit de reproduction en entier) et non pas d’un démembrement. Il convient cependant d’observer que la loi évoque la reproduction ou représentation « intégrale ou partielle »¹⁵⁸⁴, ce qui peut constituer le siège d’une distinction faite au titre de l’ « étendue » du domaine d’exploitation des droits visés dans la convention, et renvoie ainsi davantage à une subdivision du droit.

La notion de démembrement devant ainsi être distinguée de celle de fractionnement de la chose, la thèse défendue par MM. Lucas achoppe en réalité sur la conception du droit de propriété qui a rallié notre suffrage. Pour autant, il n’apparaît pas opportun de condamner trop rapidement la notion de démembrement, qui conserve une valeur explicative à l’issue même de cette distinction.

B. – L’application de la notion de démembrement en droit des contrats d’auteur

368. La doctrine évoque souvent le morcellement du monopole d’exploitation, sans toujours s’inscrire dans le cadre d’une présentation théorique aboutie¹⁵⁸⁵. La diversité sémantique reflète d’ailleurs parfaitement les hésitations doctrinales que suscite la notion : tandis que certains adoptent la terminologie civiliste de « démembrement », sans négliger la distinction entre ce fractionnement du monopole et les démembrements de droit commun¹⁵⁸⁶, un autre spécialiste préfère l’expression, peut-être plus évocatrice, de « subdivision »¹⁵⁸⁷. Il est aussi

¹⁵⁸⁴ Arg. art. L.122-4 CPI.

¹⁵⁸⁵ V. cpt, dans une démarche similaire à celle entreprise ici, B. LARONZE, *L’usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°502s. V. aussi C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l’auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, n°537s., qui considère que le droit acquis par l’exploitant est un droit réel distinct de la propriété de l’auteur et admet ainsi la possibilité de constituer des droits réels en cédant les droits d’exploitation.

¹⁵⁸⁶ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°483 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°152. V. aussi, dans la doctrine ancienne, J. RAULT, *Le contrat d’édition en droit français*, n°28 (qui évoque la « possibilité de démembrer à l’infini le droit d’auteur et de doser à volonté l’étendue des aliénations consenties ») – P. RECHT, *Le droit d’auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ 1969, p. 147 (le droit d’auteur est qualifié de « propriété divisible et démembrable »).

¹⁵⁸⁷ V. en ce sens J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ 2^e éd. 2001, n°11112, note 15.

traité de la « fragmentation » des droits d'exploitation¹⁵⁸⁸. Les approximations terminologiques de la pratique ne sont pas moins nombreuses. En témoignage de façon éclatante l'expression de « droit-mère » ou de « droit-source », comme s'il s'agissait d'un droit qui enfanterait d'autres droits, alors qu'il y a décomposition et non création...¹⁵⁸⁹ Mais il est vrai que la notion de « démembrement » ne compte pas parmi les plus limpides que connaît le droit des biens. Aussi importe-t-il de mettre en lumière la possible coexistence d'un démembrement de chacun des droits d'exploitation avec la division classique du droit de propriété entre nue-propriété et usufruit (1) avant de vérifier l'adéquation de la notion de démembrement à la délimitation du domaine d'exploitation (2) et de s'assurer que n'y fait pas obstacle un prétendu caractère limitatif des droits réels (3).

1) Coexistence avec le démembrement classique

369. Les diverses modalités de démembrement du monopole d'exploitation. – À l'instar d'un droit de propriété corporelle, les droits d'exploitation sont susceptibles de faire l'objet d'un usufruit¹⁵⁹⁰. Les termes généraux de l'article 581 du Code civil permettent d'abonder en ce sens : un usufruit peut être constitué sur un bien immeuble comme un bien meuble, partant corporel ou incorporel. De surcroît, l'article L. 123-6 du code de la propriété intellectuelle instaure un usufruit spécial au profit du conjoint survivant. Aussi la doctrine ne soulève-t-elle aucune objection contre l'usufruit légal de droit commun¹⁵⁹¹ ou contre l'usufruit contractuel¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°956 (souligné par nous), qui affirme que la mention obligatoire de l'étendue des droits cédés « correspond logiquement à la faculté pour les auteurs de fragmenter les droits cédés de façon illimitée ».

¹⁵⁸⁹ Il faudrait à la rigueur préférer l'expression de « droit-roi », image d'un droit qui se décompose en une multitude de droits-sujets, inspirée de la fiction selon laquelle le roi égale l'ensemble de ses sujets.

¹⁵⁹⁰ V. à ce sujet B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, spéc. n°506-507, qui s'inscrit cependant dans le courant qui préfère, s'agissant de l'usufruit notamment, la qualification de droit réel sur la chose d'autrui à celle de « démembrement », qui serait incompatible avec le caractère absolu de la propriété, et considère que seule la propriété intellectuelle connaît la logique des démembrements. V. aussi A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PU Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne – LGDJ, Fondation Varenne, préf. Th. REVET, 2005, n°285s. – J. DAUCHEZ et J.-P. MARGUÉNAUD, « L'usufruit sur droits d'auteur », *Defrénois* 2004, art. 38070, p. 1695.

¹⁵⁹¹ La doctrine admet unanimement l'inclusion des droits intellectuels dans l'usufruit de droit commun. V. DESBOIS, *Traité*, n°351 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°447 – X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°489. V. aussi Ch. CARON, « Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle », *Dr et patr.* 2005, n°137, p. 90.

¹⁵⁹² V. not. sur ce point P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°534 et les réf. préc.

Selon une doctrine classique, il convient de qualifier ces opérations de *démembrement*. En effet, le droit de propriété se définissant, de façon classique à tout le moins, par les pouvoirs que la loi reconnaît à son titulaire – usage, jouissance, disposition – nul ne s’étonne que le démembrement consiste à dissocier ces différents attributs. Même s’il est admis que le découpage est simplificateur, l’usufruitier est reconnu titulaire du droit d’usage et de jouissance, tandis que le nu-propiétaire conserve le pouvoir de disposition juridique et matérielle¹⁵⁹³. Au contraire, selon un courant doctrinal qui tend aujourd’hui à s’imposer, il ne s’agit pas à proprement parler de démembrement, mais plutôt de constitution d’un *droit réel sur la chose d’autrui* : il est relevé que l’opération ne consiste pas tant à fractionner le droit de propriété – notamment parce que le nu-propiétaire perd plus, pendant l’usufruit, que ce que l’usufruitier gagne (la destruction matérielle ou l’aliénation de la chose étant impossible pendant ce temps) – qu’à consentir à un tiers un droit direct sur la chose, qui reste la propriété d’un autre. Il ne s’agirait ainsi pas tant de « fractionnement » de la propriété que de création d’un droit de nature différente : le droit réel n’est pas une fraction de la propriété, mais un droit qui a ses propres caractères. Il est aussi reproché à l’analyse classique de proposer une conception trop réelle de l’usufruit : l’indépendance des droits de l’usufruitier et du nu-propiétaire ne devrait pas masquer la dépendance des relations personnelles qui se nouent aussi entre propriétaire et usufruitier¹⁵⁹⁴. L’usufruit est alors analysé, non comme un démembrement, mais comme une limitation de la propriété, une sorte de propriété temporaire et limitée aux fruits.

S’il n’est pas question de trancher ici une telle querelle théorique, il faut surtout relever que ni l’une, ni l’autre de ces positions ne condamne l’application de la notion de démembrement en matière de propriété intellectuelle. En effet, le droit d’exploitation étant essentiellement défini par le type d’opérations matérielles qu’il permet d’accomplir, il est logique de permettre une

¹⁵⁹³ V. p. ex. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ 2000, n°245. Il est indéniable que cette présentation classique est schématique (voire fausse, selon p. ex. F. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF 3^e éd. 2007, n°244). Il n’en reste pas moins que l’*usus* et le *fructus* se retrouvent bien entre les mains de l’usufruitier, et que si le nu-propiétaire ne peut vendre la chose mais seulement son droit de nue-propiété, c’est bien lui qui conserve le pouvoir de disposition sur la chose, seul l’exercice du pouvoir étant paralysé pendant le temps de l’usufruit. Notre propos n’étant pas ici de relire le droit commun des biens, mais seulement de suggérer la différence de structure du droit de propriété des choses corporelles et du monopole d’exploitation, l’on préfère s’en tenir à cette présentation classique.

¹⁵⁹⁴ Sur cette présentation, v. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, n°250, qui adoptent en fait une position “intermédiaire et plus unitaire », qui pourrait consister « à reconnaître que l’usufruit emporte toujours une *altération de l’exercice d’un droit patrimonial* existant auparavant entièrement sur une chose au profit d’un propriétaire ou sur un droit au profit d’un créancier. Cette altération, par essence *temporaire*, provoque un *exercice concurrent des droits* entre l’usufruitier d’une part, et le propriétaire ou le

« fragmentation » du droit propre à cette structure. S'agissant des droits d'exploitation, il n'y a pas création d'un droit de nature différente, mais décomposition. *Dans le cadre de la conception classique d'un démembrement entre usufruit et nue-propriété*, rien ne s'oppose à ce qu'en sus de ce démembrement classique, se superpose un démembrement propre à la structure du droit d'auteur. *Dans le cadre de la conception moderne des droits réels*, il faut relever que rien ne s'oppose cette fois à ce que la notion de démembrement s'applique lorsqu'il existe vraiment un fractionnement du droit, c'est-à-dire lorsque plusieurs droits sont issus d'un seul, sans se recouper ou retirer à l'un des titulaires plus que ce qui est dévolu à l'autre. La notion de démembrement paraît donc adéquate à décrire la réalité de la scission des droits d'exploitation opérée par le contrat.

2) Logique du démembrement en droit d'auteur

370. Le démembrement : un « découpage » de prérogatives distinct de l'usufruit. – Un démembrement opère une sorte de découpage du droit, éclaté en diverses prérogatives. Le démembrement opéré dans la perspective de l'exploitation n'est pas un usufruit¹⁵⁹⁵ : non seulement l'exploitant n'acquiert-il pas un droit réel de jouissance de l'œuvre de l'esprit portant sur toutes ses utilités¹⁵⁹⁶, mais encore entretient-il avec l'auteur une relation « dynamique », reposant en principe sur une rémunération proportionnelle de ce dernier, une obligation d'exploiter et un risque de résolution en cas d'inexécution qui s'avèrent peu compatibles avec la situation d'un usufruitier, dont le rapport avec le nu-propriétaire est purement statique¹⁵⁹⁷. En réalité, le découpage du monopole d'exploitation ne peut ici que suivre la logique de structuration du droit. Ce faisant, la notion de démembrement paraît propice à rendre compte de la délimitation du domaine d'exploitation, quant à son étendue, mais aussi quant au lieu et la durée ou quant à la destination.

créancier d'autre part ». Ce faisant, le concept d'usufruit est déconnecté de la notion de droit réel, qui pose le problème de la reconnaissance d'un usufruit des créances (pas de droit réel grevant un droit personnel)

¹⁵⁹⁵ J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Arthur Rousseau 1893, pp. 49-50, selon lequel « l'éditeur apparaît comme une sorte d'usufruitier, qui a acquis un simple droit de jouissance », mais qui s'en tient cependant à une qualification *sui generis* de droit réel de jouissance et, partant, du contrat d'édition.

¹⁵⁹⁶ V. aussi p. ex. en ce sens F. FOUILLAND, *Apport en société et droit d'auteur*, th. Lyon III 2006, n°127.

¹⁵⁹⁷ Le régime de l'usufruit est d'ailleurs incompatible avec celui des contrats d'exploitation sur plusieurs points. Tandis que l'usufruit dépend essentiellement de la vie du nu-propriétaire, s'éteignant à son décès, ou ne peut excéder 30 ans lorsque le nu-propriétaire est une personne morale (art. 617 et 620 c. civ.), la durée du contrat s'impose aux héritiers du créateur et ne saurait en tout état de cause être réduite à 30 ans. L'usufruit ne saurait de plus s'accommoder d'une obligation d'exploiter, sorte d'obligation de jouissance, et engager la responsabilité de son bénéficiaire en cas d'inexécution. La prévision d'une rémunération

371. Adéquation de la notion de démembrement à la délimitation de l'étendue du domaine d'exploitation. – En droit d'auteur, faut-il le rappeler à nouveau, les divers droits d'exploitation sont définis selon une logique propre, laquelle consiste à distinguer les types d'opérations matérielles concevables, qui se rapportent néanmoins toutes à la jouissance de la chose. Il semble donc opportun de considérer que le démembrement du droit de reproduction opère par dissociation des diverses opérations matérielles de reproduction, ainsi par exemple par distinction de l'imprimerie, de la gravure, du dessin, de la photographie, de l'enregistrement mécanique, etc. La logique est similaire à celle du démembrement du droit de propriété, et seulement adaptée à la définition du droit patrimonial d'auteur : le démembrement opère par scission des différentes prérogatives que la loi reconnaît à l'égard de la chose¹⁵⁹⁸.

En outre, si le démembrement suppose aussi que les droits issus du démembrement ne se confondent pas totalement avec le droit démembré, même s'ils participent de sa nature, il en va bien ainsi en droit d'auteur. Le droit de l'usufruitier ou du nu-propriétaire n'est pas à lui seul le droit de propriété, mais la réunion des deux le reconstitue. De la même façon, les divers droits issus du droit de reproduction, droit de reproduction graphique et droit de reproduction mécanique par exemple, ne sont pas isolément le droit de reproduction, mais leur réunion le reconstitue pareillement. En d'autres termes, c'est le droit qui est « découpé », et la pratique contractuelle semble d'ailleurs raisonner à partir de telles prémisses.

372. Adéquation de la notion de démembrement à la délimitation spatio-temporelle. – Il est vrai que la subdivision des droits d'exploitation en fonction de la durée et de l'espace apparaît peu classique, dans la mesure où elle n'est concevable qu'à l'égard d'objets immatériels, par nature ubiquitaire.

Certes, il est évident que la liberté de subdivision des droits d'exploitation dans l'espace n'est pas totale. Un auteur ne pourrait pas, par exemple, prétendre que son monopole se divise en un droit pour les dix ans à venir et un droit pour les vingt ans à venir et céder les deux, étant

proportionnelle rapproche enfin d'une sorte de répartition des fruits de l'exploitation, alors que l'usufruitier se réserve le profit tiré de la jouissance de la chose.

¹⁵⁹⁸ Il convient de noter que même si la notion de démembrement est condamnée par certains auteurs en matière de propriété de droit commun, elle est cependant communément retenue en matière de propriété

entendu que la cession est par essence exclusive¹⁵⁹⁹. De la même façon, l'auteur peut certes distinguer l'exploitation pour l'Union européenne et celle pour les Etats-Unis, mais ne saurait envisager de dissocier l'exploitation pour l'Union européenne et pour les Etats-Unis d'une part, celle pour le Canada et les Etats-Unis d'autre part : il serait pareillement interdit de céder, à titre exclusif et séparément, ces deux droits. Cela étant, si la liberté de démembrement de l'auteur trouve sa limite dans le respect de l'exclusivité essentielle à la cession, il n'est aucune raison de considérer que le démembrement n'est pas concevable à l'égard de la délimitation spatio-temporelle, qui s'inscrit dans la même logique que celle de la détermination des modes et de la destination de l'exploitation. Il s'agit toujours de dissocier les diverses prérogatives que comportent en puissance les droits de reproduction et de représentation, ce qui rapproche fortement de la notion de démembrement.

Il pourrait ainsi être considéré que constitue un démembrement du droit toute opération qui isole une prérogative au sein de l'un des éléments constitutifs du droit tel qu'il est prévu par la loi. Au même titre que les diverses opérations matérielles de reproduction et de représentation, la durée est un élément constitutif des droits d'exploitation : les droits patrimoniaux étant limités dans le temps (70 ans *post mortem auctoris*), un élément de durée est inscrit au cœur de leur structure. Un fractionnement du droit peut ainsi résulter d'une limitation temporelle du droit cédé. D'ailleurs, il ne faut pas oublier qu'en droit commun, le droit d'usufruit est un droit temporaire : l'identification d'un démembrement réel temporaire ne saurait donc être condamnée.

L'espace est également un élément constitutif des droits d'exploitation. Si, en droit d'auteur, le mécanisme des conventions internationales a permis d'étendre dans une grande partie du monde le principe d'une protection sans formalités¹⁶⁰⁰, il n'en reste pas moins que par essence, le droit d'exploitation d'une création intellectuelle, à l'instar d'un brevet d'invention par exemple, est également défini par son extension territoriale. Un fractionnement du droit peut ainsi résulter d'une limitation dans l'espace du droit cédé. De même que la vente d'un droit temporaire ne soulève aucune difficulté, la vente d'un droit d'exploitation sur un territoire donné ne s'expose à aucune objection.

intellectuelle, où la logique de scission des prérogatives est ici incontestable. V. not. dans cette optique B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°507.

¹⁵⁹⁹ Voir sur ce point *infra*, n°385s.

373. Adéquation de la notion de démembrement à la précision de la destination de l'exploitation. – Enfin, un démembrement peut être admis en fonction de la « destination » de l'exploitation, qui renvoie, ainsi qu'il a été rappelé, à la finalité de l'exploitation permise¹⁶⁰¹ – exploitation de l'œuvre en tant que telle, exploitation publicitaire, etc. – mais aussi aux modalités concrètes de la reproduction autorisée – édition courante, édition de luxe (sur papier de qualité supérieure, couverture rigide, reliure de cuir, etc.). Pour admettre l'application de la notion de démembrement, l'on peut observer qu'il s'agit en fait de modalités qui se rattachent à l'opération matérielle de reproduction. Au même titre que la précision des procédés de reproduction (graphique, mécanique, etc.), celle des qualités du support fabriqué (livre de poche ou ouvrage de luxe, cartes postales ou prospectus et annonces publicitaires, etc.), au cœur de la mention relative à la destination¹⁶⁰², s'inscrit dans la précision de l'opération matérielle de reproduction, dont la définition des droits d'exploitation dépend. Ainsi, précision de l'étendue et de la destination des droits répondent à des logiques similaires, qui peuvent être inscrites dans la notion de démembrement.

3) Absence de caractère limitatif des droits réels

374. Problème du caractère limitatif des droits réels. – S'il est indéniable que l'auteur peut et même doit préciser les frontières de l'exploitation permise, il reste à savoir s'il est admissible d'y voir un véritable démembrement du droit de reproduction ou du droit de représentation d'origine conventionnelle. En d'autres termes, il faut se demander si peuvent être librement créés des démembrements réels¹⁶⁰³.

En faveur du *numerus clausus*, les arguments invoqués tiennent généralement à une interprétation minimaliste de l'article 543 du code civil, qui établirait une liste exhaustive des droits que l'on peut avoir sur une chose¹⁶⁰⁴, et aux considérations d'ordre public dont

¹⁶⁰⁰ V. p. ex. art. 5.2 de la Convention de Berne, sur lequel v. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°1331 – art. III de la Convention de Genève, sur lequel v. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°1356 – art. 62 des accords ADPIC, sur lequel v. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°1414.

¹⁶⁰¹ V. *supra*, n°30. V. aussi en ce sens H. DESBOIS, *Traité*, n°288, qui estimait que le concept renvoyait à la question : « pourquoi et à quelle fin ? ».

¹⁶⁰² A. LEBOIS, J.-Cl. PLA, « Droit de reproduction », n°65.

¹⁶⁰³ La doctrine de droit d'auteur reste généralement silencieuse sur ce point. V. cpt. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°151 p. 284.

¹⁶⁰⁴ V. FENET, Travaux préparatoires au Code civil, XI, p. 33.

relèverait le régime de la propriété¹⁶⁰⁵. Toutefois, il n'est pas inutile de rappeler qu'une doctrine ancienne voyait ainsi dans la possibilité de l'auteur de démembrer à l'infini ses prérogatives une différence fondamentale avec la propriété¹⁶⁰⁶. Il est vrai, en outre, que certains arguments avancés en faveur d'une liberté de création des droits réels ne sont pas pleinement convaincants. Par exemple, des auteurs remarquent que les raisons invoquées à l'appui de la limitation légale des droits réels sont aujourd'hui datées : le retour de la féodalité et du morcellement des tenures ne serait plus à craindre¹⁶⁰⁷, et l'immeuble, au regard duquel la règle fut défendue, aurait perdu son ancienne prééminence¹⁶⁰⁸. Si la seconde observation n'appelle aucun commentaire, il faut en revanche se demander si la crainte d'un morcellement excessif des droits reconnus sur une même chose ne retrouve pas une certaine actualité, s'agissant précisément des œuvres de l'esprit. Il n'est qu'à songer aux intenses débats suscités par la distinction entre droit de reproduction mécanique et droit de reproduction graphique s'agissant du karaoké, sans même évoquer les tentatives de faire reconnaître des droits spécifiques tels le droit de synchronisation, le droit de fragmentation, etc.¹⁶⁰⁹ Du moins, force

¹⁶⁰⁵ V. AUBRY et RAU, par BARTIN, n°59. V. aussi F. ZENATI, RTD civ. 1992, 793s., obs. sous Cass. civ. 3^e, 6 mars 1991, Bull. civ. III, n°84, qui ne se prononce pas sur la question.

¹⁶⁰⁶ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz 1927, préc., p. 33 : « La troisième des différences essentielles qui distinguent le droit d'auteur du droit de propriété est relative aux diverses opérations juridiques auxquelles le titulaire du droit peut se livrer. Propriétaire d'un objet matériel, un individu peut le vendre, l'hypothéquer, le donner en gage ou en nantissement, en aliéner l'usufruit, consentir un droit d'usage ou d'habitation. Cette énumération est limitative. Le propriétaire ne peut, sur sa chose, conférer d'autres droits réels que ceux qui sont établis par la loi. Or l'auteur peut, sur son œuvre, consentir une infinité de démembrements. Il peut la céder en totalité, sans doute, mais il peut aussi restreindre cette cession à un seul type de reproduction », etc.

¹⁶⁰⁷ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz et Litec 2004, p. 353.

¹⁶⁰⁸ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *op. cit.* p. 353.

¹⁶⁰⁹ Il semble en effet indéniable que, lorsque la délimitation conventionnelle s'inscrit dans le cadre d'un contrat entre l'auteur et une société de perception et de répartition des droits, la gestion collective vient figer ces « droits » déterminés par le contrat et inscrit dans le marbre des distinctions que la loi n'a pas instaurées. C'est contractuellement que furent ainsi distingués le droit d'édition graphique, droit de reproduire l'œuvre sur un support permettant un accès immédiat, et le droit de reproduction mécanique, qui s'entend comme le droit de fixer l'œuvre sur un support quelconque, l'œuvre ne pouvant être accessible au public que par l'usage d'un appareil de lecture (V. sur l'origine de cette distinction et les définitions de ces prérogatives, A. LEBOIS, « Droit de reproduction », J.-Cl. PLA fasc. 1246, n°22). C'est en effet de la configuration des accords passés entre l'auteur et les sociétés de gestion qu'une telle distinction est apparue au sein de la catégorie du droit de reproduction : le droit de reproduction mécanique étant dévolu aux sociétés de gestion, l'éditeur musical devenait titulaire du seul droit de reproduction graphique (partitions, etc.). Ces différentes prérogatives ont été consacrées par la jurisprudence (V. les réf. citées par A. LEBOIS, *op. cit.*). En revanche, un débat s'est élevé sur la question de savoir si devait être admise l'existence d'un droit de synchronisation, ou encore droit de fragmentation (Sur le « droit de synchronisation » et le « droit de fragmentation », ordinairement visés à titre distinct par les contrats-type, v. P.-M. BOUVERY, *Les contrats de la musique*, éd. IRMA 1998, n°130s. et 143s.). Il s'agirait de couvrir par un droit spécifique l'opération consistant à dissocier les différents éléments de l'œuvre musicale, orchestration et mélodie : lorsqu'une chanson est reproduite en version karaoké, l'orchestration est en effet intégrée au vidéogramme sans la mélodie. La jurisprudence n'a pas admis un tel raisonnement des éditeurs, qui prétendaient à une rémunération distincte de celle perçue au titre du droit de reproduction mécanique par les sociétés de gestion (V. not. CA Paris, 4^e ch. A, 14 mars 2001, D. 2001, SC 2256, obs. P. SIRINELLI ; LP 2001, n°187, III, p. 231 ; 29 mai 2002, CCE comm. n°125, note Ch. CARON, RIDA

est de ne pas conclure hâtivement que les auteurs ne peuvent pas morceler comme ils l'entendent le monopole d'exploitation. Tout dépendra des termes de la convention et de l'interprétation qui peut en être faite, étant rappelé que le principe d'interprétation *in favorem auctoris* doit conduire à une interprétation restrictive des termes de la cession. Libre ainsi à un auteur ou à son ayant droit de convenir expressément qu'il distingue reproduction mécanique de la chanson en tant que telle et reproduction fragmentée et synchronisation des différents éléments de l'œuvre musicale, dans le contrat par lequel il confie la gestion de son droit à la société de gestion ou l'exploitation à un éditeur ou producteur. Le meilleur garde-fou, à l'égard d'un éclatement excessif des droits d'exploitation, paraît bien être, non sans paradoxe il est vrai, la situation de faiblesse de l'auteur, contraint d'accepter les modalités de l'adhésion à la société de gestion, selon les exigences fixées par celle-ci. L'on mesure au final que s'il ne s'agit pas tant, au départ, de droits réels nouveaux que de modalités contractuelles de l'exploitation, l'on passe pourtant insensiblement à la qualification de droit réel nouveau.

Toutefois, si la question n'apparaît pas tranchée de façon claire par la jurisprudence ou la doctrine, la tendance actuelle se dessine en faveur de la libre création des droits réels par la volonté des parties¹⁶¹⁰. Certains spécialistes de droit d'auteur abondent dans le même sens¹⁶¹¹. En outre, même si sa portée est sujette à discussion, un arrêt ancien s'est inscrit dans cette direction¹⁶¹². Avec la doctrine majoritaire, il convient ainsi de relever qu'aucun texte n'interdit cette liberté créatrice, tant qu'aucune disposition d'ordre public n'est atteinte¹⁶¹³. La jurisprudence fournit par ailleurs des exemples de création d'un droit réel : interdiction faite à l'acheteur d'un fonds de commerce d'y exercer certaines activités réservées par le vendeur¹⁶¹⁴, clause d'habitation bourgeoise dans le cahier des charges d'un lotissement ou un règlement de copropriété¹⁶¹⁵... À cet égard, le contrôle que le juge peut être amené à exercer

4/2002, p. 325 et p. 203, obs. A. KÉRÉVER). La jurisprudence raisonne ainsi sur le fondement de la reproduction partielle : seul le droit de reproduction est en cause. « L'on ne saurait recourir aux clauses [d'un contrat-type] pour invoquer l'émergence spontanée d'un droit nouveau de fragmentation, (...), ainsi, conformément à la loi, la fragmentation ne doit s'entendre que comme un extrait d'œuvre, une reproduction partielle soumise au droit de reproduction habituel » (CA Paris, 14 mars 2001, préc.).

¹⁶¹⁰ En faveur de la libre création de droits réels, v. not. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 3^e éd. 2007, n°359 – F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, 7^e éd. 2006, n°41.

¹⁶¹¹ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°151 p.284.

¹⁶¹² Il s'agit bien sûr du célèbre arrêt « Caquelard » : Cass. Req. 13 février 1834, DP 1834, 1, 118, *Grands arrêts civils*, 11^e éd., n°60.

¹⁶¹³ V. not. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°52, qui s'appuient notamment sur une lecture ouverte de l'article 543 C. civ.

¹⁶¹⁴ CA Rouen, 28 novembre 1925, DP 1927, 2, 173, n. LEPARGNEUR.

¹⁶¹⁵ Ce peut être une servitude si elle a été stipulée dans l'intérêt du fonds voisin et non dans l'intérêt personnel de celui avec qui elle a été contractée (Cass. civ., 30 juin 1936, D. 1936, 1, 65, note A. BESSON ; v. aussi CA Paris, 27 mars 1924, DH 1924, 398, 6 juin 1930, DH 1930, 524)

dans le cas des situations conflictuelles fait office de garde-fou suffisant, ainsi qu'en atteste l'exemple du karaoké sus-évoqué. Enfin et peut-être surtout, c'est l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle qui, en subordonnant le transfert à une délimitation du monopole, semble légitimer le démembrement. Aucune raison décisive ne commande de considérer que la création de droits à laquelle aboutit la délimitation conventionnelle du domaine d'exploitation est interdite par principe. L'auteur peut donc « démembrer » son droit à l'infini. Si les « démembrements » des droits d'exploitation peuvent s'inscrire aussi bien dans le temps et dans l'espace que dans l'étendue et la destination, il ne s'agit pas tant de cession limitée dans le temps ou dans l'espace que de cession d'un droit limité dans le temps ou dans l'espace. Aussi devient-il possible de tenir pour indépendants les différents partenaires de l'auteur, même dans l'hypothèse d'une cession. Contrairement à ce qu'enseigne la doctrine en matière de propriété industrielle s'agissant de la limitation territoriale éventuelle, celle-ci n'aboutit pas en droit d'auteur à une situation d'indivision ou de copropriété, qui est une situation complexe, qui ne correspond en rien à la réalité de la pratique contractuelle en droit d'auteur, où chaque cessionnaire entend être indépendant – il ne faut d'ailleurs pas oublier que la loi ne prévoit en droit d'auteur aucun régime spécifique de copropriété¹⁶¹⁶. Cependant, si tout semble autoriser à raisonner en termes de démembrement, il reste à convaincre de l'applicabilité de la qualification de vente en ce cas, en démontrant que la constitution d'un démembrement n'empêche pas de retenir un transfert de droit, et partant un élément fondamental de la qualification.

§ 2. – DÉMEMBREMENT ET QUALIFICATION DU CONTRAT

375. Les tenants de la théorie du démembrement qui soutiennent son application à la création de droits non exclusifs retiennent, on l'a vu, le seul modèle de la cession. Aussi importe-t-il seulement, dans cette perspective, d'examiner l'applicabilité de la qualification de vente en présence d'un démembrement réel.

376. Contrat de cession et effet constitutif. – L'auteur ne transmet pas le droit d'exploitation tel qu'il se trouve dans son patrimoine, mais seulement une partie du droit, englobant les seuls modes d'exploitation visés, sous la limite spatio-temporelle définie, etc. Il faut ainsi distinguer

¹⁶¹⁶ V. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°558, qui relèvent qu'indivision et copropriété sont synonymes. En conséquence, c'est le régime de l'indivision qui doit s'appliquer dès lors que la loi n'organise pas de régime spécifique, tel celui de la copropriété des immeubles bâtis, des brevets d'invention, etc.

deux ordres de considération. Il faut certes rappeler que, le concept de vente pouvant s'appliquer à toute opération translatrice¹⁶¹⁷, le caractère temporaire du démembrement ne suscite pas plus de difficulté, au regard de cette qualification, que sa délimitation dans l'espace, dans l'étendue ou la destination. Par exemple, il faut en effet distinguer le problème de savoir si sont admissibles les cessions temporaires de droit de la question de savoir si la cession d'un droit temporaire est admise : si les premières ne s'inscrivent peut-être pas dans le cadre de la vente régie par le code civil, la seconde s'y inscrit assurément. La mention des cessions de créance au chapitre de la vente suffirait à s'en convaincre¹⁶¹⁸ : de toute évidence, le droit personnel n'est pas un droit par essence perpétuel, quoiqu'il dure autant que son objet. Une créance s'éteint. La subsumption des cessions de droit d'usufruit sous la catégorie de vente abonde dans le même sens : le droit d'usufruit est viager, ou limité à 30 ans, mais en toute hypothèse, temporaire¹⁶¹⁹. Aussi la cession d'un droit temporaire se classe-t-elle sans difficultés parmi les ventes régies par le code civil. Cela étant, s'il s'agit de démembrement, c'est un démembrement conventionnel : c'est le contrat d'auteur qui en emporte création. La vente se définissant ordinairement comme une convention translatrice, n'est-il pas pourtant exclu de considérer que son empire s'étend aux conventions qui portent non pas transfert, mais création d'un droit réel, ainsi d'un droit réel démembré ? Ce problème oppose deux thèses opposées, défavorable ou favorable à la qualification de vente.

377. Thèse défavorable à la qualification de vente dans l'hypothèse d'une constitution du droit. – Il n'est pas certain que le code civil autorise une insertion de l'acte constitutif d'un droit réel dans la catégorie des ventes. Par exemple, nul texte ne renvoie, s'agissant de la constitution d'usufruit, *i.e.* d'un usufruit volontaire, aux dispositions qui régissent le contrat de vente. Des règles particulières s'appliquent au stade de l'entrée en jouissance de l'usufruitier, tenu de dresser un inventaire des meubles ou un état de l'immeuble et de fournir caution de jouir en bon père de famille¹⁶²⁰. En outre, s'il n'est pas contestable qu'une action personnelle en délivrance s'ajoute à l'action confessoire lorsque l'usufruit est constitué par contrat¹⁶²¹, aucune disposition ne renvoie expressément aux règles relatives à l'obligation de délivrance née de la vente. Au chapitre des obligations du nu-propriétaire, la loi prévoit seulement que « le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire

¹⁶¹⁷ V. *supra*, n°346.

¹⁶¹⁸ V. art. 1689s. C. civ.

¹⁶¹⁹ V. art. 617s. C. civ.

¹⁶²⁰ V. art. 600 et 601 C. civ.

¹⁶²¹ V. sur ce point F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°797.

aux droits de l'usufruitier »¹⁶²², sans renvoyer explicitement aux dispositions relatives à la vente. L'obligation faite au nu-propiétaire d'assumer les « grosses réparations » qui deviendraient indispensables au cours de l'usufruit¹⁶²³ suggère en vérité une situation comparable au bailleur. Contrairement au vendeur, le nu-propiétaire ne perd pas tout intérêt relatif à l'état de la chose dont il a vocation à recouvrer à terme la pleine propriété. Une même interrogation surgit à l'égard des droits réels accessoires. Quel artifice et quelle absence d'intérêts n'y aurait-il pas à rapprocher la constitution d'hypothèque conventionnelle de la vente ! L'hypothèque conventionnelle est régie par des dispositions spécifiques¹⁶²⁴, qui n'opèrent évidemment aucun renvoi à celles régissant la vente. Comment pourrait-il en aller autrement, quand il ne s'opère aucun transfert de propriété ni quelconque paiement d'un prix ? Bien sûr, il en va pareillement du gage des choses mobilières, avec ou sans dépossession, et de tous les nantissements¹⁶²⁵. Une fraction de la doctrine dissocie ainsi nettement la vente, acte translatif de droit, des actes constitutifs de droit¹⁶²⁶. S'agissant de droits réels démembrés, tel l'usufruit, il faudrait distinguer entre l'acte translatif d'un droit précédemment constitué, qui pourrait recevoir la qualification de vente, et l'acte constitutif initial, qui devrait y être soustrait en tant qu'il comporte moins une obligation de donner qu'une obligation de constituer le droit¹⁶²⁷.

378. Applicabilité de la qualification de vente en cas de création d'un démembrement en vue de son transfert. – L'assimilation à la vente n'a aucun fondement ni aucune utilité lorsque la constitution du droit réel est précisément réglementée par la loi et que ne se retrouvent pas dans l'acte les éléments caractéristiques de la vente : il est alors logique qu'une qualification contractuelle nommée chasse les autres. En revanche, lorsque l'opération ne fait l'objet d'aucune règle particulière du code civil, il est possible de faire jouer la qualification la

¹⁶²² Art. 599 C. civ.

¹⁶²³ V. art. 605 C. civ.

¹⁶²⁴ V. les art. 2124 s. C. civ.

¹⁶²⁵ V. les art. 2071 s. C. civ. Il est intéressant de noter, de surcroît, que le titre relatif au nantissement est pareillement distinct du titre relatif à la vente. Le nantissement est un « contrat spécial », contrat nommé qu'il n'est aucune raison de rapprocher de la vente, contrat nommé bien distinct.

¹⁶²⁶ V. p. ex. en ce sens F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ 1967, préf. J. BRÈTHE de la GRESSAYE, pp. 41-43 – H. MAYER, *L'objet du contrat*, th. Bordeaux 1968, p. 181. V. également. I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, th. Montpellier, 2003, n°16, qui distingue nettement acte translatif et acte constitutif.

¹⁶²⁷ F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 60, qui distingue entre transfert d'un droit préexistant et constitution d'un droit démembré, et observe que « la vente, l'échange et la donation ne [peuvent] réaliser que le transfert postérieur du droit une fois créé » et qu'il vaut mieux « dire que l'usufruit est constitué à titre onéreux ou à titre gratuit par un contrat autonome dont l'obligation principale est une obligation de donner constitutive d'un droit réel démembré, plutôt que de dire que l'usufruit est constitué par vente, échange ou donation, même si une

plus proche, ainsi en matière de contrats d'auteur. Deux raisons au moins commandent l'adoption d'une telle solution.

En premier lieu, le modèle de la vente paraît peut-être à cet égard plus adapté que celui de l'usufruit contractuel. D'ailleurs, le contrat d'auteur n'est pas une convention constitutive d'usufruit : s'il y a démembrement, il n'y a pas constitution d'un usufruit, mais création d'un démembrement spécifique au droit d'auteur, qui ne peut être qualifié de droit d'usufruit¹⁶²⁸.

En second lieu, on peut juger la qualification de vente suffisamment compréhensive pour accueillir en son sein des opérations qui emportent création et non pas *seulement* transfert de droit¹⁶²⁹. En effet, la majorité des auteurs considère que la qualification s'applique indifféremment aux actes par lesquels le propriétaire constitue l'usufruit et aux actes par lesquels un usufruitier cède son droit d'usufruit à un tiers¹⁶³⁰. Il est ainsi communément admis que le nu-propiétaire doit les mêmes garanties qu'un vendeur¹⁶³¹. En réalité, il ne s'agit que d'appliquer la règle de l'accessoire : la constitution du droit cédé n'est qu'un élément accessoire de la convention de transfert¹⁶³². Il s'agit ni plus ni moins d'une clause du contrat

certaine assimilation est possible, car en fait ces contrats ont une obligation de donner à contenu différent » (p. 61).

¹⁶²⁸ V. en ce sens *supra*, n°370.

¹⁶²⁹ V. en ce sens BAUDRY-LACANTINERIE, t. 6, n°455 et 1094 – BEUDANT, t. 11, n°9 – J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11105 : « Translative de propriété, la vente s'inscrit, ainsi que l'échange, dans un genre plus vaste : celui des opérations à titre onéreux portant sur des droits réels. Il s'agit des conventions qui, moyennant contrepartie, opèrent cession ou création d'un démembrement de la propriété, notamment la nue-propriété ou l'usufruit. Ces opérations sont, pour l'essentiel, assimilables à une vente en raison de leur effet translatif » (souligné par nous) ». Il est toutefois souligné qu'en principe, la vente est alors affectée d'un caractère aléatoire. Sur cette position classique, v. aussi p. ex. A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, th. Dijon, 1946, Sirey, p. 145, qui relève que « sans doute, le plein propriétaire peut créer des droits démembrés sur sa chose, mais l'analyse révèle que, ce faisant, il transfère une partie du droit qu'il possédait, il ne crée rien de nouveau ».

¹⁶³⁰ V. p. ex. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°24 : « on peut vendre aussi un simple démembrement du droit de propriété » ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°184 : « Rien n'interdit cependant de limiter le transfert à une ou plusieurs prérogatives de propriétaire par une constitution d'usufruit, la cession de la nue-propriété, etc. » – I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, th. Montpellier, 2003, n°9. *Contra*, v. B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°474, qui s'en tient étrangement à une lecture bien littérale de l'article 1583 du code civil.

¹⁶³¹ V. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°834, p. 670 : « Si [l'usufruit] a été constitué par [le nu-propiétaire] ou ses auteurs, à titre onéreux ou à titre de dot, il doit, en outre, les mêmes garanties qu'un vendeur. L'usufruitier peut, en particulier, obtenir indemnisation de son éviction de l'usage et de la jouissance de la chose ou de l'impropriété de celle-ci à l'usage auquel elle était destinée à raison de vices cachés ».

¹⁶³² Comp. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, n°860 : « La constitution d'usufruit comprend simultanément une obligation de constitution, suivie d'une obligation de transfert. Or, en hiérarchisant ces deux prestations, il apparaît immédiatement que c'est le transfert qui constitue l'obligation principale et caractéristique du contrat de constitution d'usufruit. L'usufruitier s'engage pour que le démembrement de propriété intègre son patrimoine : c'est la transmission du droit qui représente la cause principale de son engagement. La constitution du démembrement a pour but de permettre ce transfert qui, sans cela, serait impossible. La situation décrit très exactement une obligation accessoire nécessaire ».

de vente. En d'autres termes, le démembrement ne s'oppose pas à la caractérisation d'un véritable transfert : le contrat ne procède pas seulement à la création, mais aussi au transfert de ce droit créé, ce qui autorise l'application du modèle. Ainsi l'usufruit contractuel à titre onéreux peut-il se classer lui-même parmi les ventes de droit commun. Par identité de raison, le contrat d'auteur, même s'il implique un démembrement du droit d'exploitation, n'en demeure pas moins une convention translatrice.

Bien entendu, il faut alors préciser la nature des droits patrimoniaux que le contrat de vente pourrait constituer. La vente ne saurait être un acte constitutif d'un droit personnel de jouissance, sauf à dissoudre la qualification de louage de chose. De façon générale, la vente ne saurait inclure que le transfert, au sens strict, d'une créance déjà née. En revanche, l'acte constitutif d'un droit réel peut se rapprocher de la vente, dans la mesure où le cocontractant « acquiert » dans les deux hypothèses un droit réel qui n'existait pas jusque là dans son patrimoine.

379. Conclusion de la sous-section 1. – Dès lors qu'il est admis que le droit d'exploitation de l'auteur se démembre et que l'acte constitutif qui en est à l'origine peut s'inscrire dans la qualification de vente, la délimitation du domaine d'exploitation ne fait assurément pas obstacle à cette dernière. Il devient possible de parler de vente d'un droit temporaire, pour un lieu déterminé, à des fins déterminées : ce n'est pas la vente qui est temporaire, limitée géographiquement, etc. – ce qui est impossible du point de vue du civiliste – c'est le droit objet de la vente qui est frappé de ces caractéristiques. En revanche, la théorie du démembrement ne permet pas d'expliquer pourquoi le code de la propriété intellectuelle évoque l'effet translatif de contrats qui n'emportent pas d'exclusivité au bénéfice de l'exploitant. Ces insuffisances doivent être présentées.

Sous-section 2

INSUFFISANCES DE LA THEORIE DU DEMEMBREMENT

380. En dépit d'évidents attraits, la théorie du démembrement souffre aussi bien d'une adéquation imparfaite à la délimitation du domaine d'exploitation (§1.) que d'une inadéquation à l'absence d'exclusivité (§2.).

§ 1. – ADÉQUATION IMPARFAITE À LA DÉLIMITATION DU DOMAINE D'EXPLOITATION

381. Inadéquation de la notion de démembrement à la précision du volume de l'exploitation. – Le démembrement du droit ne semble pouvoir appréhender qu'une distinction des droits afférents à des opérations matérielles distinctes, à une durée ou un espace précis. En effet, la précision du nombre d'exemplaires, que certains classent dans la délimitation de l'étendue du domaine d'exploitation¹⁶³³, ne paraît que difficilement pouvoir donner lieu à un démembrement du droit lui-même ! Il ne s'agit pas d'une dissociation des diverses opérations de reproduction concevables : le nombre d'exemplaires n'est évidemment pas un élément constitutif des droits patrimoniaux. Dès lors, il semble très artificiel de considérer que de telles précisions, dans le contrat conclu par l'auteur, puissent permettre de caractériser un démembrement. Il pourrait s'agir d'une modalité de l'obligation d'exploiter, ou à défaut d'un tel engagement de la part du cocontractant, d'une modalité de l'exécution de l'obligation de payer le prix prévu sous forme de rémunération proportionnelle, mais il s'agira alors toujours d'un phénomène purement contractuel, non d'un phénomène relatif à la structure du droit. Cependant, l'inadéquation de la notion de démembrement pose problème pour rendre compte de l'existence d'un effet translatif lorsque le contrat prévoit une telle limitation. Ainsi par exemple, la qualification de contrat d'édition, en ce qu'il emporte un effet translatif, ne pourrait plus s'appliquer à des contrats qui restreignent l'exploitation à un *nombre maximum* d'exemplaires, ce qui serait particulièrement inopportun. Surtout, la notion de démembrement n'explique pas pourquoi la loi évoque de façon générale l'effet translatif du contrat d'édition, alors même que les parties doivent préciser le *nombre minimum* d'exemplaires¹⁶³⁴.

¹⁶³³ V. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°956, mais aussi X. LINANT DE BELLEFONDS, *Cours*, n°739, pour lequel « cette exigence porte essentiellement sur le *nombre* d'exemplaires ou de représentations ». V. CA Paris, 10 juin 1993, RIDA 1993 n°158, p. 242. Cette approche nous paraît cependant critiquable : tout au moins est-il difficile d'admettre qu'une indication du nombre d'exemplaires ou de représentations s'impose au titre d'une mention obligatoire : v. *supra*, n°29. Il reste vrai cependant, en tout état de cause, que cette précision du volume de l'exploitation reste une faculté, dont il convient d'examiner l'incidence.

¹⁶³⁴ Il ne faut pas oublier que le contrat peut également, ainsi que le précise l'article L.132-10, préciser le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage. La fixation d'un minimum n'est qu'une précision de l'obligation d'exploiter.

§ 2. – INADÉQUATION À L'ABSENCE D'EXCLUSIVITÉ

382. La notion de démembrement du droit paraît impropre à rendre compte de l'identification d'une cession en l'absence d'exclusivité (A). En réalité, le critère de distinction entre cession et licence n'est rien autre que celui que connaît le droit commun, distinguant entre droit réel et droit personnel de jouissance (B).

A. – Le rejet de la notion de démembrement non exclusif

383. En pratique, les parties donnent au contrat le nom de « cession » lorsque l'exploitant ou l'utilisateur cherche à bénéficier de l'exclusivité¹⁶³⁵ : le concept de cession semble dès l'abord lié au mécanisme de l'exclusivité. S'il n'est pas question ici de nier tout effet translatif des contrats qui ne confèrent pas d'exclusivité, il faut néanmoins, après l'avoir présentée (1), réfuter la thèse justifiant l'existence des cessions non exclusives par la notion de démembrement (2).

1) Exposé de la thèse

384. Démembrement non exclusif ou démultiplication du droit. – Une fraction de plus en plus importante de la doctrine propose de forger une théorie de l'effet translatif propre aux contrats portant sur des biens intellectuels¹⁶³⁶. Bien que rares soient encore les élaborations conceptuelles d'une « cession » qui engloberait, dans une qualification unique, les exploitations exclusives et non exclusives¹⁶³⁷, MM. Lucas plaident en faveur d'un recours généralisé au modèle de la cession en s'appuyant sur le démembrement du monopole, et semblent ainsi y inclure la possibilité d'un démembrement en droits non exclusifs. Dans une direction proche, une distinction a pu être proposée entre « titularité *alternative* » et « titularité *cumulative* » des droits d'exploitation : la première résulterait de la « cession

¹⁶³⁵ V. p. ex. en ce sens et implicitement, E. ARFI, *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec/IRPI 2005, préf. P.-Y. GAUTIER, n°533-534.

¹⁶³⁶ F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 604, spéc. p. 607 : « Dans le monde des biens intellectuels, il n'y pas de différence véritablement marquée entre les contrats translatifs de propriété (cession de droits d'auteur, par ex.) et les contrats de mise à disposition (licence d'exploitation, par ex.). (...) Ils sont l'un et l'autre plus ou moins translatifs ».

¹⁶³⁷ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°567 – B. LARÈRE, *Le caractère exclusif des droits patrimoniaux en droit d'auteur et droits voisins*, th. Paris XI, 2006, n°171s. (qui se borne à renvoyer à la conception de MM. Lucas). V. aussi B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°497s.

exclusive », acte proprement translatif¹⁶³⁸ ; la seconde résulterait de la « cession non exclusive », qui se rapprocherait plus des actes constitutifs¹⁶³⁹. Outre l'accord apparent de cette opinion avec la lettre du texte, qui évoque de façon explicite la seule « cession »¹⁶⁴⁰, un argument de fond consiste à mettre en avant l'ubiquité de la création intellectuelle et l'incorporalité des droits d'exploitation, qui autoriseraient leur titulaire à « multiplier » ces derniers, et subséquemment, à les céder à une ou plusieurs personnes, tout en les conservant dans leur patrimoine¹⁶⁴¹. Il semble pourtant n'y avoir là que pétition de principe : s'il est indéniable que plusieurs personnes peuvent exploiter simultanément une œuvre de l'esprit, cela ne prouve en rien qu'une cession soit concevable en l'absence d'exclusivité, et que le droit d'exploitation puisse être ainsi « démultiplié ».

2) Réfutation de la thèse

385. Distinction entre cession et acte non translatif. – De prime abord, cette thèse du démembrement non exclusif ou de la « multiplication » du droit paraît compatible avec l'essence du contrat de cession, acte translatif. Il faudrait conduire jusqu'à sa conclusion la logique suggérée : de la « multiplication » devraient résulter plusieurs droits isolément cessibles, le contrat opérant cette « démultiplication » du droit d'exploitation visé donnant alors lieu au transfert de l'un des droits issus de la « multiplication ». Si la définition de la cession en tant qu'acte translatif ne constitue pas en soi un obstacle suffisant (a), il apparaît néanmoins impossible, dès lors que le droit démembré est exclusif, de constituer un démembrement réel non exclusif ou de multiplier le droit à céder (b).

a) Définition de la cession en tant qu'acte translatif

386. Définition de la cession en tant qu'acte translatif. – Tout en s'inscrivant dans le courant selon lequel la propriété, confondue avec le droit subjectif en tant que relation entre une personne et ses biens, ne se transmet pas à proprement parler, mais donne lieu à un

¹⁶³⁸ B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°499.

¹⁶³⁹ B. LARONZE, *op. cit.*, n°499.

¹⁶⁴⁰ V. sur ce point n°23, où il est démontré que, pour notre part, cette référence doit seulement s'entendre comme visant un effet du contrat (l'effet translatif).

¹⁶⁴¹ B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°498 : « Alors que le propriétaire ne peut pas multiplier sa chose et ne peut vendre celle-ci qu'en une fois, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut multiplier le droit qu'il tient de la loi et donc le céder à plusieurs personnes tout en le conservant lui-même : ce n'est ni plus ni moins qu'une application de la fiction juridique qu'autorise l'incorporalité des droits ».

processus de « constitution - déconstitution »¹⁶⁴², d'aucuns proposent de prolonger l'analyse en considérant que, s'il y a bien alors naissance d'un droit identique au profit du cessionnaire, plus que transfert du droit, la perte du droit par le cédant serait excessive au regard de l'objectif poursuivi par le mécanisme : la protection de l'ayant droit, et de lui seul¹⁶⁴³. D'après une telle conception, l'approche juridique de l'acte translatif devrait ainsi s'ordonner autour d'un principe de proportionnalité, en vertu duquel le cédant ne perdrait pas le droit transféré, mais en conserverait une « titularité relative et subsidiaire ». Par application du principe de proportionnalité, si un acte translatif permet à l'ayant cause d'acquérir le droit, « il ne le fait disparaître en la personne de son auteur que dans la mesure de ce qui est nécessaire pour assurer l'efficacité de l'effet acquisitif »¹⁶⁴⁴. Une hiérarchie n'en existerait pas moins entre le droit acquis par le cessionnaire et le droit initial. Aussi la survie du droit du cédant ne serait-elle bien que *relative* – le droit initial ne pouvant être opposé à l'ayant cause, sous peine de détruire l'efficacité de l'acquisition – et *subsidiaire* – l'exercice du droit initial ne pouvant être envisagé qu'à titre de remède ou de garantie, sans pouvoir faire double emploi ou être incompatible avec le droit acquis par l'ayant cause¹⁶⁴⁵. C'est alors à la lumière de cette théorie de l'acte translatif qu'est proposée une analyse de la jurisprudence relative à la qualité de l'adhérent à une société de gestion collective pour agir en contrefaçon, en dépit de l'apport de ses droits¹⁶⁴⁶, ou encore des arrêts portant sur la présomption de titularité des droits au profit de la personne morale qui exploite l'œuvre¹⁶⁴⁷.

Cela étant, il importe d'insister sur cette idée de hiérarchie. Même en souscrivant à l'idée selon laquelle un acte translatif ne « transfère » pas véritablement un bien, mais donne naissance à un droit identique au droit initial au profit de l'acquéreur, il n'a encore jamais été question de nier qu'un acte translatif ne peut être caractérisé en présence de la survie, au

¹⁶⁴² V. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Droit des biens*,

¹⁶⁴³ I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, n°664.

¹⁶⁴⁴ I. TOSI, *op. cit.*, n°665 p. 490, qui compare la situation du transfert par acte juridique avec celle de la prescription acquisitive, pour montrer que le droit positif admet qu'une personne acquière un droit (prescription acquisitive) que son précédent titulaire (ou propriétaire, selon la conception de la propriété adoptée) n'a pas perdu (caractère imprescriptible de la propriété). Il est en outre observé que la solution du droit positif dans ce cas de figure, qui consiste dans la perte du droit d'action attaché au droit initial, révèle un principe de proportionnalité. Il est ainsi conclu que « l'idée que l'effet extinctif n'a pas la même portée que l'effet acquisitif et n'existe que comme condition de l'efficacité de l'acquisition vaut (...) pour tous les modes d'acquisition », et qu'« aller plus loin, estimer que l'auteur dans le transfert « perd » le droit qu'il transmet est une réaction disproportionnée par rapport à l'objectif ».

¹⁶⁴⁵ I. TOSI, *op. cit.*, n°668, qui vise les hypothèses où l'ayant cause choisit de ne pas agir, ou agit lui-même, ou encore choisit d'agir contre un auteur de son propre auteur, et considère que ce contrôle de subsidiarité peut être accompli par le biais de la notion procédurale d'intérêt à agir.

¹⁶⁴⁶ I. TOSI, *op. cit.*, n°667.

¹⁶⁴⁷ I. TOSI, *op. cit.*, n°682.

profit du cédant, d'un droit aussi absolu que celui acquis par le cessionnaire. Or admettre l'idée d'une cession d'un démembrement non exclusif revient à plaider en faveur d'une survie du droit du cédant qui n'aurait rien de relatif ou de subsidiaire... Dépassant déjà la conception moderne du « transfert » de propriété, elle-même éloignée de la conception classique du droit de propriété, il n'apparaît pas possible d'aller plus loin que cette théorie au demeurant elle-même fragile. En effet, il existe une profonde différence entre le démembrement des droits d'exploitation en fonction de l'étendue et de la destination, de la durée et de l'espace et la « multiplication » du droit. Le fractionnement des droits, s'il résulte d'un effet constitutif, peut s'inscrire dans le cadre de la cession, acte par essence translatif, car l'auteur se trouve dépouillé de la fraction de droit qu'acquiert l'exploitant¹⁶⁴⁸. Au contraire, la « multiplication » du droit empêche tout effet translatif de se produire, puisque l'acte ne priverait en rien le cédant du droit d'exploitation reconnu à son cocontractant. C'est d'ailleurs ce que reconnaît vaguement la thèse de la « démultiplication du droit », lorsque la cession du droit non exclusif est rapprochée de l'acte constitutif¹⁶⁴⁹. Évoquer une « cession » lorsqu'il n'existe pas de transfert de l'un à l'autre des cocontractants, n'est-ce pas là se payer de mots ?

Cependant, il faut admettre que ces objections ne sont pas les plus dirimantes. Tout d'abord, la distinction entre la cession-effet du contrat et le contrat de cession permet de soutenir qu'un contrat de cession peut produire, *au surplus*, un effet constitutif. En outre, la cession d'un droit non exclusif pourrait être admise en ce qu'elle fait bien perdre au cédant quelque chose : il ne pourrait plus céder un autre démembrement exclusif, s'agissant du même mode d'exploitation. Enfin et surtout, il est évidemment possible d'envisager la cession d'une créance de jouissance non exclusive. En réalité, il importe de montrer que le droit de reproduction a entre les mains du créateur un caractère exclusif : si le droit est exclusif, la cession du droit est nécessairement exclusive, car elle opère transmission d'un droit exclusif.

b) Incidence du caractère exclusif des droits d'exploitation

387. C'est la combinaison entre le caractère translatif d'une cession et le caractère exclusif du droit cédé qui explique le rejet de la qualification de démembrement non exclusif. En effet, les processus de démembrement en droits non exclusifs ou de multiplication du droit peuvent tous deux être remis en cause sur ce fondement.

¹⁶⁴⁸ V. *supra*, n°378.

¹⁶⁴⁹ B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, n°499.

388. Critique du concept de multiplication du droit. – Si l’incorporalité d’un droit permet indéniablement à plusieurs personnes de l’exercer simultanément, force est de convenir que pour ce faire, ils devront en être titulaires. Or justement, la cession d’un droit n’est classiquement retenue que lorsque le contractant en perd la titularité au profit de son partenaire¹⁶⁵⁰. Aussi convient-il d’admettre que l’argument de l’incorporalité des droits d’exploitation ne prouve rien. D’ailleurs, tous les droits patrimoniaux sont incorporels – les droits de créance, les parts sociales ou même les droits réels sur les choses corporelles, par exemple – au même titre que les droits d’exploitation reconnus à l’auteur. Il n’a pourtant jamais été admis que puissent être « démultipliés » les droits de créance ou les droits issus de parts sociales ou d’actions, leur cession n’étant retenue qu’en présence d’exclusivité. Il en est évidemment de même du droit de propriété corporelle, qui ne peut être démultiplié¹⁶⁵¹.

Ainsi, l’ubiquité d’une œuvre de l’esprit comme l’incorporalité des droits d’exploitation ne prouvent pas que ces droits puissent être exercés simultanément. Un droit ne peut être exercé que par son titulaire. Certes, une œuvre de l’esprit, par nature ubiquitaire, peut être utilisée par tous, parce qu’on est là dans l’ordre du *fait*. On veut dire par là que, quand bien même le législateur voudrait affirmer le contraire, ses dispositions seraient privées de toute efficacité : c’est un *fait* qu’une œuvre de l’esprit divulguée peut se répandre dans tous les esprits, sans qu’il soit possible de s’y opposer juridiquement. Au contraire, il revient à l’ordre du *droit* de définir qui est titulaire du droit de reproduction ou de représentation. L’œuvre peut être reproduite ou représentée sans qu’il y ait exercice du droit, sans autorisation (c’est précisément le *fait* de contrefaçon), mais aussi avec une autorisation – qu’elle soit légale (exception) ou conventionnelle (créance sur l’auteur ou sur le titulaire du droit d’exploitation, de façon générale).

Partant, le concept de « titularité multipliée » n’a aucun fondement théorique. S’il est possible de fractionner le monopole d’exploitation à l’infini et de constituer autant de droits dissociés que le titulaire originaire le souhaite, il n’est pas possible de « multiplier » un même droit d’exploitation, et ceci pour une raison simple. Si devait être admise la « multiplication » des droits d’exploitation, il faudrait reconnaître que chacun des droits « démultipliés » perdrait ce

¹⁶⁵⁰ V. en ce sens *supra*, n°386.

¹⁶⁵¹ V. p. ex. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Droit civil, Les biens*, Manuel Sirey, 2006, n°205 : « La propriété ne peut se multiplier, car elle donne déjà à un seul tous les avantages d’une chose ».

caractère exclusif. Or l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle souligne bien que le droit d'auteur est un droit exclusif. De fait, il faut repartir au premier sens de l'exclusivité : le droit est exclusif car il appartient à son seul titulaire¹⁶⁵². Le droit de reproduction ou de représentation pris isolément sont pareillement exclusifs, car ils appartiennent à leur seul titulaire¹⁶⁵³. Il n'est pas possible, *par contrat*, de retirer au droit lui-même l'un de ses caractères essentiels. Le droit d'exploitation instaurant une relation directe entre un sujet et un objet, son titulaire ne peut être le rassemblement de personnes totalement indépendantes l'une de l'autre dans l'exercice de ce droit. Ou bien une seule personne en est titulaire, ou bien plusieurs personnes en sont cotitulaires, mais sans être alors totalement indépendantes l'une de l'autre, ainsi en matière d'indivision ou de copropriété¹⁶⁵⁴. En d'autres termes, la thèse de la démultiplication n'aboutit pas à créer un droit nouveau, mais à dénaturer le droit exclusif qu'est le droit d'exploitation.

389. Critique du concept de démembrement non exclusif. – De même, la notion de démembrement non exclusif achoppe sur le caractère exclusif des droits d'exploitation. Dans la logique du droit d'auteur, le démembrement repose sur un fractionnement des diverses prérogatives d'exploitation. Il n'altère en rien la nature des droits d'exploitation : que le droit de reproduction soit décomposé en plusieurs prérogatives ne retire en rien à chacune d'elles les traits de leur nature exclusive. Dans ce cas, il se produit bien une sorte de « découpage » des utilités que procure le droit¹⁶⁵⁵. Au contraire, le concept de démembrement non exclusif, aussi bien que celui de « multiplication », altérerait la nature exclusive du droit réel. Dès lors qu'il est admis que le droit d'exploitation a pour objet une œuvre de l'esprit, les démembrements qui en sont issus ne peuvent conférer à plusieurs titulaires indépendants les uns des autres le même pouvoir. Un démembrement n'est concevable qu'à partir d'une dissociation des prérogatives que comporte le droit : il ne saurait aboutir à nier la nature du

¹⁶⁵² M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ. 1997, 583, n°7 : relevant que « si la propriété permet bien de conférer à une personne une exclusivité sur une chose, cette exclusivité se retrouve également dans tous les autres droits subjectifs », l'auteur refuse de faire du caractère exclusif un critère du droit de propriété. On notera que, lorsque le caractère exclusif est reconnu être le trait essentiel de la propriété, la propriété devient le droit subjectif lui-même (th. Zénati). Donc personne ne conteste que tout droit est exclusif : attribuer une part à quelqu'un revient par définition à en priver les autres.

¹⁶⁵³ La loi évoque d'ailleurs, s'agissant des droits de reproduction et de représentation, le « droit exclusif d'exploitation » (art. L. 123-1 CPI).

¹⁶⁵⁴ V. aussi en ce sens V. C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, n°569, qui affirme que « le partage des utilités laissera intact le caractère exclusif du droit dès que le nombre de cessionnaires d'un droit sera limité et déterminé » mais que « leurs rapports seront alors des rapports d'indivisaires ».

¹⁶⁵⁵ Sur la définition du démembrement qui nous semble devoir être retenue en droit d'auteur, v. *supra*, n°370s.

droit démembré. Tout au plus pourrait-on concevoir que soient constitués des droits réels de jouissance spéciale, qui ne conféreraient pas d'exclusivité de jouissance¹⁶⁵⁶. Mais dans un tel cas, l'acte qui en porterait création serait purement constitutif : aucun effet translatif n'est nécessaire¹⁶⁵⁷. Ainsi, puisque le droit de reproduction ou le droit de représentation sont des droits exclusifs, leur « cession » devrait-elle conduire le cocontractant de l'auteur à bénéficier de cette exclusivité¹⁶⁵⁸. Quand bien même la « chose » vendue serait un droit d'exploitation déterminé, le principe de toute cession doit être respecté : il n'est pas possible de vendre la même chose plusieurs fois. Les cessions postérieures à la première seraient des cessions de la chose d'autrui, nulles par conséquent¹⁶⁵⁹.

390. Indifférence de la qualification de droit réel ou intellectuel. – Droit réel, le droit d'exploitation reconnu à l'auteur par la loi met en relation un sujet et un objet : il est nécessairement exclusif. Il n'en irait toutefois pas autrement si une qualification de droit *sui generis* (droit intellectuel) devait être adoptée, dès lors que le caractère exclusif des droits d'exploitation est posé par la loi. L'incorporalité des droits d'exploitation ne peut justifier la mise à l'écart de la notion d'indivision, applicable à toutes les situations en vertu desquelles plusieurs personnes se retrouvent titulaires d'un même droit, pas plus qu'elle ne peut justifier l'application du modèle de cession à un contrat qui ne transfère pas de droit. Une conviction se dégage donc fermement de ce qui précède : l'absence de validité d'un démembrement non exclusif conduit à rejeter la qualification de transfert de démembrement réel en l'absence d'exclusivité. Il reste cependant à exposer comment le droit personnel de jouissance se distingue exactement du démembrement réel au regard de l'exclusivité.

¹⁶⁵⁶ V., sur une telle qualification, « Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens », Association Henri Capitant, sous la dir. H. PÉRINET-MARQUET. De nouveaux art. 609 et 610 c. civ. instaureraient un « droit réel de jouissance spéciale » inclus dans les démembrements du droit de propriété. Cela étant, il a été vu que le démembrement du droit d'auteur répond selon nous à une logique propre, qui exclut la reconnaissance d'un démembrement en cas d'absence d'exclusivité.

¹⁶⁵⁷ Sans doute est-ce là l'objection la plus déterminante contre la reconnaissance d'une cession non exclusive. Même s'il fallait admettre que puisse exister un démembrement non exclusif (droit réel d'exploitation non exclusive), il n'y aurait dans ce cas pas de cession, mais seulement constitution du droit. La cession du droit non exclusif ne se conçoit que postérieurement à sa naissance, dans le rapport entre le titulaire initial et un tiers par exemple.

¹⁶⁵⁸ V. aussi en ce sens C. NEIRAC-DELEBECQUE, *op. cit.*, n°569 et n°641, où l'auteur affirme que dans « l'hypothèse où l'exploitant ne se trouve pas investi d'un droit exclusif on ne peut caractériser entre ses mains l'existence d'un droit réel lui donnant un pouvoir direct sur l'œuvre. Il ne s'agit en ce cas que d'un rapport de droit personnel (...) ».

¹⁶⁵⁹ Sur la nullité des ventes de la chose d'autrui, v. art. 1599 c. civ.

B. – Critère de distinction entre démembrement réel et droit personnel de jouissance au regard de l'exclusivité

391. La pratique use et abuse du vocable de « droits exclusifs », tant et si bien que personne ne sait plus s'il s'agit du trait essentiel du droit d'exploitation ou d'une stipulation contractuelle. Or s'il est admis que le transfert d'un démembrement du monopole d'exploitation est exclu en l'absence d'exclusivité, il ne s'en déduit toutefois pas nécessairement que l'existence d'une exclusivité constitue un critère de distinction entre cession et licence, dans la mesure où le modèle de la licence exclusive est reçu par le droit positif (1). Il importe donc de montrer que l'exclusivité dont bénéficie un licencié n'a pas la même nature que celle dont bénéficie un cessionnaire de démembrement réel : c'est la nature de l'exclusivité qui constitue le critère de distinction (2).

1) Un critère inopérant : l'existence d'une exclusivité

392. Impossible exclusion de la qualification de droit personnel de jouissance en présence d'exclusivité. – Convviendrait-il de retenir la qualification de droit personnel de jouissance dans la seule hypothèse où l'exclusivité n'est pas accordée à l'exploitant, et celle de démembrement réel dans le cas contraire ? Une brève incursion sur les terres de la propriété industrielle suffirait peut-être pour se convaincre de l'inanité d'un tel critère de distinction. En effet, il existe des licences exclusives de brevet d'invention ou de marque, distinctes aussi bien des licences simples que des cessions¹⁶⁶⁰. Cela étant, il paraît sage de vérifier qu'un même schéma convient au droit d'auteur.

L'une des premières difficultés, dans l'application de la qualification de licence exclusive, paraît en fait tenir à l'économie ordinaire de la qualification de bail : un bail de meubles corporels emporte en principe la faculté pour le preneur de jouir exclusivement de la chose louée¹⁶⁶¹. Cela étant, il n'est pas question de trancher ici en faveur de cette qualification¹⁶⁶² : le propos se restreint à montrer que la technique du droit personnel de jouissance n'est pas

¹⁶⁶⁰ V. art. L. 613-8 CPI (brevets d'invention) et L. 714-1 CPI (marques).

¹⁶⁶¹ V. not. art. 1719 c. civ.

¹⁶⁶² V. *infra*, n°475s.

condamnée par la stipulation d'une exclusivité¹⁶⁶³. S'il s'avérait que la qualification de bail était en fait condamnée par l'absence d'exclusivité de la jouissance, il n'en reste pas moins nécessaire de préciser que la technique du droit personnel de jouissance n'en est pas pour autant privée d'efficacité. De fait, le propos de ce chapitre consiste à convaincre que la nature du droit d'auteur reste neutre, en ce que rien ne s'oppose à partir d'elle à ce que le cocontractant de l'auteur devienne titulaire d'un droit réel ou d'un simple droit personnel : l'objectif est atteint lorsqu'il est montré que la concession d'une créance de jouissance ne rencontre aucun obstacle lié à la nature exclusive du droit d'auteur. Sans préjuger de l'application de la qualification de bail, il suffit de souligner que rien, dans la technique du droit personnel de jouissance, ne permet de condamner la reconnaissance au profit de plusieurs personnes d'une créance de jouissance de la chose.

En effet, qu'il s'agisse du droit de reproduction d'une œuvre de l'esprit ou du droit de propriété d'une chose corporelle, il faut distinguer entre exercice du droit réel et jouissance de l'objet du droit. Si l'exercice du droit réel revient à son seul titulaire, à partir du moment où la reproduction, opération matérielle, peut être effectuée simultanément, par plusieurs personnes indépendamment les uns des autres, il est possible, pour le titulaire du droit, d'autoriser plusieurs personnes à le faire, qui auront une créance contre lui à cet égard. Rien, dans la technique du droit de créance, ne s'oppose à cela. Le droit exclusif d'exploitation – dont reste titulaire celui qui confère le droit personnel de jouissance – ne subit aucune dénaturation. Le droit personnel de jouissance, simple créance contractuelle, peut être assorti ou non d'une exclusivité. De la même façon qu'elle peut viser une jouissance stable ou précaire, la créance peut porter sur une jouissance exclusive ou non exclusive. Ainsi faut-il conclure, au minimum, que la théorie du démembrement échoue à condamner le recours à la technique du droit personnel de jouissance et, par là-même, échoue à justifier d'une généralisation du modèle de la cession.

393. Similitude entre droit réel et droit personnel de jouissance du point de vue de l'exploitation. – L'un des arguments avancés par les tenants d'une théorie de l'effet translatif

¹⁶⁶³ Le bail n'est pas la seule qualification contractuelle qui aboutit à reconnaître un droit personnel de jouissance. Par exemple, la convention d'occupation précaire, contrat innommé, confère pareillement une créance de jouissance : une créance de jouissance *précaire*, mais une créance de jouissance malgré tout (V. sur la convention d'occupation précaire, PIZZIO, « La notion de convention d'occupation précaire », JCP G 1980, I, 2975 – ROY-LOUSTANAU, « Le contrôle judiciaire de la validité des conventions d'occupation précaire », D. 1988, chr. 216). V. aussi évidemment le prêt à usage ou commodat, qui ne se distingue du bail que par l'absence de contrepartie monétaire.

propre aux droits intellectuels contre la distinction entre cession et concession de droit personnel de jouissance consiste à relever que l'effet du contrat d'exploitation est le même dans toutes les hypothèses : permettre à l'exploitant de tirer profit de la création¹⁶⁶⁴. Mais l'argument, ainsi formulé, ne porte pas loin : si plusieurs techniques juridiques produisent le même effet essentiel, cela n'ôte pas toute pertinence ni tout intérêt à leur distinction¹⁶⁶⁵. Qu'il s'agisse d'une vente ou d'un bail de choses corporelles, l'acheteur ou le locataire pourra en toute hypothèse user et jouir de la chose. Il n'est alors pas plus artificiel, semble-t-il, de considérer qu'un licencié n'exerce pas directement un droit de reproduction ou de représentation, mais reproduit ou représente l'œuvre en vertu d'une créance contre le concédant, que de considérer que le preneur à bail d'une chose corporelle, plutôt que d'exercer le droit de jouissance attaché au droit de propriété, use et jouisse de la chose en vertu d'une créance contre le bailleur.

Aussi bien, la concession d'un droit personnel de jouissance se distingue-t-elle en réalité au regard de la nature de l'exclusivité consentie.

2) Un critère opérant : la nature de l'exclusivité

394. Distinction entre « exclusivité réelle » et « exclusivité personnelle ». – En droit de la propriété industrielle, il est admis que, même s'il accorde une licence exclusive, le breveté puisse conserver le droit d'exploiter personnellement l'invention¹⁶⁶⁶. Par où l'on voit bien que le raisonnement mené en matière de propriété intellectuelle ne diffère pas de celui mené en droit commun : en effet, cette solution ne se justifie qu'autant que, ne conférant qu'une créance de jouissance au licencié, le donneur de licence reste propriétaire¹⁶⁶⁷. L'exploitation – au carrefour de l'*usus* et du *fructus* – est un attribut de la propriété, or le donneur de licence reste propriétaire. Aussi le caractère contractuel de l'exclusivité manifeste-t-il l'existence d'un simple droit personnel de jouissance, lequel ne peut donc être exclu du fait d'une extension généralisée du modèle de la cession de droit réel.

¹⁶⁶⁴ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°567 qui relèvent que le « licencié » veut, comme un cessionnaire, sa part du *fructus* et que « l'exploitation de l'œuvre passe nécessairement par l'exploitation du droit, ce qui brouille la frontière entre droit réel et droit personnel ».

¹⁶⁶⁵ V. d'ailleurs *infra*, n°395.

¹⁶⁶⁶ En ce sens, v. P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, éd. JNA, 1991, p. 325.

¹⁶⁶⁷ P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, p. 325.

De fait, l'exclusivité n'est pas de même nature dans un contrat de cession de démembrement réel et dans un contrat de licence. Dans le premier cas, l'exclusivité est la caractéristique du droit transmis. Dès lors qu'il s'agit d'un droit réel, on peut donc évoquer une « exclusivité réelle ». Dans le cas d'une concession de licence, le droit exclusif de l'auteur n'est pas transmis : l'exclusivité n'est plus une caractéristique du droit, mais une stipulation contractuelle par laquelle l'auteur s'engage à ne pas contracter avec un autre. On se trouve proche du mécanisme d'une clause de non-concurrence. D'ailleurs il est significatif que l'exclusivité peut être consentie des deux côtés : l'exploitant peut s'engager à ne pas contracter avec d'autres créateurs comme l'auteur s'engage à ne pas contracter avec d'autres exploitants – il n'est qu'à songer à l'exemple d'un théâtre qui s'engage à représenter la seule pièce de l'auteur dramatique avec lequel il s'est lié. L'exclusivité ainsi comprise présente une même nature quelle que soit la partie qui s'engage... Il faut donc clairement distinguer entre exclusivité réelle, qui caractérise la cession d'un droit réel exclusif, et exclusivité personnelle, qui peut éventuellement découler d'une concession de droit personnel de jouissance.

395. Conséquences de la distinction de la licence exclusive et de la cession. – La distinction entre licence exclusive et cession ne reste pas sans conséquence.

Le donneur de licence, même dans l'hypothèse d'une licence exclusive, peut, en tant que titulaire du droit, céder ce droit. Le créateur peut consentir des licences exclusives aussi bien que de simples autorisations, et dans le cas de succès, céder ses droits, alors même que des autorisations seraient en cours : le cessionnaire prendra la place de l'auteur et deviendra débiteur de l'autorisation, créancier de la rémunération prévue, etc.

L'intérêt du mécanisme est plus fort, il est vrai, aux yeux du primo-exploitant, cessionnaire des droits : il peut consentir une licence exclusive à un tiers tout en se réservant le droit d'exploiter lui-même. Il n'est aucune raison, en effet, de raisonner différemment en droit d'auteur et en droit de propriété industrielle. De même que, dans le cas d'une licence exclusive, il est possible que le titulaire du brevet ou du droit de marque conserve le droit d'exploiter personnellement l'invention¹⁶⁶⁸ ou le signe distinctif¹⁶⁶⁹, le titulaire du droit d'auteur doit pouvoir réserver une exploitation personnelle. S'il appartient certes au donneur

¹⁶⁶⁸ En ce sens, v. P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, éd. JNA, 1991, p. 325.

¹⁶⁶⁹ V. Cass. com., 10 janvier 1995, Bull. n°12, qui considère que l'exclusivité de la licence interdit également au titulaire d'exploiter lui-même la marque, *sauf clause contraire*.

de licence exclusive de stipuler expressément une clause lui réservant cette faculté d'exploitation personnelle, il semble que ce soit là une conséquence de la qualification de louage de choses¹⁶⁷⁰. Si le concédant d'une licence peut prévoir de continuer à exploiter lui-même, c'est parce qu'il exploite en vertu de son droit, et justement pas en vertu d'une licence. Or en cas de licence exclusive, l'exclusivité est purement contractuelle¹⁶⁷¹.

En cas de licence, l'action d'un tiers tendant à remettre en cause la protection (plagiat, atteinte aux droits de la personnalité) sera exercée directement contre l'auteur, non par le biais de la garantie due à l'exploitant

Un troisième effet de la distinction entre exclusivité du droit cédé et exclusivité contractuelle concerne le droit de la concurrence : dans la mesure où l'exclusivité dont jouit un licencié est contractuelle, il est tout à fait logique que le droit de la concurrence surveille et encadre le monopole « artificiel » qui en résulte. L'une conduit à un « monopole » naturel, l'autre à un monopole artificiel : dans une situation il est logique qu'il n'y ait qu'un seul titulaire du droit d'exploitation exclusif, dans l'autre l'exclusivité n'est pas dans la nature des choses, puisqu'il est concevable que plusieurs fassent usage du droit¹⁶⁷². Aussi, si le droit de la concurrence ne peut interdire ou restreindre une cession, il peut intervenir en revanche sur les licences exclusives : c'est l'interdiction des licences exclusives fermées¹⁶⁷³.

396. Conclusion de la section 1. – Les droits de reproduction et de représentation reconnus au créateur sont indéniablement susceptibles d'un démembrement. En effet, la délimitation du domaine d'exploitation quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et à la durée, aboutit à une dissociation des diverses prérogatives virtuellement contenues dans chacun des deux maîtres droits. Cela étant, si ce démembrement résulte nécessairement d'un acte constitutif, la qualification de vente reste applicable dès lors que cette constitution préalable n'empêche pas l'effet translatif de se produire. Au contraire, il en va différemment de la stipulation d'une absence d'exclusivité. Certes, tout effet translatif n'est pas nécessairement exclu en cas de constitution d'un droit non exclusif. Il n'en demeure pas moins que la cession

¹⁶⁷⁰ V. *infra*, n°476.

¹⁶⁷¹ V. en ce sens Y. REBOUL, « Licence de brevet – Formation du contrat – Conclusion du contrat », J.-Cl. Brevets, fasc. 4740, 2002, n°69.

¹⁶⁷² V. d'ailleurs, pour une explication parfaitement claire de la différence de nature, Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique, 1^o Propriété des créateurs », *Encycl. Civ. Dalloz.*, n°315s.

¹⁶⁷³ Sur ce point, v. p. ex. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Domat Montchrestien 1999, n°654 (brevet).

ne peut emporter constitution d'un droit qui perd ses caractères essentiels. Il n'est pas possible de comparer le fractionnement du monopole et la dénaturation du caractère exclusif des droits d'exploitation, tel qu'il est posé par la loi. Aussi faut-il distinguer entre contrat exclusif et droit exclusif. La cession d'un droit réel exclusif ne peut être qu'exclusive. La licence, en tant qu'elle confère un droit de créance, peut à l'inverse être exclusive ou non. La théorie du démembrement échouant à expliquer pourquoi le code de la propriété intellectuelle évoque un effet translatif en l'absence d'exclusivité, il reste donc à trouver une explication plus satisfaisante. Celle-ci réside dans une distinction entre le bien frugifère et les fruits qui en sont issus.

Section 2

DISTINCTION ENTRE LE BIEN FRUGIFÈRE ET SES FRUITS

397. De la même façon que le propriétaire d'une terre cultivée peut vendre son champ, le donner à bail ou seulement procéder à une vente d'herbes, un auteur peut aussi bien céder un démembrement de son monopole d'exploitation ou concéder un droit personnel de jouissance de son œuvre de l'esprit que céder les fruits issus de son monopole, qui ne sont rien d'autre que des droits de propriété naissant sur chaque reproduction ou représentation de la création. En effet, la distinction entre la chose et ses fruits peut être appliquée aux droits d'exploitation des œuvres de l'esprit, qui sont des biens frugifères. Cette distinction a essentiellement pour mérite de concilier l'existence, en vertu de la loi, d'un effet translatif et de l'absence d'exclusivité¹⁶⁷⁴. Il s'agit alors non pas tant de chercher à généraliser la qualification de vente qu'à montrer que celle-ci peut s'appliquer, aussi bien que celle de bail, si l'effet translatif qu'évoque le code de la propriété intellectuelle porte en réalité sur les fruits du droit d'exploitation. Ainsi apparaîtra-t-il qu'il n'est pas possible de préjuger de la qualification applicable : en cas d'absence d'exclusivité, le droit de l'exploitant peut être aussi bien un droit réel, transmis aux termes d'une vente des fruits du monopole, qu'un droit personnel de jouissance (sous-section 1). S'observera ainsi une parfaite neutralité de la nature du droit d'auteur sur la qualification du contrat (sous-section 2).

¹⁶⁷⁴ V. sur ce point *supra*, n°40 : dans la définition légale de certains contrats nommés, plus exactement l'édition et la représentation, la lettre du texte évoque la cession en tant qu'effet translatif, mais en l'absence même d'exclusivité.

Sous-section 1

PRINCIPE DE LA DISTINCTION

398. Reconnaissance d'un droit de propriété incorporelle de la reproduction ou représentation. – Si le code de la propriété intellectuelle n'utilise que le vocable de cession, la loi impose seulement de reconnaître un effet translatif, non une qualification de contrat de vente¹⁶⁷⁵. C'est qu'en réalité, un contrat de licence peut comporter un tel effet aussi bien qu'un accord de cession non exclusif. Néanmoins, ceux-ci portent non plus sur un démembrement du monopole d'exploitation, mais sur les *fruits* de celui-ci, à savoir les droits de propriété apparaissant sur chaque reproduction ou représentation distincte. Aussi importe-t-il d'analyser le concept de fruits du monopole d'exploitation (§1.) avant d'examiner l'effet translatif les prenant pour objet (§2.)

§ 1. – DÉFINITION DES FRUITS DU MONOPOLE D'EXPLOITATION

399. Diversité des objets du transfert. – Pour mettre en évidence l'existence de fruits des droits d'exploitation reconnus au créateur, la démonstration peut partir d'un rapprochement entre propriété corporelle et propriété intellectuelle. S'agissant d'une chose matérielle, le droit d'en tirer les fruits, inhérent au droit de propriété de la chose dont ils proviennent, se prolonge dans un droit de propriété sur les fruits issus de la chose¹⁶⁷⁶. Ainsi le propriétaire du champ est-il propriétaire de la récolte. Il peut transmettre la propriété du fonds, mais peut aussi se contenter de céder celle des fruits : cette opération est parfaitement similaire au transfert de propriété de la chose frugifère elle-même quant à son effet, mais en diffère fondamentalement par son objet. Il suffit de transposer l'analyse dans le domaine du droit d'auteur pour comprendre que, lorsque le créateur consent à une cession au profit d'un exploitant, il cède, non pas toujours les prérogatives de sa propriété incorporelle, fût-ce sous forme de démembrement, mais un *autre droit*, en tant qu'il porte sur un *autre objet* : la reproduction ou la représentation de l'œuvre de l'esprit, qui deviennent objet de droits de propriété de la même façon que les fruits d'une chose matérielle.

¹⁶⁷⁵ V. *supra*, n°19s.

¹⁶⁷⁶ Il n'y a aucun doute sur ce point en droit commun des biens, malgré les divergences d'analyse qui peuvent exister quant à la justification de la propriété des fruits au profit du maître de la chose frugifère. Le code civil (art. 547 à 550) voit une *accession* dans l'acquisition des fruits de la chose par le propriétaire, tandis que la

Des spécialistes ont aperçu que l'effet translatif que produisent la plupart des contrats d'auteur ne porte pas nécessairement sur les droits d'exploitation de l'auteur en eux-mêmes, ainsi de M. Gaudrat, lequel estime que la cession a en réalité pour objet un « droit-autorisation » préalablement constitué. Si la première partie de l'énoncé emporte la conviction, la seconde suscite néanmoins une grande réserve, en ce qu'elle opère un lien entre le *sujet* du droit et sa *nature*, alors que, s'agissant de cession, *le changement de sujet du droit* ne conduit pas nécessairement à une *modification de son objet*. Si le propriétaire du champ vend sa récolte, c'est en vérité plus en tant que propriétaire de la récolte qu'en maître du sol. L'objet du droit de l'acquéreur est le même que celui du droit du vendeur¹⁶⁷⁷.

Inversement, on ne peut postuler une identité nécessaire entre l'objet des droits d'exploitation et l'objet du ou des démembrements, c'est-à-dire des droit(s) cédés à l'exploitant. Certes, le droit de reproduction, qui appartient à l'auteur en tant que composante de sa propriété incorporelle, participe de « l'appropriation » de l'œuvre de l'esprit. Le droit de reproduction est bien un droit qui a pour objet l'œuvre de l'esprit : ce droit confère au créateur un monopole sur *l'opération* de reproduction ou de représentation. Mais en réalité, ce n'est pas nécessairement un tel droit que l'exploitant acquiert, non plus qu'un de ses démembrements.

400. Distinction entre opération et résultat de la reproduction. – Pour déterminer et comprendre en quoi consiste le droit transmis, il faut en vérité commencer par poser une ferme distinction entre *opération* et *résultat de l'opération* d'exploitation. En effet, chaque reproduction ou représentation constitue un résultat de l'opération réservée à l'auteur. De fait, il ne faut pas ignorer que les termes « reproduction » et « représentation » s'emploient pour désigner aussi bien l'opération que le résultat auquel elle conduit. Or ce résultat constitue à son tour, à l'instar de ce qui est issu d'une chose matérielle, une chose différente de l'œuvre de l'esprit, qui fait ainsi l'objet d'un droit différent. Si une reproduction ou une représentation n'est pas toujours bien perçue telle une chose, c'est uniquement parce que l'analyse les réduit à l'opération, sans en appréhender l'issue. Or toute reproduction ou représentation de la création est également un résultat de l'opération accomplie, qui a une valeur intrinsèque, économiquement et juridiquement dissociable de la valeur de l'œuvre. Il apparaît ainsi que le

doctrine préfère parfois y voir une simple conséquence directe de son droit de propriété (V. p. ex. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois 3^e éd. 2007, n°440).

¹⁶⁷⁷ Il faut préciser que l'analyse demeure si le transfert de propriété est abordé comme un processus d'extinction-constitution plus que comme la transmission d'un droit : la création du droit succédant au droit éteint par l'effet de la vente a, en droit commun, le même objet avant et après l'opération.

droit né sur chaque reproduction ou représentation – conçue en tant que résultat bien entendu – est un droit de propriété « classique ». Cependant, il s'agit, d'un droit de propriété incorporelle, qui ne doit pas être confondu avec le droit de propriété corporelle qui s'exerce sur un support matériel de l'œuvre de l'esprit. Aussi bien, il est possible de considérer que les diverses reproductions ou représentations, saisies en tant que résultat, constituent des *fruits* du droit de propriété intellectuelle appartenant à l'auteur et, partant, que la cession à laquelle il consent peut en fait porter non sur un démembrement de son monopole, mais sur le droit de propriété de ses fruits. Si le raisonnement apparaît proche de celui esquissé par certains tenants d'une qualification réelle du droit d'auteur¹⁶⁷⁸, le rejet d'une telle qualification pour le droit d'auteur pris en tant que tout ne l'invalide pas dès lors que la nature réelle des droits d'exploitation est reconnue. La thèse, pour emporter la conviction, doit cependant être étayée par une mise à l'épreuve de la distinction entre bien et service puis entre fruit et support de la création, ainsi enfin qu'entre fruits et produits.

401. Distinction entre bien et service. – Plaider en faveur de la propriété d'une reproduction ou d'une représentation ponctuelle, saisie dans sa dimension immatérielle, implique de démontrer que l'objet de cette propriété est une chose, non un service – en effet, le droit de propriété ne peut directement avoir pour objet une prestation de service¹⁶⁷⁹. Cependant, la démonstration n'est pas difficile, dès lors qu'est bien comprise la distinction entre l'*opération* de reproduction ou de représentation et le *résultat* de cette opération. L'objet du droit de propriété de la reproduction ne peut évidemment s'appliquer qu'au résultat de l'opération de reproduction, non à l'opération elle-même. On ne peut être propriétaire que d'une chose, non d'une activité. Par suite, il faut bien distinguer le rapport *du créateur avec l'exploitant* du rapport *entre l'exploitant et le public*. En effet, dans le cadre de la cession à l'exploitant, l'auteur n'accomplit pas une prestation de service : ce n'est pas lui-même qui reproduit ou

¹⁶⁷⁸ V. en effet Ch. HUGON, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, th. Montpellier, préf. J. RAYNARD, *Economica*, n°491, pour qui « Chaque mode d'exploitation se révèle être l'objet d'un nouveau droit de propriété au profit de chaque cessionnaire partiel. La propriété – née de la création de l'œuvre – est ainsi éclatée du fait des cessions partielles en autant de propriétés qu'il y a de modes d'exploitation, c'est-à-dire d'utilités, de valeurs économiques. L'objet de la réservation initiale – l'œuvre audiovisuelle dans toutes ses potentialités d'exploitation – est éclaté en autant d'objets de droit de propriété qu'il y a de modes d'exploitation. La référence à la propriété initiale demeure nécessaire pour délimiter l'objet du droit de propriété, lequel se définit à la fois par rapport à l'œuvre et par rapport aux modes d'exploitation cédés au titulaire ». Mme Hugon ne conceptualise cependant pas plus cette reconnaissance d'une double propriété.

¹⁶⁷⁹ La détermination des objets de droit de propriété, passablement complexe, recoupe largement celle de la détermination des biens et ne saurait être tranchée ici. Il faut seulement rappeler ici que, même dans la théorie moderne, qui retient une propriété des créances, la propriété s'applique alors à un droit, le droit de créance. La théorie classique reconnaît elle-même que la propriété s'applique aussi bien aux choses qu'aux

représente l'œuvre ; le contrat qui le lie à l'exploitant ne l'engage évidemment pas à s'acquitter d'un tel service. C'est en fait l'exploitant qui, éventuellement, accomplit une prestation de service dans le cadre de la relation juridique nouée avec l'amateur, ainsi dans le cadre d'une représentation¹⁶⁸⁰. De surcroît, ce n'est même pas toujours à une prestation de service que s'engage un exploitant, ainsi lorsqu'il vend des supports de reproduction. Surtout, en tout état de cause, le service est toujours le fait de l'exploitant, dans son rapport avec le public, et non le fait de l'auteur, dans son rapport avec l'exploitant. Aussi faut-il souligner que c'est en vertu de la cession consentie par l'auteur que l'exploitant peut accomplir l'opération : en quelque sorte, l'auteur cède par avance la valeur attachée au résultat de l'opération, opération que l'exploitant pourra accomplir en vertu précisément de l'acquisition préalable de cette valeur. Le contrat entre auteur et cessionnaire porte donc sur un bien, le droit de propriété de la « reproduction – résultat », et non sur la prestation de service que peut par ailleurs constituer l'opération de reproduction, dans le cadre d'un contrat entre l'exploitant et ses « clients ». Dans l'univers matériel, le maître du champ peut céder sa récolte à quelqu'un qui devra lui-même y procéder : le droit positif connaît cette figure, sous la forme de la vente d'herbes¹⁶⁸¹.

Il faut d'ailleurs poursuivre l'analogie avec le droit de propriété d'une chose corporelle, qui s'avère intéressante pour mieux saisir le raisonnement. Bien que la jurisprudence lui ait finalement dénié un droit exclusif d'exploitation de l'image de la chose¹⁶⁸², il ne fait aucun doute que le propriétaire d'une chose corporelle pourra dans certains cas restreindre l'opération de reproduction : par exemple, le propriétaire d'un château, non visible depuis le domaine public, peut stipuler, dans le contrat par lequel il autorise l'accès à des visiteurs, l'interdiction de le photographier¹⁶⁸³. Ce faisant, il pose des frontières à l'opération de reproduction, non à l'exploitation du résultat de la reproduction. Ainsi, dans l'exemple précité, la personne qui aura fait une reproduction de l'immeuble sous forme de dessin –

droits. Mais jamais il n'est question de retenir la propriété d'un service. Tout au plus retient-on la propriété de la créance qui permet d'en réclamer l'exécution.

¹⁶⁸⁰ Sur la qualification du contrat entre entrepreneur de spectacles et public, V. p. ex. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, n°713 (entreprise et non location de fauteuils).

¹⁶⁸¹ V. art. L. 411-1 c. rur., et *infra*, n°518.

¹⁶⁸² Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, Bull. civ. n°10 ; D. 2004, 1545, note J.-M. BRUGUIÈRE et E. DREYER ; JCP G 2004, II, 10085, note Ch. CARON ; *Defrénois* 2004, art. 38058, p. 1554, note S. PIÉDELIÈVRE et A. TENENBAUM RTD civ. 2004, 528, obs. Th. REVET.

¹⁶⁸³ V. p. ex. CA Paris, 18 févr. 1972, RIDA 1972/3, 214 (clause d'un ticket d'accès interdisant la prise de vue aux visiteurs). Il n'y a aucune raison que cette solution soit remise en cause par l'éviction d'un droit exclusif d'exploitation de l'image de la chose, qui n'est pas concerné ici. Il s'agit tout simplement d'une obligation de ne pas faire, stipulée dans le cadre du contrat relatif à l'accès physique à la chose. D'ailleurs, un tel engagement est requis des visiteurs de la plupart des musées.

laquelle n'était pas interdite – pourra exploiter librement cette reproduction. On comprend bien la différence qu'il y a entre la détermination des modalités de l'opération et celle des usages qui peuvent être faits du résultat de l'opération.

Le résultat de l'opération d'exploitation constitue donc une chose, en ce qu'elle constitue une entité stable et définie¹⁶⁸⁴. Chaque reproduction-résultat se définit par référence à l'œuvre reproduite aussi bien que par le mode de reproduction, sa destination et le lieu et l'instant où est accomplie l'opération qui y a conduit : la conjonction de ces facteurs la rend absolument singulière¹⁶⁸⁵. De surcroît, s'attache à cette reproduction-résultat une valeur économique propre, qui ne se confond pas exactement avec celle de l'œuvre de l'esprit prise globalement, encore moins avec celle de son support matériel.

402. Distinction entre droit de propriété de la reproduction et droit de propriété du support matériel. – Une fois admise l'idée que la « reproduction-résultat » est une chose, certes immatérielle, mais une chose appropriable néanmoins, il peut paraître difficile de distinguer entre propriété de la reproduction et propriété du support matériel de la reproduction : en tant qu'opération, la reproduction est une action physique, matérielle ; la reproduction conduit justement à une matérialisation de l'œuvre de l'esprit.

Il est indéniable que l'auteur ne pourrait céder un droit sur une reproduction matérielle, plus exactement sur la chose corporelle qui constitue le support physique de la reproduction : il n'est pas, du moins pas nécessairement, ni même fréquemment, propriétaire de la matière dans laquelle s'incarne la forme reproduite¹⁶⁸⁶. En cédant un droit sur la reproduction, le créateur ne peut que céder un bien incorporel, le fruit de son œuvre de l'esprit. La distinction entre propriété corporelle du support et propriété incorporelle du « résultat » se saisit d'ailleurs mieux au regard du droit de représentation : la représentation ne donnant pas lieu en elle-même à la création d'une chose corporelle qui pourrait constituer l'objet d'un droit de propriété, il n'apparaît aucune concurrence entre propriété de la représentation et propriété d'une chose corporelle qui serait le vecteur physique de cette représentation. Le fait que la

¹⁶⁸⁴ Sur la notion de chose et la distinction entre chose, droit, bien et valeur, v. *supra*, n°313s. et les références citées.

¹⁶⁸⁵ Le facteur temps joue un rôle essentiel dans cette singularité : même s'il s'agit de reproduction d'une même œuvre, selon un même mode, pour une même destination et en un même lieu, chaque reproduction-résultat apparaît à un temps qui ne peut être exactement le même que pour la précédente et la suivante, l'intermède ne serait-il que poussière de secondes...

reproduction passe par la matérialisation de l'œuvre de l'esprit¹⁶⁸⁷ n'interdit ainsi aucunement de dissocier, dans l'analyse juridique, propriété de la reproduction, en tant que valeur immatérielle, et propriété de la chose corporelle empreinte de cette reproduction. Ainsi, le droit de propriété d'une reproduction déterminée donne précisément la possibilité de la matérialiser dans un support : c'est ce droit de propriété de la « reproduction – résultat », saisie dans sa dimension immatérielle, qui permet d'en faire usage pour la matérialiser dans un support physique¹⁶⁸⁸. Ce droit de propriété aura alors épuisé son effet, puisque la fabrication d'un autre exemplaire conduirait à une autre « reproduction – résultat », objet d'un autre droit de propriété. L'acquéreur d'un support physique jouit quant à lui de son droit de propriété corporelle, distinct, ainsi que le démontre le fait qu'il puisse revendre à son tour son support¹⁶⁸⁹.

Là encore, le raisonnement peut, pour être mieux compris, s'appuyer sur une analogie avec le droit de propriété corporelle. Comme chacun sait, la jurisprudence a refusé de reconnaître le droit exclusif du propriétaire d'une chose sur l'image de celle-ci¹⁶⁹⁰. Certains auteurs ont pourtant tenté de convaincre que la reproduction est une utilité de la chose, la notion d'image des biens (ou des choses) leur paraissant au contraire un leurre¹⁶⁹¹. Cette analyse refusant de reconnaître l'existence d'une chose immatérielle – l'image – distincte de la chose matérielle, invite à considérer qu'on ne pourrait valoriser que la chose matérielle ou les supports matériels de l'image de la chose¹⁶⁹². Or ceci méconnaît la valeur propre de l'image en tant que valeur immatérielle, qui est distincte de celle des supports¹⁶⁹³. La jurisprudence, en refusant

¹⁶⁸⁶ Du moins ne l'est-il pas au titre de son droit d'auteur. S'il était par ailleurs propriétaire de la matière – hypothèse rarissime s'agissant de supports de reproduction – la vente de celle-ci sera un contrat distinct.

¹⁶⁸⁷ Arg. art. L.122-3 CPI, évoquant la « fixation matérielle » de l'œuvre de l'esprit.

¹⁶⁸⁸ Il faut d'ailleurs relever ainsi que l'acquéreur de droits de reproduction pourrait très bien ne pas être propriétaire de la matière que va façonner la reproduction. Le propriétaire de la matière ne pourrait pas, dans un tel cas de figure, prétendre être devenu propriétaire de la reproduction portée par sa matière, et l'exploiter contre la volonté du cessionnaire.

¹⁶⁸⁹ Le client de l'exploitant ne devient pas à son tour acquéreur du droit de propriété de la « reproduction – résultat » : l'exploitant ne cède que le support, aux termes d'une vente de droit commun.

¹⁶⁹⁰ V. Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, préc.

¹⁶⁹¹ F. ZÉNATI, « Du droit de reproduire les biens », D. 2004, 962, qui critique l'idée que le propriétaire se trouve investi de plusieurs droits, un droit sur sa chose et un droit sur l'image de sa chose, « ce qui est un contresens, car le propriétaire n'a qu'un seul et même bien » (p. 964).

¹⁶⁹² *Ibid.*, p. 965 : « En filmant ou en photographiant sa chose, le propriétaire s'en sert ; en cédant ou en louant les clichés ou en autorisant à titre onéreux des prises de vue, il en retire des fruits civils : c'est bien sa chose qui lui sert de source de revenus, pas une entité incorporelle qui envelopperait celle-ci ». Dans une autre approche, v. L. MARINO, « Les contrats portant sur l'image des personnes », CCE, chron. n°7, p.11, qui s'en tient à un droit à l'image purement extrapatrimonial et considère que la patrimonialisation se fait par le biais du prix de la renonciation à agir en défense de l'atteinte.

¹⁶⁹³ Comp. M. SERNA, « L'image et le contrat : le contrat d'image », CCC nov. 1998, chron. 12 : l'image serait un bien non consommable, un corps certain (n°3 p.4), et donc une chose au sens de l'article 1126

de reconnaître un droit exclusif du propriétaire de la chose sur l'image de celle-ci, a au contraire entériné cette distinction entre la chose et l'image de la chose¹⁶⁹⁴. De plus, il reste possible de forger une distinction entre l'image de la chose ou de la personne (par définition unique), les représentations données de cette image (par définition plurielles) et les supports matériels de ces représentations¹⁶⁹⁵. Chacun est doté d'une image unique, l'image de sa personne. Mais les représentations de cette image sont aussi diverses que les prises de vue (lesquelles se distinguent selon que la personne est prise de profil, de face, sous la lumière, dans l'ombre...).

Or la représentation d'une image a une valeur distincte de celle de son support : une même représentation peut donner lieu à l'exploitation sur une multiplicité de supports, ainsi d'une prise de vue reproduite sur cartes postales. La valeur d'un support ne se confond pas avec celle de la représentation, pas plus qu'avec la valeur de l'image représentée¹⁶⁹⁶. On peut donc bien distinguer, en droit positif entre la chose, son image, les représentations de son image et le support matériel de ses représentations. Ceci est d'autant moins contestable depuis que la jurisprudence a dissocié la chose corporelle de son image¹⁶⁹⁷ : si l'image de la chose ne peut être appropriée et partant, être l'objet d'une valeur juridique, rien n'empêche de considérer

C. civ. (n°4 p.4), d'où il suit que « le droit à et sur l'image possède intrinsèquement une double nature juridique » (n°8 p.5).

¹⁶⁹⁴ Même si cette distinction a une portée plus négative que positive, en ce sens que la dissociation de l'image de la chose a conduit, en l'état de la jurisprudence, au rejet de son appropriation.

¹⁶⁹⁵ On n'ignore pas que, de la même façon qu'une personne n'a qu'une image, qu'un nom, qu'une voix, etc., la chose n'a dans ce sens qu'une image. Mais il faut tenir compte de la polysémie du terme d'image, qu'on peut prendre au sens de prise de vue : l'image va être différente selon que la personne ou la chose est prise en partie ou totalement, de profil, dans la lumière ou l'obscurité, etc. Il faut donc également conceptualiser la distinction qu'il y a entre le fait d'être doté d'une image, les différentes prises de vue et les supports de ces prises de vue. Une prise de vue donnée peut à son tour être reproduite dans une multiplicité de supports matériels. Pour être plus clair, on peut donc distinguer entre image (par définition unique) et représentations de l'image (par définition plurielles), ces dernières ayant également une dimension immatérielle qui explique la possibilité d'un détachement conceptuel de leur support.

¹⁶⁹⁶ Le raisonnement peut être illustré par l'exemple de la prise de vue d'un café célèbre, en postulant qu'elle n'est pas couverte par le droit d'auteur. La représentation de l'image de la chose, même si elle est incorporée à un support matériel, peut en être dissociée. Aujourd'hui encore, rien n'interdit à l'auteur de la représentation de monnayer la possibilité offerte à un tiers de reproduire cette représentation sur une multiplicité de supports, des cartes postales par exemple. La jurisprudence « Hôtel de Girancourt » interdit seulement au propriétaire de la chose de se réserver l'exploitation de son image. Non à l'auteur d'une représentation de l'image d'une chose (qui au demeurant peut être un autre que le propriétaire de la chose) de monnayer l'accès à cette représentation. La différence de valeur s'aperçoit encore lorsqu'on veut bien considérer le prix donné à un support matériel original de la représentation et la valeur de la représentation elle-même, comme en droit d'auteur, on distingue p. ex. entre la valeur d'un tirage original du *Baiser de l'Hôtel de Ville* de Doisneau et la valeur de sa reproduction. *Contra*, v. L. MARINO, « Les contrats portant sur l'image des personnes », CCE 2003, chron. n°7, p.10 : « On a aussi fait valoir que l'image est reproductible indéfiniment, ce qui serait une preuve de ce supposé détachement. Il semble pourtant que ce soit confondre ici l'image et son support. L'image est unique, c'est le support qui est reproductible ». S'il est vrai que l'image est unique, il est faux que la reproduction s'applique à un support. On reproduit une représentation de l'image !

¹⁶⁹⁷ V. Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, *op. cit.*

que la représentation de l'image est une valeur juridique – elle sera généralement attachée au droit de propriété du support original de la représentation¹⁶⁹⁸. On a seulement interdit au propriétaire de se réserver un monopole sur les représentations de l'image. Or, en droit d'auteur, un monopole est au contraire reconnu sur l'exploitation. Ainsi, la théorie proposée ici n'est qu'un prolongement ou un dépassement, dans l'ordre de la propriété intellectuelle, des principes qui prévalent aujourd'hui dans l'ordre de la propriété corporelle : il convient de distinguer entre l'œuvre de l'esprit, la reproduction de l'œuvre de l'esprit – la représentation de son image, en quelque sorte – et le support matériel de la reproduction. De la même façon qu'une représentation de l'image de la chose est distincte de l'image de la chose aussi bien que de son support matériel, la reproduction de l'œuvre de l'esprit est une valeur immatérielle distincte de l'œuvre de l'esprit aussi bien que du support de la reproduction.

Encore faut-il ne pas se méprendre sur l'analyse proposée de la dualité de valeur, sans doute faut-il insister sur ce point. Il ne s'agit pas de distinguer entre la valeur de l'œuvre de l'esprit et celle d'un *mode de reproduction ou de représentation*, mais plutôt entre la valeur de l'œuvre de l'esprit et celle d'une *reproduction ou représentation donnée*. L'analogie faite à l'égard de la représentation de l'image d'une chose matérielle doit être bien comprise : il faut comparer, non *l'image d'une chose* et la reproduction d'une œuvre, mais la *représentation de l'image d'une chose* et la reproduction de l'œuvre. De l'image d'une même chose peuvent être tirées des représentations différentes : toutes les images de la chose ne seront pas parfaitement identiques. *A priori*, on pourrait penser que toute reproduction de l'œuvre de l'esprit est au contraire parfaitement identique : l'appréciation serait hâtive et erronée. Il se conçoit autant de reproductions ou représentations diverses que de représentations de l'image d'une chose ou d'une personne : à preuve la diversité des modes de reproduction, la variation infinie des reproductions partielles, des adaptations, etc. Certes, cette approche ne permet pas d'isoler une chose distincte en fonction de la durée ou du lieu, car à quelque moment ou en quelque lieu qu'elles soient faites, il n'est pas possible de distinguer alors entre les multiples reproductions, effectuées selon un même mode, de la totalité ou de la même partie de l'œuvre. Cependant, cela n'empêche pas une dissociation conceptuelle de cette représentation de l'image de la chose et de son support. De même que toute nouvelle prise de vue conduit à une nouvelle représentation de l'image, toute opération de reproduction ou représentation de

¹⁶⁹⁸ L'auteur du cliché photographique, propriétaire du support original, pourra ainsi p. ex. monnayer l'accès à cette représentation pour qu'elle soit éditée sous forme de carte postale (peu important qu'il ne s'agisse pas d'une œuvre de l'esprit originale, protégée).

l'œuvre conduit à un résultat propre, qu'on peut juridiquement dissocier du support matériel éventuel.

Ainsi s'agit-il plutôt de distinguer entre la valeur du support corporel, qui tient à ce support (qualité du papier, de l'encre, des pigments et autres matériaux) et celle qui est attachée à l'image de la chose corporelle ou à la reproduction de l'œuvre de l'esprit. L'exemplaire d'une œuvre littéraire ne se paie pas au prix du papier et de l'encre... Le prix dépend de la valeur attribuée à la reproduction d'une œuvre de l'esprit, qui ne se confond pas plus avec la valeur de la création elle-même qu'avec celle des matériaux qui entrent dans la composition du support¹⁶⁹⁹.

La valeur économique attachée à l'œuvre de l'esprit ne se confond pas avec celle qui s'attache à la reproduction. La première s'apprécie sur un plan général, qui devrait intégrer toutes les perspectives d'exploitation. La seconde dépend de l'attrait propre à ses modalités particulières : reproduction intégrale ou partielle, selon tel ou tel procédé, etc. La valeur de la reproduction dépend également d'un facteur temporel – la valeur d'une reproduction faite au départ de l'exploitation ne sera pas la même que celle faite longtemps après – mais également d'un facteur spatial – la valeur de la reproduction peut dépendre du territoire, la demande n'étant pas la même en tous lieux¹⁷⁰⁰. Tout ceci explique qu'on reconnaisse à chaque reproduction-résultat une valeur économique propre, aussi bien qu'une existence juridique, dès lors qu'elle peut être réservée par l'auteur dans le prolongement de ses droits d'exploitation de l'œuvre¹⁷⁰¹.

403. Ambiguïté des termes « droit de reproduction » et droit de représentation ». – La conception présentée ici aboutit à distinguer entre droit de reproduction et droit sur la reproduction. Certes, la loi n'évoque que le droit *de* reproduction ou de représentation, mais la lettre du texte ne fait pas obstacle à l'analyse dès lors que l'expression peut très bien renvoyer au droit d'autoriser la reproduction (reproduction – opération) aussi bien qu'au droit né sur la

¹⁶⁹⁹ Posons par hypothèse que le coût de l'exemplaire d'un roman s'établisse à 5 € au titre des frais engagés pour sa fabrication, comme s'il s'agissait de la reproduction d'une œuvre tombée dans le domaine public, et que la concurrence possible ne permettrait pas de vendre l'ouvrage au-dessus de 10 €. Compte tenu de la protection et de l'élimination de la concurrence, le prix est établi à 20 €. La valeur qui revient à l'œuvre de l'esprit est la différence.

¹⁷⁰⁰ On peut donner l'exemple d'un roman français non traduit, qui se vend assurément plus en France qu'ailleurs.

reproduction (reproduction – résultat) : l'emploi d'une seule formule peut s'expliquer par le caractère inélégant et peu explicite du terme « droit sur la reproduction ».

Le droit de reproduire est l'un des attributs patrimoniaux de la propriété incorporelle de l'auteur : en tant que tel, il s'exerce sur l'œuvre de l'esprit. L'*opération* de reproduction est bien une opération qui s'applique à l'œuvre. Par conséquent, il convient de ne pas confondre le droit de reproduire ou d'autoriser la reproduction d'une part, l'ensemble des droits de propriété de toutes les reproductions incluses dans le périmètre tracé par la loi, d'autre part¹⁷⁰². De façon similaire, s'agissant du propriétaire d'un arbre fruitier, l'on distingue son droit de jouissance, attribut de sa propriété, en vertu duquel il peut récolter et vendre les fruits, des droits de propriété qui peuvent être reconnus sur chacun des fruits.

Cela étant, lorsque l'exploitant acquiert les droits naissant sur des reproductions déterminées, il peut évidemment procéder aux opérations qui mènent aux résultats envisagés. On ne saurait objecter qu'en acquérant les droits de propriétés relatifs à chaque reproduction visée au contrat, il n'est pas devenu titulaire du droit de reproduire ou, en d'autres termes, qu'en acquérant le fruit qui résultera de chaque opération, il ne peut accomplir lui-même l'opération. L'exploitant peut indéniablement accomplir cette opération. Ce n'est cependant pas son droit de propriété des reproductions, en tant que droit de propriété sur le résultat, qui permet d'accomplir l'opération qui y conduira¹⁷⁰³. Il faut considérer que, par la cession, c'est l'auteur qui exerce en fait son droit de reproduire, de la même façon que, en cédant à un tiers la propriété des fruits, le propriétaire d'un arbre exerce son droit de propriété... Dans le cadre d'un bail, l'action peut être accomplie au titre du droit personnel de jouissance¹⁷⁰⁴.

En ce sens, le droit de reproduction de l'auteur s'entend bien comme un droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction. Le droit de reproduction de l'exploitant s'entend lui du droit de propriété sur la reproduction, résultat de l'opération permise. Le cessionnaire peut donc procéder lui-même à l'opération qui conduira au résultat constituant le droit de propriété cédé,

¹⁷⁰¹ Si, par souci d'éviter une complexité excessive, on a évoqué ici la valeur de la reproduction-résultat, il importe de rappeler que l'on a précédemment adopté la thèse selon laquelle la valeur s'attache en fait au droit sur la chose, c'est-à-dire ici au droit de propriété de la reproduction-résultat. V. *supra*, n°315.

¹⁷⁰² Le droit patrimonial de l'auteur s'étend ainsi à toutes les reproductions faites dans le cadre temporel qui va de la naissance de l'œuvre à 70 ans *post mortem auctoris*, dans le monde entier, selon tous modes d'exploitation connus, prévisibles ou imprévisibles et selon toutes finalités.

¹⁷⁰³ De la même façon que l'acquisition des fruits d'un arbre ne donne pas droit d'entretenir et exploiter l'arbre lui-même.

puisque la cession manifesterait en elle-même l'exercice du droit d'autoriser la reproduction dont l'auteur est titulaire¹⁷⁰⁵.

Aussi faut-il bien saisir que toutes les dispositions du code de la propriété intellectuelle ne se réfèrent pas tous à la même signification. Dans les articles L. 122-1, L. 122-2 et L. 122-3 dudit code, il s'agit de présenter les attributs du droit d'auteur : il s'agit donc évidemment d'une référence au droit de reproduire ou représenter, ou d'autoriser la reproduction ou représentation (donc du droit de reproduction ou représentation - opération). Mais lorsque l'article L. 122-7 du même code énonce que les droits de reproduction et de représentation sont cessibles, ce n'est plus dans la même acception que le terme doit être entendu. Il avait en ce sens été justement remarqué que cette disposition ne figurait pas initialement dans une partie relative au contenu du droit d'auteur, mais dans le corps des règles régissant l'exploitation du droit¹⁷⁰⁶. Or il faut bien comprendre que la cession porte sur le droit de reproduction - résultat. La référence au droit *de* reproduction peut se comprendre là comme une référence à l'ensemble des droits de propriété naissant sur les fruits de l'œuvre de l'esprit que sont les droits sur chaque reproduction. C'est d'ailleurs en ce sens que le code évoque la cession « totale » ou « partielle »¹⁷⁰⁷.

404. Articulation du droit d'auteur et du droit de propriété des reproductions et représentations. – Une fois admis le principe de la dissociation entre les droits d'exploitation et le droit de propriété des reproductions et représentations, il reste à vérifier que ces deux prérogatives peuvent être articulées, notamment si elles ne peuvent empiéter l'une sur l'autre.

¹⁷⁰⁴ On verra que, dans ce cas, un effet translatif accessoire explique que l'exploitant devienne propriétaire des fruits issus de son exploitation : v. *infra*, n°414.

¹⁷⁰⁵ Là encore, il ne faut pas confondre l'opération matérielle et l'exercice du droit : il a déjà été souligné (chapitre 1, contrat de service) que c'est bien le propriétaire qui exerce son droit lorsqu'il consent à une opération matérielle faite par un tiers (ex : l'entrepreneur qui transforme la chose, le propriétaire exerçant par là-même son droit de disposition). Peu importe que ce soit ici l'exploitant qui procède à l'opération de reproduction : c'est bien l'auteur qui, en cédant, a exercé son droit d'autoriser la reproduction, son droit de reproduire.

¹⁷⁰⁶ V. Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique, 2° Droit des exploitants », *op. cit.*, n°19s., dont l'idée peut être approuvée, en dépit des critiques portées contre son analyse, que le droit de l'exploitant n'est pas directement l'un des attributs patrimoniaux du droit d'auteur.

¹⁷⁰⁷ La rédaction de beaucoup d'articles du CPI s'éclaire d'ailleurs au regard de cette théorie. V. p. ex. l'art L.132-18, se référant à une autorisation : la formule se comprend car bien qu'il comporte cession des droits de propriété afférents aux représentations permises, c'est bien par ce contrat que l'auteur autorise le cessionnaire à représenter. S'agissant du contrat d'édition, il se comprend pourquoi l'art. L. 132-1 évoque de façon générale une cession au profit de l'éditeur, tandis que l'art. L. 132-8 admet une clause de non-exclusivité des droits cédés. La terminologie législative correspond parfaitement au système proposé.

Le droit de propriété de telle ou telle reproduction ou représentation-résultat est un droit de propriété comprenant l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* : l'acquéreur peut bien entendu user de sa reproduction, en tirer des fruits (prix payé par le public pour obtenir communication de l'œuvre), en disposer. Cela n'empiète en rien sur les droits de l'auteur, qui reste tenu d'honorer ses engagements contractuels.

Le droit de propriété de telle ou telle reproduction ou représentation, en tant que droit de propriété incorporelle classique, *i.e.* une propriété des fruits du monopole, n'est évidemment pas fractionné en droits moraux et patrimoniaux. Le titulaire du droit sur une reproduction - résultat déterminée ne peut se plaindre d'une atteinte à l'intégrité de la reproduction, tout simplement parce qu'une telle atteinte ne peut se concevoir : la reproduction infidèle n'est précisément que l'instrument d'une atteinte à l'intégrité de l'œuvre de l'esprit. Or si l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre de l'esprit passe en effet par une reproduction non fidèle, seul le titulaire du droit moral pourra s'en plaindre, puisque le propriétaire d'une « reproduction – résultat » n'est pas titulaire du droit d'auteur, qui s'exerce seul sur l'œuvre de l'esprit¹⁷⁰⁸. Une « reproduction – résultat » est en revanche immuable. Seule la chose corporelle qui en résulte peut faire l'objet d'une destruction physique, or il s'agirait là d'une atteinte au droit de propriété corporelle.

405. Distinction entre fruits et produits. – Enfin, il ne faut pas perdre de vue le principal intérêt qui s'attache à l'identification de droits de propriété sur la reproduction ou représentation de l'œuvre : l'application de l'effet translatif à de tels droits permet de comprendre comment la qualification de bail peut se concilier avec la cession qu'emportent nécessairement, aux termes du code de la propriété intellectuelle, certains contrats d'auteur tel le contrat d'édition ou de représentation, dans lesquels l'exclusivité n'est pas toujours de mise¹⁷⁰⁹. Il est donc nécessaire de souligner que ces droits de propriété apparaissant sur chaque reproduction-résultat sont bel et bien des fruits, non des produits.

¹⁷⁰⁸ De deux choses l'une en effet : si l'acquéreur est lui-même l'auteur de la reproduction infidèle, il ne saurait évidemment se reprocher lui-même l'atteinte à son droit ; si la reproduction infidèle est le fait d'un autre, c'est qu'il s'agit d'une autre reproduction – résultat, sur laquelle il n'a donc pas de droit de propriété. Comme il sera souligné, l'acquéreur ne jouit pas en effet d'une exclusivité dans l'opération de reproduction, et même si tel était le cas, il s'agirait d'une exclusivité contractuelle.

¹⁷⁰⁹ V. sur ce point *supra*, n°39.

Il ne s'agit pas de produits, dans la mesure où aucune reproduction-résultat n'altère la substance de l'œuvre de l'esprit¹⁷¹⁰. Il ne faut pas oublier que les droits d'exploitation sont des droits réels qui ont pour objet l'œuvre de l'esprit elle-même : un « produit » ne pourrait donc être identifié qu'à partir du moment où l'œuvre elle-même serait altérée dans sa substance, ce qui n'est pas le cas ici.

Il s'agit de fruits, de la même façon que le sont les récoltes d'un champ cultivé. Dans la mesure où la valeur n'est actualisée que par l'action de l'exploitant, la qualification de *fruit industriel* s'impose plus exactement¹⁷¹¹.

Ainsi faut-il conclure que la cession ne procède pas toujours à un démembrement du droit de l'auteur, car ce droit d'autoriser la reproduction peut rester entre les mains de l'auteur, sans connaître aucune division. Il *s'exerce*, tout simplement. Dans l'ensemble des droits de propriété qui peuvent naître des opérations de reproduction et de représentation, la cession opère alors une délimitation qui n'a rien à voir avec un démembrement de la propriété incorporelle de l'auteur. Cela ne reflète que la possibilité pour le créateur de céder isolément et séparément les fruits de son œuvre.

§ 2. – PRÉSENTATION DE L'EFFET TRANSLATIF DES FRUITS DU MONOPOLE D'EXPLOITATION

406. Objet de la cession et précision des modalités d'exploitation. – Le concept de transfert des fruits permet de comprendre que le code de la propriété intellectuelle se réfère au concept de cession en dépit de l'impérative limitation du domaine d'exploitation dans son étendue, sa destination, le lieu et la durée. De fait, il n'est pas impératif d'en déduire un démembrement de chacun des droits d'exploitation, qui se décomposeraient en fonction de la détermination opérée par le contrat. En fait, cette délimitation permet de déterminer les frontières dans lesquelles le cessionnaire va acquérir les droits de propriété naissant sur chaque reproduction ou représentation qu'il effectuera. La délimitation du domaine d'exploitation est précisément nécessaire pour déterminer les droits de propriété cédés : sont cédés tous les droits de

¹⁷¹⁰ Sur la définition des « produits », par opposition aux fruits, v. p. ex. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°125.

¹⁷¹¹ Sur la notion de fruit « industriel », dénomination due à l'activité humaine nécessaire à leur apparition, v. art. 583 al. 2 c. civ. V. aussi p. ex. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°123.

propriété afférents aux reproductions ou représentations qui seront accomplies pendant tel laps de temps, en tels lieux, dans telles finalités et selon telles formes précises¹⁷¹². De même, il se comprend que la référence au nombre d'exemplaires puisse être faite au titre de la mention de l'étendue du domaine d'exploitation : dès lors que l'objet de la cession porte sur autant de droits que d'opérations leur donnant naissance, il devient possible et même nécessaire, afin de déterminer l'objet de la cession, de prévoir le nombre de reproductions permises¹⁷¹³.

407. Objet de la cession et exclusivité. – Si la cession porte sur les droits de propriété attachés à chaque reproduction intervenue dans le cadre de l'exploitation permise, il se comprend surtout que, en matière de droit d'auteur, le concept d'effet translatif couvre aussi bien la cession exclusive que la cession non exclusive. En effet, la cession de droits de propriété sur des reproductions ou représentations déterminées ne confère en elle-même aucune exclusivité sur l'exploitation : de la même manière que le propriétaire d'un stock de marchandises peut vendre à divers acquéreurs une partie de son stock, ou consentir une exclusivité d'achat, un auteur peut céder des reproductions ou représentations à un seul exploitant, titulaire d'une exclusivité d'acquisition, ou à plusieurs, qui ne seront donc pas bénéficiaires d'une telle exclusivité. L'existence d'une cession est incontestable, puisque sont bel et bien transmis à l'exploitant les droits de propriété sur les reproductions ou représentations déterminées au contrat. La seule exclusivité dont jouit l'exploitant par l'effet de la cession est précisément celle que confère le droit transmis, qui s'exerce sur son seul objet, telle ou telle reproduction ou représentation-résultat. Là encore, il ne faut pas confondre la reproduction-résultat et la reproduction-opération. La cession de droits de propriété sur les reproductions déterminées emporte transfert du droit né sur chaque reproduction-résultat ; elle n'emporte naturellement pas un monopole sur la reproduction-opération. Au terme d'une telle cession, l'exploitant n'acquiert pas une position monopolistique pour accomplir toutes les reproductions ou représentations qu'il serait possible de faire, en tant qu'opérations, dans un

¹⁷¹² Les termes de l'art. L. 131-3 CPI éclairent d'ailleurs cette conception : il se comprend mieux, en effet, que la loi évoque la « délimitation du domaine d'exploitation des droits cédés », dans la mesure où il s'agit moins de délimiter le droit d'exploitation lui-même que le périmètre des droits de propriété cédés. A cet égard, la règle se présente parfaitement comme une règle relative à la détermination de l'objet de la cession.

¹⁷¹³ En vertu de l'art. L. 131-3 CPI, il n'est pas obligatoire de préciser un nombre maximum d'exemplaires (V. en ce sens *supra*, n°29). Dans le cas d'une absence de limitation du volume de l'exploitation, une cession de démembrement réel est envisageable. Dans le cas où l'auteur aurait imposé un nombre maximum, il ne pourra s'agir que de cession de fruits.

cadre déterminé (dans son étendue, sa destination, l'espace et la durée). Il n'acquiert que des droits sur des reproductions-résultat déterminées.

Il est donc nécessaire que soit ajoutée à la cession une clause d'exclusivité pour conférer cette position monopolistique, qui ne découle pas de la seule existence de la cession. En d'autres termes, il s'agit d'une exclusivité contractuelle, qui ne lie que l'auteur. Si les tiers ne peuvent pas exploiter et porter atteinte au monopole de l'exploitant, c'est tout simplement parce qu'ils ne sont pas cessionnaires de droits, l'auteur s'étant engagé à ne pas céder à d'autres personnes. Ceci explique que l'exclusivité consentie à l'exploitant produise effet sur les tiers. Ceci justifie aussi que l'action en contrefaçon appartienne à l'auteur en dépit d'une cession de fruits, ou que l'auteur puisse ne pas être contrefacteur s'il viole son engagement¹⁷¹⁴.

Enfin, la théorie permet de trancher la question de savoir s'il faut présumer cette exclusivité ou non. Puisque l'exclusivité n'est qu'un engagement contractuel, il ne se présume pas. Ainsi par exemple, il faudrait considérer que la cession du droit d'adaptation audiovisuelle doit être assortie d'une clause d'exclusivité expresse ou tacite¹⁷¹⁵.

408. Objet de la cession et contrepartie due à l'auteur. – Une dernière difficulté est à résoudre, tenant à l'incidence des modalités de la rémunération ou de la stipulation d'une obligation d'exploiter. En effet, pour qu'une cession s'opère, il faut que son objet existe. De façon générale, toute obligation suppose l'existence d'un objet, même s'il est admis que l'objet consiste dans une chose future¹⁷¹⁶. Or il est indéniable que, le contrat liant l'auteur à l'exploitant étant nécessairement conclu avant l'exploitation visée au contrat, ne sont pas encore nés les droits de propriété portant sur chaque reproduction ou représentation-résultat, objets de la cession. C'est dire, très clairement, que la cession projetée a un objet futur.

La situation ne suscite aucune difficulté d'analyse lorsque le contrat met à la charge du cessionnaire une obligation d'exploiter, qu'elle découle de la prévision d'une rémunération

¹⁷¹⁴ V. sur ces points *infra*, n°527s.

¹⁷¹⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1090 : « A défaut de clause expresse ou si la volonté non équivoque d'assortir la cession d'une exclusivité ne découle pas de l'économie du contrat, on ne saurait la présumer. En effet, l'adaptation étant une forme de création, on peut fort bien concevoir deux adaptations audiovisuelles très différentes à partir d'une même œuvre ».

¹⁷¹⁶ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz 9^e éd. 2005, n°272. Il convient de relever que l'analyse ne devrait pas différer s'il est considéré que le transfert de droit est un effet du contrat et non l'exécution d'une obligation de donner. L'existence d'un « objet de l'obligation » doit ici s'entendre de façon générique.

proportionnelle, d'une stipulation expresse ou d'une disposition légale. Dans une telle hypothèse, une exploitation aura nécessairement lieu, qui entraînera la naissance des droits qui composent l'objet de la cession.

En revanche, une cession forfaitaire pure et simple n'oblige pas le cessionnaire à exploiter. Ce dernier peut-il être considéré comme acquéreur de reproductions déterminées (ou, plus exactement, du droit de propriété né sur elles), alors qu'il ne recherche que la faculté d'exploiter ou non ? Faut-il conclure qu'au cas où aucune exploitation n'aurait lieu, le contrat serait privé d'objet en ce qu'aucun droit qui en aurait pu en résulter n'a pu naître ? Le problème se présente sous un aspect différent de celui sous lequel le droit civil le résout ordinairement. Dans le cadre d'une vente d'immeuble à construire ou, plus généralement, de chose à fabriquer, c'est au vendeur qu'il revient d'accomplir la prestation qui donnera naissance à l'objet du droit cédé. Ici, ce n'est pas à l'auteur qu'il reviendrait d'exploiter, de sorte que naissent les droits cédés, mais à l'acquéreur, dont il dépend seul qu'il exploite ou non (et dont il dépend donc seul que naissent les droits qu'il a acquis).

Il n'est pas contesté que la vente d'une chose future est caduque si la chose ne vient pas à existence¹⁷¹⁷. Un cessionnaire pourrait-il alors remettre en cause la validité du contrat et, partant, réclamer la restitution du prix forfaitaire versé, parce que, *de son propre fait*, il n'a pas exploité et que, par conséquent, l'objet de la cession n'existe pas ? Une réponse négative semble pouvoir s'imposer, en ce que la nullité d'une cession portant sur un objet futur qui ne parvient pas à existence est écartée lorsque le contrat est aléatoire¹⁷¹⁸. Bien entendu, il faut justifier de cette nature aléatoire : la qualification devrait toutefois être admise sans difficulté. L'aléa vise un événement de réalisation ou de date incertaine¹⁷¹⁹ et l'incertitude est de l'essence du contrat aléatoire¹⁷²⁰. Ceci étant, toute intervention de volonté n'est pas exclusive de l'incertitude. Par exemple, l'admission de conditions potestatives de la part du créancier montre suffisamment que l'intervention de la volonté n'exclut pas la reconnaissance d'un

¹⁷¹⁷ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°272, parlant de caducité – Ch. LARROUMET, *Le contrat, Formation*, n°388, restant sur le terrain de la nullité.

¹⁷¹⁸ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°273 – Ch. LARROUMET, *Le Contrat*, Economica, t. III, 1^{re} partie, 6^e éd. 2007, n°388.

¹⁷¹⁹ *Vocabulaire juridique Capitaine*, dir. G. CORNU, V° « Aléa », 2 : « événement de réalisation ou de date incertaine dont les parties à une convention acceptent de faire dépendre le montant de tout ou partie de leurs prestations réciproques de telle sorte qu'il soit impossible de savoir, avant complète exécution, s'il y aura un bénéficiaire ou qui ce sera ».

¹⁷²⁰ Ch. LARROUMET, *Le contrat, Formation*, n°201.

événement incertain¹⁷²¹. D'ailleurs, l'exploitation ne dépend pas de la seule volonté du cessionnaire, mais de l'accueil réservé par le public à l'œuvre. Il existe un aléa, dans la mesure où il existe une chance de gain ou de perte : la rémunération forfaitaire ne variant pas selon les résultats de l'exploitation, le prix payé par l'exploitant peut s'avérer supérieur ou inférieur à la valeur économique des droits cédés. Le contrat prévoyant une rémunération proportionnelle est commutatif, parce que la contrepartie monétaire que doit l'exploitant varie précisément en proportion des résultats de l'exploitation, donc du nombre de droits de propriété nés à chaque acte d'exploitation¹⁷²². Le contrat prévoyant une rémunération forfaitaire ne peut être qu'aléatoire, puisque le prix reste le même quelque soit le nombre de droits apparus¹⁷²³. Dans cette mesure, l'acquéreur *ignore* bel et bien au moment de la conclusion du contrat si un gain ou une perte sera réalisé, ou le montant de ceux-ci, même si sa volonté joue un rôle. Il ne faut enfin pas oublier que la théorie des fruits du monopole a pour vocation essentielle de concilier l'effet translatif du contrat d'auteur et la qualification de bail. Or dans ce cas, l'obligation d'exploiter ne se présente pas comme une contrepartie du transfert des fruits, mais comme celle de la concession du droit personnel de jouissance.

La distinction entre le bien frugifère que constitue chaque droit d'exploitation et les fruits qui en sont issus étant posée, il reste à en examiner les conséquences sur l'applicabilité de la qualification de vente et de bail aux contrats d'auteur comportant un effet translatif de la propriété de ces fruits de l'exploitation.

Sous-section 2

CONSEQUENCES DE LA DISTINCTION

409. La distinction entre droits d'exploitation et droits de propriété des fruits de l'exploitation emporte deux conséquences majeures : d'une part, elle justifie l'applicabilité de la concession d'un droit personnel de jouissance, au premier rang de laquelle le bail, en dépit de l'effet translatif qu'évoque la loi spéciale (§1.) ; d'autre part, elle justifie celle de la cession, dans les hypothèses d'absence d'exclusivité (§2.).

¹⁷²¹ Arg. art. 1174 C. civ., *a contrario*.

¹⁷²² L'équation est toujours la même, dès lors que le prix est un pourcentage. 10 % de 1000 ou de 10 000 font toujours 10% !

¹⁷²³ Il ne revient pas au même, en effet, de poser une contrepartie de 100 pour 50, 100 ou 10 000 actes d'exploitation.

§ 1. – CONCESSION D'UN DROIT PERSONNEL DE JOUISSANCE

410. Applicabilité de la qualification de bail. – Une partie de la doctrine considère que l'autorisation d'exploiter ne se rapporte pas à la mise à disposition d'une chose¹⁷²⁴. Pourtant, l'auteur, lorsqu'il autorise un tiers à exploiter, lui confère un droit personnel de jouissance. Après avoir déterminé l'objet de ce droit personnel de jouissance (A), il conviendra de montrer comment s'insère un effet translatif dans l'acte constitutif d'un tel droit (B).

A. – Objet du droit personnel de jouissance

411. Les choses louables. – La loi ne restreint aucunement le bail à une catégorie de choses en particulier¹⁷²⁵. Il est possible de louer aussi bien des meubles corporels qu'un fonds de commerce ou des valeurs mobilières, ainsi par exemple des créances ou des titres de société¹⁷²⁶. Ce sont bien là des « choses » pouvant être données à bail¹⁷²⁷. La doctrine ancienne du droit d'auteur n'hésitait d'ailleurs pas à admettre l'application du contrat de louage¹⁷²⁸, même si à ce stade le propos ne tend qu'à prendre acte de son applicabilité. D'aucuns l'admettent encore aujourd'hui¹⁷²⁹. À l'instar des licences de droits de propriété industrielle, qu'une grande partie de la doctrine s'accorde à classer parmi les contrats de bail, il faudrait alors considérer que la licence a pour objet un droit d'exploitation.

¹⁷²⁴ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) », *op. cit.* n°79.

¹⁷²⁵ V. l'art. 1713 C. civ., selon lequel « on peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles ». Puisque tous les biens sont soit immeubles, soit meubles, l'ensemble des biens doit être considéré visé par la loi, y compris bien sûr les meubles incorporels.

¹⁷²⁶ V. sur ce point A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°307, qui souligne que la location de créances ou de parts sociales est toutefois peu pratiquée.

¹⁷²⁷ *Contra* : B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005, n°492s. (l'auteur s'en tient cependant à l'argument selon lequel aucun texte n'évoque clairement la location d'un droit, ce qui ne permet pas de condamner le rapprochement de la licence et du bail : dans la mesure où, ainsi qu'il va être tenté de montrer, la licence porte sur la création elle-même, l'objection perd toute portée).

¹⁷²⁸ V. Ch. EISENMANN, *Le contrat d'édition et les autres louages d'œuvres*, th. Paris, 1894, pp. 13s. – P. DUPONT-ROUGIER, *Du contrat d'édition*, th. Paris, Arthur Rousseau, 1907, p. 16 – LAUTERBOURG, *Du contrat d'édition et de la nature juridique du droit d'auteur*, th. Paris Sirey 1915, pp. 59s. – VALÉRY, note sous Trib. Com. de la Seine, D. 1898, 73 ; ROGER, note sous Paris, 1^{er} mai 1925, D. 1925, 2, 98, spéc. p. 100. V. aussi, dans la doctrine civiliste, BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité de droit civil*, vol. 18, *Du contrat de louage*, T. 1, 2^e éd. n°14 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. 10, *Contrats civils*, LGDJ 2^e éd. par HAMEL, GIVORD et TUNC, n°328 – BEUDANT et LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil*, T. 11, *Vente et louage de choses*, 2^e éd. par BRÈTHE DE LA GRESSAYE, n°415. *Contra*, v. G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Traité du cinéma*, t. 2, LGDJ 1957, n°612 : leur opposition à la qualification du contrat de représentation en tant que contrat de bail se fonde cependant sur l'idée que le droit de propriété ne porte que sur des choses corporelles, et que, partant, le caractère immatériel des droits s'oppose à la qualification de location.

Il ne faudrait pourtant pas conclure trop rapidement que, en droit d'auteur, la chose donnée à bail n'est pas l'œuvre de l'esprit en tant que telle. Il est en effet de maintes occurrences où un droit patrimonial fonde la *qualité de bailleur*, sans constituer pour autant la *chose offerte en location*. Tel est par exemple le cas du bail consenti par un usufruitier¹⁷³⁰. Faudrait-il considérer que la « chose » louée est le droit réel d'usufruit ? Ceci emporterait, semble-t-il, une distorsion de la qualification. Une saine compréhension des droits et obligations nés du contrat atteste au contraire que la chose donnée à bail est bien la chose objet du droit, et non le droit lui-même. *L'obligation de délivrance* porte bien sur la chose matérielle dont jouissait jusque-là personnellement l'usufruitier, et non sur le droit réel d'usufruit. Il en va de même de *l'obligation d'entretien*. *L'obligation de conservation et de restitution* mise à la charge du preneur vise pareillement la chose matérielle, et non le droit d'usufruit. Dès lors, la situation du nu-propiétaire se comprend parfaitement : la qualité de bailleur lui est refusée, en ce sens qu'il ne peut mettre à disposition la chose, qu'il n'a pas en sa possession et à l'égard de laquelle il ne peut plus exercer, du moins temporairement, le droit de jouissance. L'exemple de la sous-location est tout aussi significatif. Si la qualité de simple titulaire d'un droit personnel de jouissance n'exclut pas celle de bailleur¹⁷³¹, il serait inexact de considérer que ce qu'il offre en location est le droit qu'il tire lui-même d'un contrat de bail. Le sous-bailleur doit délivrer et entretenir, le sous-locataire conserver et restituer la chose matérielle, non le droit personnel de jouissance reconnu au preneur. La doctrine n'envisage ainsi généralement, au chapitre des éléments du bail, que la qualité dont doit exciper le bailleur, admettant *implicitement* que la chose donnée à bail est bien la chose objet du droit de jouissance, et non le droit lui-même¹⁷³².

412. Œuvre de l'esprit, objet des obligations nées du bail. – Aussi faut-il se demander si la particularité de l'œuvre de l'esprit, chose incorporelle, impose véritablement de raisonner autrement, et de considérer que la « chose » donnée à bail ne saurait consister que dans un des droits d'exploitation, non dans la création elle-même.

¹⁷²⁹ J. CAYRON, *La location de biens meubles*, th. Aix, 1997, n°68s., qui souligne cpt. les différences entre droit d'auteur et droit de propriété, déduites de son caractère personnel (n°25 à 28).

¹⁷³⁰ Sur la faculté de l'usufruitier de donner à bail, v. p. ex. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°335.

¹⁷³¹ Sur cette possibilité ouverte dans le principe, à défaut de clause ou de disposition légale contraire, v.

¹⁷³² V. p. ex. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°440s. – Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°284s.

Un des premiers arguments en ce sens tiendrait à l'indépendance du droit de reproduction et du droit de représentation, qui oblige à envisager séparément le sort de ces prérogatives au cours des négociations contractuelles. Le licencié ne sera jamais titulaire d'un droit personnel de jouissance étendu à toutes les exploitations concevables. Néanmoins, il est dans la nature même du contrat de bail de permettre aux parties de circonscrire précisément l'étendue de la jouissance que le bailleur accorde au preneur¹⁷³³. En d'autres termes, il peut parfaitement résulter du bail que le preneur ne pourra que reproduire l'œuvre de l'esprit, et non la représenter, ou vice-versa, et ce dans le respect des limites fixées conformément à loi spéciale. Nul besoin, dans cette optique, de considérer que la « chose » donnée à bail est le droit de reproduction ou le droit de représentation, et non l'œuvre elle-même. Au fond, la distinction qu'opère la loi entre droit de reproduction et droit de représentation n'a-t-elle d'utilité, sous l'angle de la qualification de bail, que par rapport au fondement de la qualité de bailleur. De la même façon qu'un nu-propiétaire n'a pas qualité pour donner à bail la chose objet d'un usufruit¹⁷³⁴, le titulaire du seul droit de *reproduction* n'a pas qualité pour consentir à l'égard de l'œuvre protégée un bail autorisant le preneur à la *représenter*. Inversement, le titulaire du droit de représentation n'a pas qualité pour autoriser un tiers à reproduire la création. Il n'y a là rien que de très logique, et cela ne préjuge en rien de ce qui constitue vraiment la « chose » louée.

Le problème majeur réside plutôt dans l'adaptation des obligations du bailleur et du preneur. Mais à tenir le droit d'exploitation pour la « chose » donnée à bail, le contrat ne retirerait pas davantage à l'auteur la faculté d'autoriser, par un autre contrat, une autre personne à reproduire ou représenter l'œuvre, du moins dans l'hypothèse de la licence non exclusive. C'est par conséquent l'obligation de délivrance qui doit être entendue dans un sens particulier, peu important que l'objet auquel elle s'applique soit l'œuvre de l'esprit elle-même, ou un droit d'exploitation¹⁷³⁵. La garantie contre les vices cachés s'applique quant à elle sans difficulté, nous semble-t-il, à l'œuvre de l'esprit en tant que telle¹⁷³⁶. Par parallélisme avec le bail de choses corporelles, il n'y a aucun sens à considérer que le vice puisse affecter le droit,

¹⁷³³ V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°481s.

¹⁷³⁴ Art. 595 C. civ. V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°441.

¹⁷³⁵ V. sur ce point *infra*, n°476.

¹⁷³⁶ Sur la « garantie contre les vices cachés » applicable en matière de bail, v. art. 1721 C. civ. et *infra*, n°545.

et non la chose sur laquelle porte le droit. Ainsi que dans le droit commun de la vente, l'obligation vise la chose, et non nécessairement le droit¹⁷³⁷.

413. Le droit personnel de jouissance, effet du contrat de bail. – En définitive, il semble vain de considérer que le droit d'exploitation est la « chose » louée. Il est dans la nature de tout contrat de bail de conférer un droit personnel de jouissance sur une chose. De façon ordinaire, ce droit personnel de jouissance ouvre au preneur la faculté de jouir de la chose sans limites autres que celles de ne pas porter atteinte à sa substance, ce qui serait l'exercice du pouvoir de disposition qui lui échappe. Mais ce droit de jouissance peut tout à fait être circonscrit par les parties, et ne permettre qu'un certain type d'utilisation ou d'exploitation¹⁷³⁸ : le droit personnel se trouve alors limité, l'effet du contrat de bail restreint à la finalité déterminée par les parties, sans qu'il faille pour autant considérer que le droit personnel devient la chose louée !

De fait, il est inexact de considérer que le bail confère un droit de jouissance du *droit*, dès lors qu'il s'agit d'un droit réel portant sur une chose. Un bail de droit commun n'est pas une location du droit de propriété, n'emporte pas constitution d'un droit personnel de jouissance du droit de propriété... Le preneur ne peut pas disposer de la chose (la détruire, l'aliéner), et ne jouit donc aucunement du droit de propriété. Il jouit de la chose, ce qui est bien différent. Il n'y a aucun motif justifiant de raisonner différemment en matière d'œuvres de l'esprit, dès lors qu'elle constitue l'objet des droits réels que sont les droits d'exploitation¹⁷³⁹. Le droit personnel de jouissance reconnu au preneur ne permet ordinairement que la reproduction ou la représentation : l'effet du contrat de bail est alors de conférer un droit personnel déterminé. Seul le titulaire du droit de reproduction pourra conférer une créance de jouissance relative à la reproduction. Il n'en demeure pas moins que l'œuvre de l'esprit est l'objet des obligations nées du contrat, la « chose » louée.

Il reste alors, il est vrai, à expliquer comment l'effet translatif que la loi spéciale fait produire à la plupart des contrats d'auteur s'insère dans la concession d'un droit personnel de jouissance.

¹⁷³⁷ V. *infra*, n°419.

¹⁷³⁸ V. *supra*, n°412

¹⁷³⁹ V. *supra*, n°333. Il importe peu à cet égard qu'il s'agisse de droits réels *sui generis*, dès lors qu'ils ont pour objet l'œuvre de l'esprit (de la même façon que le titulaire d'un droit d'usufruit donne en location la chose, non son droit réel).

B. – Effet translatif et acte constitutif d'un droit personnel de jouissance

414. Distinction entre effet constitutif du droit personnel de jouissance d'une chose et effet translatif de la propriété de ses fruits. – Le bail, s'il est le parangon de l'acte constitutif d'un droit personnel de jouissance, s'accommode d'un effet translatif de la propriété des fruits de la chose offerte en location.

En droit commun, force est de relever le silence d'une majeure partie de la doctrine généraliste actuelle sur ce point¹⁷⁴⁰. La question se pose pourtant aussi bien s'agissant des créations intellectuelles que s'agissant de choses corporelles, au premier rang desquelles un sol fertile¹⁷⁴¹. Le droit d'accession, qui appartient au propriétaire, devrait justifier que le propriétaire de la chose devienne celui des fruits¹⁷⁴².

Nul ne contestera pourtant que le preneur à bail d'un champ, qu'il cultive, acquiert la propriété de la récolte. De façon générale, le locataire peut consommer les fruits de la chose louée¹⁷⁴³. Cela étant, il est difficile d'expliquer l'acquisition des fruits par un effet de la possession – le possesseur de bonne foi pouvant en effet faire siens les fruits perçus¹⁷⁴⁴ : le locataire n'est pas un possesseur, mais un détenteur précaire¹⁷⁴⁵. L'explication tirée de l'existence d'une « créance de transfert des fruits », avancée jadis, ne paraît guère plus convaincante¹⁷⁴⁶. En revanche, il reste possible de s'en tenir à un corollaire entre l'usage autorisé et la consommation des fruits : la jouissance de la chose implique naturellement la

¹⁷⁴⁰ La plupart des ouvrages généraux dédiés aux contrats spéciaux n'abordent pas la question de la propriété des fruits de la chose louée. V. cpt. A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, PUF 2001, n°49.

¹⁷⁴¹ V. déjà, posant le problème, POTHIER, *Traité du louage*, n°4 (in *Œuvres complètes*, éd. Bugnet). V. aussi J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Dalloz 1952, n°134s.

¹⁷⁴² Art. 712 c. civ. V. p. ex. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°240.

¹⁷⁴³ V. p. ex. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°242. V. aussi A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, n°49, qui considère que « le bail se satisfait mal du droit qui serait accordé au locataire de consommer ou d'aliéner pour de l'argent les fruits naturels produits par la chose louée » mais ajoute toutefois (p. 140 note 2) que « les fruits industriels, s'ils sont le résultat de l'exploitation du locataire, pourraient être légitimement conservés » et que, « quant aux fruits civils, le locataire peut les faire siens (dans la limite de son droit de jouissance) en sous-louant le bien mis à sa disposition ». Or les fruits du monopole d'exploitation sont des fruits industriels.

¹⁷⁴⁴ V. p. ex. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°186

¹⁷⁴⁵ Art. 2236 c. civ. V. p. ex. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, n°164 – J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, n°132s.

¹⁷⁴⁶ V. SAINT-ALARY, *La détention. Notion et portée d'application en droit français*, th. Montpellier, 1941, pp. 143-144 et S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, th. Bordeaux, 1937, p. 284, pour lesquels le locataire ou fermier a un droit de créance contre le propriétaire en vue

consommation de ses fruits¹⁷⁴⁷. L'analyse élude en quelque sorte la question de la propriété des fruits, en justifiant surtout la faculté pour le preneur de les consommer.

Cependant, on peut se demander si, au fond, tout bail, en plus de la créance de jouissance qu'il confère au preneur, ne transfère pas à son profit la propriété des fruits futurs¹⁷⁴⁸. Le bail resterait à titre principal un acte constitutif – d'un droit personnel de jouissance – mais produirait à titre accessoire un effet translatif – la propriété des fruits.

En droit d'auteur, un tel mécanisme se comprend d'autant mieux que la possession est exclue, du moins dans sa forme traditionnelle. De surcroît, le propos tend moins ici à contribuer à une théorie générale du bail qu'à convaincre que cette qualification peut s'accommoder de l'existence d'un effet translatif prévu par la loi – ce qui est bien le cas en droit d'auteur¹⁷⁴⁹. Aussi est-il possible de considérer que, même lorsque la loi évoque l'effet translatif de certains contrats, édition ou production audiovisuelle notamment, la qualification de bail ne s'en trouve en rien condamnée : l'identification d'un effet constitutif de droit personnel de jouissance n'est en rien exclue par la reconnaissance d'un effet translatif ayant alors pour objet les fruits du monopole d'exploitation. De surcroît, l'effet translatif ne peut alors qu'être accessoire à l'effet constitutif, ce qui justifie de ne pas le prendre en considération dans l'opération de qualification.

415. Adaptation de la qualification d'acte constitutif d'un droit personnel de jouissance à la délimitation du domaine d'exploitation. – Étant par nature un acte constitutif, le bail se prête en outre naturellement à la délimitation du domaine de l'exploitation autorisée, qui n'est rien autre qu'une délimitation de l'objet du transfert des fruits. Celle-ci s'harmonise

d'obtenir le transfert des utilités extraites de la chose dans leur propre patrimoine. La thèse n'explique pas comment le locataire devient *propriétaire* des fruits de la chose louée...

¹⁷⁴⁷ V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, n°126 : « Quand le propriétaire confie volontairement à un tiers l'usage de la chose (...) il est de principe que le possesseur fait siens les fruits. Dans le cas où le possesseur s'est vu consenti le droit de jouir de la chose, la solution est imposée par la notion même d'usage : utiliser une chose, c'est profiter de toutes ses commodités, en ce compris la consommation des fruits, qui sont des biens par essence consommables ». V. aussi CORNILLE, *Vente et louage de chose. Contribution à l'étude de la distinction des contrats réglementés*, th. Lille, 1926, pp. 157-158 – P. VOIRIN, « La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie », *RTD civ.* 1930, 324. V. enfin J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, n°134, dont il faut cependant rappeler qu'il opine en faveur de la reconnaissance au profit du preneur d'un droit réel de jouissance.

¹⁷⁴⁸ Comp. POTHIER, *Traité du louage*, n°4, qui est cependant un peu confus sur la distinction avec la vente : « Le contrat de louage renferme, en quelque façon, non la vente de la chose même qui est louée, mais la vente de la jouissance ou de l'usage de cette chose. Par exemple, le bail à ferme d'une terre s'analyse en une vente que le bailleur fait au fermier des fruits qui y seront recueillis pendant le temps du bail ».

¹⁷⁴⁹ V. *supra*, n°20s.

parfaitement avec la faculté reconnue aux parties de borner la jouissance à la destination convenue.

Tout d'abord, la délimitation temporelle de l'exploitation autorisée ne soulève aucune difficulté. La stipulation d'une durée participe de la nature même de tout louage de choses¹⁷⁵⁰. Certes, ceci ne signifie pas qu'en droit commun, le contrat doive *toujours* prévoir un terme extinctif : le bail à durée indéterminée est admis aussi bien que le bail à durée déterminée¹⁷⁵¹. En droit d'auteur au contraire, les cocontractants doivent impérativement prévoir la durée de l'exploitation autorisée¹⁷⁵². Toutefois, la qualification de bail n'exclut aucunement, bien au contraire, la stipulation d'un terme.

Ensuite, la délimitation conventionnelle du domaine d'exploitation s'inscrit, de façon plus générale, dans le cadre de la faculté qui est reconnue au bailleur de convenir avec le preneur de la « destination » assignée à l'usage de la chose louée¹⁷⁵³. Il est évident que la précision de l'étendue, de la destination et du lieu de l'exploitation autorisée s'insère parfaitement dans le cadre de la précision de l'usage que le preneur est autorisé à faire de la chose louée. Le concept de « destination » utilisé par le code civil paraît suffisamment compréhensif pour inclure la détermination de l'« étendue » et de la « destination » des droits. Même à considérer qu'elle n'entrerait pas pleinement dans le concept de « destination », la restriction géographique de l'exploitation peut constituer une clause valide ne disqualifiant pas le bail¹⁷⁵⁴.

A tous égards, la qualification de licence/bail et, plus généralement, toute qualification reposant sur la concession d'un droit personnel de jouissance, s'adaptent donc parfaitement au particularisme du droit d'auteur. Il en va de même de la vente ayant pour objet les fruits du monopole.

¹⁷⁵⁰ Art. 1709 C. civ.

¹⁷⁵¹ V. sur ce point F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°462s. Seuls les baux perpétuels devaient être prohibés dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, afin d'éviter que soit ressuscitée indirectement la dissociation de la propriété entre domaine éminent et domaine utile, supprimée par le Code. Voilà la raison pour laquelle l'article 1709 exige que le bail soit fait pour « un certain temps », sans qu'il faille y voir là l'exigence d'une durée déterminée.

¹⁷⁵² V. *supra*, n°31.

¹⁷⁵³ Arg. art. 1728 et 1729 C. civ., selon lesquels le preneur est tenu « d'user de la chose louée (...) suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ».

¹⁷⁵⁴ Il est par exemple évident que la location d'un véhicule automobile consentie sous l'engagement de l'utiliser sur le seul territoire français ou dans tel périmètre géographique donné ne saurait entrer dans une autre catégorie que celle de bail.

§ 2. – L'ACTE TRANSLATIF DE DROIT REEL

416. L'objet de la cession et l'objet des obligations nées de la cession. – La distinction entre le bien frugifère et les fruits de l'exploitation conduit à affiner la qualification d'acte translatif : celui-ci peut porter aussi bien sur un démembrement réel que sur les droits de propriété des fruits de l'exploitation. Dans la mesure où il a déjà été montré comment la cession peut, lorsqu'elle s'applique à ce second objet, s'accommoder d'une absence d'exclusivité d'exploitation et d'une délimitation de son domaine, qui n'est rien autre qu'une satisfaction de l'exigence d'un objet déterminé, il suffit ici de s'arrêter sur une distinction qui vaut quelque soit l'objet du transfert : une distinction entre cet objet de la cession et l'objet des obligations nées du contrat de vente. Le parallèle entre contrat d'auteur et cession de droits incorporels (A) permettra de comprendre le raisonnement qui invite à opérer cette distinction en droit d'auteur (B).

A. – Comparaison du contrat d'auteur et de la cession de droits incorporels

417. La distinction entre l'effet translatif de droit et les obligations nées de la vente. – Si la cessibilité d'un droit réel autre que le droit de propriété est communément admise, la doctrine ne s'étend guère sur les modalités concrètes de l'application du droit commun de la vente. Le problème se pose notamment de savoir si le droit réel est la « chose » vendue, ou s'il s'agit de la chose sur laquelle porte ce droit¹⁷⁵⁵. Le terme de « chose », dans les dispositions relatives à la vente, est en effet très équivoque, pouvant renvoyer au droit aussi bien qu'à l'objet du droit. Au sujet des contrats d'auteur, le raisonnement doit partir des mêmes interrogations. La « chose » objet de la cession est-elle l'œuvre de l'esprit, ou le droit transféré ? L'intérêt d'une telle question réside notamment dans ce qui constitue l'objet des différentes obligations nées du contrat, à la charge du vendeur notamment¹⁷⁵⁶. On peut vérifier qu'il s'agit de la chose objet du droit cédé, aussi bien dans le transfert du droit de propriété (1) que celui d'un autre droit réel portant sur une chose (2).

¹⁷⁵⁵ V. p. ex. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°120 : il n'est pas certain « que les règles du Code civil soient insusceptibles d'être appliquées à la vente des droits incorporels qui sont aussi des « choses » (nous soulignons).

1) Objet des obligations nées d'un contrat translatif de propriété

418. Distinction entre objet du transfert et objet des obligations. – Considérer que le droit patrimonial (le bien) est l'objet du transfert n'empêche pas que la chose sur laquelle porte le droit soit directement visée par certaines des obligations nées de la vente. La chose ne s'efface pas complètement derrière le bien, à tout le moins lorsque ce dernier consiste dans un droit réel emportant jouissance d'une chose. Ce faisant, il faut, à notre sens, partir de la distinction forgée entre l'effet du contrat et les obligations nées du contrat¹⁷⁵⁷. De fait, la doctrine observe qu'en vertu de la loi, le transfert de propriété est un effet automatique du contrat, et non l'exécution d'une obligation née de celui-ci¹⁷⁵⁸. Personne ne conteste en revanche que la vente génère également des obligations (ainsi de la délivrance et de la garantie contre les vices cachés) édictées en référence à la chose sur laquelle porte le droit de propriété, et non seulement au droit de propriété lui-même. Cette référence à la chose se révèle d'ailleurs dès le stade de la formation du contrat : l'exigence de détermination porte sur la chose, et non pas (seulement) sur le droit qu'il s'agit de transférer. Si les parties peuvent déterminer le droit transmis (droit de propriété, nue-propriété, usufruit), il est évident qu'elles doivent déterminer la chose sur laquelle porte le droit visé. Il ne faut pas oublier qu'en principe, la vente emporte transfert d'un droit de propriété : il est donc évident que si la loi impose dans ce contexte une détermination de la chose, il s'agit de la chose sur laquelle porte le droit, et non le droit lui-même.

419. Objet de l'obligation de délivrance. – Il est donc sage de considérer que l'obligation de délivrance vise avant tout la chose appropriée – transfert de la maîtrise matérielle¹⁷⁵⁹ –, surtout lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité de la chose attendue par l'acquéreur. En réalité, l'important est d'ailleurs que le vendeur accomplisse les actes propres à conférer à l'acheteur la jouissance de la chose et sa qualité de titulaire du droit de propriété.

¹⁷⁵⁶ Il convient d'observer que la question est relativement ignorée de la plupart des ouvrages relatifs au droit des biens et au droit des contrats spéciaux.

¹⁷⁵⁷ Cette distinction recoupe celle marquée entre la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat. V. à ce sujet P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, 771.

¹⁷⁵⁸ V. not. en ce sens F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°187 – Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°76 – Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n°252 – A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°131.

L'obligation de délivrance est une obligation de *faire* : ceci est logique, lorsqu'il est considéré que le transfert du bien est un effet automatique de la vente, et non l'exécution d'une obligation de donner qui n'est alors plus reconnue comme catégorie spécifique¹⁷⁶⁰. Or une obligation de faire n'a pas plus pour objet un bien (un droit) qu'une chose, mais porte sur une prestation, action ou omission. Il paraît pour le moins irréfutable que l'obligation renvoie à un aspect matériel, qu'il corresponde à la chose appropriée en tant que telle (remise matérielle, conformité de la chose par exemple), à des éléments matériels de celle-ci (remise des clefs...) ou encore aux preuves matérielles de la titularité du droit (remise d'un titre écrit, etc.). Lorsque le code civil précise, à l'égard des « effets mobiliers » qu'un acheteur avait déjà en son pouvoir¹⁷⁶¹, que la délivrance s'opère par le seul consentement, cette exécution abstraite ne renvoie pas davantage au droit transféré, mais à la possession de la chose, pouvoir de fait¹⁷⁶². Il semble bien en aller de même des droits incorporels, la délivrance consécutive à leur transfert s'opérant « par la remise des titres, ou par l'*usage* que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur »¹⁷⁶³, qui sont bien des actes matériels – il s'agirait en fait ici, plus exactement, d'obligation de ne pas faire.

420. Objet de la garantie. – Il serait également très artificiel, sinon erroné, de considérer que la garantie contre les vices cachés s'applique au droit de propriété lui-même. Il est incontestable que la notion de vice s'applique à la chose sur laquelle porte le droit, et non au droit lui-même¹⁷⁶⁴. La garantie contre l'éviction vise aussi bien la situation qui affecte le droit

¹⁷⁵⁹ V. not. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°225 : « la délivrance suppose le transfert de la maîtrise essentiellement matérielle de la chose. On peut dire, *brevitatis causa*, que l'obligation de délivrance permet le transfert à l'acheteur de la possession du bien ».

¹⁷⁶⁰ La plupart des auteurs considèrent que l'obligation de donner n'existe pas. V. essentiellement M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1996, 85. *Contra*, v. cpt. P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », RTD civ. 1988, 673 ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », RTD civ. 2000, 477. On observera toutefois que si la catégorie d'obligation de donner est maintenue, mais entendue comme obligation de transférer la propriété, le rapprochement de l'obligation de délivrance avec l'obligation de donner est pareillement impossible. Il s'agit donc d'une obligation de faire...

¹⁷⁶¹ V. art. 1606 C. civ.

¹⁷⁶² Lorsque le droit de propriété est cédé à une personne qui détient la chose (ainsi d'un preneur à bail, par exemple), la remise matérielle est évidemment sans objet. Ce n'est pas à dire que la « délivrance » s'entend de la transmission du droit, qui est l'effet du contrat. C'est l'obligation de délivrance qu'exécute alors aussi le seul consentement, en transférant cette fois-ci non le droit, mais le pouvoir de fait, la possession de la chose.

¹⁷⁶³ V. art. 1607 C. civ. (avec nos ital.), et également l'art. 1689 C. civ.

¹⁷⁶⁴ Le « vice » d'un droit pourrait à la rigueur s'entendre de la situation dans laquelle le droit est dépouillé de l'un de ses attributs, si la garantie contre l'éviction ne visait pas déjà cette hypothèse, qui conduit à une éviction partielle de l'acquéreur. En revanche, il serait très artificiel de considérer qu'un défaut de la chose puisse être analysé comme un vice du droit. Rien ne saurait justifier pareil artifice, dès lors qu'il est admis que si la vente est un acte translatif d'un bien, la notion de bien n'éclipse pas forcément celle de chose, chaque fois que le bien consiste dans un droit portant sur une chose.

(le vendeur n'était pas titulaire du droit de propriété, ou seulement d'un de ses démembrements) que celle qui affecte la chose (le vendeur n'était propriétaire que d'une partie de la chose).

En définitive, si le transfert a pour objet le droit lui-même, il semble établi que les dispositions régissant les obligations nées du contrat se réfèrent pour la plupart à la chose sur laquelle porte le droit de propriété, et non au droit lui-même. Il faut donc se garder de conclure trop hâtivement qu'en cas de cession d'un droit autre que l'entier droit de propriété, le terme de « chose » vendue doit s'appliquer à ce droit déterminé, et non à la chose sur laquelle il porte. C'est en ce sens qu'une doctrine ancienne avait déjà pu considérer que la vente pouvait être définie comme « *le contrat par lequel une personne, appelée vendeur, transfère une chose à une autre, appelée acheteur, et lui garantit la propriété (ou plus généralement, un droit quelconque) contre un prix en argent que l'acheteur s'oblige à lui verser* »¹⁷⁶⁵.

Avant d'étendre l'analyse aux contrats d'auteur, il convient néanmoins d'envisager brièvement, de manière générale, l'hypothèse du transfert de biens autres qu'un droit de propriété.

2) Objet des obligations nées d'un contrat translatif de droit réel

421. Objet des obligations nées de la vente de biens autre que la pleine propriété. – La conception classique d'une vente emportant transfert de propriété d'une chose ne doit pas conduire à considérer qu'il s'opère un transfert de *propriété du droit* d'usufruit, de la créance, etc. Il s'opère tout simplement un transfert du droit réel démembré ou du droit personnel, non un transfert du droit de propriété du droit... La vente se définissant par son effet, c'est un transfert qu'il s'agit de caractériser. De fait, le droit transféré devient l'objet du transfert. La cession d'un droit réel démembré ou d'un droit personnel se place ainsi aux côtés de la cession d'un droit de propriété sous la bannière de la vente régie par le code civil. Si le droit de propriété est l'objet de la vente classique, ce n'est qu'un des objets possibles de la vente entendue comme acte translatif. Est-ce alors, cependant, le droit qui constitue l'objet de

¹⁷⁶⁵ COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10^e éd. 1948, par JULLIOT de la MORANDIÈRE, n°822, qui ajoutent que la vente est un contrat « translatif de propriété (ou d'autres droits)

l'obligation de délivrance conforme, de la garantie contre les vices cachés et contre l'éviction ? Là encore, il faut se garder d'une confusion entre l'objet du transfert et l'objet des obligations nées du contrat. Il importe toutefois de distinguer à cet égard entre les droits réels de jouissance et les autres droits patrimoniaux.

1° S'agissant de droits réels de jouissance tel le droit d'usufruit, il doit évidemment être considéré que la vente a pour effet le transfert de ce seul droit, non le transfert de propriété de la chose grevée d'usufruit. Est-ce à dire que le droit d'usufruit devient l'objet de l'obligation de délivrance, la « chose » à délivrer ? Ceci paraît plus que douteux. La conformité doit sans doute être appréciée à l'égard de la chose grevée d'usufruit¹⁷⁶⁶ ; la délivrance doit certainement entraîner la mise en possession de la chose grevée du droit d'usufruit, à défaut de quoi pourrait être retenu une inexécution fautive de l'obligation de délivrance¹⁷⁶⁷. Dès lors, il faut douter que l'obligation de délivrance ait bien pour objet le droit, et non directement la chose. Il faut aussi se demander si le cédant de l'usufruit répond directement des vices cachés ou de la conformité de la chose grevée par l'usufruit. Est-il possible de considérer que c'est par l'intermédiaire du droit transmis que la question pourrait être réglée ? Il est douteux qu'un vice de la chose grevée d'usufruit puisse être analysé comme un « vice » du droit d'usufruit. En réalité, on voit mal ce qui pourrait constituer un « vice » du droit distinct d'un vice de la chose : pourquoi considérer alors qu'un vice de la chose est en réalité un vice du droit, alors qu'aucune logique ne commande de considérer que la garantie s'applique forcément au droit, et non à la chose sur laquelle porte le droit ? Il est loin d'être certain, au demeurant, que le nu-propiétaire soit tenu de garantie à l'égard de l'usufruitier, par l'effet de la loi, d'où l'utilité d'une garantie par le cédant en faveur du cessionnaire¹⁷⁶⁸. Si l'acquéreur de l'usufruit vient aux droits et obligations de l'usufruitier originaire, rien n'exclut qu'il puisse se prévaloir de la

en même temps que productifs d'obligations », montrant bien par là qu'il est pertinent de distinguer entre objet du transfert et objet des obligations.

¹⁷⁶⁶ En effet, la conformité appréciée par rapport au droit renverrait à la question de savoir si c'est bien un droit d'usufruit (et non un simple droit d'usage, un droit de nue-propiété, etc.) qui a été délivré, alors que la conformité de la chose renvoie plus exactement à ce qu'attendait l'acquéreur.

¹⁷⁶⁷ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Les biens*, n°797, qui rappellent qu'outre l'action confessoire (action réelle) reconnue à l'usufruitier en vue d'obtenir délivrance de la chose donnée en usufruit, l'usufruitier dispose d'une action personnelle en délivrance en cas d'usufruit contractuel.

¹⁷⁶⁸ V. l'article 599 du Code civil, qui reste cependant imprécis. La doctrine s'accorde néanmoins à reconnaître que le nu-propiétaire doit les mêmes garanties qu'un vendeur, contre l'éviction et les vices qui rendraient la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée (v. p. ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Les biens*, n°834). Il reste des hypothèses problématiques : lorsque l'usufruit a été constitué à titre gratuit mais cédé à titre onéreux par son titulaire initial, quel recours pourrait avoir le cessionnaire si la chose grevée d'usufruit s'avère viciée et qu'il souhaite remboursement du prix de cession ? Il ne saurait se retourner contre le constituant, qui n'a perçu aucun prix. N'est-il pas légitime que le cédant de l'usufruit réponde d'une garantie des vices cachés de la chose grevée d'usufruit ?

garantie contre les vices cachés qui infecteraient la chose sur laquelle porte l'usufruit. S'il ne nous appartient pas de répondre à une telle question, il faut néanmoins faire la part entre l'objet du transfert, sans conteste le droit d'usufruit, et l'objet des obligations annexes, dont il est possible d'admettre qu'il vise la chose sur laquelle porte le droit.

2° S'agissant des droits réels ne conférant pas jouissance de la chose, aucune chose ne saurait être objet des obligations nées de la vente, dans la mesure où justement, il ne s'agit pas de droit conférant jouissance d'une chose. S'agissant d'une cession de nue-propriété ou d'un droit réel accessoire, telle l'hypothèque, l'effet de la vente consiste dans le transfert du droit réel. Mais si l'obligation de délivrance ne vise pas la chose grevée, c'est seulement parce que le cédant n'en était pas lui-même en possession, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un droit réel de jouissance¹⁷⁶⁹. Il est pourtant inutile de considérer que l'obligation de délivrance a pour objet le « droit », dans la mesure où celle-ci peut être analysée comme une obligation de faire, ou du moins s'accomplit par des actes matériels, et vise par exemple la remise d'un titre écrit¹⁷⁷⁰. La même observation s'impose en matière de cession de créance¹⁷⁷¹.

En admettant l'application de la garantie contre les vices cachés, on voit mal, là encore, comment le vice pourrait atteindre le droit lui-même, sinon par une atteinte de la chose grevée¹⁷⁷².

¹⁷⁶⁹ V. sur ce point L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, n°692 *sq.* Il importe de relever que la cession d'une créance hypothécaire est bien plus fréquente qu'une cession de la seule hypothèque, qui cède souvent la place à une « cession d'antériorité ».

¹⁷⁷⁰ V. art. 1607 C. civ. et nos observations, *supra*, n°419.

¹⁷⁷¹ Il est pareillement possible de considérer que la conformité (de la délivrance) ne pourrait s'apprécier que par rapport à l'objet de droit : la créance a pour objet une prestation, et dans le cas d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la conformité s'apprécierait sans doute par rapport à la prestation déterminée (telle action ou omission) ; dans le cas d'une créance de somme d'argent, la conformité viserait l'adéquation de la somme aux prévisions des parties, en fonction des intérêts, de la partie déjà versée, etc. Quoiqu'il en soit, il s'agirait de considérations relatives à l'objet de la créance, non au droit de créance lui-même. Mais en réalité, il faut se demander si l'obligation de conformité n'est pas, tout simplement, exclue en matière de cession de créance. V. en ce sens F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°1292.

¹⁷⁷² La garantie contre les vices cachés ne semble pouvoir se concevoir qu'à l'égard de la chose qui donne consistance au bien, même si le bien ne consiste pas dans un droit direct sur la chose. Par exemple, en matière de cession de part sociale, le vice caché pourrait éventuellement être détecté dans la chose qui constitue le patrimoine de la société dans le capital de laquelle la part sociale s'inscrit. V. Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2000, Bull. Civ. III, n°7 (vice de l'immeuble faisant partie de l'actif social). En revanche, il est exclu de caractériser un vice dans une situation extérieure, comme un passif social, dans la mesure où la situation affecte la valeur des parts sociales, non leur usage. De même, l'art. 1694 C. civ. exclut, sauf clause contraire, la garantie de la solvabilité du débiteur. De façon générale, on voit mal en quoi consisterait le vice d'une créance. V. d'ailleurs F. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n°1292 : « La garantie légale est, somme toute, rudimentaire. Elle ne comporte rien d'équivalent à la garantie de la conformité, de la contenance ou des vices cachés du droit commun de la vente ». Il faut par ailleurs se garder de confondre vice et éviction : lorsque la créance n'existe pas parce qu'elle est nulle, éteinte, ou que le cédant n'en était pas titulaire, l'on se rapproche davantage de la garantie contre l'éviction.

En définitive, ce qu'il importe en tout état de cause de retenir, c'est que la chose ne s'efface pas complètement derrière le bien, et peut être saisie en tant qu'objet d'obligation, surtout lorsqu'il s'agit de droit réel de jouissance de la chose, ainsi des droits d'exploitation des œuvres de l'esprit.

B. – Application au contrat d'auteur

422. Effet du contrat. – Si seul un droit correspondant à une utilisation particulière de la chose est objet du contrat d'auteur, l'exploitant n'acquiert pas la chose en elle-même... mais un droit, qu'il s'agisse du droit de reproduction ou du droit de représentation, ou encore d'un droit de propriété des reproductions-résultat, c'est-à-dire des fruits de l'exploitation. Partant, il est couramment évoqué par la pratique et la doctrine de droit d'auteur la « cession de droit », expression qui montre bien que l'*objet* de la cession est le droit. Cependant, la vente ne saurait alors se définir comme transfert de *propriété* de l'un des droits d'exploitation, ce qui conduirait à tenir l'auteur pour propriétaire de son monopole, ce qui est un non-sens¹⁷⁷³. La vente n'est pas qu'une convention translatrice du droit de propriété, mais aussi de droits patrimoniaux d'une autre nature : droit réel démembrement, droit de propriété des fruits de la chose appropriée, etc.

423. Objet des obligations nées du contrat. – L'exigence de détermination concerne sans doute le droit qu'il s'agit de céder, étant entendu que le transfert (du droit) est l'effet du contrat. Il faut cependant admettre que la détermination du droit implique celle de la chose : il n'est pas possible de déterminer le droit (qu'il s'agisse du droit de reproduction ou de représentation ou du droit de propriété des fruits de l'exploitation), sans déterminer la chose objet du droit. Il faut donc distinguer, ainsi que pour la vente corporelle, entre l'effet du contrat et les obligations nées du contrat. Si l'effet de la vente consiste dans le transfert du droit (le bien), les obligations du vendeur peuvent avoir pour objet la chose sur laquelle porte le droit, l'œuvre de l'esprit. Lorsque le transfert porte sur la propriété des fruits de l'exploitation, il ne faut pas négliger que ces reproductions ou représentations-résultat sont les fruits de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit. La détermination de ces fruits ne peut ainsi se faire qu'à partir de celle de l'œuvre de l'esprit dont les droits ont été exploités.

¹⁷⁷³ V. *supra*, n°315.

Aussi, dans l'hypothèse où la qualification de vente serait applicable, l'obligation de délivrance ne sera-t-elle pas correctement exécutée si l'exploitant n'est pas mis en mesure de prendre connaissance de l'œuvre de l'esprit¹⁷⁷⁴. Bien sûr, la délivrance d'une chose incorporelle ne peut s'entendre de la même façon que celle d'une chose matérielle : la délivrance ne saurait s'entendre que du fait de porter l'œuvre à la connaissance de l'exploitant pour qu'il puisse exercer le droit transmis, non du fait de lui conférer une possession exclusive de l'œuvre en elle-même¹⁷⁷⁵. Le transfert du droit de reproduction n'a aucune consistance s'il n'est pas permis à l'exploitant de reproduire la création. La délivrance implique des actes matériels concrets. Quant à la conformité de la délivrance, elle n'a un sens que par rapport à l'œuvre de l'esprit objet du droit cédé, même si l'on peut apprécier aussi bien la conformité aux attentes de l'acquéreur du droit aussi bien que celle de l'œuvre. Comme en matière de vente corporelle, la conformité s'apprécie aussi par rapport à la chose sur laquelle porte le droit de propriété. S'agissant de la garantie des vices cachés, il faut pareillement comprendre que l'œuvre de l'esprit en est l'objet privilégié¹⁷⁷⁶.

À l'instar du droit commun, le droit d'auteur invite ainsi à distinguer clairement entre l'effet translatif et les obligations nées du contrat de vente : la notion de « chose » objet de la vente ne saurait renvoyer à une seule et unique réalité. En tant qu'acte translatif d'un bien, la vente a pour effet de transférer soit un démembrement réel des droits d'exploitation, soit des droits de propriété des fruits de l'exploitation, mais ceci n'exclut pas que certaines de ses obligations visent la chose qui permet de déterminer ce droit, c'est-à-dire l'œuvre de l'esprit.

424. Conclusion de la section 2. – Les droits d'exploitation que la loi reconnaît au créateur sont des biens frugifères : il est possible de considérer que les diverses opérations de reproduction ou de représentation couvertes par le droit exclusif aboutissent à des résultats, c'est-à-dire à des valeurs immatérielles, qui ne sont rien autre que des fruits du monopole, et en tant que tels objets d'un droit de propriété. Il s'avère ainsi que l'effet translatif peut porter

¹⁷⁷⁴ Comp. Ph. GAUDRAT, J.-Cl. PLA n°1242, « Droit de représentation », n°19, à propos des contrats entre l'exploitant et le public : « juridiquement, l'opération de communication s'analyse en une délivrance. L'exploitant se borne à laisser le public prendre connaissance de l'œuvre, de la même manière que, dans la délivrance d'une chose corporelle, le débiteur de l'obligation laisse simplement le créancier accéder à la chose ». V. aussi sur ce point chapitre ultérieur.

¹⁷⁷⁵ Bien souvent, l'obligation de délivrance conduira l'auteur à mettre à disposition de l'exploitant un support, support de création ou de reproduction, seul moyen pour porter à sa connaissance l'œuvre de l'esprit. Il n'en reste pas moins que c'est l'œuvre de l'esprit elle-même, en tant que chose incorporelle sur laquelle porte le droit d'exploitation cédé, qui sera l'objet de l'obligation de délivrance, exactement comme dans la vente corporelle, cette obligation porte sur la chose objet du droit de propriété transmis.

¹⁷⁷⁶ Pour de plus amples développements, v. *infra*, n°553s.

sur la propriété des fruits. Ceci permet de comprendre pourquoi la qualification de bail, lequel est un acte constitutif d'un droit personnel de jouissance, peut inclure en son sein la production d'un effet translatif : bien que simple créancier de jouissance, tout locataire devient ainsi propriétaire des fruits de la chose. Ceci permet également de saisir pourquoi la qualification de contrat de cession peut éventuellement être maintenue dans le cas d'une absence d'exclusivité d'exploitation. Dans la mesure où l'effet translatif ne porte que sur les fruits, il ne s'opère pas transfert du droit exclusif d'exploitation : il est dès lors concevable de céder à plusieurs personnes une partie des fruits de l'exploitation. L'exclusivité d'exploitation ne résulte en fait que d'un engagement contractuel.

Mais si l'effet translatif porte sur les fruits, il ne faut pas ignorer que la concession de droit personnel de jouissance a son objet propre : une analyse de droit civil invite alors à considérer que la qualification de bail, qui ne rencontre aucun obstacle pratique, a pour objet de conférer un droit personnel sur l'œuvre de l'esprit, non sur le droit d'exploitation.

425. Conclusion du chapitre 2. – Si les droits de reproduction et de représentation sont des droits réels, il n'est pas établi *ipso facto* que leur transfert dans le cadre d'une vente est possible. En effet, force est de tenir compte de l'exigence de délimitation du domaine d'exploitation des droits cédés, laquelle invite à reconnaître que l'auteur ne se dépouille jamais de ses droits en totalité – ce qui revient à dire qu'il n'aliène jamais l'un de ses droits d'exploitation en tant que tels. Il est possible de considérer qu'en réalité, l'auteur consent alors au transfert d'un *démembrement réel* de son monopole d'exploitation. Si ce démembrement résulte d'un effet constitutif préalable au transfert, celui-ci peut s'inscrire dans le cadre d'une vente : la qualification tolère cet effet constitutif préalable, dès lors qu'un transfert du droit préalablement constitué s'opère.

L'absence d'exclusivité pose néanmoins un problème qui ne peut être traité de façon identique. D'aucuns considèrent que l'auteur pourrait céder un démembrement non exclusif, ce qui conduirait à reconnaître que le contrat de cession englobe toutes les configurations de l'exploitation des œuvres. Pourtant, une telle possibilité paraît exclue, dès lors qu'un droit réel exclusif ne peut être démultiplié ou fractionné en « démembrements non exclusifs » : un démembrement ne peut conduire à méconnaître la nature du droit démembré. Les droits de reproduction et de représentation étant indubitablement des droits exclusifs, ils ne sauraient se prêter à la création de démembrements non exclusifs. À partir de là, on pourrait penser que la

référence légale à un effet translatif, en l'absence même d'exclusivité, résulte d'une erreur de plume. Une autre voie paraît pourtant pouvoir être empruntée, pour concilier cette terminologie du législateur et la dualité des modèles de la cession de droit réel et de la concession d'un droit personnel de jouissance. De fait, il apparaît que l'effet translatif qu'évoque le code de la propriété intellectuelle en l'absence même d'exclusivité porte sur les fruits du monopole d'exploitation : chaque opération de reproduction ou représentation conduit en fait à un résultat, une valeur immatérielle qui constitue l'objet d'un droit de propriété, de la même façon que la propriété des fruits d'un arbre peut s'ajouter à celle de l'arbre lui-même. On comprend donc que la qualification de bail soit applicable, dès lors que cet effet translatif des fruits n'exclut pas la concession d'un droit personnel de jouissance. La qualification de vente, en l'absence d'exclusivité d'exploitation, reste concevable si le transfert s'applique pareillement aux fruits de ladite exploitation.

426. Conclusion du titre 1. – Au terme de ces analyses, il faut relever que la nature juridique du droit d'auteur ne constitue pas plus un obstacle qu'un critère de qualification opératoire, en ce sens qu'aucun argument tiré de la nature du droit ne permet de rejeter l'une quelconque des qualifications contractuelles concevables, notamment celles de bail et de vente.

Dès lors que le droit d'auteur n'est ni un droit de la personnalité, ni un droit intellectuel – deux qualifications qui interdiraient un traitement dissocié des prérogatives morales et patrimoniales – la qualification de vente demeure applicable. Si la loi divise le monopole en plusieurs droits d'exploitation indépendants, qui sont des droits réels *sui generis*, rien n'exclut au demeurant la catégorie, dès lors que le transfert qui s'y attache ne porte pas nécessairement sur un droit de propriété, mais peut porter sur tout droit patrimonial. De même, le fait que les droits cédés soient nécessairement délimités dans leur étendue et leur destination, quant au lieu et à la durée, ne constitue pas un obstacle sérieux, dès lors qu'on peut identifier un transfert de démembrement réel du monopole. L'absence d'exclusivité, si elle oblige quant à elle à reconnaître que l'effet translatif s'applique alors non plus à un démembrement mais à la propriété des fruits de l'exploitation, ne condamne pas davantage la qualification.

Celle de bail ne s'expose pas à plus d'objections dirimantes. L'identification de droits réels d'exploitation portant sur l'œuvre de l'esprit conduit à admettre que l'auteur s'engage à en concéder la jouissance à un tiers. La qualification s'accommode en outre sans peine de la référence légale à un effet translatif, lorsqu'il porte sur les fruits du monopole d'exploitation :

il n'est pas exclu que le locataire, créancier de la jouissance de la chose louée, soit reconnu propriétaire des fruits de cette chose, dans le cadre fixé par le contrat.

Il faut donc prendre conscience de ce que la nature du droit patrimonial de l'auteur ne soulève aucun obstacle à l'applicabilité des qualifications de bail et de vente. Il s'ensuit nécessairement qu'aucun modèle ne s'impose : la neutralité du droit des biens ressort ainsi avec éclat, permettant de ne pas sombrer dans des querelles inutiles relatives à la qualification du droit d'auteur en tant que droit de propriété. Seuls des critères d'analyse distincts de la nature du droit peuvent permettre de déterminer au final la qualification adéquate de chacun des contrats d'auteur que régit la loi, et ce ne sont rien autre que les effets du contrat

TITRE 2

UN CRITÈRE OPÉRANT : LES EFFETS DU CONTRAT

427. Dès lors que la nature du droit d’auteur n’évince ni ne favorise aucune catégorie contractuelle du droit civil, pas plus celle de vente que celle de bail, l’on peut considérer que la qualification du contrat d’auteur au regard du droit civil peut rester indifférente à son environnement, pour ne prendre en compte que sa structure interne ou, si l’on préfère, ses effets : l’existence d’un transfert de démembrement réel ou d’une concession de droit personnel de jouissance, mais aussi les diverses obligations, notamment d’exploitation¹⁷⁷⁷. Un examen du critère, qui permettra d’élire la qualification civile adéquate (chapitre 1) précédera ainsi celui des conséquences de la qualification (chapitre 2).

¹⁷⁷⁷ Il convient cependant de rappeler que ne sont examinés ici que les contrats d’auteur au sens préalablement dégagé dans le chapitre premier, à savoir ceux qui sont soumis au droit commun et, éventuellement, au droit spécial des contrats d’auteur. Sont donc exclus de la présente analyse les contrats qui sont d’ores et déjà de simples contrats civils : les commandes d’œuvre de l’esprit, les contrats d’exploitation qui ne comportent pas transfert ou concession de droit personnel de jouissance (compte d’auteur, compte à demi). V. à ce sujet S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le contrat de commande en droit d’auteur français*, Litec 1999, préf. A. FRANÇON – M.-G. SCHILLING-RANCAZ, *Les éditions à compte d’auteur*, th. Paris II, 1985.

Chapitre 1

FACTEURS DE QUALIFICATION DU CONTRAT D'AUTEUR AU REGARD DU DROIT CIVIL

428. L'obligation de payer un prix, effet du contrat, fournit un critère de distinction évident, sur lequel il n'est pas utile de s'étendre. En effet, si l'obligation monétaire n'est pas réellement neutre sur la qualification – comment distinguer, à défaut, entre vente et donation, ou encore bail et prêt à usage ? – elle constitue néanmoins un critère qui ne soulève aucune difficulté : le simple constat de sa stipulation suffit pour déterminer la qualification adéquate. Bien au contraire, l'identification de la nature de la « prestation réelle »¹⁷⁷⁸ n'apparaît pas aussi évidente, du moins pas toujours, et justifie ainsi un examen plus approfondi. Le rôle de l'obligation monétaire est au surplus secondaire : si le prix distingue la vente de la donation, comme le bail du prêt, cette distinction n'est permise qu'après avoir recherché si le contrat emporte transfert de propriété ou mise à disposition d'une chose. Enfin, il a été démontré que les contrats nommés par le code de la propriété intellectuelle sont nécessairement à titre onéreux¹⁷⁷⁹, ce qui réduit le schéma des cessions et autorisations à titre gratuit à quelques rares occurrences. C'est pourquoi ce sont sur deux critères complémentaires que l'attention paraît pouvoir être exclusivement portée, dans l'optique d'une classification des contrats d'auteur : l'obligation d'exploiter d'une part (section 1), la maîtrise de l'exploitation d'autre part (section 2).

Section 1

L'OBLIGATION D'EXPLOITER

429. L'obligation d'exploiter est indéniablement le pivot de la plupart des opérations contractuelles auxquelles prend part un auteur. S'impose de fait une qualification de cette obligation d'exploiter (sous-section 1), en forme de préalable à l'analyse de son influence sur la qualification du contrat d'auteur (sous-section 2).

¹⁷⁷⁸ Sur ce terme, v. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique*, th. Paris I, Economica 2002, préf. L. AYNÈS, n°152s., qui oppose prestation monétaire et « prestation réelle » rémunérée. La prestation est dite réelle au sens où elle porte sur des biens et services (v. p. 106 note 2).

¹⁷⁷⁹ V. *supra*, n°111s. (contrat d'édition), n°121 (contrat de représentation), n°122 (contrat de production audiovisuelle), n°123 (commande pour la publicité).

Sous-section 1

QUALIFICATION DE L'OBLIGATION D'EXPLOITER

430. L'obligation d'exploiter, qui résulte d'un véritable engagement contractuel (§2.), consiste dans une obligation de faire (§2.) : ce sont là deux traits caractéristiques qu'il importe de souligner dans la perspective d'un examen de l'applicabilité des diverses qualifications contractuelles du droit civil.

§ 1. – UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE

431. Négation du caractère contractuel de l'obligation. – De prime abord, le caractère contractuel de l'obligation d'exploiter paraît relever de l'évidence. Pourtant, le détour semble s'imposer pour convaincre du rôle de cet engagement du cocontractant de l'auteur dans la qualification de la convention, car il est constant que cette obligation est prévue par la loi¹⁷⁸⁰. De fait, la disposition légale est source d'ambiguïté, en ce qu'elle pourrait laisser accroire que l'exploitation résulte moins d'un engagement contractuel que d'un facteur extérieur au contrat – qu'il s'agisse de la nature du droit d'auteur ou du statut professionnel du partenaire du créateur. Aux yeux des partisans de la qualification de vente, l'intérêt de contester l'existence d'une obligation contractuelle s'aperçoit aisément : ne pouvant jouer aucun rôle dans la qualification du contrat, l'obligation d'exploiter ne représenterait plus un obstacle à la mise en œuvre de la qualification de vente. Une telle approche prête néanmoins le flanc à de nombreuses critiques. C'est pourquoi s'impose une brève réfutation des diverses thèses qui prétendraient contester l'origine contractuelle de la créance de l'auteur.

432. Lien entre obligation d'exploiter et droits patrimoniaux de l'auteur. – Première impasse : établir un lien entre l'obligation d'exploiter et la nature des droits d'exploitation reconnus à l'auteur par la loi. Il s'agirait de considérer que le contrat d'auteur produit un véritable transfert, la loi imposant au titulaire du droit de l'exploiter, non pas en exécution du contrat, mais en vertu de la nature du droit cédé. Une telle opinion s'appuie notamment sur un parallèle avec le brevet d'invention et le droit de marque, lesquels sont susceptibles de mise

¹⁷⁸⁰ V. art. L. 132-1 et 132-12 CPI (contrat d'édition), L. 132-27 (contrat de production audiovisuelle). Sur ce point, v. aussi *supra*, chap. 2, n°143s.

en licence d'office ou de déchéance pour défaut d'exploitation¹⁷⁸¹ : l'exploitation est alors une obligation pesant sur le titulaire du droit en dehors-même d'un engagement contractuel¹⁷⁸² – le monopole n'étant accordé là que dans la perspective d'une exploitation. C'est d'ailleurs cette prévision légale qui est invoquée en doctrine pour justifier de l'obligation pesant sur le bénéficiaire d'une licence de brevet ou de marque¹⁷⁸³. En droit d'auteur, il est indéniable que la loi évoque le ou les « droit(s) d'exploitation »¹⁷⁸⁴, d'où il pourrait s'inférer qu'il est dans la nature du droit de donner lieu à exploitation. La nécessaire mention de la *destination* des droits cédés paraît également abonder dans ce sens : n'est-ce pas le signe qu'il est dans la nature non pas tant du contrat mais du droit lui-même de donner lieu à une exploitation particulière ? Enfin, sans exploitation, la valeur économique du droit d'exploitation semble réduite à néant¹⁷⁸⁵.

Pourtant, établir un lien entre obligation d'exploiter et régime du droit ne signifie pas que l'exploitation, à supposer même qu'elle représente une contrainte légale s'appliquant le cas échéant en l'absence même de tout rapport contractuel, n'est pas également, *au surplus*, le siège d'une créance contractuelle¹⁷⁸⁶. Surtout, nulle disposition légale ne prévoit, en droit d'auteur, de telle condition d'existence du droit lui-même. Le monopole de l'auteur existe alors même que l'auteur déciderait de ne pas exploiter, et la récente reconnaissance d'une licence obligatoire, pouvant être octroyée en justice en raison d'une violation du droit de la concurrence, ne change en rien l'analyse sous l'angle de la nature du droit d'auteur¹⁷⁸⁷.

¹⁷⁸¹ V. p. ex. sur ce point J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, n°294s. (autorisations non volontaires d'exploiter le brevet d'invention) ; n°549s. (déchéance de la marque pour défaut d'exploitation).

¹⁷⁸² Ainsi par exemple se comprend-il que l'obligation d'exploiter n'intègre pas le champ contractuel dans le cadre d'une cession de brevet ou de marque (tout au moins en cas de prix forfaitaire), même si le cessionnaire devra exploiter sous peine de déchéance de son titre ou de l'octroi éventuel d'une licence forcée : ce ne sera pas une cause de résiliation du contrat car le cessionnaire est obligé d'exploiter indépendamment d'une quelconque obligation à l'égard de l'inventeur ou plus généralement du cédant du droit de brevet ou de marque.

¹⁷⁸³ V., s'agissant des licences de brevet, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°652 – J. FOYER et M. VIVANT, *Droit des brevets*, p. 448 – P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, p. 332 et, plus anciens, ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, p. 282 – POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, n°280 ter. S'agissant de la licence de marque, v. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°1349 – P. MATHÉLY, *Le droit français des signes distinctifs*, p. 371.

¹⁷⁸⁴ V. not. les art. L. 122-1 et 123-1 CPI ainsi que l'intitulé du titre troisième (« Exploitation des droits »).

¹⁷⁸⁵ Comp., pour une telle référence au lien entre valeur économique et exploitation s'agissant de la licence de marque, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°1349.

¹⁷⁸⁶ Ainsi la doctrine de propriété industrielle qui justifie l'obligation d'exploiter du licencié par ce régime légal du brevet ou de la marque n'en conteste pas pour autant son caractère contractuel. V. les réf. préc., note...

¹⁷⁸⁷ Pour la référence aux décisions favorable à l'octroi d'une licence obligatoire et les critiques doctrinales portées contre cette jurisprudence communautaire, V. p. ex. Ch. CARON, *Manuel*, n°297.

L'éditeur ou le producteur n'est pas seulement astreint au regard de la loi, encourageant par exemple une déchéance de son droit à défaut d'exploiter. Il est engagé à l'égard du cocontractant, et encourt non une déchéance du droit cédé, mais la résiliation du contrat, en tant que sanction de son inexécution. La loi ne fait que préciser l'obligation à l'égard du cocontractant, elle n'impose pas une obligation légale indépendamment du contrat. Par ailleurs, si le droit d'exploitation déploie toute sa valeur dans l'exploitation, sa valeur économique existe au moins à l'état latent, en tant que faculté d'exploitation, potentiel de bénéfices. Enfin, le rattachement de l'obligation d'exploiter à la nature du droit impliquerait de soutenir que tout contrat d'auteur comporte une obligation d'exploiter, ce qui n'est pas le cas¹⁷⁸⁸.

433. Lien entre obligation d'exploiter et droit moral (droit de divulgation). – Un prolongement de la thèse précédente, fondée sur la nature du droit d'auteur, pourrait s'appuyer sur l'existence du droit moral, attribut spécifique, afin de persuader que l'obligation d'exploiter se rattache en fait à ce droit inaliénable du créateur, plus précisément à son droit de divulgation. Mais pour défendre cette idée, encore faudrait-il convaincre que le droit de divulgation ne vise pas qu'un fait matériel par définition unique, la divulgation de l'œuvre, et que ce droit, droit de porter l'œuvre à la connaissance du public a une dimension « positive », qui perdure, et vise donc à permettre à l'auteur d'exiger la poursuite de l'exploitation, ce dont il est permis de douter¹⁷⁸⁹. En outre, si l'obligation d'exploiter émanait du droit moral, il faudrait s'étonner que sa présence n'ait pas été imposée par le législateur à l'ensemble des contrats d'exploitation. Enfin et surtout, la thèse est définitivement invalidée par la considération de la vocation exclusivement extrapatrimoniale du droit moral, qui interdit d'en faire le fondement d'une créance qui est *essentiellement* d'ordre patrimonial¹⁷⁹⁰.

434. Analyse de l'obligation d'exploiter en tant qu'obligation réelle. – Une voie rapprochée mais plus subtile, plus originale aussi, pourrait être dessinée pour surmonter l'obstacle que représente l'obligation d'exploiter à la qualification de vente : tenir cette obligation pour une *obligation réelle*, une sorte de servitude légale. Dans cette mesure, le

¹⁷⁸⁸ V. *supra*, n°138 (cessions de droit commun en contrepartie d'une rémunération forfaitaire not.)

¹⁷⁸⁹ Sur ce point, v. p. ex. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°461.

¹⁷⁹⁰ V. ainsi p. ex., dans le sens d'une exclusion de toute réparation fondée sur l'atteinte au droit moral, CA Paris, 28 mai 2003, CCE 2003, n°102, note Ch. CARON : jugé que « l'inexploitation d'une œuvre ne relevant pas de la protection du droit moral de l'auteur », la demande de réparation formée par l'auteur d'un documentaire et de captations de spectacles de danse qui n'a pu l'exploiter en raison d'un refus de la compagnie de ballets doit être rejetée.

transfert de droit pourrait être jugé véritablement caractéristique du contrat. Un parallèle pourrait ainsi être tenté avec la jurisprudence ayant admis qu'il soit interdit à un acquéreur d'affecter son bien à un usage déterminé¹⁷⁹¹. Cependant, trois objections peuvent être formulées contre une telle analogie. La servitude en cause dans cette jurisprudence ne résulte évidemment pas de la qualification de vente mais d'une clause « complémentaire », qui manifeste un accord particulier des parties. Or l'obligation d'exploiter ne résulte pas ici d'un accord particulier, mais de la loi applicable à certains contrats. Plus généralement, la servitude consiste dans une obligation de ne pas faire – en raison de leur allure féodale, l'article 686 du code civil prohibe les servitudes *in faciendo*¹⁷⁹². Or l'obligation d'exploiter consiste dans une action positive. L'obligation absorbant de surcroît l'utilité économique du bien, il est impossible de la tenir pour une simple servitude. Enfin, la servitude est un droit réel *immobilier*¹⁷⁹³, ce qui condamne, en l'état du droit positif tout au moins, son application à des biens meubles par détermination de la loi¹⁷⁹⁴.

Sans s'aventurer sur le terrain des servitudes, on a également pu écrire que l'obligation d'exploiter serait une charge pesant sur le titulaire du droit réel que constitue le contrat d'exploitation¹⁷⁹⁵. De même qu'un usufruitier, tenu de jouir et de conserver la chose en bon père de famille, l'exploitant, titulaire d'un droit réel sur l'exploitation de l'œuvre, serait tenu d'exploiter¹⁷⁹⁶. Cependant, même si l'exploitant est reconnu titulaire d'un démembrement réel, ce droit n'est pas un usufruit¹⁷⁹⁷. Or, à la différence de l'usufruit, aucun texte ne prévoit une telle obligation à la charge du titulaire d'un démembrement réel du monopole d'exploitation : à preuve l'admission des cessions pures et simples en cas de rémunération forfaitaire. De plus, l'exploitation ne peut pas découler de l'obligation de conserver la

¹⁷⁹¹ Cass. com., 15 juillet 1987, D. 1988, 360, note Ch. ATIAS et MOULY ; RTD civ. 1989, 351, obs. F. ZENATI : jugé, à propos d'une activité de garage interdite par une clause insérée lors de la vente d'un immeuble au profit du propriétaire de l'immeuble contigu, que « l'interdiction faite à l'acquéreur d'un fonds de l'affecter à un usage déterminé peut revêtir le caractère d'une servitude établie par le fait de l'homme attachée au fonds dans l'intérêt d'un autre fonds et est valable pourvu que ce service n'ait rien de contraire à l'ordre public », dans la mesure où « une convention restreignant sans limitation de temps l'exercice d'une activité commerciale est licite si elle est restreinte à un lieu déterminé ». V. aussi Cass. 3^e civ., 23 mars 1993, Bull. n°45.

¹⁷⁹² V. p. ex. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois 3^e éd. 2007, n°1111.

¹⁷⁹³ V. p. ex. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, n°1105.

¹⁷⁹⁴ Même si l'on peut déplorer le caractère artificiel de la distinction meuble/ immeuble, plus historique que rationnel, qui pourrait inciter à défendre la notion de servitude ici, même en matière mobilière.

¹⁷⁹⁵ V. en ce sens C. NEIRAC-DELEBECQUE, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, n°597.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, eod. loc.

¹⁷⁹⁷ V. *supra*, n°370.

chose¹⁷⁹⁸. La seule issue est alors de prétendre qu'il est dans la nature du droit réel de donner lieu à exploitation, ce qui, ainsi qu'on vient de le voir, est exclu¹⁷⁹⁹.

435. Analyse de l'obligation d'exploiter en tant que condition de la cession. – Nettement moins convaincante, une dernière thèse procédant de la même inspiration – un appui sur le régime légal des droits d'exploitation – invite à demander si l'obligation d'exploiter ne pourrait pas être analysée en tant que *condition* d'une véritable cession de droits. Le cessionnaire bénéficierait du transfert des droits patrimoniaux sous la condition suspensive de l'exploitation, et sous la condition résolutoire de la non-exploitation. Ce serait une sorte de propriété conditionnelle¹⁸⁰⁰. Là encore, l'opinion paraît discutable. La pétition de principe n'est pas loin, en ce que la thèse prend pour postulat ce qu'il s'agit de démontrer : il est contestable de réduire à une modalité de l'obligation ou de l'effet translatif du contrat ce qui se présente dès l'abord comme une obligation à part entière, dont il faut démontrer qu'elle n'est pas caractéristique. En outre, la critique d'un caractère purement potestatif pourrait être formulée à l'encontre d'une telle condition. Sans oublier qu'il est plus que douteux qu'une condition puisse être fixée par la loi elle-même. Enfin et surtout, la thèse ne permet de toute façon pas d'échapper aux objections présentées précédemment contre la référence à la nature des droits patrimoniaux.

436. Rattachement de l'obligation d'exploiter au statut professionnel. – Dernière impasse : fonder le rattachement des contrats d'auteur aux catégories contractuelles du droit commun en rattachant l'exploitation au statut des partenaires de l'auteur. À l'appui de cette thèse, il convient d'observer qu'un certain nombre d'exploitants jouissent d'un statut défini par la loi : le producteur audiovisuel, par exemple, est défini par le code de la propriété intellectuelle¹⁸⁰¹. Un certain nombre d'investisseurs sont d'ailleurs reconnus titulaire d'un droit propre, dit droit voisin¹⁸⁰². En outre, il est ici possible de s'appuyer sur le constat que l'obligation n'est pas imposée par la loi spéciale dans tous les contrats d'auteur : n'est-ce donc pas une preuve qu'elle relève moins de la nature du contrat d'exploitation que du statut du partenaire que choisit le créateur ? Le fait que l'intensité de l'obligation varie selon les types

¹⁷⁹⁸ V., en matière de bail, *infra*, n°440.

¹⁷⁹⁹ V. *supra*, n°432.

¹⁸⁰⁰ V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, PUF coll. « Quadrige », 2004, n°745, évoquant la propriété conditionnelle.

¹⁸⁰¹ Art. L. 132-23 CPI.

¹⁸⁰² Ainsi p. ex. du producteur de phonogrammes (art. L. 213-1 CPI) ou de vidéogrammes (art. L. 215-1) ou encore l'entreprise de communication audiovisuelle (art. L. 216-1)

de contrat – exploitation *permanente et suivie* par l'éditeur¹⁸⁰³, mais non nécessairement s'agissant du producteur audiovisuel¹⁸⁰⁴ – révèle encore que celle-ci dépend plus de considérations d'opportunité que de la nature du contrat. En réalité, il s'agirait de distinguer ce qui relève de la structure du contrat de ce qui dépend de l'environnement dans lequel il s'inscrit. Enfin, un parallèle peut être établi avec le régime des contrats de vente, de bail, d'entreprise : si, quelque soit la personne du contractant, la nature du contrat reste la même, le contenu du contrat peut quant à lui sensiblement varier selon la qualité de ceux qui le concluent. Ainsi la qualité de professionnel ou de consommateur n'est-elle pas sans incidence sur la teneur de leurs obligations.

La thèse ne saurait pourtant emporter la conviction. Au fond, elle consiste d'ailleurs moins à contester le caractère contractuel de l'obligation d'exploiter qu'à tenter de convaincre qu'elle ne serait pas caractéristique du contrat d'auteur. Si le statut professionnel du vendeur explique la teneur de son obligation d'information, celle-ci n'en demeure pas moins un engagement contractuel¹⁸⁰⁵. Il en va évidemment de même de l'obligation d'exploiter. En outre, le statut de l'investisseur est essentiellement destiné à fonder sa qualité de titulaire d'un droit propre, non à justifier de la teneur de ses obligations contractuelles, qui ne pèsent d'ailleurs à sa charge qu'autant qu'un lien contractuel demeure¹⁸⁰⁶. Le caractère contractuel de l'obligation d'exploiter étant avéré, il reste à situer cette dernière au regard de la distinction entre obligations de donner, de faire et de ne pas faire.

§ 2. – UNE OBLIGATION DE FAIRE

437. L'obligation d'exploiter est indiscutablement une obligation de faire : les propos suivants n'ont évidemment pas pour but de développer cette évidence. En revanche, il importe de déterminer comment s'insère, en droit commun, une telle obligation de faire dans les catégories contractuelles du code civil. Cette qualification justifie naturellement son insertion dans la catégorie des contrats ayant pour objet la réalisation d'un service (A). Mais il n'est pas exclu qu'elle trouve une place au sein des contrats ayant pour objet la mise à disposition (B) ou le transfert d'un bien (C).

¹⁸⁰³ Art. L. 132-12 CPI.

¹⁸⁰⁴ Art. L. 132-27 CPI (qui n'évoque pas de caractère permanent obligatoire).

¹⁸⁰⁵ V. p. ex. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°218.

A. – Obligation d'exploiter et contrat de service

438. Qualification de contrat d'entreprise. – Le contrat d'entreprise désigne la convention par laquelle une personne charge une autre d'exécuter un travail, moyennant rémunération, en toute indépendance et sans la représenter¹⁸⁰⁷. C'est une convention qui connaît un développement exponentiel, unanimement remarqué¹⁸⁰⁸. Mais est-il possible de solliciter une fois de plus cette « bonne à tout faire des contrats spéciaux »¹⁸⁰⁹ en l'érigeant en catégorie d'accueil de l'ensemble des contrats d'exploitation, au motif que l'obligation d'exploiter est une obligation de faire ?

S'agissant de la prestation de l'éditeur, la situation se présente sous un aspect peu ordinaire. Certes, la particularité de la mission ne se révèle pas vraiment dans la complexité de ses tâches. Intellectuelles ou matérielles, la diversité des actions que peut promettre un entrepreneur ne saurait donner lieu à un recensement exhaustif : la plasticité de cette qualification interdit de l'écarter au prétexte que l'éditeur s'engage aussi bien à des prestations matérielles – fabrication d'ouvrages – qu'intellectuelles – conception de ces ouvrages (couverture, mise en page...). De même n'est-il pas gênant que, dans la pratique, l'éditeur confie à un tiers – imprimeur, distributeur, etc. – une partie de l'exécution de sa mission contractuelle : la sous-traitance n'est pas exclue.

Cependant, si tant est que la qualification de louage d'ouvrage puisse être retenue, la particularité de la mission éditoriale, au regard du rôle classiquement dévolu à un entrepreneur, s'apercevrait déjà dans les modalités d'exécution de l'obligation d'exploiter. Tout d'abord, il ne faut pas oublier que le code civil prévoit deux types de louage d'ouvrage : soit l'entrepreneur se borne à rendre un service – que ce service porte ou non sur une chose appartenant au maître – soit il fournit la matière qu'il façonne ensuite. Indubitablement, l'éditeur fournit une matière : l'auteur n'est pas propriétaire des matériaux – papier, encre, etc. – avec lesquels seront fabriqués les exemplaires reproduisant l'œuvre visée au contrat. Le

¹⁸⁰⁶ Ainsi par exemple un producteur de phonogrammes ou vidéogrammes reste titulaire de droit voisin quand bien même tout lien contractuel serait rompu avec l'auteur ou l'artiste interprète de l'enregistrement.

¹⁸⁰⁷ Sur cette définition, v. p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°411.

¹⁸⁰⁸ V. p. ex. M. DE JUGLART, « La vente : un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise », Mél. J. DERRUPÉ, Litec GLN 1991, p. 63.

¹⁸⁰⁹ Sur cette expression, v. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, n°700.

contrat d'édition ne pourrait donc que suivre les règles du second de ces deux types de louage d'ouvrage, s'agissant de la fabrication des exemplaires. Cela étant, l'effet du contrat s'épuise ordinairement, en droit commun, dans la réalisation ou le transfert de propriété de la chose fabriquée par l'entrepreneur fournissant la matière¹⁸¹⁰. Au contraire, l'éditeur n'a pas pour tâche de remettre les exemplaires fabriqués entre les mains de l'auteur, mais d'en assurer la diffusion commerciale. Sans doute ne faudrait-il pas y voir un second louage d'ouvrage, s'ajoutant au premier. Néanmoins, la qualification n'est pas condamnée pour autant. En effet, il reste possible de considérer que ce second volet de la mission éditoriale correspond à une modalité d'exécution de l'obligation de délivrance des exemplaires¹⁸¹¹. Alors que, dans un schéma classique, l'entrepreneur délivre la chose auprès de son cocontractant, il serait ici tenu de la délivrer à des tiers : il s'agirait d'une délivrance externalisée – au lieu d'être remis à l'auteur, les ouvrages devraient être écoulés auprès du public.

La spécificité de la mission éditoriale ne constitue donc pas un obstacle rédhibitoire à son insertion dans le cadre d'un louage d'ouvrage. Si, en droit civil, une distinction s'impose entre la vente et le contrat d'entreprise avec fourniture de matière, la seconde qualification s'impose lorsque le produit ne répond pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par le fabricant, mais est destiné à répondre aux besoins particuliers exprimés par le donneur d'ordres¹⁸¹². La spécificité du travail éditorial – reproduire une œuvre déterminée – exclut bien évidemment la qualification de vente des exemplaires, applicable en cas de transfert de propriété de produits standards. Aussi se comprend-il d'ailleurs que le contrat à compte d'auteur constitue un contrat d'entreprise, ainsi qu'en dispose la loi elle-même¹⁸¹³.

M. Gaudrat, négligeant le transfert de droit opéré au profit de l'éditeur, classe néanmoins également dans la catégorie des contrats d'entreprise le contrat d'édition¹⁸¹⁴. Une conclusion beaucoup plus réservée s'impose pourtant à ce stade : tout au plus faut-il admettre que

¹⁸¹⁰ La question de savoir si le contrat d'entreprise produit un effet translatif de propriété reste discutée : dans une analyse classique, l'obligation de l'entrepreneur se borne à fabriquer la chose, le transfert de propriété de la matière fournie s'expliquant par le jeu de l'accession, en matière immobilière, ou de la théorie de l'accessoire, en matière mobilière.

¹⁸¹¹ Ph. GAUDRAT, in *Encycl. Dalloz*, V° « Propriété littéraire et artistique, 2° Droit des exploitants », n°144 : « l'obligation de publier et de diffuser n'est pas un second louage d'ouvrage s'imputant sur un premier ; c'est tout simplement une spécification de l'obligation de délivrance que produit le louage d'ouvrage ayant pour objet la fabrication d'une chose à la demande ».

¹⁸¹² Sur ce critère, v. not. Cass. com., 3 janvier 1995, Bull. civ. IV., n°2 – civ. 1^e, 14 déc. 1999, JCP E 2000, 205 – civ. 3^e, 11 mai 2005, RDC 2005, 1111, obs. P. PUIG. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°416.

¹⁸¹³ V. art. L. 132-2 CPI.

¹⁸¹⁴ V. Ph. GAUDRAT, *op. cit.* n°139s.

l'obligation d'exploiter, obligation de faire, pourrait prendre place au sein d'une telle qualification, laquelle ne peut toutefois être retenue sans déterminer le rôle du transfert de droit. Il en est d'ailleurs de même du contrat de représentation¹⁸¹⁵. La structure est en effet très proche du contrat d'édition, la seule différence étant que la représentation n'appelle pas, du moins pas nécessairement, fourniture de matière. Quant aux contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité, le rôle du producteur n'apparaît pas si éloigné de celui de l'éditeur en ce qui concerne l'exploitation : si l'obligation d'exploiter constitue une obligation de faire qui est de l'essence du contrat d'entreprise, rien ne permet de retenir cette qualification sans déterminer le rôle du transfert de droit.

439. Qualification de mandat. – L'obligation de faire couvre aussi bien l'accomplissement d'actions matérielles que celui d'actes juridiques : le mandat se classe indéniablement parmi les contrats de service. L'obligation d'exploiter, dont le corollaire réside d'ailleurs dans une obligation de reddition des comptes engageant tout mandataire¹⁸¹⁶, peut conserver cette qualification d'obligation de faire alors même que dans la pratique, elle consiste surtout à conclure les contrats qui permettront sa diffusion¹⁸¹⁷. Ainsi n'apparaît-il pas si étonnant que le contrat d'édition ait pu être rapproché du mandat, une des figures les plus sollicitées face à l'éclosion de nouvelles formes¹⁸¹⁸. Aujourd'hui, une analogie avec le mandat d'intérêt commun ou avec le contrat de promotion immobilière, d'ailleurs qualifié par la loi de mandat d'intérêt commun, pourrait paraître séduisante de prime abord¹⁸¹⁹. De même que la qualification de louage d'ouvrage, celle de mandat ne saurait pourtant être adoptée sur ces seules considérations : il n'est évidemment pas possible d'affirmer que l'exploitant ne fait que *représenter* l'auteur sans exclure auparavant le transfert de droit, lequel évincerait la qualification de mandat. Tout au plus faut-il admettre que son applicabilité n'est pas condamnée par l'existence de l'obligation d'exploiter.

¹⁸¹⁵ V. Ph. GAUDRAT, *op. cit.* n°159.

¹⁸¹⁶ Sur l'obligation faite au mandataire de rendre des comptes,

¹⁸¹⁷ Pour savoir si la figure du mandat est applicable, en

¹⁸¹⁸ Comp. Trib. Com. de la Seine, 4 juin 1896, D.P. 1898. 2. 73, note VALÉRY ; S. 1899. 2. 217, note ESMEIN : le contrat d'édition « constitue un contrat de participation d'un caractère particulier, régi par les conventions des parties, et dans lequel l'éditeur a le rôle, à la fois de gérant de ladite participation et de mandataire de son coparticipant ».

¹⁸¹⁹ Selon l'article 1831-1 du code civil, « le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite « promoteur immobilier » s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet ».

B. – Obligation d'exploiter et contrat de mise à disposition d'un bien

440. Qualification de bail. – De prime abord, l'existence d'une obligation d'exploiter à la charge du preneur pourrait paraître constituer un obstacle à la qualification de bail. D'anciens auteurs, à une époque où nulle loi spéciale ne régissait les contrats d'exploitation, opinaient en ce sens, au motif notamment qu'un preneur à bail a en principe la faculté de jouir ou non de la chose mise à sa disposition¹⁸²⁰. Ceux qui plaidaient malgré tout pour la qualification de bail la défendaient au prix du rejet de l'obligation d'exploiter¹⁸²¹ : maintenant qu'elle est consacrée par la loi, ceci n'est plus possible. Pourtant, rien ne semble aujourd'hui interdire d'appréhender le bail tel un contrat d'exploitation.

Tout d'abord, sans doute n'est-il pas inutile de rappeler que, dès son origine, le contrat de bail était conçu comme une figure juridique de l'exploitation des choses. Ainsi le droit romain distinguait-il baux à loyer et baux d'exploitation¹⁸²². Aujourd'hui, un rapprochement peut sans doute être établi entre contrats d'auteur et contrats de location-gérance de fonds de commerce, lesquels ont pu être placés sous la bannière du contrat de bail¹⁸²³. Si, selon certains commentateurs, le bail semble ainsi conférer au preneur une « propriété économique »¹⁸²⁴,

¹⁸²⁰ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, Paris, Marchal et Billard, 1903, n°67 : il y a « analogie entre le louage de choses et le contrat de publication lorsque l'auteur s'engage à assurer la jouissance de son œuvre au publicateur et que ce dernier contracte l'obligation de lui verser une somme d'argent ; et, ici encore, c'est à raison de l'obligation de publier qu'il faut distinguer les deux contrats » - J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, th. p. 66 : « cette communauté d'intérêts qui unit l'auteur et l'éditeur va créer à la charge de celui-ci une obligation qui ne pèse pas sur le locataire. Le locataire est libre de jouir ou de ne pas jouir de la chose. Au contraire l'éditeur est tenu de publier ».

¹⁸²¹ V. not. VALÉRY, note sous Trib. Com. de la Seine, 4 juin 1896, D.P. 1898. 2. 73 – ROGER, note sous Paris, 1^{er} mai 1925, D.P. 1925. 2. 98, pour lequel la seule obligation incombant à l'éditeur est celle de fournir la prestation convenue avec l'auteur.

¹⁸²² ULPPIEN, *Digeste*, Livre L, titre XVI, *De verborum significatione*, L. 198. « Si cette notion traditionnelle (de bail d'exploitation) semble avoir été ignorée des rédacteurs du code civil – qui marque ainsi une régression sur ce point – c'est qu'ils ont transporté telle quelle la notion de bail à ferme du droit romain en mettant l'accent sur le qualificatif « rural » et sans tenir compte des modifications survenues dans le domaine économique depuis cette époque. Au bail de locaux ils ont opposé le « bail d'héritages ruraux » au lieu de lui opposer le bail d'« exploitation » ; le concept d'exploitation seule base solide du régime des baux à ferme a été éliminé du même coup... La conception des rédacteurs du code civil est ainsi apparue subitement désuète et vide. C'est ce qui explique que certains auteurs, se référant à la classification du code civil, se sont refusé de voir dans la location-gérance un contrat de bail. Au contraire, si l'on rétablit la catégorie des baux d'exploitation, la location-gérance prend place sans difficultés sous la rubrique « baux » ». V. M. ROBINAULT, *La location-gérance de fonds de commerce*, th. Rennes, Dalloz 1953, p. 73.

¹⁸²³ M. ROBINAULT, *La location-gérance de fonds de commerce*, th. Rennes, 1953, p. 73.

¹⁸²⁴ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique, recherche au confluent du droit fiscal et du droit civil*, th. Paris II, 2000, spéc. n°305 : « Dans l'ordre économique, la propriété économique peut se définir comme la relation d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas juridiquement propriétaire, laquelle relation, d'une part, résulte d'un contrat conclu entre cette personne et le propriétaire juridique, et d'autre part, confère à cette même personne un droit dont l'exercice lui donne vocation à bénéficier, pour elle-même et à titre exclusif, de la totalité de la substance économique du bien ».

propriété économique et exploitation renvoient néanmoins à deux réalités différentes¹⁸²⁵ : le concept apparaît inutile pour justifier de l'adéquation du bail aux conventions organisant une exploitation.

En effet, une simple observation de technique juridique suffit à justifier de l'applicabilité de la qualification de bail. Certes, il est indéniable que l'obligation d'exploiter s'inférerait difficilement, sinon abusivement, de l'obligation faite au locataire d'entretenir la chose. Si un tel fondement peut à la rigueur être avancé à l'égard des droits de propriété industrielle, que la loi impose de mettre en exploitation sous peine de diverses sanctions, dont parfois la déchéance du titre¹⁸²⁶, il est évident que le raisonnement achoppe en matière de droit d'auteur sur l'absence de sanction légale du défaut d'exploitation par le créateur. De surcroît, le fondement de l'obligation d'entretien supposerait que l'on reconnaisse que la charge d'exploitation découle de la nature du droit d'auteur, ce qui a été précédemment exclu.

Cela étant, la stipulation d'une obligation d'exploiter n'altère en rien la qualification de bail : la jouissance du preneur constitue une créance contractuelle, laquelle peut donc être librement aménagée par les parties. En d'autres termes, il est admis que les parties peuvent s'entendre sur une « destination » de la jouissance¹⁸²⁷. Dès lors, à l'instar des baux ruraux ou commerciaux, l'obligation de respecter la destination du bien loué entraîne une obligation d'exercer effectivement l'activité prévue¹⁸²⁸. En droit d'auteur, la discussion ne s'élève d'ailleurs même pas tant sur l'existence d'une obligation d'exploiter, puisqu'elle est souvent prévue par la loi impérative : il s'agit seulement ici de fonder le rattachement de l'obligation aux effets d'un contrat bail. L'obligation faite au preneur de jouir de la chose dans le respect de la destination prévue (par stipulation expresse ou par application de la loi impérative) offre indéniablement un tel fondement. Enfin, il faut relever que, contraint d'exploiter, le preneur n'est pas, pour autant, privé de sa jouissance. Dès lors que la chose est mise à sa disposition, la qualification de bail est applicable. Applicabilité du bail ne signifie cependant pas

¹⁸²⁵ A.-V. Le FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », RTD civ. 2004, 429, spéc. p. 431, note 12 : « Remarquons que l'exploitation se distingue de la propriété économique. En effet, tout propriétaire économique n'est pas un exploitant : le propriétaire économique passif retire les richesses d'une chose sans l'exploiter activement. Il en va ainsi de (...) la fiducie-gestion. De même, tout exploitant n'est pas nécessairement propriétaire économique actif : tel est le cas lorsqu'il ne s'approprie que partiellement la substance économique de la chose ». Tel serait d'ailleurs le cas du cocontractant de l'auteur ne bénéficiant pas d'une exclusivité ou d'une cession temporaire, limitée géographiquement, etc.

¹⁸²⁶ V. sur ce point *supra*, n°37.

¹⁸²⁷ Art. 1728, 1° c. civ. V. p. ex. sur ce point F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz 8° éd. 2007, n°482.

¹⁸²⁸ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°482.

application exclusive : encore faut-il avancer les raisons pour lesquelles l'exploitant peut être reconnu titulaire d'une créance de jouissance plutôt que d'un démembrement réel du monopole d'exploitation¹⁸²⁹. La stipulation d'une obligation d'exploiter n'exclut pas nécessairement, en effet, la qualification d'un contrat translatif.

C. – Obligation d'exploiter et contrat translatif d'un bien

441. Les contrats translatifs, au premier rang desquels la vente, ne comportent pas naturellement d'obligation de faire à la charge de l'acquéreur : ce dernier, devenant propriétaire de la chose, n'est pas en principe tenu d'en faire usage. Néanmoins, la qualification de vente n'est pas exclue du seul fait de la stipulation d'une obligation d'exploiter à la charge de l'acheteur : si un certain nombre de justifications doivent être exclues (1), l'obligation d'exploiter pourrait, lorsqu'elle résulte de la prévision d'un prix proportionnel, ne pas conduire à l'éviction du modèle (2)¹⁸³⁰.

1) Justifications exclues

442. L'obligation d'exploiter, à l'instar de toute obligation de faire, ne constitue pas en elle-même un prix valable (a). En outre, il n'apparaît pas fondé de considérer qu'elle appelle une qualification mixte (b) ou une insertion dans une catégorie de cession fiduciaire dépourvue de la consécration légale qui la rendrait effective (c).

a) *Prix et obligation de faire*

443. Distinction entre prix et obligation de faire. – De manière quasi-unanime, la doctrine souligne que la qualification de vente n'est applicable que lorsque le transfert du bien trouve sa contrepartie dans un prix *monétaire*, ce qui la distingue notamment de l'échange¹⁸³¹. Il est

¹⁸²⁹ V. J. RAULT, *Le contrat d'édition*, Dalloz 1927, p. 66, qui estime que l'éditeur acquiert un droit beaucoup plus étendu qu'un simple droit de créance. Il souligne que « les droits de l'éditeur seront opposables aux tiers, contrairement à la règle *Res inter alios acta*... L'éditeur pourra en particulier poursuivre directement les contrefacteurs ».

¹⁸³⁰ Dans la suite de ces développements, la qualification de vente sera seule examinée, pour des raisons de clarté. Les mêmes remarques valent cependant aussi pour la constitution d'usufruit, par exemple.

¹⁸³¹ Sur l'exigence d'un prix monétaire, v. V. p. ex., en droit commun, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°137 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°82. Plus nuancé, v. cpt. A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, PUF 2001, n°10, qui admet un

ainsi communément admis que le prix ne peut pas, *a priori*, consister dans une obligation de faire¹⁸³², en dépit d'une jurisprudence que certains cas d'espèce ont rendu hésitante. Aussi apparaît-il prudent de considérer que l'obligation d'exploiter ne saurait constituer en soi un « prix ».

b) Qualification distributive

444. Qualification distributive. – *A priori*, la qualification distributive se conçoit surtout, sinon seulement, à l'égard des contrats emportant plusieurs prestations réelles *à la charge d'une même partie*. La qualification distributive résulte alors de l'existence de deux obligations principales – d'autres évoqueraient les prestations caractéristiques – qui, en réalité, isolent deux contrats distincts, même s'ils sont liés¹⁸³³. Dans le cas de la stipulation d'une obligation d'exploiter à la charge de l'acquéreur, il faut ainsi se demander si ce dernier ne s'engage pas en réalité aux termes d'un contrat mixte, pour partie vente, pour partie louage d'ouvrage.

445. Rejet de la qualification mixte. – Ne peut être exclue d'un trait de plume une qualification distributive reposant sur la combinaison d'un contrat de vente et d'un contrat d'entreprise, aux termes de laquelle le cessionnaire s'engagerait à fournir un service au cédant. La formule n'est pas inconnue du droit commercial par exemple, par l'intermédiaire du contrat de coopération commerciale¹⁸³⁴ : il s'agit bien de la greffe d'un contrat de prestation de services sur une vente, au profit du vendeur de la chose¹⁸³⁵.

« équivalent à vocation rémunératrice », comme une prestation de service, mais soulignant que l'équivalent devrait être un « substitut universel ».

¹⁸³² V. AUBRY et RAU, *Droit civil*, 5^e éd., t. V, p. 13 note 23. V. en droit d'auteur, RAULT, *Le contrat d'édition en droit français* p. 63 : « dans tous les contrats qui comportent la cession de certains droits ou prérogatives, moyennent une obligation de faire assumée par l'acquéreur, celle-ci ne peut pas être considérée comme un prix ».

¹⁸³³ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°165 p. 117.

¹⁸³⁴ V. C. com., art. L.441-7, I, qui le définit comme « la convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente ». La formule renvoie à la pratique des « marges arrières », par laquelle les grandes enseignes de distribution se font rémunérer des prestations de services qu'elles réalisent pour favoriser la revente des produits de leurs fournisseurs vendeurs.

¹⁸³⁵ V. sur ce point J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 597, spéc. p. 601, qui relève que la qualification de contrat de coopération commerciale « révèle son utilité... pour la rédaction de la facture d'achat et le calcul du seuil de revente à perte », même si la loi prévoit un régime à part pour la rémunération, par le producteur au distributeur, des « services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale » (C. com., art. L.441-7, I). On voit que le législateur n'hésite pas à

En dehors de ce cas précis, il n'en reste pas moins fort douteux qu'un vendeur, qui cède donc la propriété de la chose, puisse solliciter de l'acheteur l'exécution d'un louage d'ouvrage portant sur la chose qu'il vient de transmettre ! Dépouillé de la propriété de la chose, le vendeur n'a plus qualité ni intérêt pour conclure un contrat d'entreprise visant à l'exploitation de celle-ci. Le contrat de coopération commerciale se distingue d'ailleurs à cet égard des contrats d'exploitation. Le premier s'explique par le fait que la prestation de service a une incidence, tout au moins attendue, sur le volume des reventes mais aussi, consécutivement, des ventes faites par le bénéficiaire du service au distributeur acquéreur. En réalité, il ne s'agit pas d'accomplir une exploitation, un service portant sur la chose vendue, mais une prestation destinée à faciliter ou accroître des ventes futures. Au contraire, le contrat d'exploitation entre dans la configuration dénoncée.

c) Qualification de cession fiduciaire

446. Qualification de cession fiduciaire. – Une fraction de la doctrine évoque, afin de justifier la mise en œuvre de la qualification de contrat de vente, le caractère *fiduciaire* de la cession¹⁸³⁶. Certes, l'assimilation paraît séduisante au premier abord. Un fiduciaire prend plusieurs engagements, dont celui de conserver les biens – tout au moins en valeur – et d'en assurer la fructification¹⁸³⁷ : l'obligation d'exploiter pesant sur la plupart des cocontractants de l'auteur les en rapproche fortement¹⁸³⁸. Le fiduciaire est, en outre, responsable de sa gestion : les créanciers ne peuvent agir que contre lui, sans exiger que les biens du constituant servent au paiement des dettes nées de l'exploitation des biens confiés¹⁸³⁹. Tel est évidemment le cas en droit d'auteur, le créateur ne pouvant être poursuivi sur son patrimoine personnel par les créanciers de l'exploitant. Pèse enfin sur le fiduciaire un devoir de loyauté et de diligence, selon lequel il est comptable de tout profit réalisé dans sa gestion¹⁸⁴⁰. Il supporte

scinder en deux contrats distincts une opération qui présente une certaine unité, l'application de certaines règles (l'interdiction de revente à perte) s'appréciant au regard de cette opération globale.

¹⁸³⁶ V. not. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°473 (à propos des contrats d'exploitation) et n°719 (apport aux sociétés de gestion collective). La plupart des autres auteurs n'évoquent cependant le caractère fiduciaire qu'en ce qui concerne les sociétés de gestion : v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°808 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1170 – Ch. CARON, *Manuel*, n°473.

¹⁸³⁷ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, Economica 2004, préf. L. AYNÈS, n°50.

¹⁸³⁸ C'est d'ailleurs l'argument retenu par M. Gautier (*Précis*, n°472).

¹⁸³⁹ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, n°51.

¹⁸⁴⁰ P.-F. CUIF, *th. préc.*, n°52

d'ailleurs une obligation de rendre compte¹⁸⁴¹. Là encore, l'analogie avec l'éditeur ou le producteur s'en trouve confortée.

447. Rejet de la qualification de cession fiduciaire. – La qualification de cession fiduciaire se heurte pourtant à une série d'objections, dont l'accumulation paraît rendre son éviction incontournable.

La première critique consiste évidemment dans l'absence de consécration légale de cette qualification de cession fiduciaire. La récente définition légale de la notion de fiducie interdit d'ailleurs tout rapprochement entre le contrat d'auteur et le contrat de fiducie tel qu'il est nommé par la loi¹⁸⁴². En effet, si l'article 2011 du code civil dispose que « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* », définition large qui pourrait potentiellement inclure les opérations d'exploitation des droits d'auteur des sociétés de gestion collective, l'article 2014 du même code précise que « *seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés* », l'article 2015 ajoutant que « *seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires* » des personnes morales telles que les banques, les compagnies d'assurance et certaines autres institutions financières, ce qui fait de la fiducie un contrat de la vie des affaires¹⁸⁴³ ne pouvant être conclu entre un auteur personne physique et un acteur de l'économie culturelle tel qu'un éditeur ou un producteur¹⁸⁴⁴.

En elle-même, l'objection ne suffit néanmoins évidemment pas à justifier l'éviction d'une qualification qui se présenterait telle une figure innommée¹⁸⁴⁵. Mais bien d'autres considérations convainquent également de son inapplicabilité.

¹⁸⁴¹ P.-F. CUIF, th. préc., n°53

¹⁸⁴² V. aussi en ce sens F. FOUILLAND, « L'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective », CCE 2008, étude 2, n°12.

¹⁸⁴³ V. not. L. CHAMBAZ, « La France est-elle en passe d'adopter le concept de relations fiduciaires sans limites ? La réponse est non, mais... », RLDC 2007/5, 2526.

¹⁸⁴⁴ V. Ph. DUPICHOT, « Opération *fiducie* sur le sol français », JCP G 2007, act. 121, qui observe que la « conclusion de fiducies reste l'apanage de quelques privilégiés : il en résulte de curieuses incapacités spéciales de jouissance dans le code civil pour des personnes physiques qui ne sauraient prétendre ni à la qualité de constituant ni à celle de fiduciaire ».

¹⁸⁴⁵ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. Schmidt, Economica, 1981, n°244, p.238 : « Aucun principe n'interdit de céder un droit par un contrat innommé... Dès lors, malgré l'absence d'une consécration jurisprudentielle ou d'une affirmation doctrinale de principe, il convient d'admettre que le transfert du droit de propriété peut s'opérer par des actes juridiques autres que ceux traditionnellement considérés comme

Tout d'abord, une distinction s'impose entre la fiducie fondée sur un transfert de propriété fictif, laquelle correspond au *trust anglais*, et la fiducie fondée sur un véritable transfert de propriété, que l'absence de consécration générale du mécanisme en droit français impose de retenir comme seul modèle. Or, dès lors qu'il faut justifier d'un véritable transfert de droit, l'intérêt de la qualification est réduit.

De façon générale, il est difficile de comparer l'exploitant à un *trustee* ou à un « fiduciaire-gérant ». Ce dernier n'a qu'un droit exceptionnel à rémunération¹⁸⁴⁶, tandis que l'exploitant se livre à une exploitation de l'œuvre dans la perspective d'une réservation à son profit d'une grande partie de ses bénéfices. En outre, le « fiduciaire-gérant » a droit au remboursement des frais de la gestion¹⁸⁴⁷ : cette règle est incompatible avec le droit propre à certains contrats d'auteur, notamment l'édition et la production audiovisuelle. Enfin, afin d'assurer le fonctionnement de la fiducie, la subrogation réelle permet au fiduciaire l'aliénation des biens confiés et l'acquisition de biens en retour¹⁸⁴⁸. En droit d'auteur, un tel mécanisme ne saurait recevoir application. L'exploitant ne peut remplacer les droits d'auteur confiés par d'autres biens.

De même n'apparaît-il pas évident de comparer l'auteur à un constituant bénéficiaire, même à supposer une consécration future de la fiducie-gestion. Le bénéficiaire d'un *trust* ne commet pas de vol en reprenant possession du bien. Il n'en va pas ainsi en droit d'auteur : l'auteur se rend lui-même coupable de contrefaçon en cas de méconnaissance des droits acquis par son cocontractant. En outre, le bénéficiaire d'un *trust* peut lui-même mettre en œuvre son droit. Tel n'est pas non plus le cas en droit d'auteur.

Enfin, il est loin d'être certain que la seule adaptation d'une conception unitaire du transfert de propriété, tirée du droit de la vente¹⁸⁴⁹, suffise à rendre compte des divers aspects de la situation du fiduciaire chargé de la gestion des biens confiés, autrement dit de la cause du

translatifs de propriété... Ainsi, aucun obstacle ne s'oppose, semble-t-il, à l'insertion du transfert du droit de propriété dans un contrat innommé tel le contrat de fiducie ». V. aussi H. MOTULSKY, « De l'impossibilité juridique de constituer un « *trust* » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. Crit. DIP* 1948, 451.

¹⁸⁴⁶ P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, n°54

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, n°55.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, n°46

¹⁸⁴⁹ V. not. en ce sens D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, n°126s., p.138s.

transfert¹⁸⁵⁰. Si la fiducie-gestion ne se conçoit pas sans un quelconque transfert de propriété, elle ne se conçoit pas plus sans un encadrement de la mission de gestion confiée au fiduciaire. Or comment justifier les obligations pesant sur le fiduciaire si l'on s'en tient à sa position de propriétaire des biens confiés ? Bien sûr, la convention des parties peut organiser la mission, les droits et les obligations du fiduciaire, mais le problème de qualification subsiste entièrement en cas de litige tenant à l'interprétation ou à l'absence de clauses claires et précises. Il a pu être proposé de recourir à la qualification de mandat : un mandat doublerait le transfert fiduciaire de la propriété des biens confiés en gestion¹⁸⁵¹. Cette solution s'avère pourtant source de difficultés : outre le fait qu'il ne pourrait s'agir que d'un mandat sans représentation, que certains auteurs excluent de la qualification de mandat au sens du code civil¹⁸⁵², des adaptations seraient sans doute nécessaires, notamment s'agissant de la faculté de révocation *ad nutum*., des contours de la notion de gestion, etc.¹⁸⁵³ Le problème est donc strictement identique pour le contrat d'auteur et pour la fiducie : dans quel cadre, s'il faut admettre un véritable transfert de propriété, convient-il de justifier et de préciser le régime de l'obligation d'exploiter pour le premier, de la mission de gestion pour la seconde ? Qualifier le contrat d'auteur de fiducie semble aboutir davantage au déplacement du problème qu'à sa résolution...

Mais en réalité, l'argument le plus convaincant contre la qualification de cession fiduciaire consiste sans doute dans le constat que l'exploitant sert au moins également, sinon davantage, ses intérêts propres que ceux de l'auteur avec lequel il a traité. D'ailleurs, il paraît quelque peu contradictoire d'attribuer une même coloration fiduciaire aux contrats conclus avec un éditeur ou un producteur et aux conventions liant l'auteur à une société de gestion collective¹⁸⁵⁴ : cette dernière a une vocation qui ne peut être comparée à celle des premiers. En opinant en faveur du caractère fiduciaire des apports aux sociétés de gestion sur le fondement de leur mise au service des intérêts des créateurs, on devrait condamner cette qualification à l'endroit des exploitants commerciaux. D'ailleurs, s'agissant des exploitants, l'intérêt de la qualification fiduciaire serait seulement d'étendre le bénéfice du droit spécial

¹⁸⁵⁰ Sur cette critique, v. P.-F. CUIF, *op. cit.*, n°83, p.75.

¹⁸⁵¹ C. WITZ, th. préc., n°238s., p.233, spec. n°240.

¹⁸⁵² P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, th. préc., n°138s. – P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, éd. Panthéon-Assas, 2002, préf. B. TEYSSIÉ, n°134 et 137.

¹⁸⁵³ P.-F. CUIF, th. préc., n°87 p.78.

¹⁸⁵⁴ V. toutefois en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°473 (à propos des contrats d'exploitation) et n°719 (apport aux sociétés de gestion collective).

aux cocontractants, or l'esprit du droit d'auteur ne permet pas, ainsi qu'il a été démontré, une telle extension¹⁸⁵⁵.

La fiducie, qui n'est longtemps restée qu'« une belle juridique au bois dormant du droit français »¹⁸⁵⁶, devrait ainsi sans doute rester allongée dans celui du droit d'auteur. D'autant plus, d'ailleurs, que la conciliation de la vente et de l'obligation d'exploiter peut trouver une justification beaucoup plus simple : le lien entre cette obligation et la détermination d'un prix en rapport avec la rentabilité de la chose vendue.

2) Justification retenue : lien entre obligation d'exploiter et prix déterminé par la rentabilité de la chose

448. Compatibilité de principe entre obligation d'exploiter et transfert de droit. – On pourrait penser que l'obligation d'exploiter pesant sur le cessionnaire tout le temps que dure le droit acquis lui retire toute maîtrise effective du bien. En effet, l'exploitant perd la faculté de non-usage du bien dont dispose en principe tout propriétaire. L'obligation d'exploiter semble altérer également l'*abusus*, en ce que son débiteur ne devrait pas pouvoir abandonner son droit ou détruire la chose. La qualification de vente devrait ainsi être rejetée, en ce que l'obligation d'exploiter paralyserait le transfert de propriété, effet essentiel du contrat. Ce n'est que lorsque la participation proportionnelle serait de durée limitée, inférieure à l'existence du droit transmis, qu'un véritable transfert de propriété pourrait être caractérisé.

Un tel raisonnement, pour séduisant qu'il soit, n'emporte pas la conviction. De ce que le prix prévu consiste dans une participation proportionnelle de durée illimitée, il ne peut se déduire que le transfert de propriété est exclu. En technique juridique, l'acquéreur peut tout à fait devenir propriétaire, la stipulation du prix proportionnel de durée illimitée n'empêchant pas qu'il réunisse entre ses mains l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ou, si l'on préfère, l'ensemble des utilités de la chose. Devenant propriétaire par l'effet de la vente, il n'est pas interdit que l'acquéreur s'engage par la même, en vertu d'une obligation contractuelle, à rémunérer proportionnellement le vendeur. En d'autres termes, que l'acquéreur soit débiteur ne signifie pas qu'il soit privé de la plénitude de ses prérogatives de propriétaire, qui justifient notamment son engagement. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que les techniques appliquées

¹⁸⁵⁵ V. *supra*, n°249s.

¹⁸⁵⁶ Cl. WITZ, « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français », RD aff. int. 1991, 689.

aux objets de propriété intellectuelle le sont souvent aussi aux objets de propriété corporelle ou à d'autres biens incorporels. Il est fréquent que les clientèles civiles, les fonds de commerce ou les parts sociales, notamment, soient cédés en contrepartie d'un prix lié à la rentabilité du bien¹⁸⁵⁷ : la vente comportera une « clause de redevance » ou « clause de prix proportionnel », en vertu de laquelle le prix est assis sur un pourcentage du chiffre d'affaires que réalisera l'acquéreur pendant une certaine époque, mais qui prévoit aussi, en général, un minimum garanti. Aussi de nombreux spécialistes relèvent-ils que l'existence d'une obligation d'exploiter est sans conséquence sur l'effet réel du contrat de cession¹⁸⁵⁸.

En outre, si l'obligation d'exploiter peut aussi conférer à la vente un caractère *intuitu personae* dont elle est ordinairement dépourvue – en droit commun, la personne de l'acquéreur est en principe indifférente¹⁸⁵⁹ – il faut relever que le modèle n'est pas nécessairement hostile à toute considération de la personne¹⁸⁶⁰.

449. Lien entre prix lié à la rentabilité de la chose et obligation d'exploiter. – La stipulation d'une rémunération proportionnelle ne disqualifie pas nécessairement la vente : le prix, élément essentiel de la convention, peut tout à fait prendre la forme d'une participation proportionnelle aux résultats de l'exploitation que l'acheteur aura faite de la chose acquise. En effet, la vente reste causée : le défaut de prix impliquerait que le cessionnaire puisse exploiter en conservant intégralement les recettes de l'exploitation ; *a contrario*, la prévision d'une participation de l'auteur traduit bien l'existence d'un prix.

¹⁸⁵⁷ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°150 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, n°127 – P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz Hypercours, 2005, n°262.

¹⁸⁵⁸ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois*, Litec 1990, préf. M. VIVANT, n°643s. – Ch. HUGON, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, th. Montpellier, Litec 1993, préf. J. RAYNARD, n°479, pour qui l'obligation d'exploiter ne concerne qu'un des effets obligatoires du contrat : l'obligation de payer un prix dont elle est une conséquence, et non l'effet réel. V. aussi V. FORTIER, *Le prix proportionnel*, th. Montpellier, 1988, n°434, pour qui la rémunération proportionnelle reste sans effet sur la nature du contrat.

¹⁸⁵⁹ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11107 : « La motivation du vendeur est de percevoir le prix convenu et celle de l'acheteur de disposer de la chose : tout cela paraît donc sans lien avec la personnalité des intéressés ».

¹⁸⁶⁰ V. not. CARBONNIER, *Flexible droit*, chap. « Sociologie de la vente », qui traite de la vente archaïque, marquée par le phénomène de l'investiture de l'acheteur, par lequel l'acquéreur apparaît comme succédant à la personne du vendeur. Aujourd'hui, la vente immobilière, par les solennités qui l'entourent, serait marquée par un phénomène similaire d'investiture sociale... V. aussi J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11107 : « Il n'est pas exclu que le vendeur veuille donner une tournure plus personnelle au contrat (...). L'une de ces conséquences en est que le propriétaire de la chose pourrait se refuser à conclure avec n'importe qui ».

Il est indiscutable que, lorsque le prix est fonction de la rentabilité de la chose vendue, l'acquéreur se trouve tenu de procéder à l'exploitation génératrice de profits. Quelque soit la localisation de son origine, une obligation contractuelle devrait être reconnue¹⁸⁶¹. Rattachée à l'exécution de *bonne foi* de l'obligation de payer le prix prévu sous la forme d'une rémunération proportionnelle à l'exploitation ou perçue telle une suite du contrat en vertu de l'article 1135 du code civil¹⁸⁶², l'obligation d'exploiter présente un caractère accessoire qui justifie de ne pas disqualifier la vente. L'existence d'une obligation d'exploiter découlant de la stipulation d'un prix lié à la rentabilité de la chose n'interdit pas de retenir la qualification de cession.

Reste à ne pas négliger une conséquence qui en constitue l'inévitable corollaire : la qualification de vente est exclue lorsque l'obligation d'exploiter est stipulée en dépit de la prévision d'une rémunération forfaitaire.

Conclusion de la sous-section 1. – L'obligation d'exploiter, qui résulte d'un engagement contractuel, est une obligation de faire qui, partant, s'insère plus naturellement dans les contrats ayant pour objet une prestation de service que dans ceux ayant pour objet la mise à disposition ou le transfert d'un bien. Le contrat de bail peut cependant l'accueillir sans être dénaturé. S'agissant de la vente, la conclusion doit être nuancée : si l'obligation d'exploiter peut y trouver place dans l'hypothèse d'une rémunération proportionnelle, le lien opéré avec cette modalité de détermination du prix comporte, à défaut d'autres justifications possibles, un revers, qui est son inévitable éviction dans les cas où le vendeur est rémunéré par un prix forfaitaire. L'enseignement essentiel des analyses précédentes se révèle ainsi de façon négative : la prévision d'une rémunération forfaitaire de l'auteur exclut la qualification de vente. Il faut en tirer les conséquences au regard de la qualification du contrat d'auteur.

Sous-section 2

OBLIGATION D'EXPLOITER ET QUALIFICATION DU CONTRAT D'AUTEUR

450. Si la qualification de bail peut s'accommoder de la stipulation d'une obligation d'exploiter, de même que celle de vente, lorsque l'acheteur s'engage à exploiter la chose acquise par suite de la stipulation d'une rémunération proportionnelle, il n'est pas possible

¹⁸⁶¹ V. en ce sens *supra*, n°431.

¹⁸⁶² V. *supra*, n°138.

d'affirmer que leur applicabilité s'impose de façon générale. Encore faut-il convaincre que l'obligation d'exploiter ne joue pas un rôle unique, éclipsant le transfert de droit ou la concession de droit personnel. Partant, la difficulté majeure réside dans le critère utilisé pour déterminer la consistance d'un tel rôle. Si le concept de prestation caractéristique paraît inopérant (§1.), la notion d'obligation principale semble en revanche pouvoir éclairer l'influence de l'obligation d'exploiter sur la qualification (§2.).

§ 1. – UN CRITÈRE INOPÉRANT : LA NOTION DE PRESTATION CARACTÉRISTIQUE

451. La notion de prestation caractéristique, de conception récente et étroitement liée au droit international privé, ne paraît pas pouvoir constituer un instrument de qualification efficient : les difficultés de détermination d'une telle prestation dans les contrats d'auteur (A) confortent l'objection théorique tirée de la technique de qualification (B).

A. – Difficultés d'identification

452. Définition de la prestation caractéristique. – La prestation caractéristique gravite encore aujourd'hui dans la sphère des innovations juridiques dont le sens ne se révèle pas de façon évidente¹⁸⁶³. À la suite du concept d'objet du contrat¹⁸⁶⁴, plus critiqué¹⁸⁶⁵, la prestation caractéristique reflète la consécration d'une conception plus objective de l'accord de volontés,

¹⁸⁶³ V. not. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, op. cit., spéc. n°1. V. aussi E. GAVIN-MILA N, « Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux », RRJ 2003-1, p. 122.

¹⁸⁶⁴ Celui-ci a pu être défini de différentes manières : tantôt est-il renvoyé à l'opération juridique envisagée par les parties (H.-J. et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 3^e éd., 1962, p. 362-363), tantôt est-il défini comme « l'ensemble des éléments relatifs à la constitution et à l'exécution du contrat et qui concourent tous, chacun pour leur part, à la réalisation de l'acte envisagé par les parties » (H. MAYER, *L'objet du contrat*, th. Bordeaux, 1968, p. 10), tantôt enfin est-il rapporté à « la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient, et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat » (G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 99, n°241).

¹⁸⁶⁵ Le contrat ne saurait avoir un objet en tant que tel, dans la mesure où il s'agit d'un acte juridique qui donne naissance à des obligations qui, elles seules, ont un objet (v. en ce sens MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 1, 1962, n°164. Pour être juste, il faut cependant souligner que les plus célèbres promoteurs de la notion d'objet du contrat ne niaient pas cette évidence (G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 1957, p.99 n°241 : après avoir observé que, parmi les diverses prestations se rattachant à un contrat donné, il en est une « à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat », ces auteurs observaient que « quand le contrat est conclu, elle devient l'objet d'une obligation : c'est donc toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit, mais cette prestation est l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat ; c'est à elles que se rapportent les autres obligations que le contrat peut créer ; elle absorbe en quelque sorte l'utilité économique du contrat. On est fondé à dire en ce sens qu'elle est l'objet du contrat »).

articulée autour de sa fonction socio-économique¹⁸⁶⁶. Elle serait la prestation pour laquelle le paiement est dû – ce qui dessine une opposition entre « prestation réelle » et prestation rémunérée¹⁸⁶⁷ – ou, dans les contrats qui comportent un « enchaînement de prestations réelles », tels les accords d'intérêt commun, la prestation qui correspond à la finalité recherchée par les cocontractants – ce qui dessine une opposition entre prestations « finale » et « instrumentale »¹⁸⁶⁸. Elle dénoterait ainsi une idée de domination, de supériorité sur les autres éléments du contrat¹⁸⁶⁹. C'est la prestation qui absorbe l'utilité économique du contrat¹⁸⁷⁰. La doctrine se réfère d'ailleurs depuis fort longtemps à la fonction socio-économique des conventions¹⁸⁷¹. La prestation caractéristique se présente également telle la prestation qui pèse plus spécifiquement et plus fortement que les autres sur le *régime juridique* du contrat, à l'égard tant de l'existence que de la substance du contrat considéré¹⁸⁷². La détermination d'une prestation caractéristique pose pourtant de sérieuses difficultés pratiques.

¹⁸⁶⁶ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°4 p. 4 : « À une vision très subjectiviste du contrat – rencontre de volontés, source de droits personnels – succède ainsi une conception plus objective, qu'atteste la prestation caractéristique. Observé sur le plan des catégories contractuelles, le phénomène objectiviste ne peut que s'accroître : la catégorie, au travers des prestations qu'elle comporte, apparaît comme un instrument juridique au service de résultats conceptualisés, en application d'une fonction socio-économique » – F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 32 (la classification proposée est fondée « sur la fonction économique des contrats, c'est-à-dire l'opération économique qu'un contrat permet de réaliser ») – Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par MM. Giuliano et Lagarde, JOCE 1980, C, 282/20 – E. GAVIN-MILAN, « Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux », RRJ 2003-1, p. 125.

¹⁸⁶⁷ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°152 p. 106 – F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, p. 32. V. aussi Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par MM. Giuliano et Lagarde, JOCE 1980, C, 282, p. 20.

¹⁸⁶⁸ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°175 p. 123. Rapp. J.-J. BARBIÉRI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 629, qui évoque la hiérarchie entre moyens et fins.

¹⁸⁶⁹ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°5 p. 5.

¹⁸⁷⁰ RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 99, n°241 – F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, p. 27 : Parmi les diverses prestations se rattachant à un contrat donné il en est une « à propos de laquelle l'accord intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, elle devient l'objet d'une obligation : c'est donc toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit : mais cette prestation est l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat ; c'est à elle que se rapportent les autres obligations que le contrat peut créer ; elle absorbe en quelque sorte l'utilité économique du contrat. On est fondé en ce sens à dire qu'elle est l'objet du contrat ».

¹⁸⁷¹ PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », Rev. Crit. Légis. Jurisp., 1904, p. 471, selon lequel il est possible de concevoir une classification « qui aurait une portée synthétique et qui nous permettrait d'envisager l'ensemble des contrats, groupés d'après leurs similitudes naturelles, et de voir comment ces différents instruments juridiques s'acquittent de leurs fonctions économiques » (nous soulignons).

¹⁸⁷² M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°7 p. 5 : « la prestation caractéristique apparaît comme la prestation qui pèse le plus fortement et le plus spécifiquement sur l'ensemble du régime de telle ou telle figure contractuelle et des contrats qui leur ressortissent ».

453. Prestation caractéristique du contrat d’auteur et obligation d’exploiter. – Le transfert de droit ne semble pas réaliser *per se* l’opération économique projetée : il peut apparaître comme le moyen de réaliser cette opération économique. Aussi pourrait-on détecter une hiérarchie entre prestation instrumentale non caractéristique, le transfert de droit, et prestation finale caractéristique, l’exploitation¹⁸⁷³. Les contrats comportant une obligation d’exploiter auraient donc indubitablement cette dernière pour prestation caractéristique¹⁸⁷⁴. Partant de là, il deviendrait difficile de considérer que les contrats qui comportent une obligation d’exploiter peuvent être placés sous la bannière du contrat de vente, voire même de bail, dans la mesure où le transfert ou la concession de droit personnel ne sont pas jugés caractéristiques du contrat.

À s’en tenir à la considération de la prestation qui pèse plus spécifiquement et plus fortement que les autres sur le régime juridique du contrat, se trouve indéniablement dans le régime du contrat d’édition un indice fort intéressant en faveur de l’adoption de l’obligation d’exploiter en tant que prestation caractéristique : la loi régleme certaines modalités de la fabrication, la fin du contrat dépend largement de l’exécution de l’obligation d’exploiter, etc.¹⁸⁷⁵ Il en va de même du contrat de production audiovisuelle. Néanmoins, la remarque ne porte pas loin, en ce que la précision du régime des obligations du cocontractant de l’auteur s’explique avant tout par l’objectif de protection du créateur. L’indice apparaît d’autant plus insuffisant que rien, dans la loi, ne permet d’affirmer que l’exploitation constitue le seul point cardinal de la qualification.

Du fait qu’un contrat emporte cession d’un droit d’exploitation et astreint le cocontractant de l’auteur à exploiter, il ne doit pas, en outre, être déduit trop hâtivement que la cession n’est qu’une prestation instrumentale, au service de la prestation finale que constituerait

¹⁸⁷³ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°181 (à propos du contrat d’édition, auquel seul l’auteur s’intéresse) : « pour le contrat d’édition, la prestation caractéristique est celle fournie par l’éditeur, car c’est au service de celle-ci qu’est mise la prestation de l’auteur et c’est par rapport à elle que l’auteur est rémunéré ».

¹⁸⁷⁴ J. RAYNARD, *Droit d’auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d’auteur*, Litec 1990, préf. M. VIVANT, n°637s. (V. not., pour les contrats d’édition et de production audiovisuelle, n°646s.) – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°1184 – Avis CSPLA n°2003/2 relatif à la loi applicable et à la juridiction compétente en matière de propriété littéraire et artistique, www.culture.gouv.fr/culture/cspla. En jurisprudence, ce critère semble s’imposer. V. CA Lyon, RIDA 1990/2, 227 – CA Paris, 2 juin 1999, RIDA 2000/1, 302 ; JCP E 2000, 1378, obs. H.-J. LUCAS – Paris, 2 avril 2003, RIDA 2003/4, 413 et 285, chron. A. KÉRÉVER ; *Prop. Intell.* Oct. 2003, n°9, p. 392, obs. A. LUCAS ; JCP E 2004, 1926, obs. H.-J. LUCAS – Paris, 2 mars 2005, RIDA 2005/3, 399, obs. A. KÉRÉVER.

¹⁸⁷⁵ Mme Ancel s’appuie d’ailleurs sur le régime du contrat d’édition pour mettre en évidence l’aspect « instrumental » de la prestation de l’auteur : v. *La prestation caractéristique du contrat*, n°181, p. 128 note 5.

l'exploitation. La cession de brevet d'invention ou de marque fournit là encore un bon point de départ de la réflexion. S'il est communément admis que le prix de cession peut être proportionnel aux résultats de l'exploitation future, la qualification de vente n'est pas pour autant contestée. Le transfert de droit, aux yeux de l'exploitant, n'est pas qu'un simple instrument de l'exécution du contrat. Il constitue vraisemblablement le cœur de l'opération. Sans même réfuter la distinction entre prestation instrumentale et prestation finale, il faut relever que la pétition de principe n'est pas loin, lorsque la seconde est élue en tant que prestation caractéristique : pourquoi la prestation instrumentale, qui est le moyen nécessaire de la réalisation de l'objectif économique, ne serait-elle pas éligible au rang de prestation caractéristique ? Il faut enfin remarquer que du point de vue de l'exploitant, la signification économique de l'exploitation change assez peu selon qu'elle est laissée à sa discrétion ou, au contraire, imposée. Il est tout au moins contestable de lier la qualification du transfert de droit – prestation instrumentale non caractéristique en présence d'une obligation d'exploiter, prestation caractéristique en l'absence de cette dernière – alors que l'exploitation revêt la même consistance dans les deux hypothèses.

En droit international privé, le raisonnement a d'ailleurs pu être dénoncé comme circulaire : la loi applicable ne peut être désignée qu'après avoir recherché si le contrat comporte une obligation d'exploitation, alors qu'il est précisément nécessaire d'interroger la loi applicable pour mener à bien cette recherche¹⁸⁷⁶. Par ailleurs, le caractère commun à plusieurs contrats nommés du droit d'auteur de l'obligation d'exploiter retire au moins pour partie la pertinence de son élection en tant que prestation caractéristique d'un contrat donné¹⁸⁷⁷.

454. Approche variable de la prestation caractéristique. – Pour éviter de renoncer à l'identification d'une prestation caractéristique, on pourrait songer à une approche variable en fonction d'autres critères, censés révéler lequel des deux éléments – transfert de droit ou obligation d'exploiter – peut jouer ce rôle.

¹⁸⁷⁶ Sur cette critique, v. T. AZZI, « Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », RIDA 2007/4, 3, n°13 p. 33 et *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ 2005, préf. H. GAUDEMET-TALLON, n°589.

¹⁸⁷⁷ V. en ce sens T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, n°588.

Ainsi par exemple, une distinction a pu être proposée en fonction de la présence ou non d'un financement extérieur¹⁸⁷⁸. Le transfert de droit serait la prestation caractéristique lorsque le cessionnaire des droits engage des capitaux avant la création afin de permettre celle-ci. Ce serait au contraire la prestation de l'exploitant lorsque les capitaux sont fournis ultérieurement pour permettre l'exploitation. La distinction peut cependant être jugée arbitraire, de mise en œuvre complexe ou désavouée par l'évolution technique et économique¹⁸⁷⁹. D'ailleurs, le partisan d'une telle opinion concède ailleurs que les obligations de l'auteur et de l'éditeur ont une importance équivalente¹⁸⁸⁰.

En outre, il n'apparaît pas possible de distinguer selon que le contrat porte sur une œuvre de commande ou une œuvre déjà créée, proposée spontanément par son auteur – le transfert de droit serait la prestation caractéristique en cas d'œuvre de commande. A partir du moment où les contrats d'exploitation nommés par le code de la propriété intellectuelle n'intègrent pas la dimension « création », il est contestable de se référer à un autre contrat – la commande – pour déterminer la prestation caractéristique du contrat qu'il s'agit de qualifier. En droit international privé, il est d'ailleurs souligné que la prestation caractéristique constitue un rattachement *intrinsèque*, fondé sur un élément interne au contrat¹⁸⁸¹.

De même est-il délicat de considérer que le centre de gravité du contrat d'exploitation se déplace en fonction des modalités de rémunération prévues dans le contrat¹⁸⁸². Certes, la fonction strictement *économique* de l'exploitation n'a pas tout à fait le même sens, du point de

¹⁸⁷⁸ M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, Etude de droit comparé et de droit international privé*, GLN Joly, 1995, préf. P. LAGARDE, n°310.

¹⁸⁷⁹ T. AZZI, « Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », RIDA 2007/4, 3, *op. cit.*, n°13 pp. 35-36, qui note que « l'économie de la création obéit aujourd'hui à des modèles très variables. Ainsi, les œuvres des arts classiques qui étaient rarement financées par avance dans le passé sont, de nos jours, parfois subventionnées préalablement par l'Etat ou par des entreprises. A l'inverse, la production d'un film ou d'un disque qui imposait autrefois un investissement extérieur important peut aujourd'hui être pratiquement autofinancée ».

¹⁸⁸⁰ M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, n°316 note 476.

¹⁸⁸¹ Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par MM. Giuliano et Lagarde, JOCE 1980, C, 282, p. 20 (« la soumission du contrat (...) à la loi de la prestation caractéristique permet de concrétiser le rattachement du contrat de l'intérieur et non de l'extérieur par des éléments qui ne sont pas de son essence tels que la nationalité des contractants ou le lieu de conclusion ») – E. GAVIN-MILAN, « Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux », RRJ 2003-1, p. 122.

¹⁸⁸² Comp. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », Rev. Crit. Légis. Jurisp., 1904, p. 473, qui distinguait le louage de service (contrat de travail), « caractérisé par une rémunération *proportionnelle au temps*, comme dans le louage de choses » et l'entreprise « ou *forfait*, caractérisé par ce fait que la rétribution du travailleur est fixée à forfait pour chaque ouvrage, et ne dépend plus du temps nécessaire pour l'achever, de façon qu'il y a pour lui chance de gain ou risque de perte, selon qu'il mettra plus ou moins de temps à accomplir l'ouvrage ».

vue de l'auteur, selon que la rémunération est forfaitaire ou proportionnelle : lorsque le créateur perçoit un prix forfaitaire, il n'est pas *intéressé* aux résultats de l'exploitation, sur le plan pécuniaire. Partant, il pourrait en être déduit que la signification économique tient tout uniment dans la *cession* de droit : l'auteur, à l'instar de n'importe quel vendeur, se contenterait de fournir à son cocontractant le moyen d'atteindre le résultat économique. Il s'agirait d'un contrat de fourniture contre rémunération : la prestation réelle consistant dans cette fourniture. Néanmoins, le raisonnement comporte aussi ses faiblesses. Tout d'abord, il faut relever que, dans les cas prévus par l'article L. 132-6 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle, la rémunération forfaitaire n'est admise que pour la première édition. Dans le contrat d'édition, les modalités de la rémunération peuvent indubitablement être *variables*. Mais elles peuvent également l'être dans les autres contrats, dans la mesure où il est tout à fait possible que certains des modes d'exploitation prévus puissent, dans les conditions édictées par l'article L.131-4, donner lieu à forfait, et que d'autres restent soumis au principe de participation proportionnelle. Chacun l'aperçoit rapidement, il est donc délicat de faire dépendre la qualification de modalités d'exécution d'une obligation – payer le prix prévu – dès lors que ces modalités peuvent varier au sein du *même* contrat. Il serait en outre contestable de dénier l'intérêt *économique* que représente l'exploitation aux yeux de l'auteur dans l'hypothèse même d'une rémunération forfaitaire : pour chacun des modes d'exploitation qui n'auront pas été expressément visés, l'auteur peut espérer que l'exploitation les valorisera, en rendant plus attractive leur acquisition éventuelle.

455. Prestation caractéristique du contrat d'auteur et transfert du droit. – Un certain nombre de spécialistes pensent ainsi que le débiteur d'une telle prestation est toujours le cédant : le transfert de droit serait la prestation caractéristique des contrats d'exploitation¹⁸⁸³. La thèse ne manque pas d'attraits du point de vue du choix de la loi applicable¹⁸⁸⁴, et semble bien pouvoir être justifiée par le fait que le transfert de droit est la contrepartie du paiement du prix, en ce qu'il est généralement acquis que la prestation caractéristique est la prestation rémunérée¹⁸⁸⁵. Si la thèse emporte la conviction, il faut néanmoins souligner qu'elle n'est pas

¹⁸⁸³ J.-S. BERGÉ, « Les règles de compétence », *Lamy Droit des médias et de la communication*, t. 1, n°160-4 – Pour les droits voisins, v. T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, n°594s. – C. CASTETS-RENARD, « Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) : conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle », D. 2006, 1522.

¹⁸⁸⁴ T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, n°598s., qui montre notamment qu'un tel rattachement n'est pas contraire à la sécurité juridique.

¹⁸⁸⁵ T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, n°596.

inattaquable. En droit commun, l'existence d'un transfert de bien ne signifie pas nécessairement que ce transfert est la prestation caractéristique du contrat individuel¹⁸⁸⁶. Le transfert de propriété ne peut être érigé en élément caractéristique qu'autant que ce transfert constitue l'objectif économique envisagé par les parties¹⁸⁸⁷. Or ce serait pure pétition de principe que d'affirmer que le transfert, dans les contrats d'exploitation, remplit toujours cet objectif économique. En outre, si le rattachement peut aussi se fonder sur le caractère commun à la plupart des contrats d'une rémunération, qui exclut d'en faire un trait discriminant¹⁸⁸⁸, ne faut-il pas admettre que le transfert de droit constitue tout aussi bien un élément commun à la plupart des contrats d'auteur ?

Pour conclure, la détermination de la prestation caractéristique des contrats d'exploitation du droit d'auteur soulève une grande difficulté. Même si cela ne constitue pas en soi une objection dirimante à la mise en œuvre de cette notion, il faut ainsi se demander si, dans une perspective de qualification de droit interne, son rôle dans le rapprochement des contrats d'auteur et des qualifications du code civil ne peut pas être remis en cause.

B. – Objections théoriques

456. Prestation caractéristique et qualification. – De façon générale, il n'est pas question de contester l'intérêt de la notion de prestation caractéristique en droit international privé. Dans la perspective d'un règlement du conflit de lois, il est nécessaire de déterminer *une* et *une seule* loi applicable. En l'absence de choix par les parties, il se comprend que le rattachement s'opère en contemplation d'une prestation caractéristique¹⁸⁸⁹ : parmi les diverses

¹⁸⁸⁶ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica 2002, préf. L. AYNÈS, n°288 : « rien ne dit qu'une acquisition de propriété, par exemple, est en soi la prestation caractéristique d'un contrat individuel. (...). La découverte de la prestation caractéristique implique donc que les parties se soient accordées sur les éléments qu'elles jugent essentiels ainsi que sur les liens qui unissent ceux-ci, c'est-à-dire sur la structure de leur contrat.

¹⁸⁸⁷ F. OVESTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, p. 33 : « La prestation essentielle, dans un contrat spécial, constitue le noyau juridique de l'opération économique réalisable par l'intermédiaire de ce contrat. Exécuter cette prestation, cela revient à accomplir ce qui a incité les parties à conclure ce contrat, cela revient à parachever ce que les parties ont recherché dans l'opération économique dont le contrat n'est que la traduction juridique. Transférer la propriété, n'est-ce pas là ce qui est recherché dans la vente ? Une fois le transfert opéré, n'a-t-on pas réalisé l'objectif économique envisagé ». Il est ajouté plus loin que « Exécuter cette obligation (...), c'est réaliser l'opération économique projetée ».

¹⁸⁸⁸ En ce sens, v. T. AZZI, « Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », *op. cit.*, n°13.

¹⁸⁸⁹ V. p. ex., pour une référence à la prestation caractéristique, malgré un rôle secondaire de la notion, le règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », dont l'art. 4-2 renvoie à la loi du pays de résidence du débiteur de la prestation caractéristique en présence de lacune

obligations que le contrat a engendrées, il faut déterminer une et une seule prestation caractéristique, dans la mesure où il faut choisir une et une seule loi applicable¹⁸⁹⁰. L'insuffisance du concept dans une opération de qualification du contrat est au contraire patente. Il est très douteux que la notion de prestation caractéristique puisse jouer un rôle décisif dans l'opération de qualification des contrats. Mme Rochfeld préfère par exemple en rester à la notion de cause : la prestation caractéristique serait un « épiphénomène » de la cause¹⁸⁹¹. Il est du moins significatif que la classification des contrats spéciaux d'après l'objet de la prestation caractéristique, aux yeux même de l'un de ses promoteurs originels, ait dû être complétée par une référence à la cause du contrat, pour distinguer entre contrats à titre gratuit et onéreux¹⁸⁹².

Sans même tenir compte de ce qu'il n'est pas possible de déterminer une prestation caractéristique dans tout contrat¹⁸⁹³, il est communément admis que la prestation caractéristique ne suffit pas, très souvent, à le qualifier¹⁸⁹⁴. Et ce pour deux raisons au moins. En premier lieu, une même « prestation » peut être caractéristique de plusieurs contrats, qu'elle ne saurait dès lors distinguer les uns des autres. Ainsi par exemple, de la même façon que le transfert de propriété est un élément caractéristique de plusieurs contrats – la vente, la donation... – l'obligation d'exploiter est un trait commun à plusieurs des contrats prévus par le code de la propriété intellectuelle, ainsi les contrats d'édition, de production audiovisuelle, de commande pour la publicité. Partant de là, il ne saurait être déduit que la cession ou la concession ne peut représenter la « prestation » caractéristique du contrat, parce qu'elle est un trait commun à plusieurs des contrats nommés par le code de la propriété intellectuelle¹⁸⁹⁵. En

ou de cumul des « rattachements prioritaires » (loi du domicile du vendeur p. ex.). V. p. ex. sur ce point T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », D. 2008, 2169.

¹⁸⁹⁰ Encore que cette élection d'une seule loi repose sur le postulat de l'unité du contrat, qu'il ne nous appartient pas ici de discuter. V. sur ce point M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°24s. (le droit a pu envisager en d'autres temps ou lieux d'appliquer une loi différente aux diverses obligations nées du contrat).

¹⁸⁹¹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, LGDJ 1999, préf. J. GHESTIN, n°143.

¹⁸⁹² F. OVESTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, p. 250

¹⁸⁹³ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°8 p. 6. Il en est ainsi p. ex. dans le contrat d'échange, en ce sens qu'aucune des deux prestations ne peut avoir plus de poids que l'autre, mais aussi dans les « contrats associatifs », dont le contrat de société représente la figure de proue.

¹⁸⁹⁴ V. en ce sens M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, n°3 p. 3, qui ajoute que la notion de prestation caractéristique « n'épuise donc pas le contenu des catégories contractuelles et il faut constater que son impact n'apparaît pas de manière décisive dans le déroulement de l'opération de qualification. Aussi bien, ce que caractéristique dans son sens général enseigne d'utile, c'est seulement qu'une prestation est dite telle lorsqu'elle contribue à définir une catégorie contractuelle et qu'elle peut être décelée dans un contrat individuel » (nous soulignons).

¹⁸⁹⁵ Contrairement à ce qu'avance Mme JOSSELIN-GALL, in *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, Etude de droit comparé et de droit international privé*, GLN Joly Editions, 1995, préf. P. LAGARDE, n°316 : « La cession ou concession des droits de propriété littéraire par l'auteur à

second lieu et peut-être surtout, la notion conduit à hiérarchiser les engagements de deux parties différentes, alors qu'il est vain, tout au moins dans un contrat synallagmatique, de méconnaître le rôle de la ou des « prestation(s) » de l'un des cocontractants. De fait, il ne suffit pas nécessairement de constater l'identité des prestations caractéristiques d'un contrat individuel donné et d'une convention nommée pour retenir une identité de qualification. Par exemple, si un transfert de droit est jugé caractéristique d'un contrat d'espèce, il ne saurait être classé parmi les ventes s'il ne comporte pas stipulation d'un prix¹⁸⁹⁶. L'unité du contrat ne doit pas masquer sa structure ni la diversité de ses éléments.

Enfin, la distinction entre prestation instrumentale et finale, mise en œuvre pour accomplir le choix de la prestation caractéristique des contrats complexes, n'est pas exempte d'ambiguïté. Il est affirmé qu'un tel enchaînement des prestations est attesté par la rémunération de la prestation instrumentale en fonction des résultats de la prestation finale, ainsi lorsque le fournisseur bénéficie d'un pourcentage des produits réalisés par son cocontractant grâce à la chose, au droit ou au service fourni¹⁸⁹⁷. Qui ne voit qu'un tel schéma existe dans la vente, lorsque le prix est lié à la rentabilité de la chose ? Est-ce à dire que la vente a pour prestation caractéristique l'obligation d'exploiter qui découle de cette modalité de détermination du prix ? Dans la négative, il resterait à justifier pourquoi la hiérarchie entre prestation instrumentale et finale doit être écartée¹⁸⁹⁸. Dans l'affirmative, l'obligation d'exploiter pourrait être élue en tant que prestation caractéristique sans interdire l'application de la qualification de vente...

Achoppant sur un insurmontable obstacle théorique et de non moins incontournables difficultés d'identification, la notion de prestation caractéristique nous paraît ainsi devoir être rejetée au profit de celle d'obligation principale, sans doute moins ambitieuse mais plus adaptée à la technique de qualification contractuelle de droit interne.

l'exploitant est inhérente à tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur, elle n'est pas propre au contrat d'édition, il est difficile par conséquent de l'envisager comme la prestation caractéristique de ce contrat spécial ».

¹⁸⁹⁶ Mme Ancel ne tait d'ailleurs pas cette insuffisance de la prestation caractéristique pour distinguer les contrats (v. *La prestation caractéristique du contrat*, n°16).

¹⁸⁹⁷ V. M.-E. ANCEL, th. préc., n°181.

§ 2. – UN CRITÈRE OPÉRANT : LA NOTION D'OBLIGATION PRINCIPALE

457. Le sens et la fonction de la notion d'obligation principale doivent être présentés (A) avant l'examen de son rôle dans l'opération de qualification du contrat d'auteur (B).

A. – Définition

458. Distinction entre obligations principales et obligations accessoires. – Une qualification ne peut être appréhendée que sous le prisme de la structure de ses divers éléments¹⁸⁹⁹. Si l'environnement du contrat d'auteur n'exclut aucune qualification, il reste ainsi à montrer que sa structure interne peut s'inscrire dans celle des contrats prévus par le code civil.

Le rapprochement entre contrat d'auteur et contrat prévu par le code civil devrait en réalité résulter d'une démarche simple : un examen de la concordance entre la structure interne du premier et celle du second. Reste néanmoins à souligner que les seuls éléments devant être pris en compte dans cette structure sont les obligations principales (ou éléments principaux) : les obligations accessoires sont dans la dépendance de celles-ci, et ne peuvent donc jouer aucun rôle dans la qualification¹⁹⁰⁰. Cependant, il faut mesurer le changement d'optique : tandis que la notion de prestation caractéristique invite à effectuer un choix entre les obligations de *l'une ou l'autre* partie – transfert de droit, obligation d'exploiter –, la notion d'obligation principale invite seulement à effectuer une hiérarchie entre les diverses obligations d'une *même* partie – paiement du prix, exploitation. Il devient inutile de chercher un lien de dépendance entre les engagements de l'auteur et de son cocontractant : le transfert ou la mise à disposition est en tout état de cause un élément essentiel de l'opération, en dehors

¹⁸⁹⁸ Mme Ancel n'envisage que le contrat d'édition et le contrat de métayage, mais passe sous silence les ventes dont le prix est lié à la rentabilité de la chose...

¹⁸⁹⁹ V. en ce sens F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, LGDJ 1957, préf. R. LE BALLE. V. aussi J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°67s.

¹⁹⁰⁰ V. en ce sens J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°86. V. aussi X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, n°398s., qui oppose l'accessoire par destination (l'obligation a pour fin de permettre l'exécution de l'obligation principale) et l'accessoire par production (ce dernier est produit par le principal, et à la différence de l'accessoire par destination, il poursuit son but propre et n'est plus affecté au principal – il suffit de prendre l'exemple de l'obligation de sécurité dans le contrat de transport, produite par l'obligation de déplacement (n°400)). L'obligation d'exploiter pourrait être considérée comme un accessoire par destination, dans le sens où son exécution peut être mise au service de celle de payer le prix.

de l'hypothèse marginale des contrats de service. Une hiérarchie doit en revanche être effectuée entre les divers engagements du cocontractant de l'auteur : exploiter, payer un prix.

Le concept d'obligation principale, défini par opposition aux obligations accessoires, est le plus efficace dans cette perspective. D'autres concepts, qui présentent des utilités variées, n'apparaissent pas déterminants dans l'opération de qualification : ainsi de l'obligation essentielle¹⁹⁰¹, ou encore de l'obligation fondamentale¹⁹⁰². Là encore, sans nier les intérêts qui s'attachent à ces concepts, notamment pour déterminer la validité des clauses allégeant la responsabilité ou interpréter un contrat, il faut relever qu'un contrat, particulièrement un contrat synallagmatique, ne peut être identifié sur la base d'un seul élément – rien ne permet d'ailleurs d'affirmer qu'un contrat ne comporte qu'une obligation essentielle ou fondamentale. De surcroît, une obligation pourrait n'être pas jugée telle alors même qu'il s'agirait indéniablement d'un élément de la qualification. En définitive, la question à résoudre consiste ainsi seulement à savoir si l'obligation d'exploiter est une obligation principale ou, au contraire, une obligation accessoire à celle de payer le prix. Reste cependant à trouver le ou les critères propres à hiérarchiser ces obligations d'une même partie, l'exploitant.

Sans doute faut-il écarter l'approche *quantitative*, reposant sur un critère *économique* ou *mathématique*¹⁹⁰³. On ne saurait mettre en œuvre, entre les obligations d'exploiter et de payer un prix, un critère *monétaire* – l'importance respective de chaque obligation étant évaluée à partir de son coût. Cela étant, ce critère quantitatif pourrait également consister dans des indices *matériels*, tels la durée ou les difficultés d'exécution¹⁹⁰⁴. Dans cette mesure, il est vrai qu'un indice se décèle en faveur du caractère principal de l'obligation d'exploiter, dont l'exécution conditionne souvent celle de paiement du prix. Outre la critique traditionnelle, fort

¹⁹⁰¹ V. not. Cass. 1^e civ., 18 janvier 1984 (Bull. N°27) – com. 9 mai 1990, Bull., n°142, civ. 1e, 23 février 1994, Bull. n°76 et surtout com. 22 octobre 1996 (Chronopost).

¹⁹⁰² Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », Mél. P. Raynaud 1985, p. 273s. En jurisprudence, v. aussi Cass. 1^e civ., 15 novembre 1988, D. 1989, 349, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1990, 666, obs. P. JOURDAIN.

¹⁹⁰³ G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, BDP t. 93, n°13s., 137s., 329s. – X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°345s.

¹⁹⁰⁴ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°345, selon lequel « il est concevable, par exemple, de considérer comme principale l'obligation dont la durée d'exécution est la plus longue ou celle qui présente les difficultés d'exécution les plus grandes, voire celle dont l'accomplissement suppose le maximum d'intervention personnelle du débiteur ou comporte les risques les plus considérables. D'autres critères ont un domaine d'application plus étroit et ils ne peuvent jouer qu'entre des prestations de même nature. Ainsi, deux transports peuvent être hiérarchisés par leur longueur ou deux transferts de propriétés non bâties par leur superficie ».

célèbre – ce serait la règle d’une « civilisation grossière et primitive »¹⁹⁰⁵ – plusieurs reproches peuvent néanmoins être adressés à l’encontre d’une telle méthode. Une comparaison quantitative ne peut avoir de signification qu’autant qu’elle s’applique à des éléments de nature identique, or les diverses obligations nées du contrat recouvrent parfois des prestations de nature très différente¹⁹⁰⁶. En outre, les divers critères quantitatifs peuvent ne pas aboutir aux mêmes conclusions : se pose dès lors la question de savoir comment choisir le critère pertinent, ce qui renvoie à la recherche de la volonté des parties¹⁹⁰⁷. La mise en œuvre d’un critère mathématique est même impossible lorsque l’une des prestations est de nature extrapatrimoniale, qu’elle est affectée d’un aléa ou que les deux prestations sont quantitativement d’importance égale¹⁹⁰⁸. Enfin et peut-être surtout, elle méconnaît le rôle de la volonté des cocontractants, en faisant prévaloir des critères matériels et non juridiques, soit le fait sur le droit¹⁹⁰⁹.

Il y a donc tout lieu de privilégier une conception « qualitative », qui invite à rechercher le but de l’engagement du créancier des obligations multiples : l’obligation principale est celle en contemplation de laquelle son créancier s’est engagé¹⁹¹⁰. On peut, de façon large, renvoyer à la finalité poursuivie par le contrat. De prime abord, il paraît évident que l’obligation d’exploiter est au service de celle de paiement d’un prix, lorsque celui-ci est stipulé sous la forme d’une participation proportionnelle aux résultats de l’exploitation. Cela étant, il faut se garder de raisonnement trop systématique. En droit d’auteur, la loi elle-même invite à tirer certaines conclusions quant à la hiérarchie des obligations d’exploiter et de payer un prix.

B. – Application au droit d’auteur

459. Différence entre vente et bail. – Le rapport d’accessoire à principal ne se conçoit qu’entre les multiples obligations d’une même partie au contrat : il est exclu qu’une obligation

¹⁹⁰⁵ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. XII, par R. RODIÈRE, 1947, n°182.

¹⁹⁰⁶ G. GOUBEAUX, *La règle de l’accessoire en droit privé*, n°14 – X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°348.

¹⁹⁰⁷ G. GOUBEAUX, *La règle de l’accessoire en droit privé*, n°14 – X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°349

¹⁹⁰⁸ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°350-351.

¹⁹⁰⁹ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°354s.

¹⁹¹⁰ G. GOUBEAUX, *La règle de l’accessoire en droit privé*, n°20 (« L’ensemble formé par le la réunion du principal et de l’accessoire vise (...) le but qui était déjà celui du principal seul ») – X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, n°358s., qui souligne bien que l’essentiel est la finalité pour le créancier, et non l’exploitant.

pesant sur l'un des cocontractants soit considérée comme accessoire à un engagement de l'autre partie. L'obligation d'exploiter, lorsqu'elle pèse sur le partenaire de l'auteur, ne saurait être l'accessoire du transfert ou de la mise à disposition auquel s'engage le créateur. Un lien peut en revanche être établi avec la rémunération proportionnelle, obligation à la charge de l'exploitant. S'agissant de la vente, deux hypothèses peuvent être clairement distinguées : ou bien l'obligation d'exploiter constitue une obligation principale, et exclut alors le rapprochement avec la vente, ou bien il ne s'agit que d'une obligation accessoire, et la subsumption du contrat d'auteur dans la catégorie devient possible (1). S'agissant du bail, la qualification est au contraire applicable même lorsqu'elle constitue une obligation principale, dans la mesure où il se constate cependant une concession de droit personnel de jouissance en contrepartie d'un prix (2).

460. Applicabilité restreinte de la qualification de vente. – Pour convaincre que l'obligation d'exploiter n'est pas une obligation principale, donc un élément de qualification, il est possible de démontrer qu'il ne s'agit que d'une obligation accessoire à l'obligation de payer le prix prévu. Cette analyse s'inscrit dans le prolongement de celle qui permet de conclure à la reconnaissance d'une obligation d'exploiter à la charge de tout acquéreur promettant une rémunération proportionnelle aux résultats de l'exploitation¹⁹¹¹. La notion d'accessoire trouve ici son sens : si le cessionnaire doit exploiter, c'est en effet parce qu'il doit verser au cédant la participation promise. Il s'agit bien ici d'une prestation permettant l'accomplissement de celle qui est élue en tant qu'obligation principale. C'est sans doute pourquoi la doctrine de droit de la propriété industrielle n'écarter pas la qualification de vente lorsque la cession du brevet d'invention ou du droit de marque est consentie en contrepartie d'un prix lié aux résultats de leur exploitation.

Deux hypothèses ne soulèvent ainsi aucune difficulté. La première consiste dans *la prévision d'une rémunération proportionnelle*, dans le respect du principe posé par l'article L. 131-4 du code de la propriété intellectuelle, *au sein d'un contrat pour lequel ledit code n'impose pas expressément l'exploitation* : il en est ainsi par exemple du contrat de représentation ou des contrats régis par le seul droit commun des obligations artistiques. Dans un tel cas, le cocontractant du créateur ne supporte une obligation d'exploiter qu'en conséquence de cette modalité de rémunération, ce qui met clairement en évidence un rapport d'accessoire à

¹⁹¹¹ V. *supra*, n°138.

principal. L'obligation d'exploiter est indubitablement une obligation accessoire, en ce qu'elle est située dans la dépendance de l'obligation de payer le prix.

Seconde hypothèse : la *prévision d'une rémunération forfaitaire*, toujours au sein d'un contrat pour lequel le législateur n'a pas expressément prévu de charge d'exploitation. Dans un tel cas, le cocontractant ne supporte tout simplement pas d'obligation d'exploiter.

Une troisième hypothèse, la plus délicate, concerne au contraire certains des contrats nommés du droit d'auteur, qui comportent nécessairement une obligation d'exploiter, quelle que soit la modalité de rémunération prévue : ainsi par exemple de l'édition – l'éditeur étant chargé de fabriquer et de diffuser des exemplaires de l'œuvre alors même qu'il aura pu, dans certains cas, prévoir une rémunération forfaitaire¹⁹¹² – mais aussi de la production audiovisuelle. Le rapport d'accessoire à principal est évidemment impossible lorsque la rémunération prévue est forfaitaire : l'obligation d'exploiter ne peut pas être l'accessoire de celle tenant au paiement d'un prix qui n'est pas lié à la rentabilité de la chose. L'exploitation n'est pas le seul moyen de paiement d'un prix forfaitaire.

Lorsque la rémunération proportionnelle s'impose, le lien avec l'obligation d'exploiter demeure concevable : faut-il donc admettre que s'instaure un rapport d'accessoire à principal ? Il convient d'en douter. L'obligation d'exploiter prévue par la loi est nécessairement une obligation principale, dès lors qu'elle est imposée par la loi de façon générale : son existence en cas même de rétribution forfaitaire de l'auteur est le signe de son indépendance. De plus, il faut là encore relever que les modalités de rémunération peuvent être variables au sein d'un même contrat, ainsi par exemple lorsque l'édition est autorisée par le créateur moyennant une rémunération forfaitaire, la réédition étant toutefois subordonnée au versement d'une participation proportionnelle¹⁹¹³. L'obligation d'exploiter ne peut pas être jugée tantôt accessoire, tantôt principale, dans un *même* contrat. Enfin, l'inexécution de l'obligation par l'éditeur l'expose à une résiliation du contrat, qui est de fait un contrat à exécution successive¹⁹¹⁴. La conclusion s'impose : ni le contrat d'édition, ni le contrat de

¹⁹¹² V. art. L. 131-4 et L. 132-6 CPI.

¹⁹¹³ Art. L. 132-6 CPI.

¹⁹¹⁴ Rappr. A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz 2^e éd. 1999, 8.112 « l'édition n'est qu'un simple droit d'exploitation temporaire et précaire, qui est retiré à l'éditeur dès lors qu'il n'exploite pas l'œuvre « d'une manière permanente et suivie ». Cette précarité, prévue par le législateur, démontre à l'évidence que le contrat d'édition n'implique pas cession ou transmission partielle ou totale des droits de l'auteur au profit de l'éditeur ».

production audiovisuelle, qui comportent nécessairement une obligation d'exploiter, ne peuvent recevoir la qualification de vente. La doctrine ancienne ne raisonnait d'ailleurs déjà pas autrement, quand l'obligation d'exploiter était tenue pour essentielle : si un rapprochement de la cession de droit réel avec la vente était tenté¹⁹¹⁵, leur distinction était justifiée par cette obligation¹⁹¹⁶.

La qualification reste cependant envisageable dans toutes les autres hypothèses de transfert d'un démembrement réel, dans la mesure où la prévision d'une rémunération proportionnelle pourra permettre d'identifier un rapport d'accessoire à principal.

461. Applicabilité de la qualification de bail. – Une grande partie de la doctrine ancienne rejetait la qualification de bail sur le fondement de l'absence d'obligation d'exploiter à la charge du preneur¹⁹¹⁷. Il a été vu qu'une telle conception ne saurait perdurer aujourd'hui, en ce que la qualification de bail a évolué dans le sens de l'inclusion de nombreuses figures contractuelles de l'exploitation du bien d'autrui¹⁹¹⁸. Dans la mesure où la structure de la qualification de bail peut inclure la stipulation d'une obligation d'exploiter en tant qu'obligation principale, le critère de l'obligation d'exploiter ne permet donc pas de condamner sa mise en œuvre. La distinction avec d'autres contrats, notamment les contrats de service, appelle ainsi un examen des modalités de la maîtrise de l'exploitation¹⁹¹⁹.

462. Conclusion de la section 1. – Le rôle de l'obligation d'exploiter se présente plus de façon négative, par les qualifications qu'elle exclut dans certaines hypothèses, que de façon positive, en ce qu'elle ne constitue pas à elle seule un critère de qualification suffisant. En

¹⁹¹⁵ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, Paris, Marchal et Billard, 1903, n°67 : « il y a analogie entre la vente et le contrat de publication, lorsque l'auteur cède au publicateur un droit réel et que ce dernier promet de lui payer en retour une somme d'argent ».

¹⁹¹⁶ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, n°67, qui souligne que vente et contrat de publication « ne doivent pas être confondus, car l'obligation de publier, qui forme l'un des éléments essentiels du contrat de publication, le différencie de la vente » et remarque que : « il est vrai que l'existence d'une obligation de faire ne dénature la vente qu'autant que cette obligation a plus d'importance que celle de payer un prix ; mais il suffit qu'il y ait doute sur le point de savoir laquelle des obligations du publicateur l'emporte pour que la qualification de vente ne puisse être donnée au contrat, car cette qualification entraînerait l'application d'un ensemble de règles qui parfois présentent un caractère exceptionnel ». V. aussi p. ex. J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz 1927, p. 63, qui rejette la qualification de vente en raison de la « cause essentiellement différente des obligations des parties » - J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, p. 23, selon lequel édition et vente se distinguent précisément par l'obligation de publier l'œuvre.

¹⁹¹⁷ V. not. J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, p. 29 - J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 66.

¹⁹¹⁸ V. *supra*, n°440.

effet, l'examen de son influence n'appelle que deux conclusions. De façon indubitable, l'obligation d'exploiter qu'impose la loi impérative – à la charge de l'éditeur ou du producteur audiovisuel – exclut la qualification de vente : l'obligation d'exploiter ne pouvant alors être considérée comme une obligation accessoire à celle de payer le prix, s'observe un hiatus indéniable entre la structure complexe du contrat d'auteur et celle du contrat de vente, articulée autour du transfert du bien et du prix. Celle de bail, qui est aujourd'hui une figure indéniable des contrats d'exploitation, reste en revanche applicable en dépit du caractère principal de l'obligation d'exploiter, dès lors que le contrat confère au partenaire de l'auteur un droit personnel de jouissance. Cependant, retenir cette qualification impose un examen concret de la maîtrise de l'exploitation, tout comme celle de vente dans les hypothèses où l'obligation d'exploiter ne dépend plus que de la prévision d'une rémunération proportionnelle, en l'absence d'impératif légal.

Section 2

LA MAÎTRISE DE L'EXPLOITATION

463. La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil dépend en réalité des modalités de la maîtrise de l'exploitation. Aussi importe-t-il d'identifier celles qui exercent une influence (sous-section 1) avant de pouvoir dresser un constat de leurs conséquences sur la qualification (sous-section 2).

Sous-section 1

MODALITÉS DE LA MAÎTRISE DE L'EXPLOITATION

464. Si la qualification de bail n'est pas exclue par la stipulation d'une obligation d'exploiter, ni même celle de vente lorsqu'une telle obligation peut être considérée comme l'accessoire de celle de payer un prix proportionnel, il ne suffit évidemment pas de relever cette compatibilité pour pouvoir conclure à leur mise en œuvre. Encore faut-il montrer que l'obligation d'exploiter ne justifie pas l'application d'autres qualifications, notamment celles de contrats de service. D'autre part, la loi spéciale ne permet pas à sa seule lecture de savoir si le contrat opère une concession de droit personnel de jouissance ou un transfert de démembrement, dans

¹⁹¹⁹ Il faut encore rappeler ici que vente et constitution d'usufruit appellent une analyse identique au regard de l'obligation d'exploiter. Le bail se distingue ainsi de la constitution d'usufruit dans les mêmes termes que la vente.

la mesure ou l'effet translatif que vise la loi peut s'appliquer aux fruits du monopole. Pour déterminer la qualification adéquate, il est ainsi opportun de relever que les contrats d'auteur – les contrats d'édition, de représentation ou de production audiovisuelle aussi bien que les autres – se caractérisent par certains traits variables : rémunération proportionnelle ou forfaitaire de l'auteur, mais aussi présence ou non d'une exclusivité ou d'une limite spatio-temporelle. La diversité des contrats d'auteur s'ordonne également parfois en fonction de la responsabilité des risques et de l'attribution du pouvoir de décision qu'emporte la reconnaissance d'un droit à l'exploitant, qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit personnel de jouissance. Ainsi apparaît-il que la qualification civile du contrat dépend des modalités de la maîtrise d'exploitation. Les propos suivants ont subséquemment pour vocation de présenter les trois critères qui influent sur la qualification du contrat d'auteur, de façon isolée ou combinée : le pouvoir de décision et la responsabilité du financement (§1.), l'exclusivité (§2.), la délimitation spatio-temporelle (§3.)¹⁹²⁰.

§ 1. – LA RESPONSABILITÉ DES RISQUES ET L'ATTRIBUTION D'UN DROIT

465. Un premier critère de qualification consiste dans l'attribution du pouvoir de décision, qui résulte de celle d'un droit à l'exploitant, et de la responsabilité financière de l'exploitation, qui procède de son obligation de verser une rémunération en dépit de pertes éventuelles¹⁹²¹. En effet, ce critère permet de tracer une frontière entre, d'un côté, des contrats de service – l'auteur conserve le pouvoir de décision, voire la responsabilité financière – de l'autre les contrats portant sur le transfert ou la mise à disposition du bien, dont le contrat de bail – le pouvoir de décision et la responsabilité des risques incombe alors à l'investisseur. Partant, ce critère justifie qu'un certain nombre des qualifications proposées à l'endroit des contrats

¹⁹²⁰ Il faut insister sur l'idée que les trois critères présentés ci-après devront souvent être combinés afin de pouvoir jouer leur rôle de facteur de qualification : dans cette mesure, la présentation de ces critères a essentiellement pour but d'écarter les qualifications dont la mise en œuvre est condamnée par l'un seul de ces critères. Le choix de la ou des qualification(s) possibles pour chaque contrat d'auteur ne sera effectué que dans la section suivante, récapitulant les conséquences de la combinaison de ces critères.

¹⁹²¹ Le critère du pouvoir de décision dépend en réalité de l'existence d'un droit de l'exploitant, qu'il s'agisse d'un démembrement réel ou d'un droit personnel de jouissance. Fondamentalement, c'est de cette existence que dépend la qualification de bail ou de vente. Cela étant, on préfère parler, pour mieux mettre en exergue la distinction entre vente et bail d'une part, entreprise et autres contrats de service, d'autre part, d'un critère plus large, qui englobe la responsabilité des frais et risques. En outre, l'on a vu qu'il n'était pas possible de préjuger de la question de savoir si le contrat opère un transfert de démembrement réel ou une concession de droit personnel de jouissance, dès lors que la seconde peut s'accompagner d'un effet translatif des fruits de l'exploitation.

d'auteur¹⁹²² soient rejetées : ainsi de la qualification de contrat d'entreprise (1), de celle de mandat (2), de celle de société (3) ou encore de qualification *sui generis* (4).

1) Rejet de la qualification de contrat d'entreprise

466. Qualification de contrat d'entreprise. – Lorsque l'obligation de fabriquer des exemplaires de l'œuvre et d'en assurer la diffusion est tenue pour caractéristique du contrat d'édition, il n'est plus exclu de considérer que la qualification de contrat d'entreprise correspond à la structure de ce dernier, fondée sur la réalisation d'un service en contrepartie d'une rémunération¹⁹²³.

Cependant, comment justifier que l'entrepreneur soit cessionnaire du droit de reproduction ? Un partisan de cette qualification soutient qu'il s'agit d'un moyen nécessaire de l'exécution de la prestation promise : seule la cession du droit de reproduction permettrait à l'éditeur de réaliser la fabrication d'exemplaires, c'est-à-dire sa prestation sur la chose incorporelle appartenant à l'auteur¹⁹²⁴. Cela étant, il ne s'agirait que d'un moyen, d'une prestation instrumentale qui n'exercerait pas d'influence sur la qualification.

Quant à la rémunération de l'éditeur, elle prendrait certes une forme particulière : il est indéniable que l'éditeur ne perçoit pas un prix versé par l'auteur, mais une partie des recettes de l'exploitation. Mais en droit commun, rien ne semble interdire que l'entrepreneur soit rétribué de la sorte, sauf à préciser que le contrat se colore ainsi d'intérêt commun : la détermination du prix, dans un contrat d'entreprise, est laissée à la libre appréciation des parties¹⁹²⁵.

¹⁹²² Rappelons encore que nous entendons par contrats d'auteur les seuls contrats d'exploitation qui emportent un effet translatif et sont donc soumis au droit commun et éventuellement au droit spécial des contrats d'auteur, ce qui inclut évidemment l'édition, la représentation, la production audiovisuelle, mais exclut la commande, les « éditions » à compte d'auteur ou au compte à demi et les contrats qui sont de simples contrats civils : mandat, dépôt...

¹⁹²³ V. en ce sens Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique, 2° Droit des exploitants », *Encycl. Civ. Dalloz*, n°138s.

¹⁹²⁴ Ph. GAUDRAT, « Propriété littéraire et artistique, 2° Droits des exploitants », n°145 : « L'ouvrage éditorial comporte une *composante matérielle* tout à fait classique (façonner une matière) et une *composante formelle* qui est cause de sa complexité : la fabrication d'exemplaires requiert, en effet, d'infuser la forme d'une œuvre protégée dans un support matériel. Or, cet acte est réservé au titulaire du droit de propriété intellectuelle. Seule la *cession de droit* permet au locateur de réaliser sa prestation sur la chose incorporelle du maître.

¹⁹²⁵ V. p. ex. sur ce point P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°442.

La situation de l'entrepreneur de spectacles se présenterait également de façon similaire, à la seule différence que sa prestation de service ne porterait pas sur la fabrication d'une chose mais sur une action : la représentation¹⁹²⁶.

467. Rejet de la qualification de contrat d'entreprise. – Pour réfuter la qualification de contrat d'entreprise, on pourrait avancer le critère de responsabilité des risques. Dans l'esprit du législateur aussi bien que dans la lettre de la loi, c'est à l'éditeur qu'incombent les risques de l'exploitation, notamment le poids des pertes éventuelles : en effet, il ne faut pas oublier que l'auteur doit recevoir une participation proportionnelle aux recettes de l'exploitation, calculées en référence au prix public hors taxe de la vente des exemplaires. Ceci place le créateur à l'abri de toute contribution aux frais et pertes. Néanmoins, le critère de la responsabilité des risques n'est pas le plus propice à justifier le rejet de la qualification de contrat d'entreprise¹⁹²⁷. Certes, ce dernier est un contrat à titre onéreux : la qualification n'est pas ouverte en l'absence de rémunération de l'entrepreneur. En admettant que la rémunération de l'éditeur consiste dans une partie des profits d'exploitation, la qualification de louage d'ouvrage semble de prime abord évincée dans l'hypothèse où l'éditeur ne retire en fait aucun bénéfice, parce que les frais engagés pour l'exploitation sont supérieurs au produit de la vente. Dans le même temps, il faut cependant souligner qu'un entrepreneur, à la différence d'un mandataire par exemple, peut supporter les frais exposés en vue de l'exécution des prestations promises. Il se peut que le coût de la prestation dépasse le prix prévu au contrat sous forme de forfait¹⁹²⁸. À retenir la qualification de louage d'ouvrage, l'analyse juridique oblige ainsi à souligner que, dans le contrat d'édition, l'exigence d'une contrepartie monétaire serait satisfaite dès lors qu'est prévu un prix : une partie des produits de l'exploitation. Peu importe que, finalement, l'éditeur ne réalise pas de bénéfices et supporte les pertes : un prix n'en demeurerait pas moins prévu et, partant, le contrat ne serait pas gratuit. En réalité, la disqualification n'est justifiée qu'au cas où l'éditeur serait tenu de reverser à l'auteur l'intégralité des recettes de l'exploitation, tout en supportant les frais occasionnés par l'accomplissement du service.

¹⁹²⁶ Sur la qualification de louage d'ouvrage, v. Ph. GAUDRAT, Rép. Civ. Dalloz, V° « Propriété littéraire et artistique, 2° Droit des exploitants », n°159.

¹⁹²⁷ V. cpt. POUILLET, *Traité*, n°287 : « Ce qu'on est convenu d'appeler le contrat d'édition n'est qu'une modalité des rapports entre auteur et éditeur, celle qui consiste, pour l'auteur, à conférer à l'éditeur le droit d'exploiter l'œuvre, moyennant tant pour cent sur le nombre d'exemplaires tirés ; c'est bien un contrat *sui generis*, qui n'est ni un louage d'ouvrage, puisque l'éditeur travaille à ses risques et périls, ni une vente, puisque l'auteur conserve la propriété de son œuvre intellectuelle » (nous soulignons).

En revanche, le critère du pouvoir de décision justifie un rejet absolu de la qualification. Tous les contrats d'exploitation comportent un effet translatif. Que celui-ci porte sur un démembrement réel ou au contraire sur les fruits du monopole, ne faisant ainsi qu'accompagner une concession de droit personnel de jouissance, il y a donc un pouvoir de décision de l'exploitant.

Le transfert ou la concession ne peut être considéré comme un simple moyen d'exécution de la prestation d'exploitation. Dans le cadre d'un louage d'ouvrage de droit commun, aux termes duquel l'entrepreneur s'engage à accomplir un travail sur la chose appartenant au maître de l'ouvrage, nul n'aurait l'idée de soutenir que l'entrepreneur exerce le droit de jouissance du propriétaire, ou, si son travail porte atteinte à l'intégrité matérielle de la chose (façonnage d'une pierre précieuse, etc.), qu'il exerce l'*abusus*. De la même façon, l'entrepreneur qui reproduit l'œuvre n'exerce pas nécessairement le droit de reproduction : la reproduction peut être un *fait* accompli en exécution de l'obligation contractée envers l'auteur, ainsi au titre d'un contrat à compte d'auteur – c'est celui-ci qui exerce son droit en faisant reproduire l'œuvre par un tiers. On mesure donc que la cession ne peut être réduite à un moyen d'exécuter la prestation promise, dès lors que la fabrication des exemplaires pourrait tout aussi bien s'effectuer sans qu'il soit nécessaire de céder les droits à l'entrepreneur. La cession ou la concession confère au contraire à l'éditeur une position de pouvoir, qui lui permet de mettre en œuvre une politique d'exploitation. La qualification de contrat d'entreprise ne paraît plus adéquate, dès lors que la structure ne peut être ramenée à l'exécution d'une prestation en contrepartie d'une rémunération. La cession ne peut être réduite à un moyen d'exécuter la prestation. La situation de l'entrepreneur de spectacles ou du producteur audiovisuel n'apparaît pas différente de ce point de vue.

On peut encore ajouter, pour le cas spécifique de l'édition, que le propriétaire des exemplaires fabriqués n'est pas l'auteur : l'éditeur est propriétaire du fruit de son travail, de l'édition proprement dite¹⁹²⁸. Dans un contrat d'entreprise, l'éditeur devrait transférer la propriété de l'ouvrage accompli. Certes, il resterait possible d'évoquer une « délivrance externalisée » : il

¹⁹²⁸ V. p. ex. sur ce point P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°442, qui relèvent que dans la technique du forfait, toute modification ultérieure du coût des éléments de la prestation n'a pas d'incidence, sauf clause de révision.

¹⁹²⁹ V. en ce sens A. TOURNIER, « Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit ? », RIDA 1958/3, p. 19 : « l'éditeur (...) devient propriétaire de l'édition de l'œuvre, de son revêtement ».

faudrait considérer que la délivrance faite ordinairement au maître de l'ouvrage se fait en réalité à un tiers. Cependant, le raisonnement ne résiste pas à l'objection selon laquelle l'auteur ne pourrait pas stipuler ce qui est pourtant l'un des effets ordinaires du contrat d'entreprise : la délivrance des exemplaires entre ses mains, notamment ceux qui n'auraient pas été vendus. A aucun moment, pas plus à la fin du contrat qu'au cours de son exécution, le créateur ne se voit attribuer la propriété des exemplaires.

2) Rejet de la qualification de mandat

468. Qualification de mandat. – Il est indéniable que, dans la pratique, l'activité d'un éditeur consiste essentiellement dans l'accomplissement d'actes juridiques : contrats conclus avec un imprimeur – auquel l'éditeur confie généralement la fabrication des exemplaires –, avec un ou plusieurs distributeurs – auquel il confie la diffusion commerciale de ces ouvrages –, avec des agences de publicité, des exploitants secondaires, etc. Un constat très similaire pourrait être dressé à l'égard du producteur audiovisuel, voire de l'entrepreneur de spectacles. De surcroît, la représentation juridique n'étant pas unanimement considérée comme participant de l'essence du mandat, il pourrait importer peu que l'exploitant accomplisse ces actes juridiques en son nom personnel. Enfin et peut-être surtout, l'obligation de reddition des comptes pesant sur l'éditeur ou le producteur est enfin et peut-être surtout le principal facteur de l'analogie avec le mandataire, qui en est tenu de façon générale¹⁹³⁰.

469. Rejet de la qualification de mandat. – Moins encore que la qualification d'entreprise, la qualification de mandat ne saurait pourtant s'imposer. Avant même l'élaboration d'une définition légale du contrat d'édition, la doctrine avait aperçu les multiples raisons de l'inadéquation d'une telle catégorie. Ainsi avait-il pu être relevé que l'obligation de rendre des comptes résulte des principes généraux du droit, et n'est pas propre au mandat¹⁹³¹. Aujourd'hui il faudrait ajouter que cette obligation résulte suffisamment de la seule qualification de contrat d'édition ou de production audiovisuelle, puisque la loi en fait une obligation attachée à ces contrats nommés. Il était également observé que le caractère naturellement gratuit du mandat est peu compatible avec l'édition¹⁹³², bien que l'avènement

¹⁹³⁰ Sur l'obligation de reddition des comptes, v. *supra*, n°157s.

¹⁹³¹ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 85.

¹⁹³² J. RAULT, *op. cit.*, p. 87 : « le mandat est, par sa nature, un contrat gratuit (...). Or il est évident que le contrat qui intervient entre un éditeur, c'est-à-dire un commerçant, et un auteur, ne peut être *a priori* et en principe considéré comme un contrat naturellement gratuit ».

des mandats d'intérêt commun invite aujourd'hui à nuancer le propos, mais aussi et surtout que l'éditeur, contrairement à un mandataire, ne saurait réclamer le remboursement des frais avancés pour l'exécution du mandat¹⁹³³. On s'approche là, ce faisant, du double critère qui justifie sans conteste l'éviction de la qualification : la responsabilité des risques et le pouvoir de décision. L'auteur lié à un éditeur n'ayant pas à supporter les frais de l'édition et moins encore les risques en l'absence de succès, l'exploitant ne peut être tenu pour un simple mandataire. La consécration légale du contrat d'édition, qui prévoit un transfert de droit, est au surplus incompatible avec l'action d'un mandataire agissant pour le compte d'autrui. Il faut d'ailleurs ne pas perdre de vue l'absence d'effet privatif du mandat : le mandant peut continuer à gérer lui-même l'affaire confiée au mandataire, ou à tout le moins exploiter lui-même. C'est une possibilité incompatible avec la physionomie réelle des contrats d'auteur : celui-ci s'interdit d'exploiter ou de faire exploiter par un autre. Enfin, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que le mandat prend fin par la mort, la déconfiture du mandataire comme du mandant, tandis que le contrat d'édition lie aussi bien les héritiers de l'éditeur que ceux de l'auteur¹⁹³⁴. Les mêmes remarques valent aussi bien pour le producteur audiovisuel et l'entrepreneur de spectacles. Tout invite donc au rejet de cette qualification de contrat de mandat. Il devrait en aller de même de la qualification de société en participation.

3) Rejet de la qualification de société en participation

470. Qualification de société en participation. – Dans la mesure où la pratique offre une certitude, l'absence d'immatriculation et donc de création d'une personne morale, la seule qualification qui pourrait être soutenue est celle de *société en participation*¹⁹³⁵. Cependant, un tel rapprochement n'apparaît pas inconcevable à tous les points de vue, du moins pour l'édition ou la production audiovisuelle, ainsi qu'en attestent d'ailleurs certaines anciennes décisions¹⁹³⁶.

¹⁹³³ J. RAULT, *op. cit.*, p. 87 : l'éditeur « ne saurait réclamer à l'auteur le remboursement des frais avancés pour l'exécution du mandat ou l'indemnité compensatrice des pertes qu'a entraînées pour lui l'édition de l'ouvrage ».

¹⁹³⁴ J. RAULT, *op. cit.*, p. 87.

¹⁹³⁵ Sur la qualification, v. not. Y. CHARTIER, « Remarques sur la société en participation », RTD com. 1979, 637.

¹⁹³⁶ V. Trib. Com. de la Seine, 4 juin 1896 (S. 1899, 2. 217, note P. ESMEIN ; D.P. 1898, 2. 73, note VALÉRY) : jugé que le contrat d'édition constitue un contrat d'un genre particulier, dans lequel « l'apport de l'auteur est représenté par son manuscrit, c'est-à-dire une création personnelle dans toute sa nouveauté, une conception réalisée sous une forme adéquate au génie propre de l'écrivain et à la langue et dont il se sert ; l'éditeur de son côté fait apport de ses connaissances techniques et professionnelles, de son crédit, de son expérience commerciale » – Trib. Civ. de la Seine, 26 juin 1912 (Gaz. Trib. 30 octobre 1912, cité par RAULT,

Tout d'abord, il ne serait pas impossible de caractériser l'existence d'*apports* de la part de l'auteur comme de l'éditeur.

S'agissant de l'éditeur, ses prestations pourraient s'inscrire dans le cadre d'un *apport en industrie*¹⁹³⁷. En revanche, s'il mobilise également ses biens propres (locaux, équipements, etc.), l'éditeur utilise ses moyens matériels pour d'autres auteurs, ce qui exclut de retenir un simple apport en jouissance.

S'agissant du créateur, un apport en jouissance, forme d'apport usuelle dans la société en participation, est tout à fait concevable – il faut rappeler que si la loi fait de la cession un effet du contrat d'édition, celle-ci peut ne porter que sur les fruits du monopole et, partant, accompagner une mise à disposition, qu'il s'agisse d'un bail ou d'un apport en jouissance¹⁹³⁸. En outre, il ne fait nul doute que, dans les rapports entre associés, ces derniers sont libres de choisir le statut patrimonial des biens qui sont apportés à la société : en droit commun, s'il est possible à chaque associé de se borner à mettre les biens apportés à la disposition de la société, tout en en restant propriétaire, il est également admis que la propriété des biens soit attachée à la personne d'un seul associé, le gérant en principe¹⁹³⁹. Il se produit alors un véritable transfert de propriété¹⁹⁴⁰. Il pourrait donc être admis que la cession que produit le contrat d'édition s'inscrive dans le cadre d'un apport en propriété, dans le cadre de la société en participation.

En outre, l'un des principaux obstacles ordinairement dressés contre la classification du contrat d'édition parmi les contrats de société, l'absence de *contribution aux pertes* de la part de l'auteur, s'avère bien moins pertinent qu'il n'y paraît de prime abord. En effet, l'objection que la doctrine présente ordinairement n'emporte pas la conviction. Il ne suffit pas d'affirmer

Le contrat d'édition en droit français, p. 78) : jugé que constitue une société en participation le contrat en vertu duquel un dépositaire s'engage à éditer les œuvres d'un sculpteur de compte à demi avec ses héritiers.

¹⁹³⁷ Sur la notion d'apport en industrie, v. LC, n°215.

¹⁹³⁸ La critique formulée par RAULT apparaît ainsi caduque de ce point de vue : V. *Le contrat d'édition en droit français*, pp. 79-80 : « les conditions dans lesquelles les apports prétendus ont été effectués sont incompatibles avec l'existence de la convention en participation », dans la mesure où la doctrine et la jurisprudence de son temps « s'accordent pour reconnaître que dans l'association en participation chaque participant conserve en principe la propriété de ses apports », alors qu'au contraire, « l'un des traits caractéristiques du contrat d'édition réside dans ce fait que (...) l'auteur s'est dépouillé, momentanément mais incontestablement, d'un droit qui appartient dès lors non pas à l'association ou société intervenue entre lui et l'éditeur, mais à l'éditeur personnellement ».

¹⁹³⁹ V. not. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21^e éd. 2008, n°1130.

que l'éditeur assume seul les risques de l'entreprise¹⁹⁴¹ : bien sûr, il est indéniable que l'auteur ne supportera pas les conséquences d'un déficit de l'exploitation, dans la mesure où sa rémunération proportionnelle est assise – faut-il le rappeler ? – sur le prix de vente au public (hors taxe) des exemplaires, et qu'ainsi elle lui est due même dans le cas où les frais de la fabrication et de la diffusion dépasseraient les recettes perçues. A l'inverse, il ne suffit certes pas de relever que l'auteur, en cas de mévente de l'ouvrage, ne perçoit qu'une rémunération insignifiante, sans rapport avec les efforts fournis pour réaliser l'œuvre¹⁹⁴². Si l'absence de rémunération d'un apport en industrie peut équivaloir à une contribution aux pertes¹⁹⁴³, la réalisation de l'œuvre est extérieure au contrat d'édition : ce n'est pas la cause des obligations de l'éditeur. Si la qualification de société en participation devait être adoptée, l'auteur ne procéderait pas à un apport en industrie, mais à un apport de droit d'exploitation. Il ne suffirait pas davantage d'affirmer que l'absence de participation aux pertes peut être exclue par la loi, dans la mesure où le caractère léonin d'une société porte atteinte à son essence-même¹⁹⁴⁴ – en d'autres termes, la prohibition des clauses léonines ne semble pas pouvoir être contournée. En revanche, il ne faut pas adopter de la notion de perte une vision trop étroite, en réalité erronée. De fait, une perte est réalisée quand le bien apporté disparaît ou n'a plus qu'une valeur vénale inférieure à celle qu'il avait au moment de l'apport. Aussi l'associé contribue-t-il indéniablement aux pertes lorsqu'il perd sa mise initiale, ne retrouve pas son apport, en nature ou pour la valeur qui lui avait été reconnue au moment de la souscription¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴⁰ V. d'ailleurs CAA Paris, 6 février 2003, RTD com. 2003, 836, obs. F. DEBOISSY, qui considère que l'apport en pleine propriété d'un immeuble, par un particulier, à une société en participation, est une cession à titre onéreux entraînant l'application du régime des plus-values immobilières des particuliers.

¹⁹⁴¹ V. en ce sens J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 82, qui note que « l'éditeur assume seul les risques de l'entreprise. Le nombre des exemplaires vendus peut être insuffisant pour couvrir les frais de l'exploitation. Le déficit incombera au seul éditeur. Le contrat présenterait donc le caractère d'une société léonine, nulle aux termes de l'article 1855 du code civil ». V. aussi LARDEUR, *Du contrat d'édition*, p. 41 et 53 : le contrat d'édition n'est société que si aux termes de la convention intervenue il a été expressément stipulé que chacune des deux parties participerait aux pertes et bénéfices de l'entreprise.

¹⁹⁴² VALÉRY, note sous Tribunal de commerce de la Seine, 4 juin 1896, D.P. 1898, 2. 73, qui soutient que l'auteur participe aux pertes en ces termes : « Non seulement il ne recueille point alors les bénéfices pécuniaires sur lesquels il avait compté ; mais il se trouve encore avoir perdu le temps et le travail que la confection du livre lui avait coûtés ».

¹⁹⁴³ F. KENDÉRIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, 617, n°20 : « Contribuer aux pertes signifie ici ne pas être rémunéré pour le temps passé, ce qui représente une forme très particulière de contribution ».

¹⁹⁴⁴ F. KENDÉRIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, 617, n°4s. V. aussi, déjà, TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente, Du contrat de société civile et commerciale, ou commentaire du titre IX*, ouvrage qui fait suite à celui de TOULLIER, t. II, Paris, 1843, n°647 p. 118 : « il est de l'essence de la société qu'il y ait participation aux risques : en ôtant cette participation, on détruit la société » – PONT, *Explication du titre IX, livre III du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. VII, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, par PONT, continuateur de MARCADÉ, Paris, Delamotte 1872, n°4 p. 6 et n°428 p. 299.

¹⁹⁴⁵ F. KENDÉRIAN, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, 617, n°20.

Faut-il ainsi considérer que l'auteur qui ne récupère pas ses droits contribue aux pertes ? On pourrait l'admettre, même s'il faut relever que l'expiration des droits cédés est plus une conséquence de la loi qu'une perte liée à l'activité sociale¹⁹⁴⁶.

Enfin, les tenants de la qualification de société ont pu encore l'approuver en raison du caractère parfois occulte de la convention, de la qualité de commerçant de l'une des parties, de l'attribution à l'éditeur de droits et obligations constitutifs de la gérance, de l'obligation de rendre compte¹⁹⁴⁷.

471. Rejet de la qualification de société en participation. – Néanmoins, l'obstacle qui s'avère le plus déterminant consiste là encore, en réalité, dans le critère du pouvoir de décision et de la participation aux frais de l'exploitation (la responsabilité des risques mise à part). La qualification de société en participation se heurte ainsi à l'absence d'obligation aux dettes qui pèse sur l'associé en participation, en tant qu'associé d'une société à risque illimité. Dans le cadre d'une société en participation occulte, le principe est certes que celui qui a agi – ce sera par définition l'éditeur, en tant que gérant – répond seul de son engagement. Mais il faut admettre que, en pratique, le rapport entre un auteur et un éditeur n'est pas dissimulé aux tiers, et qu'il ne pourrait donc s'agir que d'une société en participation ostensible. En conséquence, devrait recevoir application la règle posée par l'article 1872-1 du code civil, selon laquelle celui qui a agi en tant qu'associé au vu et au su des tiers répond des actes commis pour le compte de la société. Or l'auteur ne peut pas être obligé à une dette quelconque de l'exploitation. Il en va de même dans le cadre d'une production audiovisuelle ou d'un contrat de représentation.

En outre, s'il est certes tentant d'expliquer le pouvoir de gestion de l'éditeur par la situation de gérant unique que peuvent prévoir les statuts d'une société en participation, la qualification semble inopportune à ce titre. Dans la mesure où le code de la propriété intellectuelle prévoit que l'éditeur est cessionnaire, il semble exclu que l'auteur puisse agir concurremment à l'éditeur, alors que dans une société en participation, dans le silence des statuts, il faut présumer que chaque associé peut accomplir les actes de la vie sociale. D'ailleurs, il est fort

¹⁹⁴⁶ J. RAULT (in *Le contrat d'édition en droit français*) était d'un autre avis : considérant que l'apport de l'auteur consiste dans le droit exclusif d'exploitation conféré à l'éditeur pour une durée déterminée, il remarquait que « ce temps expiré, l'auteur recouvre le droit d'exploitation qui rentre intact entre ses mains et dont il peut à nouveau tirer parti à sa convenance » (p. 82 note 1).

¹⁹⁴⁷ VALÉRY, note sous Trib. Com. de la Seine, 4 juin 1896, D.P. 1898, 2. 73.

douteux qu'un *affectio societatis* puisse être caractérisé en l'espèce¹⁹⁴⁸. L'auteur n'a pas l'intention, ni même d'ailleurs la faculté, de coopérer à la gestion de l'exploitation. L'auteur a créé l'œuvre : là s'arrête sa mission. Or le contrat porte sur l'exploitation de l'œuvre : le stade de la création reste extérieur à la qualification. C'est l'éditeur, le producteur audiovisuel, l'exploitant qui prend en charge tout ce qui est relatif à l'exploitation : conception matérielle des exemplaires ou des matrices, distribution, vente au public, etc. La qualification de société, parfois explicitement rejetée par la jurisprudence¹⁹⁴⁹, doit ainsi être évincée.

Le critère du pouvoir de décision et de la responsabilité des frais et des risques ne permet pas en revanche d'opérer de discrimination entre vente et bail, dans la mesure où ces deux modèles confèrent une maîtrise de la chose. C'est pourquoi il faut examiner le rôle d'un second critère, tenant à l'exclusivité.

4) Rejet de la qualification *sui generis*

472. Adéquation du bail et de la vente. – La qualification *sui generis* a rallié les suffrages d'une grande partie de la doctrine ancienne, s'agissant du contrat d'édition par exemple¹⁹⁵⁰. Aujourd'hui encore, elle réunit une partie importante des spécialistes pour la plupart des contrats d'auteur, même s'il s'agit parfois plus de témoigner de prudence face à la complexité de la structure contractuelle¹⁹⁵¹.

Cependant, aucune raison déterminante ne commande l'éviction de la qualification de vente lorsque l'obligation d'exploiter apparaît l'accessoire de la rémunération proportionnelle.

Quant au bail, il suffit juste de rappeler qu'un tel contrat peut inclure en son sein une obligation d'exploiter à titre principal, alors qu'il produit naturellement un effet constitutif

¹⁹⁴⁸ V. en ce sens J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, pp. 82-83 : « la communauté d'intérêts, pas plus que le mode de rémunération proportionnelle, n'implique l'intention de former une société » - G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. I, n°67 : « il y a analogie entre la société et le contrat de publication, lorsque l'auteur et le publicateur se partagent les bénéfices de l'exploitation ; c'est ce qui arrive, par exemple, s'il est stipulé que l'auteur recevra tant par exemplaire vendu. Mais il manque toujours au contrat de publication certains éléments essentiels de la société : intention de s'associer, participation de toutes les parties contractantes aux pertes »

¹⁹⁴⁹ Cass. Req. 25 mars 1901, confirmant Paris, 7 mars 1899 (S. 1901, 1. 305, note LYON-CAEN), qui relève qu'en l'espèce, aucune des clauses relevées ne contient de stipulation de société et ne sont pas caractérisés les éléments constitutifs (la Cour ne précise néanmoins pas lesquels, relève justement l'annotateur).

¹⁹⁵⁰ J. LARDEUR, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, p. 43 – J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, p. 88.

d'une créance de jouissance ou, si l'on préfère, une mise à disposition de la chose louée. Dès lors, il n'est aucune raison de considérer que, lorsque la structure d'un contrat d'auteur repose sur l'interdépendance de la concession d'un droit personnel de jouissance et d'une obligation d'exploiter, il faudrait privilégier une qualification *sui generis*, laquelle supposerait une totale irréductibilité au modèle du bail¹⁹⁵².

§ 2. – L'EXCLUSIVITÉ

473. Le critère précédent produit une conséquence radicale, en écartant de façon générale la qualification de contrat d'entreprise, de mandat ou de société en participation à l'endroit des différents contrats spéciaux, qui accordent tous au cocontractant de l'auteur le pouvoir de décision et la responsabilité financière de l'exploitation. Le critère de l'exclusivité joue un rôle plus nuancé, dans la mesure où les contrats d'édition et de représentation peuvent ne pas conférer d'exclusivité à l'exploitant (même si l'hypothèse est rare s'agissant du premier). Sa fonction première est de participer à la résolution du conflit entre les trois qualifications qui restent en concours : d'un côté la vente portant sur un démembrement du monopole, qui suppose l'exclusivité, de l'autre le bail et la vente portant sur les fruits des droits d'exploitation, qui reposent sur une exclusivité contractuelle et donc purement éventuelle. Partant, il convient de distinguer bail et vente de démembrement réel d'une part (A), bail et simple transfert des fruits du monopole d'exploitation, d'autre part (B).

A. – Distinction entre bail et vente de démembrement réel

474. Exclusivité et contrat de vente de démembrement réel. – Il ne s'agit là que de rappeler ce qui a été exposé dans le chapitre précédent : la vente ne demeure une qualification envisageable en l'absence d'exclusivité que si elle porte sur les fruits du monopole¹⁹⁵³. C'est dire qu'en l'absence d'exclusivité, il est exclu de mettre en œuvre la qualification de contrat de cession d'un démembrement du monopole, lequel est nécessairement un démembrement

¹⁹⁵¹ V. p. ex. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°940.

¹⁹⁵² V. aussi en ce sens v. p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°297, pour lesquels la licence de droit d'auteur « n'est autre que la location (...) d'une œuvre appropriée » puisque cette formule reproduit « les prestations caractéristiques et réciproques, décisives dans l'opération de qualification du bail, laquelle reste indifférente aux spécificités du bien » et qui s'élèvent « contre une certaine tiédeur des auteurs (de droit des contrats) parfois tentés d'y reconnaître des conventions *sui generis* ».

¹⁹⁵³ V. *supra*, chap. 6, n°407.

exclusif. Le critère sert donc à départager essentiellement ces deux qualifications, dans la mesure où le bail s'adapte au contraire à l'absence d'exclusivité.

475. Exclusivité et contrat de bail. – Si la technique du droit personnel est apte à rendre compte aussi bien de la concession d'une jouissance exclusive que non exclusive¹⁹⁵⁴, il reste cependant à démontrer que le contrat de bail peut quant à lui ne pas comporter d'exclusivité de jouissance. En effet, le bail n'est pas la seule figure d'acte constitutif d'un droit personnel de jouissance. La convention d'occupation précaire s'en distingue par exemple de par le fait que le droit personnel dont l'occupant peut exciper porte sur une jouissance précaire. Avoir démontré que le droit du cocontractant peut prendre la forme d'un droit personnel de jouissance n'a donc pas permis de justifier l'application de la qualification de bail en l'absence d'exclusivité, ce dont il faut s'assurer maintenant en distinguant licence simple et exclusive.

476. Adoption de la qualification en l'absence d'exclusivité (« licence simple »). – Le bail confère ordinairement au preneur une jouissance exclusive de la chose : une jouissance partagée est en principe le fait de colocataires, unis face au propriétaire par le lien d'un seul contrat¹⁹⁵⁵. Le titulaire d'une « licence simple », auquel il n'est pas reconnu d'exclusivité d'exploitation, ne saurait pourtant être comparé à un colocataire¹⁹⁵⁶. Les différents exploitants, concurrents, ne sont pas engagés l'un envers l'autre. Il n'y a pas un seul contrat, donnant naissance à une créance de rémunération globale dont l'auteur pourrait réclamer le paiement à l'un quelconque des licenciés. La qualification de bail ne peut donc être défendue qu'en postulant son application à la concession d'un droit personnel de jouissance non exclusive.

¹⁹⁵⁴ V. *supra*, n°393.

¹⁹⁵⁵ J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 597, spéc. p. 603 : « Le caractère incorporel de la chose, objet du droit, a toujours fait difficulté pour admettre l'assimilation au louage de choses des licences de droit d'auteur »

¹⁹⁵⁶ J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 597, spéc. p. 603 : « L'ubiquité de l'objet du droit fait que la chose (...) pourra être exploitée par plusieurs simultanément et sur le même territoire au titre, par exemple, de licences non exclusives – situation bien différente d'une « colocation », car procédant de la conclusion de contrats distincts portant sur la même chose avec des titulaires distincts et sans rapport. A l'inverse de la chose corporelle pour laquelle le louage est nécessairement exclusif, la chose incorporelle peut être « occupée » par plusieurs locataires simultanément ! Qui a déjà fait la théorie de la chose louée dans ces conditions ? Comment appliquer les règles sur la garantie d'éviction ? D'ailleurs, en

Dans un premier temps, la logique de la qualification de bail invite à douter qu'elle puisse être maintenue en l'absence d'exclusivité. Certes, il est admis que le propriétaire d'une chose corporelle stipule à son profit une jouissance partagée de la chose louée¹⁹⁵⁷. La portée de cette jurisprudence est cependant restreinte : les juges ont statué dans des cas où le propriétaire conservait la jouissance certains jours de la semaine, le contrat prévoyant la mise à disposition de la chose les autres jours : la solution s'applique plus à une répartition de la jouissance en plusieurs périodes qu'à une jouissance simultanée. De la même façon que, s'agissant d'une chose corporelle, un vendeur ne saurait simultanément céder son droit de propriété à plusieurs acquéreurs, on pourrait donc aisément accroire qu'un bailleur ne saurait simultanément louer la même chose à des personnes indépendamment l'une de l'autre. Si des colocataires peuvent évidemment louer ensemble la même chose – ils formeront une seule et même partie au contrat de bail –, il est plus douteux que plusieurs locations simultanées puissent être conclues à l'égard de preneurs indépendants les uns des autres. En outre, la configuration en cause dans cette jurisprudence est comparable à celle du licencié exclusif aussi bien qu'à celle du bénéficiaire d'une licence simple, dans la mesure où la licence exclusive n'interdit pas plus que la licence simple que le concédant se réserve la faculté d'exploiter lui-même les droits dont il confère la jouissance¹⁹⁵⁸ : il est donc abusif d'en tirer parti pour défendre l'application du bail, qui suppose une jouissance paisible de la chose, aux « licences simples ».

Une opinion favorable à l'extension de la qualification de bail pourrait cependant s'appuyer sur la spécificité de l'immatériel, qui permet non seulement de conférer à telle personne tel usage et à telle autre tel autre usage, sans atteindre la jouissance paisible de chacun, mais encore d'autoriser plusieurs personnes à faire la même exploitation. L'obligation de délivrance peut en effet s'adapter aux particularités de son objet, sans qu'il faille pour autant écarter la qualification de bail. S'agissant du bail d'une œuvre de l'esprit ou d'un droit d'exploitation, la délivrance s'entend du fait de mettre le cocontractant en mesure de jouir dans les termes convenus au contrat. La formation du contrat d'exploitation exécute instantanément l'obligation de délivrance, dans la mesure où le contrat constitue le titre par lequel l'exploitant justifie pouvoir légalement exploiter l'œuvre portée à sa connaissance. En outre, le régime du bail, conçu avant tout au regard de la location immobilière, a été reconnu

matière de licence exclusive, les meilleurs auteurs s'interrogent sur le fait de savoir si le concédant peut, ou non, exploiter lui-même le brevet donné en licence concurremment à son locataire ».

¹⁹⁵⁷ V. Cass. soc., 29 juin 1960, Bull. civ. IV, n°698 (un appartement) – Cass. com., 18 octobre 1967, Bull. civ. III, n°446 (salle de spectacles) – Cass. com., 18 octobre 1967, Bull. civ. III, n°331 (salle de cinéma). En doctrine, v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, préc., n°21105.

applicable aux locations mobilières sous la seule réserve des adaptations nécessaires à la nature de la chose¹⁹⁵⁹. Le même raisonnement devrait prévaloir s'agissant des choses incorporelles. Mais l'argument le plus déterminant réside en effet sans doute dans l'obligation faite au preneur d'assurer une jouissance paisible. Si celle-ci implique ordinairement de ne pas souffrir de concurrence dans la jouissance de la chose, rien ne paraît devoir empêcher les parties de convenir d'une jouissance non exclusive. Au surplus, c'est là que le caractère ubiquitaire de l'œuvre de l'esprit produit son incidence la plus remarquable : plusieurs personnes peuvent en tirer profit indépendamment l'une de l'autre, sans que la jouissance de l'un n'empêche celle de l'autre. Dès lors que la jouissance paisible de la chose n'est pas exclue en l'absence d'exclusivité, rien ne semble donc devoir interdire la qualification de bail lorsque les parties conviennent librement de cette situation¹⁹⁶⁰.

Si la qualification de bail semble ainsi possible et opportune, il convient néanmoins de relever que l'exclusivité par rapport aux tiers devrait être présumée : lorsqu'une chose corporelle est donnée à bail, il n'est pas présumé que le bailleur conserve la faculté de la louer simultanément à d'autres personnes. En admettant que la licence s'inscrit bel et bien dans la qualification de bail, il convient ainsi de considérer que l'exclusivité doit être présumée. L'application de la qualification de bail semble aller à l'encontre de ce qu'enseigne la doctrine dominante sur ce point, alors même qu'il est plaidé en sa faveur¹⁹⁶¹.

477. Application de la qualification de bail en cas de jouissance exclusive (« licences exclusives »). – Lorsque la licence comporte une stipulation d'exclusivité, cette clause ne suscite aucune difficulté à l'égard de la qualification de bail : le licencié sera mis en mesure de jouir de la chose, l'obligation de délivrance de la chose sera exécutée de façon classique. Il

¹⁹⁵⁸ V. *infra*, n° suivant (477).

¹⁹⁵⁹ V. not. Cass. civ., 16 août 1882, DP 1883.1.213; S. 1884.1.33, note ESMEIN : « les règles générales applicables au louage de biens immeubles le sont également au louage de biens meubles, autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses ». Si certaines dispositions ne concernent ainsi que les locations immobilières, ainsi l'article 1715 du code civil, relatif à la preuve du bail, la qualification vise sans conteste les meubles aussi bien que les immeubles, ainsi qu'en attestent les articles 1711 et 1713 du même code. Sur ce point, v. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°425.

¹⁹⁶⁰ L'application de la garantie contre l'éviction ne suscite pas plus de difficultés : il faut simplement entendre que l'éviction due au titre d'une licence simple ne sera caractérisée que par l'attribution à un tiers d'un droit qui porterait atteinte au droit concédé, par exemple la concession d'une licence exclusive antérieurement ou postérieurement à celle d'une licence simple. Sur la garantie contre l'éviction, v. chap. 8, *infra*, n°...

¹⁹⁶¹ V. not. en ce sens, P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, éd. JNA, 1991, p. 325 ; plus implicitement, J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF 1991, p. 442 (« Restent des obligations *négatives* qui peuvent être imposées au donneur de licence : (...) obligation de ne pas concéder d'autres licences sur la même invention »).

reste néanmoins à montrer qu'au regard de l'exclusivité, la qualification de bail n'irait pas sans conséquences sur la faculté du donneur de licences de continuer l'exploitation.

Tout d'abord, dans le cas d'une licence exclusive, il a été montré que l'exclusivité est compatible avec une clause laissant au donneur de licence la faculté d'exploiter personnellement l'œuvre de l'esprit – ce dernier est resté propriétaire¹⁹⁶². La stipulation d'exclusivité, dans le cadre d'une licence, doit-elle cependant être comprise comme ne comportant seulement qu'une interdiction de donner une autre licence ? Plusieurs thèses s'affrontent. D'aucuns estiment qu'une renonciation ne se présument pas, il ne peut être présumé que le concédant, demeuré titulaire des droits, abandonne la faculté d'exploiter lui-même les droits dont il a pourtant concédé la jouissance à titre exclusif¹⁹⁶³. Une vieille jurisprudence allait en ce sens¹⁹⁶⁴. En d'autres termes, la licence exclusive n'emporterait pas automatiquement interdiction au concédant d'exploiter concurremment au licencié exclusif. Il faudrait qu'une clause stipule expressément une telle interdiction, ou du moins que la commune intention des parties soit établie en ce sens – quoiqu'il paraîtrait alors bien difficile de l'établir... Tant la jurisprudence récente¹⁹⁶⁵ que la doctrine majoritaire¹⁹⁶⁶ plaident ainsi dans le sens inverse, en se fondant sur la garantie d'exercice paisible dont le donneur de licence est redevable à l'égard du licencié exclusif. La question se pose alors de savoir quel statut reconnaître à la clause contraire. Serait-ce une clause excluant la garantie ? « Qui doit garantie ne peut évincer » : le contrat ne pourrait pas exclure une telle garantie du fait personnel. Si une autre voie doit donc être recherchée, il semble qu'une telle opinion se comprenne en réalité par le jeu classique de la qualification de bail. Lorsqu'une chose corporelle est donnée à bail, le preneur ne jouit assurément de la chose qu'en vertu d'une créance contre le propriétaire ; il n'en demeure pas moins que le bailleur perd le temps du contrat la maîtrise effective de la chose, dans le principe. Seule une clause expresse peut prévoir un usage commun de la chose. Si celle-ci est admise, c'est alors parce que, si le

¹⁹⁶² V. *supra*, n°393

¹⁹⁶³ Sur cette opinion, v. P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, éd. JNA, 1991, p. 325.

¹⁹⁶⁴ V., dans une situation où le breveté exploitait déjà avant la concession de la licence, Paris, 1^{er} mai 1902, API 1903, 258, jugeant que la stipulation d'exclusivité n'impliquait par elle-même que l'aliénation du droit de concéder d'autres licences. Dans une situation où, au contraire, le breveté n'exploitait pas déjà lui-même, il a été maintenu que l'exclusivité n'impliquait pas abandon par le breveté de son droit d'exploiter : v. Paris, 7 novembre 1919 et T. com. Seine, 21 décembre 1917, API 1920, 250.

¹⁹⁶⁵ V., en matière de marque, Com., 10 janvier 1995, Bull. n°12, qui considère que l'exclusivité de la licence interdit également au titulaire d'exploiter lui-même la marque, *sauf clause contraire*.

¹⁹⁶⁶ D'autres auteurs paraissent s'inscrire dans ce sens, sans justifier leur position : J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF 1991, pp. 446-447- J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. I, LGDJ 2006, n°398.

bailleur a une obligation de jouissance paisible qui s'apparente à une garantie contre l'éviction, la jouissance paisible à laquelle s'oblige le bailleur n'en reste pas moins la seule jouissance promise¹⁹⁶⁷. La clause qui prévoit une jouissance non exclusive n'est, partant, pas une clause portant atteinte à cette obligation d'assurer une jouissance paisible, mais une clause définissant les contours de l'élément constitutif du contrat de bail qu'est la jouissance d'une chose. La jouissance paisible est cantonnée aux frontières que les parties ont données à cet élément du contrat. Si cette clause n'est pas interdite, elle doit néanmoins être expressément stipulée. Là encore, il faut rappeler que le contrat de bail repose en principe sur une jouissance permanente et exclusive de la chose¹⁹⁶⁸. Il doit en aller de même au regard de l'œuvre de l'esprit comme de tous objets de propriété intellectuelle : la licence exclusive emporte par principe interdiction au concédant d'exploiter lui-même.

B. – Distinction entre bail et vente des fruits du monopole d'exploitation

478. Dans la mesure où la vente peut porter sur les fruits du monopole d'exploitation, il ne faut pas tirer une conséquence trop hâtive de l'extension de la qualification de bail aux concessions d'un droit personnel de jouissance non exclusive. En effet, la vente n'emporte pas dans un tel cas une exclusivité d'exploitation¹⁹⁶⁹. Cependant, il ne faut pas perdre de vue le rôle de l'obligation d'exploiter, qui exclut toute qualification de vente lorsqu'elle ne peut pas être l'accessoire d'une rémunération proportionnelle. La concurrence entre les deux qualifications n'existe donc que dans l'hypothèse de l'absence d'obligation d'exploiter ou d'obligation d'exploiter accessoire à celle de payer le prix (ce qui exclut donc les contrats nommés du droit d'auteur pour lesquels il s'agit nécessairement d'une obligation principale, tels le contrat d'édition ou de production audiovisuelle).

La comparaison pourrait paraître iconoclaste, mais il semble que la distinction puisse être opérée de la même manière que le droit rural départage le bail rural et la vente d'herbes. De fait, si la qualification de bail à ferme ne s'impose que lorsque sont réunies quatre conditions

¹⁹⁶⁷ V. art. 1719, 3° C. civ. La jurisprudence a admis que soit stipulée une jouissance non permanente et exclusive. S'agissant d'arrêts de rejet, aucun texte n'est visé ; il semble que les juges aient avant tout raisonné en termes de qualification : que la jouissance ne soit pas permanente et exclusive n'empêche pas que les éléments constitutifs du bail soient relevés ; le débat n'a pas été élevé sur le point de savoir si, dans cette qualification, ce type de jouissance ne portait pas atteinte à l'obligation de jouissance paisible. Mais c'est évidemment que la « jouissance paisible » à laquelle s'oblige le bailleur n'est que la jouissance promise, sans caractère exclusif et permanent.

¹⁹⁶⁸ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ 2001, n°21105.

¹⁹⁶⁹ V. en ce sens *supra*, n°393s.

posées par l'article L. 411-1 du code rural – une mise à disposition, à titre onéreux, d'un immeuble agricole en vue de l'exploiter¹⁹⁷⁰ – certains contrats sont présumés constituer des baux ruraux, ainsi des ventes d'herbe. Il s'agit de prime abord de contrats de vente, par lesquels le propriétaire des terres cède à un tiers les fruits de son fonds. Le législateur dispose ainsi que « *toute cession exclusive des fruits de l'exploitation lorsqu'il appartient à l'acquéreur de les recueillir ou de les faire recueillir* » est soumise au statut du fermage¹⁹⁷¹. La présomption peut certes être renversée, « *si (...) le contrat n'a pas été conclu en vue d'une utilisation continue ou répétée des biens et dans l'intention de faire obstacle à l'application* » du statut protecteur. Cette influence de la stipulation d'exclusivité se remarque néanmoins dans le critère de distinction entre le bail rural et la vente d'herbes. La seconde qualification n'est applicable qu'en l'absence d'exclusivité dans la récolte des fruits de l'exploitation, d'où il ressort que le contrat ne confère pas une maîtrise du champ. En d'autres termes, l'exclusivité constitue malgré tout l'un des facteurs de la distinction avec la cession de fruits du monopole. En cas d'exclusivité, la qualification de bail s'impose sur celle de simple cession des fruits. En l'absence d'exclusivité, la distinction résultera d'un troisième critère : la distinction entre maîtrise temporaire et ponctuelle.

§ 3. – DISTINCTION ENTRE MAÎTRISE TEMPORAIRE ET PONCTUELLE

479. En elle-même, la délimitation du domaine d'exploitation – notamment la délimitation spatio-temporelle – ne constitue pas un critère de qualification suffisant : l'effet translatif pouvant porter sur un démembrement temporaire, la qualification de vente ne s'incline pas nécessairement de ce point de vue devant celle de bail. Il est donc impossible de détecter un indice de qualification dans le caractère définitif ou temporaire du droit d'exploitation : celui-ci peut résulter aussi bien du transfert d'un démembrement temporaire qu'emporte la vente que de la concession d'un droit personnel de jouissance qu'emporte le bail.

Il apparaît en revanche important de distinguer entre maîtrise temporaire et maîtrise ponctuelle, en s'inspirant de la distinction qui est posée par la loi entre bail rural et vente d'herbes. Il n'y en effet de vente d'herbes, aux termes de la loi, qu'en cas d'absence d'utilisation continue ou répétée des biens¹⁹⁷². Ainsi est-il ainsi possible de considérer que,

¹⁹⁷⁰ V. not. *Rép. Civ. Dalloz*, V° « Baux ruraux », 2004, par I. COUTURIER, n°21s.

¹⁹⁷¹ Art. L. 411-1 al. 2 C. rur.

¹⁹⁷² Arg. art. L. 411-1 c. rur.

lorsque l’auteur n’autorise l’exploitation que pour une durée très brève ou pour un nombre restreint de reproductions ou de représentations, *i.e.* de façon purement ponctuelle, l’auteur entend moins confier une maîtrise d’exploitation que tirer un profit immédiat d’une utilisation très délimitée. Dans cette mesure, la qualification de bail pourrait être évincée au profit de celle de vente des fruits du monopole d’exploitation, laquelle se rapproche fortement de la vente d’herbes. En d’autres termes, la qualification de bail ne s’inclinera qu’en l’absence d’exclusivité et lorsque ne sera autorisée qu’une autorisation très ponctuelle – ce qui recouvre des hypothèses très rares.

Les critères de distinction étant identifiés, il ne reste donc plus qu’à en récapituler les conséquences sur la qualification des divers contrats d’auteur.

Sous-section 2

MAÎTRISE DE L’EXPLOITATION ET QUALIFICATION DU CONTRAT

480. Un examen de l’influence croisée de l’obligation d’exploiter et des modalités de la maîtrise de l’exploitation permet d’identifier la qualification adéquate, au regard du droit civil, des contrats d’édition et de production audiovisuelle (§1.), du contrat de représentation (§2.), du contrat de commande pour la publicité (§4.), mais encore des contrats soumis au seul droit commun des obligations artistiques (§3.)

§ 1. – QUALIFICATION DU CONTRAT D’ÉDITION ET DU CONTRAT DE PRODUCTION AUDIOVISUELLE

481. Contrat d’édition. – La doctrine ancienne a très souvent conclu à une qualification *sui generis* du « contrat de publication »¹⁹⁷³ ou du contrat d’édition¹⁹⁷⁴. Les critères dégagés précédemment permettent au contraire de lui attribuer une qualification au regard du droit civil.

¹⁹⁷³ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle, op. cit.*, n°67 : « le contrat de publication est un contrat innommé au sens du code civil ; d’où il résulte qu’on doit, pour l’interpréter, faire état des règles que le code civil applique aux contrats en général et, par analogie, de celles qu’il applique à certains contrats en particulier ».

¹⁹⁷⁴ V. not. J. LARDEUR, *Du contrat d’édition en matière littéraire*, p. 43 – J. RAULT, *Le contrat d’édition en droit français*, p. 88.

Peu importe qu'il confère ou non à l'éditeur une maîtrise exclusive de l'exploitation et que le prix prévu consiste dans une rémunération forfaitaire ou dans une participation proportionnelle aux résultats de celle-ci : la qualification de bail s'impose en tout état de cause sur celle de vente¹⁹⁷⁵. De fait, l'obligation d'exploiter ne peut être considérée comme l'accessoire de celle de payer le prix prévu sous la forme d'une participation proportionnelle, dans la mesure où la loi l'impose de façon générale, quelle que soit le mode de rémunération. Même si la loi spéciale insiste sur l'effet translatif du contrat, il faut préférer cette qualification à celle de vente, étant entendu que le transfert doit alors être considéré comme portant sur les fruits du monopole d'exploitation. Ainsi, c'est finalement l'obligation d'exploiter qui révèle que le contrat confère un droit personnel de jouissance au lieu de transférer un démembrement réel. Si l'obligation d'exploiter est indéniablement une obligation principale du contrat d'édition, son insertion dans la structure du contrat de bail reste de surcroît tout à fait possible. Le contrat conférant à l'éditeur une responsabilité des frais et risques mais aussi le pouvoir de décision et une participation au profit généré par l'œuvre mise à disposition, toute autre qualification – entreprise, mandat ou société en participation – s'avère inadéquate. Enfin, le bail se prêtant aussi bien à l'exclusivité qu'à l'absence d'exclusivité, les rares hypothèses où serait stipulée une clause de non-exclusivité ne devraient pas conduire à la disqualification du contrat. De ce point de vue, il est d'ailleurs intéressant de noter que la lettre du code soutient cette qualification, qui repose sur une exclusivité *contractuelle* : il se comprend bien dans cette perspective que l'article L. 132-8 du code de la propriété intellectuelle admette une stipulation de non-exclusivité, en dépit de la référence à un effet translatif. C'est le signe que cet effet translatif ne porte que sur les fruits du monopole, et qu'il ne fait qu'accompagner la concession d'un droit personnel de jouissance de l'œuvre de l'esprit. Si l'on ne craint pas une comparaison prosaïque des œuvres et du fonds de terre, on peut dire que l'éditeur est ainsi comparable au fermier, locataire du champ et propriétaire de la récolte issue de son exploitation. La qualification de bail présente enfin le mérite de s'harmoniser avec des pans essentiels du régime de l'édition : comme le bail, l'édition est une convention *intuitu personae* – ce qui explique que l'assentiment formel de l'auteur soit exigé pour la cession du contrat – et un contrat à exécution successive, appelant un régime particulier de la résolution et de la restitution consécutive.

¹⁹⁷⁵ V. p. ex. en ce sens, au terme d'un raisonnement évidemment très différent, EISENMANN, *Le contrat d'édition et les autres louages d'œuvres intellectuelles*, Gräf, p. 48. Plus récemment, v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°21125, qui reconnaît une concession et, partant, une analogie avec le bail, tout en adoptant finalement une qualification *sui generis* en raison de l'obligation d'exploiter.

Cette opinion favorable à la qualification de bail est évidemment dissonante. On pourrait craindre que cette qualification soit brandie pour contester la qualité pour agir en contrefaçon de l'éditeur. Une telle conséquence n'est cependant pas inévitable, ainsi que l'exposé des conséquences de cette classification le montrera¹⁹⁷⁶.

482. Contrat de production audiovisuelle. – Dès lors que le contrat de production audiovisuelle donne naissance, à l'instar du contrat d'édition, à une obligation d'exploiter quelque soit le mode de rémunération, la qualification de vente de démembrements réels est exclue, et ce alors même que la cession, présumée ou expresse, est nécessairement exclusive, *a priori* sans délimitation spatio-temporelle¹⁹⁷⁷ et que la rémunération proportionnelle est de principe. L'exclusivité qu'emporte nécessairement la qualification n'empêche pas d'y attacher un caractère contractuel. Au contraire, elle justifie que soit également évincée la qualification de vente de fruits du monopole, qui, outre l'absence d'obligation d'exploiter, supposerait l'absence d'exclusivité. Ainsi, la qualification de bail s'impose dès lors que, pour les mêmes raisons que le contrat d'édition, les qualifications concurrentes de contrat d'entreprise, de mandat ou de société doivent être évincées.

§ 2. – QUALIFICATION DU CONTRAT DE REPRÉSENTATION

483. Distinction entre bail et vente de démembrement réel. – Si le contrat de représentation emporte une obligation d'exploiter, ce n'est qu'en conséquence de la prévision d'une rémunération proportionnelle. De ce point de vue, la qualification de vente évite l'obstacle lié à la reconnaissance, dans l'obligation d'exploiter, des traits d'une obligation principale. S'il est néanmoins exclu que le contrat de représentation emporte transfert d'un démembrement réel – la qualification de vente devant alors être évincée au profit de celle de bail¹⁹⁷⁸ – c'est en raison de la nature de l'exclusivité pouvant être consentie dans ce contrat. Une première hypothèse ne soulève aucune difficulté, celle de l'absence d'exclusivité : il suffit ici de rappeler l'invalidité des démembrements non exclusifs. Une autre requiert sans doute plus d'éclaircissements : l'insertion dans le contrat de représentation d'une clause

¹⁹⁷⁶ V. not. *infra*, n°534.

¹⁹⁷⁷ Certes, la rédaction ambiguë actuelle de l'art. L. 132-24 CPI pourrait faire douter de l'inapplicabilité de l'art. L. 131-3. Des propositions de clarification ont cependant été émises par le CSPLA relativement aux œuvres multimédia (Avis CSPLA n°2005-1, LP 2006, IV, 1), que certains auteurs proposent d'étendre au contrat de production audiovisuelle : B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°101.

¹⁹⁷⁸ Comp. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°21125, qui, de même que pour l'édition, reconnaît une concession et, partant, une analogie avec le bail.

d'exclusivité, laquelle n'est pas présumée. Il faut ainsi rappeler que l'exclusivité que peut prévoir le contrat de représentation est nécessairement contractuelle, en vertu de la lettre même du code de la propriété intellectuelle. L'exclusivité ne pouvant excéder cinq années¹⁹⁷⁹ et, partant, couvrir une période moindre que celle du droit d'exploitation conféré, il est exclu d'analyser ce dernier en un démembrement réel – il ne peut perdre en cours d'exécution du contrat la nature exclusive qu'il avait initialement. La déchéance de l'exclusivité qu'entraîne l'interruption des représentations pendant deux années consécutives¹⁹⁸⁰ témoigne également de ce qu'il ne peut s'agir que d'une exclusivité contractuelle, et non du caractère d'un démembrement réel qui aurait été cédé.

484. Distinction entre bail et vente des fruits du monopole. – La qualification de bail souffre cependant de la concurrence de celle de vente, lorsque le transfert s'applique aux fruits de l'exploitation. La qualification de bail s'impose cependant dans les hypothèses les plus fréquentes. Elle s'impose d'abord en cas d'exclusivité¹⁹⁸¹. Elle s'impose encore lorsque le contrat confère une maîtrise continue de l'exploitation : son éviction ne se conçoit guère qu'en cas d'autorisation ponctuelle, par exemple une durée d'exploitation très brève (quelques jours) ou un nombre très restreint de représentations¹⁹⁸².

§ 3. – CONTRAT DE COMMANDE POUR LA PUBLICITÉ

485. Vente du monopole. – Dans la mesure où il emporte un effet translatif et où il ne donne pas nécessairement lieu à une obligation d'exploiter – celle-ci s'imposant d'autant moins que la rémunération de l'auteur sera en principe forfaitaire, la qualification de vente se présente de façon privilégiée. Dès lors que le contrat implique l'exclusivité – la loi ne faisant aucune référence à son absence – il devient en effet possible de caractériser un transfert de démembrement réel.

§ 4. – CONTRATS SOUMIS AU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS ARTISTIQUES

¹⁹⁷⁹ Art. L. 132-19 al. 3 CPI.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁹⁸¹ Sur la distinction entre bail et vente des fruits de l'exploitation, V. *supra*, n°478.

¹⁹⁸² Sur la distinction entre bail et vente des fruits de l'exploitation au regard de l'utilisation continue et répétée, V. *supra*, n°479.

486. Cessions de droit commun en cas d'exclusivité. – À l'instar de l'assimilation de la cession de brevet à la vente, aussi bien par la doctrine généraliste¹⁹⁸³ que les études particulières¹⁹⁸⁴ ou que la jurisprudence¹⁹⁸⁵, la cession soumise au seul droit commun des contrats d'auteur, ainsi par exemple la cession de logiciel, peut recevoir la qualification de vente, dès lors que l'exploitant jouit d'une exclusivité d'exploitation. En effet, cette exclusivité permet de retenir l'existence d'un démembrement du droit réel exclusif, et il importe peu à cet égard que le domaine d'exploitation soit délimité dans le temps, l'espace, l'étendue ou la destination¹⁹⁸⁶. Il importe peu, de surcroît, que la rémunération soit forfaitaire ou proportionnelle. Dans le premier cas, il n'existe pas d'obligation d'exploiter, celle-ci ne s'imposant pas en droit commun des contrats d'auteur en l'absence de rémunération proportionnelle¹⁹⁸⁷. Dans le second, l'obligation d'exploiter ne découle que de cette modalité de rémunération, ce qui permet d'en faire l'accessoire de l'obligation de payer le prix. Les cessions de de traduction et d'adaptation appellent les mêmes conclusions, dès lors que l'obligation d'exploiter ne résulte pas d'une loi impérative qui l'imposerait en dehors d'une rétribution proportionnelle de l'auteur. S'agissant de cessions de droit consenties par un salarié, la qualification de vente pourrait éventuellement entrer en concurrence avec celle d'apport en société¹⁹⁸⁸.

487. Licences de droit commun en l'absence d'exclusivité. – La qualification de bail devrait en revanche s'appliquer à tous les contrats qui ne confèrent aucune exclusivité à l'exploitant. Les licences de logiciel sont ainsi incontestablement des locations, en l'absence d'exclusivité. Ce peut également être le cas de contrats relatifs au « droit de marchandisage », par exemple. Rien n'interdit en outre d'appliquer la qualification de bail lorsque l'exclusivité

¹⁹⁸³ V. A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz 1998, n°271 – J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF 1992, p. 414 – F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Domat Montchrestien 1999, n°602 – J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec 4^e éd. 2007, n°234 et 565 – J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Cours Dalloz 2003, n°120 et 542. Plus anciens, v. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, n°179 – H. ALLART, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Paris, 3^e édition, 1911, n°211.

¹⁹⁸⁴ P. MOZAS, « Des contrats de vente spéciaux : les cessions de droit de propriété industrielle », Mél. Lapoyade-deschamps, PU Bordeaux 2003, p. 474.

¹⁹⁸⁵ V. Cass. Req., 25 mai 1869, DP 1869, 1, 367 – CA Paris, 12 juillet 1971, PIBD 1972, III, 28 – Com., 3 mai 1978, DS 1979, 247 note J.-J. BURST, RTD com. 1978, 371, obs. A. CHAVANNE (la cession de brevet n'est pas un contrat aléatoire).

¹⁹⁸⁶ Sur la théorie du démembrement, v. *supra*, n°365s.

¹⁹⁸⁷ V. en ce sens *supra*, n°138.

¹⁹⁸⁸ F.-M. PIRIOU, *Personne morale et droit d'auteur en France et aux Etats-Unis*, th. Paris II, 2001, n°1007s. Il faudrait néanmoins que le salarié s'entende avec l'employeur pour devenir associé de l'entreprise : une telle qualification ne pourra être envisagée qu'en cas d'instauration d'une pratique en ce sens, largement inconnue aujourd'hui.

ne présente qu'un caractère contractuel et que les parties précisent que le titulaire des droits reste propriétaire. Une indication claire semble souhaitable, car dans le doute l'exclusivité devrait privilégier la reconnaissance d'une véritable cession. L'assimilation de la licence au bail est généralement admise par la doctrine en propriété industrielle¹⁹⁸⁹ mais aussi en matière de logiciel¹⁹⁹⁰.

La conséquence est également importante pour les contrats du « copyleft », telles les licences *Creative Commons*¹⁹⁹¹. La qualification de licence autorise à y voir des sortes de prêt, pendant du bail dans la sphère des contrats à titre gratuit, et non des donations, avec le régime contraignant qui s'y attache. Pour le reste, ces licences, dans la mesure où les créateurs de l'œuvre ont renoncé à leur intérêt pécuniaire, ont surtout pour objet de fixer les conditions d'exercice du droit moral, qui est extérieur à la qualification contractuelle¹⁹⁹².

488. Conclusion de la section 2. – Les modalités de la maîtrise de l'exploitation, combinées avec le rôle de l'obligation d'exploiter, ont permis d'identifier une qualification civile adéquate de chacun des contrats d'auteur. Un premier critère a justifié l'éviction des qualifications de contrat de service : celles-ci ont pu être jugées inopportunes, dès lors que, nonobstant l'existence d'une obligation d'exploiter, le contrat procède au transfert d'un démembrement réel du monopole d'exploitation ou à la concession d'un droit personnel de jouissance. De façon plus générale, les qualifications d'entreprise, de mandat et de société en participation ont pu être écartées sur le fondement de l'attribution du pouvoir de décision et de la responsabilité des frais et risques de l'exploitation au seul contractant de l'auteur. Aux termes de ce critère, seules les qualifications de vente et de bail restaient ainsi en concurrence. Les deuxième et troisième critères ont donc eu pour rôle essentiel de départager ces deux qualifications, en l'absence de reconnaissance d'une obligation d'exploiter indépendante de celle de payer le prix – dans un tel cas, la vente est en effet de toute façon exclue. Certes, s'exerce aujourd'hui de fortes pressions pour que l'utilisateur du bien acquière un droit de

¹⁹⁸⁹ V. A. SCHERENBERG-ABELLO, *La licence de droits de propriété intellectuelle, fondement d'une circulation organisée des biens*, th. Paris-Dauphine, 2006, n°274s., qui y voit un « contrat de louage atypique » en raison not. de la collaboration des parties.

¹⁹⁹⁰ V. not. en ce sens M.-A. LEDIEU, « Et si la licence de logiciel était une location ? », CCE 2003, étude 27.

¹⁹⁹¹ V. not. sur ce sujet M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », PI 2008, n°26, 69 – ROJINSKY Cyril et GRYNBAUM Vincent, « Les licences libres et le droit français », PI 2002, n°4, 28 et les autres références citées *supra*, n°101.

¹⁹⁹² V. *supra*, n°348s.

nature réelle, source de stabilité de sa position économique¹⁹⁹³. Le critère de l'exclusivité ne pouvait néanmoins que conduire à exclure la qualification de vente de démembrement réel en l'absence d'exclusivité et de favoriser celle de bail, en présence d'une exclusivité contractuelle, sur celle de simple vente des fruits, laquelle qualification ne s'impose qu'en cas d'exploitation ponctuelle et, partant, de façon très résiduelle.

489. Conclusion du chapitre 1. – Il est ainsi apparu que, sous l'influence combinée de l'obligation d'exploiter et des modalités de la maîtrise de l'exploitation, la plupart des contrats d'auteur peuvent recevoir la qualification de bail.

Dans les contrats d'édition et de production audiovisuelle, l'obligation d'exploiter est une obligation principale, dans la mesure où la loi spéciale en impose la présence quelque soit le mode de rémunération prévu. Dès lors, la qualification de vente ne pouvait qu'être exclue. La concession d'un droit personnel de jouissance, qui justifie l'attribution du pouvoir de décision et la responsabilité des frais et risques de l'exploitation à l'exploitant, expliquent quant à eux que soit repoussée aussi bien la qualification de louage d'ouvrage, de mandat ou de société en participation. Dès lors que le bail est reconnu par la doctrine contemporaine et le droit positif comme une figure d'exploitation des choses, le rapprochement se présente comme la meilleure des solutions.

Le contrat de représentation appelle quant à lui une qualification plus nuancée, dès lors que l'obligation d'exploiter n'est pas imposée par la loi, mais découle seulement d'une rémunération proportionnelle. En effet, la qualification de vente ne pouvait pas être exclue de ce point de vue, en ce que l'obligation d'exploiter peut être considérée comme accessoire. Aussi est-il apparu que c'est le caractère contractuel de l'exclusivité, que la loi impose de reconnaître, qui permet de privilégier à cet égard la qualification de bail : le contrat produit non le transfert d'un démembrement du monopole de l'auteur, mais emporte concession d'un droit personnel de jouissance assorti ou non d'exclusivité.

Le contrat de commande pour la publicité, qui est en fait une cession de droits, peut en revanche recevoir la qualification de vente de démembrement, dès lors que le contrat ne

¹⁹⁹³ V. p. ex. en ce sens G. MORIN, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », Etudes G. Ripert, t. 2, 1950, pp. 7s. – R. THÉRY, « De l'utilisation à la propriété des choses », Etudes G. Ripert, t. 2, 1950, p. 17.

comporte pas nécessairement d'obligation d'exploiter et qu'il implique une exclusivité. De même, évidemment, des cessions soumises au seul droit commun, telles les cessions de logiciel, en cas d'exclusivité. En l'absence d'exclusivité, une qualification de bail retrouverait en effet son empire.

On comprend, dès lors, l'importance de la distinction faite dans le titre précédent entre le bien frugifère que constitue le monopole d'exploitation et les fruits que constituent les droits de propriété nés sur chaque reproduction ou représentation, afin de montrer que la référence, dans le régime légal de certains contrats nommés, à un effet translatif, peut s'expliquer par le transfert des fruits de l'exploitation qui accompagne la concession du droit personnel de jouissance¹⁹⁹⁴. Le contrat d'édition et de production audiovisuelle, s'ils comportent un effet translatif, n'en sont pas moins des contrats de bail, dès lors que l'effet translatif ne porte que sur des fruits du monopole.

Chapitre 2

CONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT D'AUTEUR AU REGARD DU DROIT CIVIL

490. Bien que la loi spéciale prévoie un régime juridique propre à chacun des contrats d'auteur qu'elle nomme, un certain nombre de problèmes juridiques n'a pas retenu d'attention particulière, sinon un traitement lacunaire. Le constat est évidemment plus flagrant s'agissant des contrats que le code de la propriété intellectuelle ne réglemente pas. La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil présente ainsi l'intérêt de justifier l'application de règles tirées non plus seulement du droit commun des obligations, mais aussi du droit des contrats spéciaux du code civil. Néanmoins, le droit contractuel d'auteur comporte indéniablement des règles particulières : même si le seul attrait de la qualification civiliste consiste parfois dans la justification du retour au droit commun, sa mise en œuvre n'est possible qu'après avoir vérifié le domaine d'application desdites règles. Il importe donc autant de présenter les conséquences de chaque qualification civiliste – notamment celles de bail et de vente – que leur articulation avec le régime propre aux contrats d'auteur. Aussi paraît-il plus judicieux de distinguer entre deux stades du contrat : sa formation (section 1) et son exécution (section 2).

Section 1

FORMATION DU CONTRAT

491. La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil produit des conséquences qui se rapportent aussi bien au processus de formation du contrat (§1.) qu'à ses conditions (§2.).

§ 1. – PROCESSUS DE FORMATION DU CONTRAT

492. S'il est difficile de s'arrêter sur une définition claire des avant-contrats, qui recouvrent des réalités diverses, et dont le seul point commun est de constituer des contrats préparatoires

¹⁹⁹⁴ V. sur ce dernier point *supra*, n°397s.

à une ou plusieurs autres conventions¹⁹⁹⁵, un certain nombre d'entre eux constituent des qualifications contractuelles spéciales, auxquelles le droit civil attache un régime juridique qu'il n'est pas sans intérêt d'étendre aux contrats d'auteur, dans le respect de la loi spéciale. En la matière, la pratique est familière des « contrats d'option » (A) et des « pactes de préférence » (B), dans une moindre mesure des « contrats-cadre » (C).

A. – Promesses de contrat

493. Notion de promesse de contrat. – Une promesse de contrat manifeste le consentement d'une personne à se porter partie à un acte déterminé au cas où son bénéficiaire déciderait de contracter. Il s'agit d'une promesse *unilatérale* lorsque l'un seul promet de conclure le contrat, l'autre disposant de fait d'une option¹⁹⁹⁶. Les « contrats d'option », ainsi que les dénomment souvent les praticiens, sont fréquents en droit d'auteur, notamment en ce qui concerne les droits d'exploitation ou d'adaptation audiovisuelle. Il s'agit néanmoins souvent de rapports entre un primo-exploitant, auquel une large cession aura transféré la plupart des droits d'exploitation du créateur, et un second intervenant, dans un secteur limité : dans un tel cas, ne s'applique pas le droit commun des contrats d'auteur, contrairement à l'hypothèse inverse, dans laquelle le créateur s'engage directement¹⁹⁹⁷.

494. Promesse de contrat et prohibition de la cession globale d'œuvres futures. – Avant d'examiner d'éventuelles incidences de la qualification civile du contrat, il importe de ne pas commettre de confusion sur son incidence. Même si les contrats d'édition et de production audiovisuelle sont à nos yeux des licences, la reconnaissance d'un contrat de bail ou de la promesse d'un tel contrat ne peut justifier le contournement de la prohibition des cessions globales. En effet, il n'est pas permis de douter de son application à toutes les promesses de contrat consenties par l'auteur, qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou d'une promesse de

¹⁹⁹⁵ V. le Vocabulaire juridique H. Capitant, dir. G. CORNU, V° « Avant-contrat » : « expression doctrinale désignant soit de véritables contrats (de base) – promesse pure et simple de contrat (...) – soit plus généralement et plus vaguement toute espèce d'accord préliminaire passé lors de pourparlers, de façon souvent informelle (...) en vue de la conclusion ultérieure d'une convention en général plus formaliste, mais faisant déjà naître, au moins à titre provisoire, un engagement ; V. aussi P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois 3^e éd. 2007, n°442.

¹⁹⁹⁶ V. p. ex. Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, Litec 5^e éd. 2007, n°48s.

¹⁹⁹⁷ V. *supra*, n°83. Il n'est pas inutile de rappeler que les exigences des art. L. 131-3s. CPI doivent être respectées dès la conclusion du contrat d'option, l'auteur exprimant d'ores et déjà son consentement à la cession. La situation en la matière n'apparaît pas très différente de celle qui se constate en matière de promesse unilatérale de vente de fonds de commerce, qui doit d'ores et déjà comporter les mentions exigées à peine de nullité lors de la cession du fonds (art. L. 141-1 c. com.).

bail, dès lors que le bail emporte, en la matière, un effet translatif des fruits du monopole d'exploitation¹⁹⁹⁸ : l'on a vu que le droit commun des contrats d'auteur régit tout effet translatif, même s'il se produit à titre accessoire dans une licence¹⁹⁹⁹. Il importe donc de tenir compte du droit propre aux promesses de contrat, selon lequel le promettant exprime d'ores et déjà un consentement au contrat, à des conditions déterminées, s'agissant d'œuvres déterminées²⁰⁰⁰. Par conséquent, le contrat d'option qui s'étendrait à deux œuvres ou davantage²⁰⁰¹ porte atteinte tant à la liberté de création – l'auteur est contraint de créer pour honorer son engagement – qu'à la liberté contractuelle – l'accord doit d'ores et déjà prévoir les conditions de la cession éventuelle, privant ainsi le créateur de toute faculté de négociation. Une atteinte évidente est portée à la lettre autant qu'à l'esprit de l'article L. 131-1²⁰⁰². En revanche, il est évident qu'une promesse de cession des droits d'exploitation d'une œuvre déterminée est aussi valable qu'une cession immédiate²⁰⁰³. De même, les promesses faites par des cessionnaires, soustraites à l'empire du droit commun des contrats d'auteur, peuvent-elles porter sur plusieurs œuvres de leur catalogue.

495. Indemnité d'immobilisation. – Chacun sait que le promettant peut convenir avec le bénéficiaire du versement d'une indemnité dite d'immobilisation, à raison de la privation, qu'il s'inflige en tant que titulaire du droit, de la liberté de s'en dépouiller tout le temps que dure l'option²⁰⁰⁴. L'un des intérêts de la qualification du contrat d'auteur comme contrat de vente ou de bail se révèle sous cet aspect. Lorsque le promettant est, non pas l'auteur, mais le primo-exploitant, cessionnaire de plusieurs droits d'exploitation, l'indemnité d'immobilisation éventuellement stipulée au profit du promettant revient dans ces hypothèses à cet exploitant. S'il n'était que mandataire ou entrepreneur, la somme devrait échoir à

¹⁹⁹⁸ V. *supra*, n°414.

¹⁹⁹⁹ V. *supra*, n°19s.

²⁰⁰⁰ Sur ce que la promesse de vente doit indiquer les éléments essentiels de la vente, à laquelle le promettant donne d'ores et déjà son consentement, V. Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°49.

²⁰⁰¹ En ce que la prohibition des cessions globales condamne toute cession qui porte sur deux œuvres futures ou davantage, V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°596 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°972. Dubitatif, V. Ch. CARON, *Manuel*, n°409, qui pencherait plutôt pour une cession sur *plus* de deux œuvres. Plus ferme, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°506 : « il ne semble pas interdit à l'auteur de céder par avance ses œuvres, en nombre déterminé ou pour une période déterminée. Faute de quoi, le mot « global » n'aurait plus aucun sens ».

²⁰⁰² Il est en effet constant que l'article L.131-1 CPI a pour but de protéger la liberté de création et la liberté contractuelle (v. p. ex. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°409).

²⁰⁰³ Favorable à l'application des promesses unilatérales de vente, V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°455 et 504. V. aussi TGI Paris, 5 sept. 2003, RIDA 2004/1, 278 (le contrat était parfaitement déterminé en son objet, en ce qu'il était limité à une seule œuvre romanesque).

²⁰⁰⁴ V. p. ex. Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°56, qui souligne qu'il s'agit du « prix de l'option » et non d'une clause de dédit ou d'une clause pénale – le bénéficiaire n'ayant pris aucun engagement sur lequel il prétendrait revenir ou en violation duquel il encourrait une sanction.

l'auteur, mandant ou maître d'ouvrage. Les pactes de préférence sont d'application non moins fréquente que les promesses.

B. – Pactes de préférence

496. Notion de pacte de préférence. – A la différence de la promesse de contrat, le pacte de préférence est une convention par laquelle une personne s'engage envers une autre, non pas à conclure ultérieurement un contrat déterminé, mais seulement à ne pas conclure avec un tiers un tel accord avant de lui en avoir proposé la conclusion²⁰⁰⁵. En dehors de textes spéciaux, il s'agit d'un contrat innommé au sens de l'article 1107 du code civil : le pacte de préférence ne faisant pas l'objet d'une nomination légale générique, son régime est, partant, fixé par la jurisprudence²⁰⁰⁶. Il s'agit néanmoins d'une qualification spéciale, qui suit un régime particulier. Le code de la propriété intellectuelle comptant l'un des textes spéciaux relatifs au pacte de préférence, qui le prévoit et le régit dans le chapitre relatif au contrat d'édition²⁰⁰⁷, l'intérêt d'une qualification civiliste se révèle ainsi dans deux directions : l'application d'un régime complémentaire du pacte de préférence spécifique au contrat d'édition (1), l'admission d'un pacte de préférence de droit commun dans d'autres domaines que l'édition (2).

1) Droit civil et pacte de préférence propre au contrat d'édition

497. Lacunes de l'article L. 132-4 du code de la propriété intellectuelle. – L'article L. 132-4 du code de la propriété intellectuelle énonce un régime non exhaustif du pacte de préférence éditoriale, qui gagnerait à être comblé par le droit commun de ce type de convention.

498. Modalités des contrats d'application. – Il convient de s'interroger sur la détermination des conditions des contrats futurs, conclus avec l'éditeur excipant de la clause de préférence. L'article L.132-4 du code de la propriété intellectuelle est muet sur ce point. M. Gautier, assimilant le pacte de préférence à un contrat-cadre, estime que les conditions applicables devraient figurer soit dans le premier contrat, soit en annexe du pacte, sous la forme d'un

²⁰⁰⁵ Sur cette définition, v. p. ex. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, n°442. V. aussi, proche, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°67.

²⁰⁰⁶ *Manuels contrats spéciaux*

²⁰⁰⁷ V. art. L. 132-4 CPI.

modèle des contrats d'application à venir²⁰⁰⁸. Cette assimilation paraît néanmoins discutable si la qualification de contrat-cadre implique l'obligation de contracter²⁰⁰⁹ : le créateur ne s'engage pas ici à céder, mais à préférer son premier éditeur au cas où il déciderait de le faire. Si les parties devraient rester libres de procéder ainsi, il n'est aucune raison d'imposer ces modalités.

Il semble qu'une solution plus claire se dégage ainsi du droit commun du pacte de préférence²⁰¹⁰ : soit une offre est formulée par un tiers, et le bénéficiaire du pacte ne peut prétendre être préféré à ce dernier qu'en formulant la même offre ; soit l'offre est formulée par le promettant, et dans ce cas convient-il de distinguer deux hypothèses : ou bien le bénéficiaire du pacte l'accepte, ou bien il la décline et le promettant peut céder à un tiers *dans les mêmes conditions*. En effet, il n'est aucune raison, ni en droit ni en opportunité, pour que l'auteur soit tenu de conclure un nouveau contrat d'édition aux conditions du premier contrat ou, pis, suivant la proposition de l'éditeur²⁰¹¹.

En droit, il ne faut pas oublier que, par un pacte de préférence, l'auteur ne s'engage pas à contracter de nouveau ; il reste libre de céder ou de s'abstenir de toute exploitation de son œuvre²⁰¹². Par conséquent, il est logique de ne pas l'enfermer dans les conditions d'un premier contrat. Certes, il faut tenir compte du quatrième alinéa de l'article L.132-4, selon lequel l'auteur ne retrouve sa liberté que si l'éditeur refuse successivement « *deux ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans le genre déterminé au contrat* ». Cette disposition spéciale déroge-t-elle cependant au droit commun du pacte de préférence ? Rien n'est moins certain. Selon une interprétation extensive, défavorable à l'auteur, ce dernier ne devrait pas pouvoir, en cas de non-exercice du droit de préférence, contracter avec un tiers. Quand bien même l'éditeur refuserait l'édition de l'œuvre devant lui être proposée prioritairement, le créateur ne pourra accepter l'offre d'un tiers qu'à compter du second refus successif d'un éditeur – même dans le cas d'une proposition plus avantageuse de ce tiers. Cependant, dès

²⁰⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°511, qui n'exclut cependant pas non plus le recours au droit commun du pacte de préférence (n°512).

²⁰⁰⁹ V. *infra*, sur le contrat-cadre, n°503

²⁰¹⁰ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°512, qui semble admettre également le recours au droit commun, tout en relevant que la pratique ne va pas en ce sens, les auteurs ne cherchant pas à prospecter ailleurs.

²⁰¹¹ Comp. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°661, qui ne voient pas comment l'une des parties « pourrait prétendre fixer unilatéralement le montant de la rémunération qui n'aurait pas été négociée ». *Contra*, v. H. GAUMONT PRAT, *Le pacte de préférence dans le contrat d'édition en droit français*, th. Paris II, 1993, p. 275s.

²⁰¹² V. p. ex., en droit commun, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°28 – F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°67.

lors que le refus de l'éditeur est clairement exprimé, il apparaît injuste et sans aucun doute injustifié de priver le créateur de toute chance d'exploiter l'ouvrage qu'il a conçu. La loi spéciale dispose seulement que l'auteur n'est pas libéré de son obligation de préférence, couvrant jusqu'à cinq ouvrages ou la production de cinq années, mais non qu'il doive jeter à la corbeille l'œuvre refusée. En d'autres termes, si toute œuvre créée par le débiteur doit être proposée à l'éditeur, quand bien même il aurait déjà décliné une première offre, le refus du bénéficiaire doit permettre au créateur d'exploiter l'œuvre refusée. D'ailleurs, si l'éditeur ne devrait pas pouvoir imposer à l'auteur les conditions d'un premier contrat il devrait en aller de même du juge : tant qu'il n'a pas consenti au nouveau contrat d'édition, l'auteur lié par le pacte de préférence reste néanmoins libre de négocier, et le juge ne peut forcer son consentement sur le principe même du contrat. Aussi n'est-il pas douteux que l'auteur puisse, à tout le moins, exiger une négociation²⁰¹³.

D'autant plus que la solution paraît doublement opportune. Dans la mesure où, tant qu'il n'y a pas eu de double refus successif de l'éditeur, l'auteur n'a le choix qu'entre contracter aux conditions définies avec l'éditeur ou avec celles proposées par un autre, il n'est pas à craindre que l'éditeur souffre d'un déséquilibre dans le rapport de forces²⁰¹⁴. Bien sûr, la loi spéciale se veut ici protectrice de l'éditeur qui, ayant pris le risque de publier un écrivain inconnu, se voit assuré de jouir des retombées de ses investissements dans l'exploitation des œuvres postérieures. Ce n'est cependant pas une raison pour imposer au créateur des conditions définies à un moment où, lui également, n'a pu mesurer le succès de ses œuvres. La position du bénéficiaire de la préférence n'apparaît pas menacée dès lors qu'il ne s'agit que d'alignement sur l'offre d'un tiers. L'abus ou la fraude devraient évidemment être aussi sanctionnés.

499. Articulation entre pacte de préférence et contrat de commande. – La conclusion d'un pacte de préférence n'emporte pas nécessairement, loin s'en faut, que les œuvres devant être proposées à l'éditeur soient l'objet d'une commande. Au contraire, une telle stipulation laisse présumer que le seul rapport unissant l'auteur à l'éditeur consiste dans le contrat d'édition, le créateur s'engageant justement à respecter une priorité d'exploitation d'une œuvre, non à la créer. Une commande devrait néanmoins être caractérisée en cas de stipulation expresse aussi

²⁰¹³ Comp. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°513.

²⁰¹⁴ Bien entendu, l'éditeur devrait pouvoir invoquer la fraude s'il s'avère que l'auteur présente une offre concurrente de pure complaisance.

bien qu'en cas de clauses organisant indirectement un rapport au stade de la création, ainsi par exemple de clauses qui prévoiraient un délai de réalisation et de remise du support. Dans de tels cas, l'éditeur devrait acquitter le prix de la commande, quelque soit l'option qu'il prenne relativement à l'exploitation²⁰¹⁵.

500. Violation du pacte de préférence. – La solution qu'a récemment consacrée la jurisprudence en droit commun, s'agissant de la sanction de la violation du pacte, peut ici recevoir pleine application : le bénéficiaire peut conclure à sa substitution dans les droits du tiers acquéreur, s'il établit que celui-ci avait connaissance du pacte et de son intention de s'en prévaloir²⁰¹⁶. A défaut, l'éditeur pourra engager la responsabilité contractuelle du bénéficiaire²⁰¹⁷.

2) Droit civil et pacte de préférence de droit commun

501. Validité des pactes de préférence en dehors de l'édition. – Le pacte de préférence, tel qu'il est prévu et réglementé par le code de la propriété intellectuelle, ne peut être conclu à l'égard d'autres contrats que le contrat d'édition²⁰¹⁸. Faut-il pour autant interdire la conclusion d'un pacte de préférence dans les autres domaines ? C'est sans doute là une opinion excessive. Le droit commun doit s'appliquer dès lors que le droit spécial n'y déroge pas. Or le droit commun admet qu'un pacte de préférence vise toute sorte de convention. Pour renverser ce principe, il faudrait mettre en avant des considérations spécifiques à la matière, qui plus est convaincantes. Seul l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle, portant prohibition des cessions globales d'œuvres futures, paraît alors pouvoir constituer un obstacle sérieux.

Cela étant, même en admettant l'application de l'article L.131-1, il ne peut raisonnablement être soutenu que cette disposition prohibe la conclusion d'un pacte de préférence pour une œuvre déterminée, une et une seule. Il paraît donc possible de considérer que, à l'égard des autres contrats que le contrat d'édition, il n'est, à tout le moins, pas exclu de conclure un pacte

²⁰¹⁵ Sur la distinction entre prix de la commande et prix de la cession, V. *supra*, n°77s.

²⁰¹⁶ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006, 1861, note P.-Y. GAUTIER.

²⁰¹⁷ V. aussi en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°661 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°514.

²⁰¹⁸ V. *supra*, n°92.

de préférence pour *un* contrat déterminé, une seule œuvre²⁰¹⁹. Une position contraire serait d'ailleurs illogique au regard de la fréquente pratique des contrats d'option, promesses de contrat qui engagent d'ores et déjà l'auteur, alors que le pacte de préférence réserve à l'auteur la liberté de procéder ou non à la cession et le choix du moment auquel elle interviendra.

Mais en réalité, il est tentant de plaider pour une lecture plus audacieuse, permettant de douter de l'applicabilité de la prohibition des cessions globales aux pactes de préférence, nonobstant une opinion majoritaire contraire²⁰²⁰. En effet, d'après la jurisprudence, le pacte de préférence n'est pas une promesse de vente conditionnelle²⁰²¹ – auquel cas l'article L.131-1 serait applicable – mais un avant-contrat doté de caractères propres²⁰²². À la différence d'une promesse de cession, par laquelle l'auteur exprime d'ores et déjà son consentement à la cession, à des conditions déterminées, s'agissant d'œuvres déterminées, le pacte de préférence ne contraint pas l'auteur à céder ses droits, mais seulement à préférer le bénéficiaire à un tiers, au cas où il déciderait de les céder²⁰²³. Par conséquent, le pacte de préférence ne porte atteinte ni à la liberté de création – l'auteur n'est pas contraint de créer pour honorer son engagement – ni à la liberté contractuelle – le pacte de préférence ne fixe pas d'ores et déjà les conditions de la cession éventuelle ; il ne prive pas ainsi le créateur de toute faculté de négociation, dans la mesure où le bénéficiaire de la préférence devra s'aligner sur l'offre plus avantageuse d'un tiers s'il veut jouir de son droit. Aucune atteinte n'est donc portée ni à la lettre ni à l'esprit de l'article L. 131-1²⁰²⁴.

²⁰¹⁹ Sans qu'il soit alors possible de multiplier les pactes de préférence entre le même auteur et le même exploitant, chacun visant une seule œuvre : dans cette interprétation, ce serait une fraude à la loi, qui neutraliserait la tentative de contournement de l'article L.131-1 CPI.

²⁰²⁰ La doctrine estime en effet que l'article L.132-4 CPI, prévoyant la clause de préférence spécifique au contrat d'édition, est une disposition dérogatoire à l'article L.131-1. V. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°658 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1054 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°504 – Ch. CARON, *Manuel*, n°433.

²⁰²¹ V. en ce sens Cass. 3^e civ., 16 mars 1994, Bull. civ. III, n°58 ; D. 1994, 486 ; Defrénois 1994, art. 35897, n°128, obs. L. AYNÈS – 15 janvier 2003, Bull. civ. III, n°9 ; D. 2003, 1190, note H. KENFACK ; JCP G 2003, II, 10129, note E. FISCHER-ACHOURA ; Defrénois 2003, obs. R. LIBCHABER ; RDC 2003, obs. Crit. D. MAZEAUD, qui vise l'article 1174 c. civ. et évoque la condition, jugée valable en ce qu'elle profite plus au créancier qu'au débiteur.

²⁰²² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux*, Defrénois 2006, n°144, qui estime que l'analyse du pacte de préférence en promesse conditionnelle est contestable, en ce qu'on ne saurait ériger en condition les éléments essentiels d'un contrat, comme le sont la volonté du vendeur et la détermination du prix

²⁰²³ V. p. ex., en droit commun, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°28 – F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°67.

²⁰²⁴ Il est en effet constant que l'article L.131-1 CPI a pour but de protéger la liberté de création et la liberté contractuelle (v. p. ex. en ce sens Ch. CARON, *Manuel*, n°409). Le pacte de préférence n'exprimant pas le consentement de l'auteur à la cession déterminée et aucune atteinte à la liberté de création et à la liberté contractuelle ne pouvant être constatée, tant la lettre que l'esprit de l'article L.131-1 semble ainsi sauvegardée par l'admission de pactes de préférences.

La dernière objection pertinente serait celle qui consisterait à prétendre qu'en définissant un régime particulier de la clause de préférence insérée dans un contrat d'édition, la loi spéciale s'oppose à l'application du droit commun du pacte de préférence dans les autres domaines. Il est vrai que l'auteur se trouve, lorsque le pacte de préférence n'obéit qu'au droit commun, dans une situation moins favorable que l'auteur lié par une clause de préférence éditoriale : dans le droit spécial, l'auteur est libéré dans l'hypothèse d'un double refus successif, alors que dans le droit commun, le refus du bénéficiaire aura seulement pour conséquence de lui redonner pleine liberté s'agissant de l'œuvre proposée, sans le délier de son engagement pour les œuvres postérieures. Cela étant, on peut comprendre que l'édition appelle une protection renforcée. Il reste également et surtout le garde-fou de la prohibition des engagements perpétuels²⁰²⁵.

Un pacte de préférence semble ainsi pouvoir être admis alors même qu'il porterait sur la cession de plusieurs œuvres. Il faut le répéter, les intérêts du créateur ne sont pas sacrifiés, dans la mesure où le bénéficiaire ne pourra pas imposer des conditions moins avantageuses que celles proposées par un tiers plus généreux²⁰²⁶.

502. Régime du pacte de préférence de droit commun. – Le prix est celui offert par le tiers auquel le bénéficiaire du pacte décide d'être préféré. Conformément au droit commun, le prix de la cession éventuelle n'a pas à être déterminé dans le pacte²⁰²⁷. Les solutions proposées pour le pacte de préférence éditoriale devraient ainsi s'appliquer, de même que celles relatives à la violation du pacte²⁰²⁸.

C. – Autres avant-contrats

503. Contrat-cadre. – Est-il admis que l'auteur s'engage, aux termes d'un contrat-cadre, à céder les droits d'exploitation naissant au fur et à mesure de la réalisation des œuvres commandées, ainsi par exemple d'un créateur publicitaire, engagé à l'égard d'un annonceur ? La prohibition des cessions globales d'œuvres futures semble faire obstacle à la validité d'une

²⁰²⁵ Sur la proximité avec ce principe, v. not. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°504.

²⁰²⁶ Le fonctionnement du pacte est ici similaire au pacte de préférence éditoriale. V. *supra*, n°500.

²⁰²⁷ Cass. 1^{er} civ., 6 juin 2001, JCP G 2002, I, 134, obs. F. LABARTHE, RTD civ. 2002, 88, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et 115, obs. P.-Y. GAUTIER ; Cass. 3^e civ. 15 janvier 2003, D. 2003, 1190, note H. KENFACK, CCC mai 2003, n°71, note L. LEVENEUR, Defrénois 2003, 852, obs. R. LIBCHABER.

telle stipulation. La technique même du contrat-cadre semble devoir être condamnée, s'il est considéré que la qualification implique une obligation de contracter²⁰²⁹. Rien ne semble devoir exclure, en revanche, la validité d'un contrat-cadre de commande (louage d'ouvrage), qui laisserait la liberté au créateur de céder ou non les droits d'exploitation sur les multiples œuvres réalisées en exécution des commandes. Ni, en réalité, celle d'un contrat-cadre de cession qui préserverait la même liberté – en admettant donc que la qualification de contrat-cadre subsiste en l'absence d'une obligation de passer des contrats d'application. Il n'est pas certain, en outre, que soit frappée de nullité la clause d'exclusivité, par laquelle l'auteur s'engagerait à ne pas céder à d'autres exploitants. En effet, le créateur ne s'engage pas d'ores et déjà fermement et reste donc libre de négocier les conditions de la cession. Le mécanisme se révèle proche à cet égard du pacte de préférence, qui devrait échapper à la prohibition fulminée par l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle. En tout état de cause, il reste évidemment toujours possible de prévoir, pour chaque création commandée, une cession distincte. A cet égard, le contrat-cadre peut servir de référence, à l'instar des conditions générales ou d'un accord d'entreprise²⁰³⁰ : le contrat de cession conclu en exécution du contrat-cadre exprime le consentement du créateur aux conditions fixées dans cette convention initiale. Corrélativement, le contrat-cadre devrait échapper à l'annulation si les contrats d'exécution complètent les mentions exigées par l'article L. 131-3, que ce contrat-cadre ne comporterait pas toutes²⁰³¹.

504. Clause d'exclusivité de prestation (création ou interprétation). – Fréquente dans les contrats d'enregistrement signés par les artistes interprètes, la clause d'exclusivité engage un créateur à réserver sa prestation à son cocontractant. Distincte du contrat de mécénat en matière picturale – l'artiste cède alors le support de ses œuvres –, elle se distingue également

²⁰²⁸ V. *supra*, n°500

²⁰²⁹ En faveur d'une telle obligation de contracter, pour distinguer le contrat-cadre d'accords de coopération, V. J.-M. MOUSSERON et al., *Droit de la distribution*, n°203.

²⁰³⁰ V. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°451, qui admet le renvoi, dans un contrat individuel sommaire et s'il est porté à la connaissance de l'auteur, à des conditions générales ou à un accord d'entreprise (en cas de cession par un salarié à son employeur).

²⁰³¹ V. Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2000 (97-15.889), JCP E 2002, 223, n°4, obs. A. RATOVO : jugé que la cour d'appel, ayant retenu qu'un contrat comportait notamment la cession du droit de représentation du scénario et des dialogues d'une comédie musicale sous forme de spectacle vivant et l'engagement du cédant de conclure un contrat particulier à cet effet par l'intermédiaire de la SACD, et qu'un tel contrat avait effectivement été signé, précisant l'étendue et la durée de la cession, ainsi que la rémunération de l'auteur, a exactement décidé que le premier contrat, contrat-cadre, tel qu'il devait être complété par le contrat d'application, était conforme aux exigences légales du CPI. La qualification de contrat-cadre semblait toutefois discutable, car les parties au premier contrat n'avaient eu en vue qu'une cession, différée en raison des liens de l'auteur avec la SACD : il semblait bien plutôt s'agir d'une promesse de contrat... ce qui aurait conduit à la nullité, puisque dans un tel cas, les termes de la cession auraient dus être d'ores et déjà fixés. De l'opportunité des distorsions de qualification...

du pacte de préférence ou du contrat d'option en ce qu'elle n'exprime pas en elle-même un consentement à la cession des droits d'exploitation, mais prévoit une exclusivité relative à une prestation : la création. La sanction de la violation pourrait consister en des dommages et intérêts ou à une cessation sous astreinte de la contravention à cette obligation de ne pas faire. Mais en tout état de cause, elle ne devrait pas en elle-même appeler le transfert forcé des droits d'exploitation, la situation du tiers de bonne foi devant de surcroît être prise en compte. Cela étant, cette clause d'exclusivité peut se combiner avec une cession de droits sur chose future. La prohibition des cessions globales d'œuvre future explique alors sans doute l'intérêt limité d'une telle clause en droit d'auteur²⁰³².

Si, à l'instar de nombreux contrats civils, les contrats d'auteur connaissent souvent un processus de formation marqué par plusieurs étapes, leurs conditions de formation sont également comparables.

§ 2. – CONDITIONS DE FORMATION

505. La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil présente un intérêt tant au regard des conditions de fond (A) qu'au regard des conditions de forme (B) du contrat.

A. – Conditions de fond

506. Capacité, consentement, objet, cause. – Il est évident que l'objet du droit personnel de jouissance concédé ou du démembrement transféré à un éditeur ou producteur doit être déterminé, à l'instar de toute chose vendue ou louée. Trois problèmes doivent cependant retenir l'attention : les pouvoirs d'un usufruitier ou d'un indivisaire (1), l'exigence d'un consentement personnel (2) et la nécessité d'un prix (3).

1) Pouvoirs de l'usufruitier

507. Pouvoirs de l'usufruitier. – La qualification du contrat d'auteur en tant que vente ou bail produit une conséquence majeure sur l'aptitude d'un usufruitier à le conclure sur sa seule

²⁰³² La prohibition des cessions globales étant inapplicable aux droits des artistes interprètes, ceux-ci peuvent en revanche s'engager doublement. Le cessionnaire devient alors titulaire des droits sur l'ensemble des

initiative. Si le contrat est une vente, l'usufruitier ne devrait pas avoir le pouvoir de le conclure seul²⁰³³. La doctrine favorable à une généralisation de la cession, assimilée à un démembrement du monopole, se trouve ainsi embarrassée : tout en admettant que devrait être reconnu à l'usufruitier le pouvoir de conclure seul le contrat d'exploitation, sous la réserve de l'abus et de l'exercice par le nu-propiétaire du droit moral²⁰³⁴, elle n'a guère de justification à avancer au soutien de cette solution, sinon la difficulté de tracer une frontière entre acte d'administration et de disposition ou entre fruits et produits, et la volonté de préserver les pouvoirs de l'usufruitier²⁰³⁵. En réalité, il n'y a pourtant aucune raison de conférer à l'usufruitier du droit d'auteur plus de pouvoirs que l'usufruitier d'une chose corporelle. L'application de la qualification de bail à la plupart des contrats nommés du droit d'auteur – édition, représentation, production audiovisuelle – déploie ainsi un intérêt particulièrement marqué : contrairement à la vente, l'usufruitier peut passer seul un bail²⁰³⁶. Le droit commun ne prohibant pas un bail d'une durée équivalente à celle du monopole, le nu-propiétaire devrait ainsi respecter le bail conclu, quelle que soit sa durée.

508. Pouvoirs de l'indivisaire. – En revanche, la qualification du contrat d'auteur n'exerce pas d'influence déterminante à l'égard des pouvoirs d'un indivisaire, ainsi par exemple du coauteur d'une œuvre de collaboration. On sait qu'un indivisaire peut parfois effectuer seul un acte d'administration, mais non la conclusion ou le renouvellement des baux²⁰³⁷. Certes, la vente sera souvent jugée être un acte de disposition, tandis que le bail peut recevoir plus facilement la qualification d'acte d'administration²⁰³⁸ : tel pourrait au moins être le cas en cas d'exploitation d'une durée limitée, ou selon un mode très précis²⁰³⁹. Mais la distinction

créations.

²⁰³³ V. p. ex. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°588.

²⁰³⁴ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°588, mais aussi P.-Y. GAUTIER, n°224.

²⁰³⁵ V. p. ex. sur ce point A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°588.

²⁰³⁶ Art. 595 C. civ. V. p. ex. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n°816.

²⁰³⁷ Art. 815-3 c. civ. (mandat tacite de l'indivisaire pour les actes d'administration, lorsqu'il agit au vu et au su de tous et sans opposition de leur part).

²⁰³⁸ Sur la dualité de caractère du bail, qui peut être tantôt acte d'administration, tantôt acte de disposition, v. p. ex. P.H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°284. V. aussi M. DAGOT, « Le bail d'un bien indivis », JCP 1985, I, 3178.

²⁰³⁹ V. cpt. CA Paris, 4^e ch. B., 18 janv. 2008, PI 2008 n°27, p. 213, obs. crit. A. LUCAS : jugé que « la cession de droits d'auteur aux fins d'édition ne constitue pas un acte d'administration mais un acte de disposition ». Une telle position sans nuances est critiquable, dès lors que le contrat d'édition n'est pas assimilable à une vente. M. LUCAS remarque que « l'affirmation selon laquelle la cession de droit d'auteur aux fins d'édition constitue par nature un acte de disposition nous paraît bien péremptoire ».

n'apparaît pas déterminante, en ce que les pouvoirs des indivisaires dépendent plus aujourd'hui de leur part dans l'indivision²⁰⁴⁰.

2) Consentement, capacité et représentation

509. Lien entre exigence du consentement personnel et qualification de contrat d'édition.

– L'article L. 132-7 du code de la propriété intellectuelle, figurant au chapitre du contrat d'édition, impose un consentement personnel de l'auteur, ce qui exclut tant l'expression du consentement par un représentant volontaire que le seul assentiment du représentant légal d'un incapable. La doctrine prend majoritairement le parti d'une généralisation de la règle à tous les contrats d'auteur, estimant que le principe « s'explique par l'existence du droit moral, personnel s'il en est »²⁰⁴¹ ou par la *ratio legis*²⁰⁴². La qualification de vente ou de bail ne conduisant pas à une telle solution – le droit commun, applicable à défaut de dispositions dérogatoires, permet aussi bien une représentation volontaire que la conclusion par un représentant légal²⁰⁴³ – il importe de s'inscrire en faux contre cette interprétation.

En effet, le monopole d'exploitation est indépendant du droit moral. Avant même de s'intéresser à l'exigence d'un consentement personnel, il faut ainsi garder à l'esprit que l'exigence d'un consentement au contrat d'exploitation ne peut s'expliquer par l'existence d'un droit moral destiné à protéger des intérêts moraux. Cette exigence résulte au contraire tout simplement de l'exigence de l'expression d'une volonté, de part et d'autre, pour qu'un contrat – accord de volontés – se forme valablement. Comment donc expliquer que le consentement doive impérativement être personnel *dans toute convention* ? L'idée est vainement avancée que la conclusion du contrat, pouvant emporter divulgation de l'œuvre concernée, est un fait que le droit moral doit placer sous le contrôle strictement personnel du

²⁰⁴⁰ V. encore art. 815-3 c. civ., selon lequel la majorité des deux tiers des indivisaires peut s'entendre pour conclure les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. Il est vrai que la vente implique quant à elle l'unanimité, s'il ne s'agit pas de payer les dettes et charges de l'indivision.

²⁰⁴¹ La formule est de M. GAUTIER, *Précis*, n°451, p. 518, note 3. V. aussi en ce sens DESBOIS, *Traité*, n°499 et 563 – Cl. COLOMBET, *Précis*, n°293 – A. FRANÇON, *Cours*, p.265 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°946.

²⁰⁴² V. spéc. F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°946.

²⁰⁴³ S'agissant des majeurs en curatelle, il faut distinguer entre actes d'administration et de disposition. L'acte d'administration, en quoi consiste un bail ne conférant pas de droit au renouvellement, peut être conclu par le seul majeur, mais l'acte de disposition nécessite l'assistance du curateur (V. art. 467 nouveau c. civ.). S'agissant des mineurs et des majeurs en tutelle, c'est au tuteur qu'il revient de passer aussi bien les actes d'administration que de disposition (V. art. 473 nouveau c. civ.) : un consentement personnel de l'auteur n'est donc pas imposé.

créateur²⁰⁴⁴. En effet, il n'est pas contestable que l'exercice du droit de divulgation doit être strictement personnel, et ne pas pouvoir être ainsi abandonné au représentant de l'incapable agissant seul. Peu importe à cet égard la qualification de la convention projetée : tout contrat d'exploitation demeure impossible en l'absence de divulgation. Mais l'exigence d'un consentement personnel au contrat d'édition demeure dans l'hypothèse où le contrat porte sur une œuvre déjà divulguée : il n'apparaît nulle référence à la divulgation, nulle distinction entre œuvre divulguée ou non, dans le corps de l'article L.132-7 alinéa 1^{er}. Le lien entre consentement personnel et protection du droit de divulgation semble ainsi incompatible avec la lettre du texte²⁰⁴⁵. Sauf à rejeter la règle de l'épuisement du droit de divulgation, les partisans de ce lien sont en fait conduits à faire une distinction entre la première édition – l'article L.132-7 s'appliquerait à cette seule hypothèse – et les rééditions, seule la première édition pouvant être corrélée au droit de divulgation²⁰⁴⁶. Il s'agit pourtant d'une interprétation qui n'est guère plus défendable au regard de la lettre du texte²⁰⁴⁷. Il faut enfin contester cette justification puisée dans le droit moral au regard de la mise à l'écart du consentement personnel dans l'hypothèse de l'auteur se trouvant dans l'impossibilité physique de donner son consentement²⁰⁴⁸. Le créateur diminué physiquement aurait-il une personnalité moins digne de protection ? Ses intérêts moraux seraient-ils moins menacés ? Aussi convient-il de rappeler que le code de la propriété intellectuelle contient des dispositions de deux ordres – moral, patrimonial – pour protéger des intérêts de deux ordres et que, partant, la justification de la règle doit à chaque fois se trouver dans des considérations propres à l'ordre dans lequel la règle s'inscrit. Si la protection des intérêts moraux est assurée par les dispositions relatives au droit moral, la règle du consentement personnel au contrat d'édition ne doit s'expliquer que par des considérations afférentes aux intérêts patrimoniaux.

C'est ainsi que la qualification devient déterminante : tous les contrats nommés par le code précité n'ont pas la même portée sur les intérêts pécuniaires du créateur. Le consentement personnel est d'ailleurs exigé pour certains contrats civils, sans que cette exigence puisse évidemment s'expliquer par un quelconque droit moral : un PACS souscrit par un majeur sous

²⁰⁴⁴ DESBOIS, *Traité*, n°493, et P.-Y. GAUTIER, n°451.

²⁰⁴⁵ Sur cette critique, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°585.

²⁰⁴⁶ V. DESBOIS, *Traité*, n°499s.

²⁰⁴⁷ L'article L.132-7 ne fait aucune distinction entre première édition et réédition, mais surtout, l'analyse ne résiste pas dans l'hypothèse d'un premier contrat d'édition d'une durée inférieure au monopole : si la conclusion d'un second contrat est proposée, alors que le droit de divulgation est épuisé, comment justifier alors l'application de l'article L.132-7 ?

²⁰⁴⁸ Arg. art. L. 132-7 al. 2 *in fine* CPI.

curatelle, par exemple, ne peut être conclu au lieu et place de l'incapable²⁰⁴⁹. Surtout, personne ne songerait à justifier la protection que la loi offre à l'incapable contre les effets d'un contrat par l'idée de protection de ses intérêts moraux : ce sont bien ces intérêts matériels que la loi entend préserver. En fait, il faut comprendre que le code de la propriété intellectuelle a prévu un mécanisme dérogatoire au droit commun. L'article 1123 du code civil dispose en effet que « *toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* »²⁰⁵⁰. Dans ce dernier cas, l'expression de sa volonté peut alors être confiée à un représentant légal. Dès lors, la loi spéciale, exigeant que le consentement personnel de l'auteur soit donné, doit s'interpréter strictement. Si cette disposition ne concerne qu'une qualification contractuelle déterminée – le contrat d'édition en l'occurrence – son application doit être restreinte à celle-ci. Et au fond, il est logique que l'exigence dépende de la qualification envisagée, dans la mesure où les enjeux et les risques pour l'auteur ne sont pas les mêmes. Dans cette optique, peut-être serait-il plus judicieux, *de lege ferenda*, plutôt que de s'en tenir au contrat d'édition, d'envisager une distinction selon qu'il y a exclusivité ou non, caractère temporaire ou non, etc. *De lege lata*, un raisonnement par analogie ne semble pas pouvoir justifier une extension aux autres contrats. Le contrat d'édition peut lui-même être le cadre d'accords de configuration différente. On retrouve là un des effets pervers de l'incohérence interne des qualifications forgées par la loi. La lettre du texte enferme dans une interprétation restrictive : seul le contrat d'édition est concerné. Il faut d'ailleurs noter que la loi pose d'autres règles s'agissant par exemple du contrat général de représentation, qui autorise expressément le mandataire de l'auteur à conclure le contrat²⁰⁵¹. C'est bien le signe que le législateur a une position nuancée, fonction de différents enjeux propres à chaque modèle contractuel.

510. Cas de l'auteur adhérent à une société de gestion collective. – L'auteur adhérent à une SPRD est parfois engagé dans les seuls liens d'un mandat : s'il n'est pas exclusif, celui-ci justifie quoiqu'il en soit que l'auteur puisse conclure tout contrat d'exploitation qui lui semble opportun, même s'il s'agit de ventes. Si la SPRD est reconnue cessionnaire, la situation est plus gênante : l'auteur ne peut vendre deux fois le même démembrement, ni consentir un bail

²⁰⁴⁹ Art. 461 nouveau c. civ. (L. n°2007-308 du 5 mars 2007, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2009).

²⁰⁵⁰ L'art. 1124 C. civ. dresse ensuite la liste des personnes incapables : mineurs, majeurs protégés, auxquels la jurisprudence ajoute les personnes sous l'empire d'un trouble mental.

²⁰⁵¹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°585, en ce que cette disposition contribue à exclure une généralisation de la règle du consentement personnel à tout contrat d'exploitation.

sans être titulaire d'un droit sur l'objet de la licence²⁰⁵². En pratique, si la plupart des SPRD sont très attachées à leur qualité de cessionnaire, elles admettent néanmoins que leurs adhérents passent des contrats d'exploitation²⁰⁵³. La répartition des rôles entre, d'une part, la SPRD et, d'autre part, l'exploitant licencié ou cessionnaire, résultera alors souvent d'accords collectifs ou individuels qui, il faut l'avouer, ont des assises juridiques assez floues²⁰⁵⁴. De manière générale, il est convenu que la SPRD perçoit certaines des rémunérations dues à l'auteur²⁰⁵⁵, tandis que le producteur supporte l'obligation d'exploiter.

3) Nécessité du prix

511. Détermination du prix. – La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil exerce une influence majeure s'agissant de la détermination du prix. En effet, de retentissants arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ont exclu la règle de détermination du prix du droit commun des obligations, pour la réduire à une exigence résultant de dispositions spéciales à certaines qualifications²⁰⁵⁶. Force est alors de relever le silence que conserve le code de la propriété intellectuelle, se bornant à prévoir le principe d'une participation proportionnelle : le législateur n'exclut pas clairement la stipulation d'un prix *déterminable*, tant qu'il respecte la règle de proportionnalité. Cela étant, l'exigence d'un prix *déterminé* résulte clairement de l'article 1591 du code civil, à propos de la vente, ou de l'article 1710 du même code, s'agissant du bail²⁰⁵⁷. Or la plupart des contrats d'auteur sont, ainsi qu'il a été vu, souvent des baux, parfois des ventes.

²⁰⁵² V. not., soulignant le problème, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°478 – G. VERCKEN, « La pratique des clauses relatives à la gestion collective dans les contrats individuels portant sur les droits d'auteur », LP 2002, III, 103, p. 105.

²⁰⁵³ Il faut de plus rappeler que la cession est généralement qualifiée de cession fiduciaire : seul l'intérêt du créateur doit être poursuivi. V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°719 – A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°807 – Ch. CARON, *Manuel*, n°473.

²⁰⁵⁴ Sur l'articulation entre contrat de production audiovisuelle et apport aux sociétés d'auteur s'agissant de la rémunération et sur les divers accords intervenus en la matière, v. not. B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, Litec 2007, n°123s.

²⁰⁵⁵ Sur les clauses de rémunération entre auteur et exploitant, relativement à la perception par une société de gestion, v. G. VERCKEN, « La pratique des clauses relatives à la gestion collective dans les contrats individuels portant sur les droits d'auteur », LP 2002, III, 103, p. 106.

²⁰⁵⁶ Cass. Ass. Plén., 1er déc. 1995, 4 arrêts, Bull. civ. n°7, 8, 9, D. 1996, jur. p. 17, concl. JÉOL, note L. AYNÈS, JCP G 1996, II, 22565, note J. GHESTIN.

²⁰⁵⁷ V. en ce sens les conclusions de M. l'avocat général JÉOL, D. 1996 préc., p. 15. V. cpt. les réserves de M. BÉNABENT, in *Les obligations*, n°149, qui se demande si la jurisprudence ne devrait pas conduire à une éviction générale de l'exigence de détermination du prix.

En matière d'édition, la mise en œuvre du principe de rémunération proportionnelle a donné lieu à des vives controverses sur l'assiette de la participation, dont la jurisprudence rappelle régulièrement qu'il devrait s'agir du prix public hors taxes²⁰⁵⁸. Bien entendu, les parties doivent fixer le taux de la rémunération. Cependant, un problème surgit encore : il est permis de douter qu'un accord sur l'assiette et le taux suffise, si le prix public n'est pas également contractuellement fixé²⁰⁵⁹. En effet, il est difficile de nier qu'à défaut, la rémunération de l'auteur est seulement *déterminable* : le droit commun de la vente interdit en principe que le prix soit fixé par référence au tarif pratiqué par le vendeur dans ses catalogues ou barèmes de vente pour ses autres clients – ce sont les « clauses catalogue »²⁰⁶⁰. Il pourrait en aller de même pour le bail. N'est pas déterminé un prix variant en fonction d'un élément qui n'est pas arrêté par les parties au jour du contrat... En droit civil, la doctrine remarque que la clause-catalogue du contrat de vente pourrait être jugée valable dans les mêmes conditions que dans un contrat-cadre, la police de l'abus dans l'exécution du contrat pouvant paraître un garde-fou suffisant²⁰⁶¹. La solution serait vraisemblablement identique dans le cas de mise en œuvre de la qualification de licence/bail. En outre, il faut tenir compte de l'article 1^{er} de la loi du 10 août 1981 relative au prix unique du livre²⁰⁶², selon lequel le prix est fixé par l'éditeur ou l'importateur²⁰⁶³. Certes, ce texte ne concerne pas directement le rapport entre créateur et éditeur. Il reste qu'un argument peut en être tiré pour justifier d'une entorse d'autant moins gênante que les intérêts de l'auteur et de l'éditeur convergent sur ce point et qu'il serait irréaliste, voire impossible, de faire entrer dans le champ contractuel les aménagements possibles du prix unique qui doit être fixé²⁰⁶⁴.

En matière de production audiovisuelle, l'article L. 132-25 du code de la propriété intellectuelle impose aux cocontractants de prévoir une rémunération distincte pour chaque

²⁰⁵⁸ V. not. Cass. 1^e civ., 9 oct. 1984, Bull. civ. I, n°252 – 26 janv. 1994, Bull. civ. I, n°34 – 7 juin 1995, D. 1995, 494 ; JCP G 1996, II, 22581, obs. FRANÇON – 9 janv. 1996, JCP G 1996 II, 22643, note X. DAVERAT. La solution se fonde sur l'idée que l'auteur n'a pas à participer aux frais de l'entreprise.

²⁰⁵⁹ V., relevant le problème, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°487, qui note que l'auteur ignore ainsi la base de calcul.

²⁰⁶⁰ V. p. ex. Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°127.

²⁰⁶¹ V. p. ex. Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°128, notant qu'il y a bien peu de différence entre un contrat de vente prévoyant des livraisons successives et un contrat-cadre comportant une obligation d'acheter et une exclusivité d'achat, ce qui justifierait une identité de solution.

²⁰⁶² L. n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre, JO 11 août 1981, 2198, mod. Par L. n°85-500 du 13 mai 1985, JO 14 mai 1985.

²⁰⁶³ V. sur ce point E. PIERRAT, *Le droit du livre*, Electre 2005, p. 223s.

²⁰⁶⁴ La règle du prix unique du livre connaît un certain nombre d'aménagements : prix de lancement ou de souscription, soldes et éditions clubs, acheteurs spécifiques, etc. V. E. PIERRAT, *op. cit.*, p. 226s.

mode d'exploitation. En principe, l'on considère qu'en l'absence de prévision des modalités de la rémunération, la cession, qu'elle soit expresse ou présumée²⁰⁶⁵, sera privée d'effet²⁰⁶⁶. Cela étant, la neutralisation de l'effet translatif n'opère pas de plein droit... Il faut rappeler que la sanction applicable en raison du défaut de détermination du prix consiste en fait dans une nullité relative²⁰⁶⁷ : encore faudra-t-il que l'auteur intente une action et s'abstienne de confirmer l'acte vicié, ce qui paraît peu probable. On pourrait également plaider pour une réécriture de cette disposition critiquée, aux termes de laquelle la rémunération due aux auteurs pour chaque mode d'exploitation pourrait être déterminée par accord ultérieur entre les parties²⁰⁶⁸. Le problème est que rien ne garantit le succès des négociations – le garde-fou de la bonne foi apparaissant peut-être insuffisant. Le mieux pour le producteur serait sans doute, s'il ne veut pas s'engager d'ores et déjà sur la détermination du prix de la cession au titre d'un mode dont il n'envisage pas l'exploitation immédiate ou ne peut le faire (pour un mode inconnu par exemple), de stipuler à son profit un pacte de préférence sans limitation de durée. L'auteur ne pourra pas imposer de conditions moins avantageuses que celles que proposerait un tiers intéressé²⁰⁶⁹. De façon générale, il est possible de se demander si un abandon général de l'exigence de détermination du prix ne serait pas bienvenu²⁰⁷⁰.

512. Exigence d'un prix réel et sérieux. – Chaque fois que le contrat d'auteur pourra recevoir la qualification de vente, il conviendra de faire application de l'exigence d'un prix réel et sérieux²⁰⁷¹. Aussi, si la révision prévue par l'article L. 132-5 du code de la propriété intellectuelle n'est applicable qu'aux rémunérations forfaitaires, la stipulation d'un pourcentage dérisoire devrait pouvoir être sanctionnée sur ce fondement. Sans doute devrait-il en aller de même dans l'hypothèse du bail, dans la mesure où sa distinction tant d'avec le prêt qu'avec la convention d'occupation précaire suppose un prix non dérisoire²⁰⁷².

²⁰⁶⁵ La présomption de cession ne dispense pas en effet le producteur de prévoir une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation, ce qui le conduit pratiquement à une énumération des droits cédés – et réduit ainsi la présomption à un avantage bien théorique. V. sur ce point B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°99.

²⁰⁶⁶ V. p. ex. en ce sens B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°99.

²⁰⁶⁷ V. p. ex. en ce sens Ph. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°129. Sur la qualification de nullité relative de la sanction applicable au défaut d'objet et de cause, dans la théorie moderne des nullités, v. déjà *supra*, n°184.

²⁰⁶⁸ B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°101.

²⁰⁶⁹ Sur la détermination des conditions du contrat conclu en application du pacte de préférence, V. *supra*, n°498.

²⁰⁷⁰ V. not. C. AUBERT de VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », D. 2006, chron. 2629, n°5s.

²⁰⁷¹ Sur cette exigence, v. p. ex. A. BÉNABENT, *Contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°35s.

²⁰⁷² La convention d'occupation précaire se caractérise en effet par la modicité de l'indemnité d'occupation. V. A. BÉNABENT, *Contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°314.

B. – Conditions de forme

513. Incidence de la qualification sur le formalisme du contrat. – Les différentes qualifications du contrat au regard du droit d’auteur ont une influence sur la forme du contrat : le formalisme exigé par la loi spéciale dépend de la qualification de l’accord auquel les parties parviennent à l’issue de leur négociation, d’où l’importance de savoir si tel ou tel acte d’exploitation entre dans les cadres déterminés par le code de la propriété intellectuelle avant d’appliquer le droit de la vente ou du bail. De fait, l’influence de la qualification du contrat mérite d’être examinée en ce qui concerne tant le formalisme *ad validitatem* (1) ou *ad probationem* (2) que le formalisme publicitaire (3).

1) Qualification du contrat et forme *ad validitatem*

514. Contrat de vente et de bail, contrats *consensuels*. – L’exigence de l’écrit n’a pas toujours un rôle purement probatoire. Le nantissement de logiciel n’est un contrat *valable* qu’à condition d’être passé par écrit, ainsi qu’en dispose très clairement l’article L. 132-34 du code de la propriété intellectuelle²⁰⁷³. S’agissant de juger de la validité de tout autre contrat d’auteur, sa qualification précise joue cependant un rôle mineur en dehors de cette hypothèse, en ce que la forme écrite exigée par l’article L.131-2 n’est pas requise *ad validitatem*, ainsi que le souligne tant la jurisprudence²⁰⁷⁴ que la doctrine²⁰⁷⁵, mais *ad probationem*. En effet, la rédaction de cette disposition montre que le législateur n’a entendu déroger qu’au droit commun de la preuve²⁰⁷⁶ : la loi spéciale n’exige la forme écrite qu’à un même titre probatoire²⁰⁷⁷. De même, la forme écrite des cessions du droit d’adaptation audiovisuelle

²⁰⁷³ Art. L.132-34 CPI, disposant que « le contrat de nantissement est, à peine de nullité, constaté par un écrit ».

²⁰⁷⁴ V. not. Cass. 1^{er} civ., 12 avril 1976, Bull. civ. I, n°63 ; RIDA 1976/4, 164 ; RTD com. 1978, 103, obs. DESBOIS – CA Paris, 4^e ch., 17 juin 1976, RTD com. 1978, 105, obs. DESBOIS – TGI Paris, 3^e ch., 21 novembre 1978, RIDA 1979/3, 144 – CA Reims, aud. sol., 15 septembre 1992, GP 1993, 1, 295.

²⁰⁷⁵ V. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°572 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°948 – Ch. CARON, *Manuel*, n°402.

²⁰⁷⁶ Arg. art. L.131-2 al. 2 CPI, qui précise que dans « tous les autres cas, les articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables », ce qui signifie que dans les cas énumérés à l’al. 1^{er}, ils sont inapplicables alors qu’ils auraient eu vocation à l’être en l’absence d’une règle spéciale. V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°572.

²⁰⁷⁷ Certes, l’article L.131-3 al. 2 précise que le contrat est « valablement conclu » par échange de télégrammes, de telle sorte qu’une interprétation *a contrario* pourrait laisser penser que le défaut d’écrit, en dehors de cette hypothèse, est sanctionné par la nullité, en tant que condition de validité du contrat. Mais une

d'une œuvre éditée ne s'impose qu'à titre de preuve²⁰⁷⁸. Aussi faut-il admettre que, en dehors de l'hypothèse très particulière du nantissement de logiciel, la recherche de la qualification contractuelle adéquate ne s'imposera jamais dans la perspective d'un examen de la validité du contrat. L'on peut malgré tout souligner que le contrat de vente, aussi bien que le bail, sont des contrats consensuels : dans cette mesure, la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil justifie pleinement le caractère consensuel reconnu aux contrats visés par l'article L. 131-2 du code de la propriété intellectuelle. La qualification sera en outre nécessaire pour trancher de la recevabilité des moyens de preuve imparfaits, en l'absence d'écrit.

2) Qualification du contrat et forme *ad probationem*

515. Tandis que le contrat de vente n'est soumis à aucune autre règle de preuve que celles du droit commun, la preuve du bail est même simplifiée, le bail verbal étant admis²⁰⁷⁹. Le bénéfice de cette liberté de la preuve doit dès lors s'appliquer dans toutes les hypothèses où le code de la propriété intellectuelle n'édicte aucune disposition spéciale, ce qui peut être vérifié aussi bien s'agissant de la preuve littérale du contrat (a) qu'en ce qui concerne celle du consentement (b) ou l'exigence de mentions de l'écrit (c).

a) *Qualification contractuelle et preuve littérale du contrat*

516. L'exigence d'un écrit posée par l'article L.131-2 CPI. – L'article L. 131-2 du code de la propriété intellectuelle comporte une règle dont il est unanimement reconnu qu'il s'agit d'une règle de preuve²⁰⁸⁰. L'exigence d'une preuve littérale, quel que soit le montant de l'opération, est néanmoins dépendante de la qualification du contrat projeté. L'article L.131-2 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle ne vise que les contrats de représentation,

telle expression ne traduit qu'une inadvertance du législateur. V. en ce sens DESBOIS, *Traité*, n°511 ; A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°572.

²⁰⁷⁸ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°572. *Contra*, v. P. SIRINELLI, *Le droit moral et le droit commun des contrats*, th. Paris II, 1985, p. 176s. : pourtant, s'il est jugé que la référence au contrat « valablement conclu » par échange de télégrammes ne signifie pas *a contrario* que, en dehors de cette hypothèse, le contrat non écrit est nul, il n'y a aucune raison pour considérer que, lorsque le législateur exige dans l'alinéa suivant un écrit pour constater la cession des droits d'adaptation audiovisuelle, il s'agisse d'une condition de validité et non d'une simple exigence probatoire.

²⁰⁷⁹ Art. 1714 et 1715 c. civ. : si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution et que l'une des parties le nie, la preuve ne cependant pas être reçue par témoins.

²⁰⁸⁰ V. not. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°572 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°948 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°452. V., aussi, p. ex. Cass. 1^{er} civ., 12 avril 1976, RTD com. 1978, 103, obs. DESBOIS ; RIDA 1976/4, 164. Une lecture rigoureuse du texte n'autorise pas d'autre interprétation, puisque l'al. 2 prévoit

d'édition et de production audiovisuelle ainsi que les autorisations gratuites d'exécution, tandis que l'article L.131-3 alinéa 2 du même code vise la cession de droits d'adaptation audiovisuelle d'une œuvre éditée. Les autres contrats sont donc soumis au droit commun de la preuve²⁰⁸¹, ainsi par exemple d'une autorisation de reproduire dans un ouvrage une partie de l'œuvre²⁰⁸².

Certes, il faut admettre le peu d'intérêt pratique que revêt la distinction établie par la loi entre les contrats d'auteur soumis à l'exigence de l'écrit et ceux soumis au droit commun de la preuve, notamment ceux qui peuvent recevoir la qualification de vente. En effet, la preuve littérale est en tout état de cause exigée s'agissant des demandes portant sur un montant supérieur à 1500 €²⁰⁸³. Or il est évident qu'en matière de propriété littéraire et artistique, bien peu de conventions porteront sur un montant inférieur²⁰⁸⁴. Il faut néanmoins rappeler que les baux peuvent ne pas être écrits²⁰⁸⁵. De plus, il faut relever que, interprété *a contrario*, l'article L. 131-2 exclut, s'agissant des contrats énumérés dans son alinéa 1^{er}, l'application non du seul article 1341 du code civil, mais celle des articles 1341 à 1348²⁰⁸⁶. Aussi faut-il admettre que la preuve de ces contrats d'auteur ne pourra être rapportée par un commencement de

un retour au droit commun de la preuve dans les autres cas que ceux visés, signe qu'il s'agit bien d'une règle de preuve d'exception.

²⁰⁸¹ Cass. 1^{er} civ., 12 novembre 1980, RIDA 1981/4, 192 ; RTD com. 1981, 748, obs. FRANÇON, à propos d'un contrat autorisant la réédition de bandes dessinées pour enfants (il faut toutefois s'étonner, avec le commentateur de l'arrêt, que la qualification de contrat d'édition ait été écartée).

²⁰⁸² CA Paris, 1^{er} ch., 10 mai 1973, D. 1973, Jur. 548 ; JCP 1973, II, 17475, concl. CABANNES ; RIDA 1981/1, 157 : jugé que « l'exigence d'un écrit (...) tend à protéger l'auteur contre les abus que pourrait commettre celui qui représente, édite ou exécute son œuvre ; qu'on ne saurait étendre cette exigence au cas où des difficultés opposent deux auteurs quant à l'existence ou la portée d'une autorisation de reproduire, dans l'ouvrage de l'un, une partie de l'œuvre de l'autre ». L'auteur d'une thèse, reproduisant une partie de la correspondance entre Romain Rolland et Stefan Zweig, avait fait publier celle-ci sans avoir obtenu d'accord écrit de la veuve de Romain Rolland. Le tribunal avait retenu l'impossibilité morale de se procurer un écrit, la cour d'appel ne suit pas ce raisonnement et retient l'absence de preuve, au terme cependant d'un raisonnement assez flou sur ses bases juridiques.

²⁰⁸³ V. art. 1341 c. civ., selon lequel il « doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret ». La règle exige la preuve littérale des actes portant sur une somme supérieure à 1500 EURO. Mais, par définition, puisqu'il s'agit justement de prouver l'existence et la teneur de l'acte, la mise en œuvre de l'exigence d'une preuve littérale (si la somme est supérieure à 1500 EURO) ou non (si elle est inférieure) ne peut dépendre que de la somme réclamée en justice, alléguée par la partie en demande. C'est donc en fonction du montant allégué dans la demande en justice que dépend l'application de la règle de la preuve littérale. V. sur ce point Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois 2003, n°196. En droit d'auteur, la recevabilité des moyens de preuve devrait ainsi dépendre du montant de la redevance forfaitaire ou proportionnelle que réclame le cédant devant la justice.

²⁰⁸⁴ Sans doute convient-il également d'ajouter que la pratique, sauf exceptions, recourt systématiquement à l'écrit.

²⁰⁸⁵ Art. 1714 et 1715 c. civ. V. p. ex. sur ce point P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°307s.

²⁰⁸⁶ Arg. Art. L.131-2 al. 2 CPI : « **Dans les autres cas**, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables ». La lettre du texte semble bien exclure que, dans les cas régis par l'alinéa 1^{er}, les dispositions du code civil puissent être appliquées.

preuve corroboré par des témoignages ou autres modes de preuve imparfaits²⁰⁸⁷, admis en droit commun par exception²⁰⁸⁸, pas plus que le défaut de preuve littérale ne pourra être justifié par une impossibilité d'ordre moral ou matériel²⁰⁸⁹. Il importe, en outre, de préciser que, s'agissant des contrats visés par l'article L. 131-2, alinéa 1^{er}, il est exclu, contrairement à ce que certains juges du fond ont pu retenir²⁰⁹⁰, de recourir à l'aveu extrajudiciaire – l'article 1355 du code civil faisant obstacle à la recevabilité de celui-ci dans les cas où la preuve littérale est exigée²⁰⁹¹. Les contrats non visés par l'article L. 131-2 peuvent au contraire être prouvés de cette façon.

La cession des droits d'adaptation audiovisuelle, que l'article L.131-3 alinéa 3 impose de faire figurer sur un document écrit distinct de celui portant contrat d'édition, appelle par ailleurs un traitement différent. Il s'agit également d'une règle de preuve²⁰⁹². Mais il devrait aussi être conclu que les articles 1341 à 1348 du code civil sont, dans le silence de la loi, applicables²⁰⁹³ : la loi spéciale ne déroge au droit commun de la preuve que pour les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, or une loi spéciale, dérogatoire, s'interprète strictement²⁰⁹⁴.

La qualification exacte de la convention au regard du droit d'auteur présente ainsi malgré tout une incidence certaine sur les conditions de preuve de celle-ci, de telle sorte que la qualification pourra parfois être discutée à seule fin de justifier ou d'exclure la mise en œuvre de l'exigence probatoire²⁰⁹⁵. Ce n'est qu'à condition d'échapper à l'une des qualifications

²⁰⁸⁷ V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°573 ; obs. FRANÇON, RTD com. 1981, 748, sous Cass. 1^{er} civ., 12 novembre 1980. *Contra*, v. Ch. CARON, *Manuel*, n°402, qui écrit que l'exploitant « pourra toujours recourir au commencement de preuve par écrit, par exemple en utilisant une lettre missive écrite par l'auteur ».

²⁰⁸⁸ Art. 1347 c. civ.

²⁰⁸⁹ Art. 1348 c. civ.

²⁰⁹⁰ V. TGI Paris, 28 févr. 1973, RIDA 1974/2 ; RTD com. 1975, 99, obs. DESBOIS (remise par l'auteur de son manuscrit).

²⁰⁹¹ Arg. art. 1355 C. civ. : « *L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible* ». Lorsque l'aveu est fait par écrit, il a au contraire la valeur d'une preuve littérale (V. sur ce point H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec 2002, n°1814), de telle sorte qu'il ne présente aucune spécificité par rapport à une autre preuve par écrit.

²⁰⁹² V. en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°572.

²⁰⁹³ *Contra*, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°573, p. 436 note 70, par souci, semble-t-il, d'alignement de régime. Il faut cependant noter que l'art. L.131-2 al. 1^{er} CPI ne vise pas le contrat de commande pour la publicité, les articles 1341 à 1348 devant donc rester applicable. Il ne semble dès lors pas choquant de réserver un sort différent à la cession de droits d'adaptation audiovisuelle.

²⁰⁹⁴ Rappr. l'adage *exemptio est strictissimae interpretationis*. V. p. ex. Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois 2003, n°406.

²⁰⁹⁵ L'exemple du multimédia est significatif : la qualification de contrat d'édition ou de cession relevant d'un autre cas pourra devoir être débattue avant de régler un éventuel problème de recevabilité de moyens de preuve imparfaits.

visées par l'article L. 131-2 que le droit commun de la preuve pourra s'appliquer, la qualification de vente ou de bail n'exigeant pas un écrit.

b) Qualification contractuelle et preuve littérale du consentement

517. Lien entre exigence d'un consentement écrit et qualification du contrat d'édition. –

Le « consentement (...) donné par écrit » qu'impose l'article L. 132-7 du code de la propriété intellectuelle n'est pas obligatoire quelle que soit la qualification du contrat au regard du droit d'auteur. En effet, la formulation de cette exigence probatoire dans le corps des dispositions applicables au seul contrat d'édition signifie qu'elle lui est strictement réservée²⁰⁹⁶. Il faut d'abord et surtout relever que si l'article L. 132-7, qui exige un consentement donné par écrit, était jugé applicable à l'ensemble des contrats d'auteur, une difficulté pratique apparaîtrait dans la conciliation de cette prescription et de l'article L. 131-2, qui cantonne l'exigence d'une preuve littérale à certaines qualifications contractuelles. En effet, il est douteux que la preuve d'un consentement écrit puisse être concrètement rapportée autrement que par un contrat écrit. Exiger un consentement donné par écrit au contrat d'édition se comprend parfaitement, dès lors que celui-ci est soumis à l'exigence d'une preuve littérale. En revanche, la cohérence du dispositif est annihilée si la règle de l'article L. 132-7 est jugée applicable à tout contrat. Une interprétation systémique s'impose²⁰⁹⁷. Surtout, il faut relever que cet article exige, de façon indissociable, un consentement donné par écrit *et* personnel. Or les arguments invoqués pour généraliser l'exigence d'un consentement *personnel* sur d'autres fondements que la qualification du contrat ne sont pas convaincants²⁰⁹⁸, de telle sorte que devrait être pareillement cantonnée au contrat d'édition l'exigence d'un consentement *donné par écrit*. Conclusion : en dehors du contrat d'édition, la qualification de vente ou de bail justifie que le seul droit commun de la preuve s'applique, qui n'exige pas une preuve littérale du consentement, distincte de la preuve du contrat lui-même.

²⁰⁹⁶ DESBOIS, *Traité*, n°509 (position logique dès lors que l'art. L.132-7 CPI est jugé applicable à tout contrat d'auteur : la position contraire serait inconciliable avec la portée probatoire de l'art. L.131-2 CPI). *Contra*, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°654, qui considèrent que la règle conditionne la validité du contrat : alors que l'art. L.131-2 CPI exigerait un écrit à titre de preuve, l'art. L.132-7 CPI exigerait un consentement écrit à titre de condition de validité – les dispositions ne seraient pas incompatibles, en ce que la seconde de ces dispositions « concerne les formes dans lesquelles doit être donné le consentement, et non le contrat lui-même ». Il faudrait alors considérer que « rien ne s'oppose à ce que ce consentement soit recueilli dans un acte séparé qui ne serait pas le contrat d'édition ». Il faut pourtant douter de cette possibilité, car le consentement ne devrait pas être exprimé de façon abstraite : on consent à des conditions déterminées. Surtout, il faut distinguer l'exigence d'un consentement personnel – qui est une condition de validité – du fait qu'il soit rapporté par écrit – qui est une modalité de preuve..

²⁰⁹⁷ Sur cette méthode d'interprétation, v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF 2001, n°254.

²⁰⁹⁸ V. *supra*, n°509.

c) Qualification du contrat et mentions de l'écrit

518. Domaine de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle. – Une large fraction de la doctrine considère que l'exigence de mentions de l'écrit concerne tous les contrats auxquels l'auteur est partie²⁰⁹⁹. Il en allait de même de la jurisprudence²¹⁰⁰, jusqu'au récent arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 21 novembre 2006, dans une affaire portant sur un contrat conclu à propos de modèles de prêt-à-porter, œuvres des arts appliqués²¹⁰¹.

519. Jurisprudence favorable à une restriction de l'exigence aux contrats d'édition, de production audiovisuelle et de représentation. – L'interprétation récente, par la Cour de cassation, de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, et qui consiste à limiter son champ d'application aux contrats visés par l'article L. 131-2, séduit de prime abord. En effet, quel sens y aurait-il à prévoir des mentions obligatoires d'un écrit lorsque l'exigence d'un écrit n'est pas posée de façon générale, mais comme une simple modalité de preuve des actes supérieurs à 1500 €, ainsi pour les contrats pour lesquels l'article L. 131-2 renvoie aux articles 1341 à 1348 du code civil ? Le raisonnement invite à considérer que c'est seulement lorsqu'un écrit est obligatoire *en toutes hypothèses* que la loi peut imposer des mentions obligatoires de cet écrit. Lorsque l'écrit n'est exigé qu'au titre de modalité probatoire dans les termes du droit commun, des mentions obligatoires ne sauraient être imposées de façon

²⁰⁹⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°581 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°468 – Ch. CARON, *Manuel*, n°403 – *Adde obs.* F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2007, 364.

²¹⁰⁰ V. p. ex. Cass. 1^{er} civ., 16 déc. 1992, *RIDA* 1993/2, 193, obs. P. SIRINELLI (cession de droits sur un logiciel) – 12 juillet 2006, *JCP G* 2007, I, 101, obs. Ch. CARON ; *PI* octobre 2006, n°21, p. 446, obs. A. LUCAS.

²¹⁰¹ V. Cass. civ. 1^{er}, 21 novembre 2006, *D.* 2007, 316, obs. Ph. ALLAEYS ; *RTD. com.* 2007, 363, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE* 2007, comm. n°3, obs. Ch. CARON ; *PI* janvier 2007, p. 93, obs. A. LUCAS (jugé, en termes limpides, qu'après « avoir justement énoncé que les dispositions de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle, qui ne visent que les seuls contrats énumérés à l'article L.131-2, alinéa 1^{er}, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquaient pas aux autres contrats, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que la cession d'exploitation sur des modèles n'était soumise à aucune exigence de forme et que la preuve pouvait en être rapportée selon les prescriptions des articles 1341 à 1348 du code civil, auxquelles l'article L.131-2 alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle renvoie expressément ». Il s'agit d'une « confirmation » de CA Paris, 16 février 2005, *D.* 2005, 2523s., note Ph. ALLAEYS, *RIDA* 3/2005, jur. 323, obs. KÉRÉVER, qui avait jugé que « la cession du droit d'auteur sur un modèle n'est soumise à aucune forme ». La cession est prouvée, selon la Cour de cassation, par l'aveu que portent les conclusions écrites – un aveu judiciaire, donc (F. TERRÉ, *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 7^e éd. 2006, n°684). V. aussi CA Paris, 4^e ch. B, 12 mai 2006, *PI* octobre 2006, n°21, p. 446 (cession déduite du montant de la facturation, d'une agence de communication à une société de conseil en marketing et communication – l'arrêt, ainsi que le souligne le commentateur, se justifie sans doute par la bonne foi, et par le fait qu'il s'agissait de personnes morales).

générale : il est évident que pour les actes portant sur une somme inférieure à 1500 € et, plus généralement, pour tous actes valablement prouvés par un commencement de preuve littérale corroboré par un faisceau d'indices, il ne peut être exigé des *mentions écrites*. Les autres matières permettraient d'ailleurs de s'en convaincre : à l'instar du droit du cautionnement²¹⁰², le droit de la consommation lie clairement exigence d'un écrit et exigence de mentions de cet écrit, la seconde n'ayant de sens qu'articulée avec la première²¹⁰³. On pourrait donc penser que si le législateur n'a pas repris dans l'article L. 131-3 la distinction faite dans l'article L. 131-2, c'est parce qu'il allait de soi que cette exigence de mentions de l'écrit n'était concevable que pour les contrats à l'égard desquels l'écrit est obligatoire, c'est-à-dire les seuls contrats visés par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er}. Dans la mesure où, dans le respect des articles 1341 à 1348 du code civil, il se peut que le contrat soit dans certaines hypothèses prouvé autrement que par écrit, une solution contraire à celle de la Cour de cassation aboutirait également à traiter moins favorablement ceux qui présentent une preuve littérale – l'écrit présenté devrait indiquer les mentions prévues par l'article L. 131-3 – que ceux qui ne prouvent que par commencement de preuve par écrit, voire tous moyens – auxquels il ne peut être reproché de n'avoir pas porté des mentions sur un écrit n'étant pas exigé²¹⁰⁴. Enfin faut-il ajouter que, dans la rédaction de la loi du 11 mars 1957, c'est un seul et même article, l'article 31, qui comportait l'ensemble de ces dispositions, renforçant l'idée du lien logique entre exigence d'un écrit et exigence de mentions²¹⁰⁵. Ce raisonnement s'appuie, en définitive, sur l'idée que l'article L. 131-3 ne formule pas une règle de fond²¹⁰⁶. S'il n'est pas douteux qu'au-delà d'une exigence de forme, une règle de fond prescrive que soit réservé à l'auteur les droits et modes d'exploitation non prévus dans la cession²¹⁰⁷, une autre lecture de l'article L.

²¹⁰² Arg. art. 1326 c. civ.

²¹⁰³ J. CALAIS-AULOY et B. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n°165.

²¹⁰⁴ V. d'ailleurs, conscient de ce risque, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°454, qui suggère plutôt une exception dans le cas où une autre preuve que littérale aura pu être admise.

²¹⁰⁵ *Contra*, v. Ph. ALLAEYS, note sous CA Paris, 16 février 2005, *op. cit.*, D. 2005, 2523s. et obs. F. POLLAUD-DULIAN, RTD com. 2007, 364, qui prend appui sur la scission de l'article 31 en deux articles pour souligner l'absence de lien entre les deux. Renverser ainsi l'argument semble cependant contestable, car il revient alors à déduire la généralité de l'application de l'article L. 131-3 de la scission d'avec l'article L. 131-2, alors que la jurisprudence était fixée en ce sens que l'article L. 131-3 concerne tout contrat d'auteur bien avant l'éclatement opéré par le code de la propriété intellectuelle.

²¹⁰⁶ Ce qui devrait déployer des conséquences au regard même des contrats visés par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er}, tel le contrat d'édition : dans la mesure où il est admis que ces contrats, dans le cas où ils n'auraient pas été écrits, puissent néanmoins être prouvés par aveu judiciaire ou par serment, il ne fait nul doute que dans ce cas l'exigence de mentions écrites soit délaissée.

²¹⁰⁷ La jurisprudence ancienne est d'ailleurs explicite. V. p. ex. T. civ. Bordeaux, 15 janvier 1951, GP 1951, 1, 372 : jugé, alors qu'un cessionnaire prétendait que les auteurs avaient cédé les droits d'exploitation de leur pièce pour le monde entier, y compris les pays de langue anglaise, avec sous-titres et sans doublages, et que cette convention ne permettait pas aux créateurs de céder lesdits droits, pour l'adaptation en langue anglaise de leur pièce, que « le contenu de la convention ne permet pas cette interprétation ; qu'en cédant les droits

131-3 du code de la propriété intellectuelle commande d'analyser cette disposition en une règle de forme, et non en une règle de fond, pour la simple raison que le fond – le « principe du droit retenu » – est énoncé par l'article L.122-7. Il n'y a pas lieu de retracer ici l'évolution doctrinale et jurisprudentielle au terme de laquelle il a été inféré de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle un principe d'interprétation restrictive des contrats d'auteur, complémentaire du « principe du droit retenu »²¹⁰⁸. Il est toutefois intéressant de relever qu'une telle directive d'interprétation n'a pas de lien logique exclusif avec le formalisme : le droit allemand par exemple, qui ne prévoit rien de tel, utilise en revanche le concept de « cession finalisée »²¹⁰⁹. Il faut enfin souligner que la loi évoque une « *mention distincte* » des droits cédés « *dans l'acte de cession* » : ces mots renvoient explicitement à une indication portée dans l'acte *instrumentaire*²¹¹⁰. Historiquement, il semble bien que c'est par l'expression de la règle de l'article L.122-7 alinéa 4 (et non de l'article 131-3) que le législateur a entendu consacrer la position jurisprudentielle qui, dès avant la loi de 1957, réservait à l'auteur les modes d'exploitation du droit de reproduction ou du droit de représentation non prévus au contrat²¹¹¹.

520. Doctrine défavorable à l'interprétation jurisprudentielle. – Il n'en demeure pas moins vrai que la finalité protectrice de l'article L. 131-3 semble plutôt commander une solution contraire à celle récemment retenue par la Cour de cassation : le besoin de protection du créateur varie-t-il selon la nature du contrat²¹¹² ? En outre, il faut observer que la lettre du texte n'autorise pas incontestablement une telle interprétation, surtout si la règle est située dans son contexte. L'article L. 131-2 envisage de façon différente les contrats d'édition, de

d'adaptation pour tous pays et en précisant ensuite que, toutefois, pour les pays de langue anglaise, le film ne pourra être exploité qu'avec sous-titre et sans doublage, les parties ont clairement manifesté la volonté d'établir un régime différent pour les pays de langue anglaise, et qu'on ne comprendrait pas l'interdiction du doublage dans ces pays, si elles n'avaient pas entendu réserver au cédant le droit d'autoriser les versions en langue anglaise dans lesdits pays ».

²¹⁰⁸ Sur ces principes et l'expression de « droit retenu », v. not. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°241.

²¹⁰⁹ V. le §31 alinéa 5 UhrG, qui consacre la *Zweckübertragungstheorie*, selon laquelle l'étendue des droits concédés par l'auteur s'apprécie, en cas de doute, en fonction de ce qui est strictement nécessaire à l'exécution du contrat. V. sur ce point A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *PI* octobre 2005, p. 407.

²¹¹⁰ Il faut toutefois se garder de préjuger du domaine et de la sanction de l'art. L. 131-3 CPI. Même s'il n'est pas une règle de fond, il reste à savoir s'il s'agit d'une forme *ad validitatem* ou *ad probationem*. Sur ce point, v. *infra*, n°518s.

²¹¹¹ G. BONNEFOY, *La nouvelle législation sur la propriété littéraire et artistique*, Montchrestien 1959, préf. P. COSTE-FLORET, p. 113.

²¹¹² V. obs. F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2007, 364, notant que « la *ratio legis* de ces exigences de détermination – faire prendre conscience à l'auteur de ce qu'il cède et empêcher les cessions illimitées et indéterminées – vaut de toute évidence quelque soit le contrat ». Il serait cependant possible d'objecter que dans l'article L. 131-2, l'exigence d'un écrit n'est pas étendue à tout contrat, alors même que l'esprit de protection est exactement le même...

représentation et de production audiovisuelle et les autorisations gratuites d'exécution d'une part, les autres contrats d'autre part. Si le législateur avait souhaité limiter les mentions obligatoires aux premiers, on peut penser qu'il aurait pareillement distingué ces contrats nommés et les autres types de contrat dans le corps de l'article L.131-3²¹¹³. De surcroît, il est en réalité contestable d'instaurer un lien systématique entre exigence d'un écrit et délimitation du domaine d'exploitation. En effet, une telle solution ne semblerait valoir qu'en harmonisant la sanction du défaut d'écrit et celle de l'absence de mentions, en considérant qu'il s'agit soit d'un formalisme *ad validitatem*, soit de simples règles de preuve. Or, du moins pour l'heure, la jurisprudence admet à juste titre que l'écrit n'est qu'une exigence probatoire²¹¹⁴, tout en frappant de nullité le contrat qui ne procède pas à la délimitation²¹¹⁵. Aussi ne faut-il peut-être pas s'étonner que cet arrêt n'ait pas fait l'objet d'une publication officielle²¹¹⁶ ni que des décisions postérieures de juges du fond continuent d'adopter la lecture traditionnelle²¹¹⁷.

521. Double qualification de règle de fond et de règle de preuve. – Au vrai, il est possible que la solution du problème se découvre sous une forme plus nuancée, qui nécessite de faire la part entre règle de fond et règle de preuve.

À raison semble-t-il, la doctrine incline à penser que l'article L. 131-3 édicte une condition de validité du contrat d'auteur²¹¹⁸. Il est vrai que le texte subordonne la transmission des droits à la délimitation de la cession, ce qui paraît inviter à reconnaître une nullité pour *défait* d'objet de l'accord, privé d'effet en l'absence d'une telle délimitation²¹¹⁹ ou, peut-être, pour *indétermination* de l'objet. L'analyse soulève cependant une difficulté patente, dans les cas où il est admis que la preuve de l'*existence* du contrat soit rapportée autrement que par écrit²¹²⁰. Il faut admettre qu'il serait illogique de frapper de nullité, en raison de l'absence de mentions

²¹¹³ V. aussi en ce sens obs. F. POLLAUD-DULIAN, RTD com. 2007, 364, relevant que « l'on comprend mal pourquoi l'article L. 131-3 ne se reliait qu'au premier alinéa de l'article L. 131-2 et pas au second, qui vise « tous les autres cas » ».

²¹¹⁴ V. *supra*, n°516.

²¹¹⁵ V. p. ex. Cass. 1^e civ., 23 janv. 2001, Bull. civ. I, n°13; RIDA 2001/3, 327 – 20 nov. 1979, Bull. civ. I, n°289 – 6 nov. 1979, Bull. civ. I, n°271.

²¹¹⁶ V. en ce sens obs. F. POLLAUD-DULIAN, RTD com. 2007, 364.

²¹¹⁷ V. p. ex. CA Paris, 4^e ch. A, 9 mai 2007, LP déc. 2007 II, n°29, obs. Ch. ALLEAUME (à propos de la republication des articles et photographies d'un journaliste dans différentes revues).

²¹¹⁸ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°582 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°454 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°955 et RTD com. 2007, 363, obs. Sous Cass. civ. 1^e, 21 novembre 2006.

²¹¹⁹ Sur la référence à la nullité pour défaut d'objet, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°582.

²¹²⁰ Ainsi des contrats non visés par l'art. L. 131-2, al. 1^{er}, du CPI, soumis au droit commun de la preuve.

écrites, un acte dont la preuve a pu être licitement rapportée autrement que par écrit²¹²¹. Dans le même temps, il est cependant choquant de mieux traiter l'exploitant qui n'a pas constitué d'écrit que celui qui en aurait établi un, mais incomplet²¹²². Il faut donc justifier de la possibilité, pour le cessionnaire admis à rapporter la preuve du contrat autrement que par écrit, d'échapper à la nullité en raison de l'absence de délimitation par écrit. M. Gautier propose de fonder une exception sur l'obligation de bonne foi pesant sur l'auteur ou la règle « *nemo auditur* »²¹²³. Il paraît pourtant discutable d'invoquer, s'agissant de la formation et de la preuve du contrat, des règles relatives à son exécution. En réalité, la nature de la règle posée par l'article L. 131-3, alinéa 1^{er} pourrait se dévoiler tout en nuance.

De prime abord, cette disposition, à s'en tenir à sa lettre, paraît consister dans une règle de forme. En effet, la loi exige que des *mentions* figurent dans un *acte* de cession. Cependant, l'analyse s'accorde mal avec la qualification de l'article L. 131-2 en tant que simple règle de preuve²¹²⁴ : comment soutenir que les mentions d'un écrit sont exigées *ad validitatem* lorsque l'écrit n'est exigé qu'*ad probationem* ? La référence à une « *mention distincte* » des droits cédés « *dans l'acte de cession* » renvoie explicitement à une indication portée dans l'acte *instrumentaire*. Il n'y aurait aucun sens à exiger *ad validitatem* des mentions d'un écrit lorsque l'écrit n'est lui-même exigé qu'*ad probationem*. Dans la mesure où il est indiscutable que l'article L. 131-2 ne consacre qu'une règle de preuve, il est donc exclu de qualifier l'article L. 131-3 de règle de forme.

Le texte peut-il pour autant recevoir la qualification de simple règle de preuve ? Historiquement, il semble que c'est bien par l'expression de la règle de l'article L.122-7 alinéa 4 (et non de l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}) que le législateur a entendu consacrer la position jurisprudentielle qui, déjà, réservait à l'auteur les modes d'exploitation du droit de reproduction ou du droit de représentation non prévus au contrat²¹²⁵. Il n'en demeure pas moins que la sanction de l'article L. 131-3 ne permet pas d'écarter l'idée qu'il s'agit de condition de validité : la transmission est subordonnée à la délimitation. Pas de délimitation, pas de cession valable ! Indubitablement, la délimitation du domaine d'exploitation équivaut à une détermination de l'objet de la cession. A l'instar de l'article 1121 du code civil, l'article

²¹²¹ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°454.

²¹²² *Ibid.*

²¹²³ *Ibid.*

²¹²⁴ V. *supra*, n°516.

L. 131-3 semble bien être une règle de fond, précisant une condition de validité du contrat, et non le socle d'un formalisme *ad validitatem*.

Il semble ainsi que l'article L. 131-3 devrait recevoir, de façon beaucoup plus cohérente, la double qualification de règle de preuve et de règle de fond, chacune ayant son domaine d'application. En tant que règle de fond, imposant une *délimitation du domaine d'exploitation des droits cédés*, la disposition s'étend à *tout contrat d'auteur*, la transmission des droits étant subordonnée à leur détermination précise. Mais en tant que règle de preuve, l'article ne concerne que les contrats visés par l'article L. 131-2 alinéa 1^{er}, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation²¹²⁶. Aussi, la délimitation de la cession doit être prouvée par écrit lorsque la cession est prouvée par écrit. Au contraire, lorsque la preuve de la cession a pu être rapportée autrement que par écrit, la délimitation devrait pouvoir être prouvée autrement que par écrit.

Ceci ne doit pas empêcher d'admettre qu'une telle preuve de la délimitation, en dehors de la production d'un écrit, ne sera guère aisée. Le contrat, reconnu valable, pourrait être cantonné au minimum, ou l'auteur pourrait se voir reconnaître un droit de résilier le contrat à tout moment, sous réserve d'un préavis et sans abus de sa part²¹²⁷. Là encore, la solution repose en fait sur une saine articulation entre question de preuve et de fond. En cas de doute, parce que les éléments de preuve sont insuffisants, le principe d'interprétation stricte des cessions devrait conduire à limiter la cession à ce qui est fermement établi, l'exploitation faite avant la contestation par exemple. Le cessionnaire ne devrait pouvoir exploiter que selon les termes dont il parvient à faire la démonstration, devant supporter le fardeau, partant le risque de la preuve.

Les contrats visés par l'article L. 131-2 du code de la propriété intellectuelle n'échappent quant à eux à l'article L. 131-3 ni en tant que règle de fond, ni en tant que règle de preuve. La

²¹²⁵ G. BONNEFOY, *La nouvelle législation sur la propriété littéraire et artistique*, Montchrestien 1959, préf. P. COSTE-FLORET, p. 113.

²¹²⁶ V. Cass. 1^e civ., 21 novembre 2006, *op. cit.* Il convient déjà de relever que la différence d'approche du droit français et du droit allemand ne s'avère pas sans conséquences, toutes choses égales par ailleurs. Le concept de « cession finalisée » paraît en effet bien plus subjectif, en ce sens qu'il ouvre au juge la faculté de distinguer selon la nature de l'œuvre, les intérêts du créateur. La portée d'une cession sera par exemple analysée différemment selon qu'il s'agit d'œuvres scientifiques, dont les auteurs sont plus attachés à la diffusion la plus large possible qu'aux conditions de la rémunération qu'ils peuvent espérer en tirer, ou d'œuvres de presse par exemple, qui sont réalisées par leurs auteurs avant tout à des fins alimentaires. Il semble que l'art. L.131-3 CPI invite à une analyse beaucoup plus objective, dans la mesure où l'absence de mentions obligatoires prévues ne saurait être *a priori* justifiée par des considérations relatives à la nature de l'œuvre, etc.

²¹²⁷ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°454.

règle s'applique sans l'ombre d'un doute aux contrats de représentation et d'édition. En outre, s'il est considéré que le formalisme de l'article L.131-3 est écarté en matière audiovisuelle²¹²⁸, ce point est contesté en doctrine, et surtout, le contrat de production audiovisuelle emporte en tout état de cause cession des seuls droits d'exploitation audiovisuelle, et non de l'ensemble des prérogatives rattachées au droit de reproduction, tels les « droits graphiques et théâtraux »²¹²⁹, les droits dérivés tels les droits de *sequel*, *prequel*, *spin off*, *merchandising*, etc.²¹³⁰

Si la qualification du contrat ne reste pas tout à fait sans incidences sur l'application de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, s'agissant de la *preuve* du contrat, il en va de même s'agissant des formalités publicitaires.

3) Qualification contractuelle et formalité publicitaire

522. Publicité en matière audiovisuelle et logicielle. – La qualification du contrat au regard du droit d'auteur emporte pour conséquence un régime différencié quant à l'opposabilité de la convention. En l'absence de disposition spéciale, le caractère consensuel de la vente ou du bail de meubles corporels devrait s'imposer²¹³¹. Seuls les contrats passés à l'égard d'œuvres audiovisuelle et logicielle doivent être publiés dans un registre spécial²¹³² : le Registre public du cinéma et de l'audiovisuel, s'agissant des contrats de production audiovisuelle bien sûr, mais aussi des contrats d'adaptation et de tous les sous-contrats, un registre tenu par l'INPI s'agissant des logiciels. La raison d'être de ce formalisme publicitaire est évidente : en matière audiovisuelle, il s'agit d'assurer l'information des tiers et des tous les maillons d'une chaîne de contrats qui peut être très grande envergure ; en matière de logiciel, il s'agit d'assurer l'information du tiers et de remplacer la dépossession, ce qui est très ordinaire s'agissant de sûreté réelle sans dépossession. Pour les autres contrats, il y a lieu de faire application du régime de droit commun de la vente ou du bail de choses mobilières : aucune publicité n'est exigée.

²¹²⁸ V. not. Cass. 1^{er} civ., 22 mars 1988, RIDA 3/1988, 106 ; RTD com. 1988, 629, obs. FRANÇON, D. 1988, IR 101 (cession présumée pour la durée du monopole).

²¹²⁹ Arg. art. L.132-24 al. 2 CPI.

²¹³⁰ Il convient en effet de rappeler que les droits dérivés ne sont pas compris dans la présomption de cession qui découle de l'art. L132-24 CPI. V. not. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°334.

²¹³¹ Sur le caractère consensuel de la vente et du bail, v. p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°140 et 307 respectivement.

²¹³² V. not. J. RAYNARD, « Le tiers au pays du droit d'auteur. Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », JCP 1999, I, 138, n°10 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°948.

523. Conclusion de la section 1. – La formation du contrat obéit à des règles propres aux contrats d’auteur, dont il convient cependant de restreindre la mise en œuvre aux seuls contrats visés. La mise en œuvre de la qualification de bail ou de vente permet ainsi de recourir à un régime plus souple en dehors des cas concernés par la loi spéciale, ainsi pour les pactes de préférence, le consentement au contrat ou les modes de preuve admissibles. C’est cependant bien davantage à l’égard des effets du contrat que la qualification du contrat d’auteur au regard du droit civil déploie son intérêt.

Section 2

EFFETS DU CONTRAT

524. La qualification du contrat d’auteur au regard du droit civil produit des conséquences qui concernent tant les engagements de l’auteur (sous-section 1) que ceux de son cocontractant (sous-section 2).

Sous-section 1

ENGAGEMENTS DE L’AUTEUR

525. Divers effets du contrat d’auteur appellent la mise en œuvre du régime juridique attaché à sa qualification au regard du droit civil : le transfert ou la mise à disposition (§1.), l’obligation de délivrance (§2.) et la garantie (§3.).

§ 1. TRANSFERT OU MISE A DISPOSITION

526. L’intérêt de la qualification de vente ou de bail ressort à plusieurs points de vue : l’effet du transfert ou de la concession de licence sur l’action en contrefaçon (A) et le transfert des risques (B)

A. – L'action en contrefaçon

527. Dès lors que l'effet translatif des contrats d'auteur porte parfois sur la propriété des fruits du monopole d'exploitation, non sur les droits exclusifs eux-mêmes, il est exclu de relever un lien absolu entre cet effet et la qualité pour agir en contrefaçon. Force est de distinguer selon que cet effet s'inscrit dans le cadre d'un acte constitutif d'un droit personnel de jouissance ou dans celui d'un acte translatif d'un démembrement réel. Dans la mesure où les deux qualifications n'emportent pas les mêmes conséquences sur l'exercice de l'action en contrefaçon, il convient de distinguer deux hypothèses : la mise en œuvre de la qualification de vente d'un démembrement réel (1), puis celle de bail (2).

1) Qualité pour agir en contrefaçon en cas de vente

528. La vente, lorsqu'elle opère transfert d'un démembrement réel du monopole d'exploitation, confère à l'acquéreur la qualité pour agir en contrefaçon, qui est le prolongement naturel du droit exclusif partiellement cédé. Parce qu'il n'est pas évident que l'action en contrefaçon soit réductible à une action en revendication, il importe néanmoins d'examiner la situation de l'auteur (a) avant celle du cessionnaire (b).

a) Qualité pour agir de l'auteur en cas de cession d'un démembrement réel du droit d'exploitation

529. Action du cédant contre des faits postérieurs à la cession consentie en contrepartie d'une rémunération proportionnelle. – Restant titulaire des démembrements non compris dans le contrat de cession, c'est à l'auteur qu'il appartient évidemment d'agir en contrefaçon contre la violation de tels droits²¹³³. En revanche, reste discutée la question de savoir si l'auteur conserve le droit d'agir, nonobstant la conclusion d'un contrat de vente d'un démembrement réel, à raison de faits de contrefaçon postérieurs. D'emblée, une distinction paraît s'imposer en fonction des modalités de la rémunération. Lorsque la cession prévoit un

²¹³³ CA Paris, 4^e ch., 13 juin 1988, D. 1990, SC 187, obs. Burst (cession d'un droit restreint à un secteur géographique).

prix forfaitaire, l'intérêt commun à l'exploitation est discutable²¹³⁴ : il est logique que le créateur ne puisse poursuivre des atteintes aux droits d'exploitation qu'il a cédés en contrepartie d'une rémunération fixe, qui le désintéresse des suites de l'exploitation. Mais un problème particulier apparaît lorsque la cession comporte une rémunération proportionnelle : l'action en contrefaçon doit-elle appartenir au seul cessionnaire et rester fermée à l'auteur ? Le problème est parfois faussement résolu sur le fondement d'une atteinte au droit moral²¹³⁵. Il est pourtant indubitable que cet attribut extrapatrimonial, n'ayant pas pour vocation de sanctionner un défaut d'exploitation²¹³⁶, ne peut être excipé au soutien d'une action intentée à des fins patrimoniales. Cependant, la contrefaçon prive l'exploitant des recettes qu'aurait rapporté la vente des produits contrefaits, la cession des droits d'adaptation de l'œuvre plagiée, etc. Est-il logique que l'auteur, qui aurait eu droit à une partie de ces recettes en vertu du principe de participation proportionnelle, ne puisse agir ?

530. Thèse défavorable à l'action de l'auteur cédant. – Une jurisprudence ancienne²¹³⁷, récemment confirmée et approuvée par une doctrine abondante²¹³⁸, ferme l'action à l'auteur qui a cédé les droits violés, même lorsque la cession a pour contrepartie une rémunération proportionnelle²¹³⁹. De surcroît, si quelques décisions de juges du fond retiennent la recevabilité de l'action de l'auteur, évoquant parfois un « intérêt patrimonial secondaire »²¹⁴⁰,

²¹³⁴ V. déjà Cass. crim., 7 prairial an II, S. 1807, 2, 875 : « *le véritable propriétaire à indemniser par le contrefacteur* » est l'éditeur dont « *seuls les intérêts sont lésés* ». Cette solution pouvait se comprendre à une époque où l'auteur était jugé pouvoir aliéner sa propriété littéraire en son entier, laquelle suivait d'ailleurs la propriété du support. Aujourd'hui, la formule selon laquelle seuls les intérêts de l'exploitant sont lésés paraît plus radicale...

²¹³⁵ CA Paris, 4^e ch. 6 juin 1978, RIDA 1979/1, 165 ; TGI Paris, 1^e ch., 17 mai 1989, 1990/1, 349.

²¹³⁶ CA Paris, 28 mai 2003, CCE 2003, n°102, note Ch. CARON : jugé que « l'inexploitation d'une œuvre ne relevant pas de la protection du droit moral de l'auteur », la demande de réparation formée par l'auteur d'un documentaire et de captations de spectacles de danse qui n'a pu l'exploiter en raison d'un refus de la compagnie de ballets doit être rejetée.

²¹³⁷ Cass. crim., 19 mars 1926, GP 1926, 1, 688 ; T. civ. Seine, 7 avril 1949, JCP 1950, II, 5462, 2^e esp., note Plaisant et Coste ; TGI Paris, réf., 2 janvier 1987, RIDA 1987/4, 227.

²¹³⁸ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°913 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1250 ; Ch. CARON, *Manuel*, n°521.

²¹³⁹ Cass. 1^e civ., 3 avril 2007, pourvoi n°06-13.342 : ayant constaté qu'un auteur avait cédé à un éditeur la totalité de ses droits patrimoniaux, sans se réserver la possibilité de poursuivre les tiers contrefacteurs en raison des atteintes qui y seraient éventuellement portées, une cour d'appel avait à bon droit déclaré ce créateur irrecevable à agir en contrefaçon sur le fondement de ces droits, peu important que ceux-ci aient été cédés en contrepartie d'une rémunération proportionnelle.

²¹⁴⁰ TGI Paris, 1^e ch., 16 janvier 1991, RIDA 1991/2, 180 : jugé que l'auteur « est recevable à agir non seulement pour la défense du droit moral dont il dispose sur ses ouvrages, mais également pour sauvegarder les droits d'exploitation de ceux-ci, édités soit à compte d'auteur, soit en contrepartie d'une participation proportionnelle aux recettes provenant de leur vente » (les prétentions de l'auteur sont cependant rejetées sur le fond) – TGI Avignon, 1^e ch., 8 novembre 1988, RIDA 1989/3, 278, note P.-Y. GAUTIER : jugé que « les attributs d'ordre patrimonial ont été cédés contre rémunération proportionnelle aux ressources procurées par l'exploitation ; que celle-ci doit alors leur être directement versée par la Société des Auteurs et Compositeurs dramatiques », et que « la cession donne donc naissance à un **intérêt patrimonial secondaire** apparaissant

de même qu'une fraction de la doctrine se réfère à un « droit patrimonial résiduel »²¹⁴¹, il est vrai que de tels concepts manquent de clarté : si la rémunération doit être proportionnelle, elle n'en demeure pas moins une *créance*. L'idée ne paraît pas pouvoir justifier, tant qu'il n'est pas contesté que l'action en contrefaçon appartient au titulaire du droit d'exploitation, de ce que l'auteur peut agir *en dépit de* la cession. En effet, si l'auteur ayant cédé les droits violés contre une participation proportionnelle a un évident *intérêt à agir*, il semble que l'irrecevabilité de son recours se justifie en réalité par le défaut de *qualité à agir*. L'action en contrefaçon serait ainsi une action attitrée. Contrairement à l'action dite « banale », l'action attitrée est réservée à certains intéressés spécialement désignés²¹⁴². Or de prime abord, l'action en contrefaçon paraît bien réservée au titulaire du droit d'auteur²¹⁴³.

Par ailleurs, la solution présente le mérite d'éviter qu'un créateur puisse agir en contrefaçon à l'insu du cessionnaire des droits, et s'immisce ainsi dans sa gestion²¹⁴⁴. Enfin, le créateur ne semble pas privé de *tout* recours. Ainsi, il lui reste possible d'intervenir dans l'instance²¹⁴⁵, encore qu'il faille distinguer. L'*intervention principale* semble exclue, dans la mesure où, soumettant alors au juge une prétention propre²¹⁴⁶, l'intervenant doit disposer du droit d'agir dans les mêmes conditions que le demandeur initial²¹⁴⁷ : l'action étant fermée à celui-ci, l'intervention devrait être refusée à celui-là. Aussi faut-il ajouter qu'une *intervention*

comme légitime et susceptible de permettre aux auteurs un recours en justice, conformément à l'article 31 du nouveau code de procédure civile » (nous soulignons). Mais cette décision ne statue pas sur le fondement d'une action en contrefaçon, mais sur celui d'une action fondée sur la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle pour abus de droit (non-renouvellement du contrat de cession du droit d'adaptation)...

²¹⁴¹ E. DREYER, « Contrefaçon. Moyens de défense », J.-Cl. PLA fasc. 1611, n°18, selon lequel la « circonstance selon laquelle l'auteur cède ensuite ses droits à un éditeur ne lui fait pas perdre la possibilité d'agir en contrefaçon en vertu d'un **droit patrimonial résiduel** à percevoir une rémunération proportionnelle aux produits de l'exploitation qu'il a autorisée » (souligné par l'auteur).

²¹⁴² V. *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la dir. S. GUINCHARD, Dalloz Action 2006/2007, 102.10 : « On parle ainsi d'actions attitrées à propos de prétentions qui ne peuvent pas être élevées ou combattues par tous ceux qui y trouveraient un intérêt juridique et légitime ».

²¹⁴³ V. art. L. 335-2 CPI, qui évoque une atteinte à la « propriété des auteurs ». La formulation est plus explicite s'agissant p. ex. des brevets d'invention (art. L. 615-2 CPI).

²¹⁴⁴ V. p. ex. obs. A. FRANÇON sous Cass. 1^e civ., 24 février 1998, RTD com. 1998, 592, à propos des sociétés de gestion collective. Il faut néanmoins relever avec l'auteur que la situation de l'adhérent à une société de gestion collective est particulière, not. à l'égard de la SACEM, dont le règlement l'engage « d'une façon générale à ne rien faire ni entreprendre qui puisse nuire aux intérêts matériels et moraux de la société et de ses membres ». L'argument reste discutable d'un point de vue général, en ce qu'il paraît méconnaître la fonction réelle d'une SPRD, qui ne maîtrise pas une exploitation, mais a pour mission essentielle sinon unique de percevoir des redevances. On ne voit pas en quoi un créateur nuirait aux intérêts matériels et moraux de la société en attaquant ceux qui utilisent ses œuvres sans verser les redevances que la SPRD avait pour mission de récolter...

²¹⁴⁵ V. p. ex. sur ce point P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°798.

²¹⁴⁶ Arg. art. 329 CPC : « *l'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme* ».

²¹⁴⁷ *Droit et pratique de la procédure civile*, sous la dir. S. GUINCHARD, Dalloz Action 2006/2007, 312.21 – L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec 2006, n°459.

accessoire ne présenterait que peu d'intérêt. Le créateur, ne présentant aucune prétention propre, se contente alors d'apporter son soutien à l'une des parties à la procédure, le cessionnaire en l'occurrence²¹⁴⁸. Si l'intervention doit certes se rattacher aux prétentions des parties par un lien suffisant²¹⁴⁹, ce lien n'est pas douteux, dès lors qu'il s'agit de poursuivre les mêmes faits de contrefaçon. Dès lors que l'intérêt de l'intervenant accessoire, apprécié plus soupagement, s'entend d'un intérêt à la « *conservation de ses droits* »²¹⁵⁰, l'intérêt de l'auteur n'est guère plus discutable. Seulement, il ne faut précisément pas oublier que l'intervenant accessoire n'émet aucune prétention propre : il n'est pas, par conséquent, bénéficiaire de la condamnation éventuellement prononcée en faveur du cessionnaire agissant contre un tiers à des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. En effet, à quel titre celui-ci pourrait-il donc être tenu de verser à l'auteur une partie des dommages-intérêts ? Les dommages-intérêts sont, dans cette configuration procédurale, destinés à réparer le préjudice subi par l'exploitant. C'est une somme qui lui revient personnellement. De surcroît, l'article L.131-4 évoque une participation proportionnelle aux recettes d'exploitation, la jurisprudence retenant généralement le prix public hors taxes pour assiette²¹⁵¹. En l'absence d'une stipulation précise, la loi n'impose pas une participation proportionnelle aux dommages-intérêts perçus au titre d'une action en contrefaçon... Quant à l'action oblique, qu'un auteur pourrait exercer en cas de défaillance du cessionnaire²¹⁵², elle présente un intérêt tout aussi faible et risque de se heurter à des contraintes pratiques, voire à un obstacle rédhibitoire. *Un faible intérêt*, à l'instar de toute action oblique, dont le produit tombe dans le patrimoine du débiteur²¹⁵³. *Des contraintes pratiques* : l'exploitant ne sera peut-être pas reconnu négligent²¹⁵⁴ ; il pourrait renoncer à l'action et, partant, à sa créance de réparation²¹⁵⁵... *Un obstacle rédhibitoire* peut-être même, de ce point de vue : il n'est pas acquis que la créance de l'auteur soit reconnue certaine, liquide et exigible²¹⁵⁶ – l'exploitant aurait par exemple pu autoriser gratuitement l'exploitation accomplie illégalement par le tiers, d'où il ressort que le

²¹⁴⁸ Arg. art. 330 CPC, qui définit l'intervention accessoire comme celle « *qui appuie les prétentions d'une parties* ».

²¹⁴⁹ Art. 325 CPC.

²¹⁵⁰ Art. 330 al. 2 CPC.

²¹⁵¹ Sur le prix, V. *infra*, n°109.

²¹⁵² V., déclarant recevable l'action oblique mais estimant la contrefaçon non caractérisée, TGI Paris, 3^e ch., 19 juin 2002, RIDA 2003/1, 382. *Adde* P. –Y. GAUTIER, *Précis*, n°798.

²¹⁵³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, n°1152.

²¹⁵⁴ Il faut préciser toutefois que c'est au débiteur de rapporter la preuve de sa diligence : Cass. 1^e civ., 28 mai 2002, Bull. civ. I, n°45 ; D. 2002, 3041, note PERRUCHOT-TRIBOULET.

²¹⁵⁵ La renonciation du débiteur à sa créance contre le sous-débiteur est opposable au créancier agissant par la voie oblique, semble-t-il même postérieurement à l'action. V. en ce sens Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, Litec 4^e éd. 2007, n°104.

²¹⁵⁶ Sur cette condition de l'action, V. Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *op. cit.*, n°102.

créateur n'aurait pas eu vocation à percevoir de participation. Enfin, en l'absence de défaillance, n'est pas résolu le problème de l'absence de titre du cédant à percevoir une partie des dommages et intérêts auxquels serait condamné le contrefacteur... qui a pourtant au moins potentiellement fait perdre au créateur une chance de percevoir des redevances au titre d'une exploitation licite. D'ailleurs, même à supposer que le cessionnaire agisse, l'auteur pourra difficilement exiger de lui qu'il lui verse une partie des dommages et intérêts perçus au titre du préjudice causé par la contrefaçon... L'auteur serait alors purement et simplement privé de toute indemnisation d'un préjudice avéré.

531. Thèse favorable à l'action de l'auteur. Double nature de l'action en contrefaçon : action en revendication et action en responsabilité civile. – La solution s'avère bien sévère pour l'auteur. D'autant plus que l'irrecevabilité de l'action du créateur ayant cédé ses droits en contrepartie d'une rémunération proportionnelle apparaît théoriquement contestable. Si la considération de sa qualité de *victime par ricochet*, qui subit un manque à gagner au moins sous la forme d'une perte de chance de percevoir des redevances²¹⁵⁷, ne suffit certes pas à justifier du fondement de son action, alors qu'il n'est plus titulaire des droits violés, l'issue du débat devrait dépendre de la nature de l'action en contrefaçon. En effet, si une action en revendication n'est ouverte qu'à celui qui se prétend propriétaire, l'action en responsabilité civile appartient à celui qui a un intérêt à agir, ce qui s'entend de façon plus souple. Aussi la qualification de l'action en contrefaçon apparaît-elle propice à résoudre le problème de la qualité pour agir d'un auteur cédant.

Tout d'abord, il ne semble pas justifié de s'en tenir à la particularité de l'action en contrefaçon pour écarter chacune des deux qualifications, en l'érigant en une sorte d'action *sui generis*²¹⁵⁸ : pour régler un certain nombre de questions que le code de la propriété intellectuelle ne permet pas de résoudre, force est de trancher dans un sens ou dans un autre, ainsi notamment pour les problèmes de prescription²¹⁵⁹, de charge de la preuve²¹⁶⁰ ou de

²¹⁵⁷ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°798.

²¹⁵⁸ V. au contraire en ce sens M. BILLIAU, « Contrefaçon, propriété et responsabilité », CCE septembre 2005, étude 29, p. 11, n°3, pour lequel, « ne se confondant ni avec l'action en responsabilité civile, ni avec l'action en revendication, elles [les actions en contrefaçon] obéissent à des conditions qui leur sont propres et se suffisent à elles-mêmes ».

²¹⁵⁹ Le code de la propriété intellectuelle ne prévoit pas de prescription de l'action en contrefaçon exercée devant la juridiction civile (au pénal, s'applique la prescription prévue pour les délits). Or la réponse diffèrera sensiblement selon que l'action suivra le régime de l'action en revendication, imprescriptible (v. p. ex. Cass. civ. 3^e, 5 juin 2002, Bull. civ. III, n°129, D. 2003, 1461, note G. PILLET, JCP G 2002, II, 10190, note DU RUSQUEC ; 9 juillet 2003, JCP G 2004, I, 125, n°4, obs. PÉRINET-MARQUET), ou celui de l'action en responsabilité civile, soumise à une prescription décennale (art. 2270-1 C. civ.).

sanctions civiles²¹⁶¹... mais aussi et peut-être surtout de détermination des titulaires de l'action. L'action en revendication est un recours réservé au propriétaire de la chose²¹⁶² ; lorsque l'action est exercée à raison d'un trouble dans la jouissance du bien, elle n'est au contraire pas réservée au propriétaire du bien, mais ouverte à tous ceux qui ont souffert d'un préjudice. Ainsi le possesseur ou l'occupant peut-il par exemple exercer une action en responsabilité délictuelle ou pour troubles anormaux de voisinage.

L'action en contrefaçon paraît, de prime abord, assez éloignée de l'action en revendication²¹⁶³. Certes, il semble s'agir de lutte contre un empiètement²¹⁶⁴. Mais il ne faut pas oublier que le titulaire des droits n'a pas été privé de l'exercice des droits violés²¹⁶⁵ - même si le titulaire légitime a bel et bien été privé de l'exclusivité... En outre, dans la plupart des hypothèses, l'action en contrefaçon n'a pas vocation à déterminer qui est le titulaire du droit, mais seulement de sanctionner l'atteinte au monopole. De même que le propriétaire d'un immeuble n'agit pas en revendication contre des « squatters », mais exerce, par exemple,

²¹⁶⁰ Dans l'action en revendication, il appartient au demandeur de rapporter la preuve de sa propriété (v. sur ce point Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF coll. « Thémis », 2006, n°316). Dans l'action en responsabilité civile, dès lors que la faute est présumée dans son élément subjectif, il appartient au défendeur en contrefaçon de prouver ce qu'il allègue au titre de moyen de défense : l'absence de droits (absence d'originalité) ou un éventuel transfert en sa faveur.

²¹⁶¹ Le code de la propriété intellectuelle ne fixe pas de règles précises quant aux sanctions civiles de la contrefaçon. Or le régime de l'action en revendication diffère là aussi sensiblement de celui de l'action en responsabilité civile : le revendiquant a droit à la restitution des fruits par le possesseur de mauvaise foi, alors que le quantum de la réparation du préjudice est déterminé par le juge.

²¹⁶² Sur l'action en revendication, v. p. ex. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n°520 (« Action pétitoire par excellence, l'action en revendication est celle qu'exerce le propriétaire, en cette qualité, contre le tiers qui détient indûment son bien et refuse de le restituer en contestant son droit »).

²¹⁶³ M. BILLIAU, « Contrefaçon, propriété et responsabilité », CCE septembre 2005, étude 29, p. 11, n°3 : L'action en revendication est « inapte à sanctionner l'atteinte au monopole par la réalisation de copies sans droits. En effet, dans ce cas de figure, le copieur ne prétend pas être titulaire du droit de reproduction et il n'empêche pas le titulaire du droit de propriété intellectuelle de l'exercer. On ne revendique pas un droit contre un défendeur qui reconnaît ne pas en être le titulaire ». Sauf que, dans certaines hypothèses, le défendeur ne reconnaît pas ne pas être titulaire, ainsi par exemple s'il prétend être cessionnaire ou licencié.

²¹⁶⁴ F. POLLAUD-DULIAN, « De la prescription en droit d'auteur », RTD civ. 1999, 585, spéc. 593 ; J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF 1991, p. 330 : l'action en contrefaçon n'est, « à bien réfléchir, qu'une action en *rei vindicatio*, une action destinée à faire cesser l'empiètement indu à l'instant évoqué, une action dont l'objet n'est autre que la défense de la propriété et qui est, dans le champ des propriétés intellectuelles, de l'ordre du pétitoire ». Il n'est cependant pas inutile de noter que, dans le droit commun des biens, certains auteurs considèrent que les problèmes relatifs à un empiètement ne se règlent pas dans le cadre d'une action en revendication, mais par la théorie de l'accession. V. en ce sens F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n°262.

²¹⁶⁵ *Contra*, v. J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF 1991, p. 331 : « l'action en contrefaçon a pour objet de faire cesser cet état de choses qui voit le breveté privé, *de facto* d'une partie de ses prérogatives, de restituer à celui-ci la pleine maîtrise de ses droits ». Pour justifier leur position, les auteurs adoptent ainsi une opinion qui paraît excessive, car contrairement au revendiquant d'une chose corporelle, le titulaire du monopole n'a justement pas été privé de l'exercice des droits violés, même s'il est vrai que le titulaire légitime a été privé de l'exclusivité...

une action en référé pour troubles de voisinages ou une action possessoire²¹⁶⁶, le titulaire du monopole n'a pas à suivre le régime de l'action en revendication.

Cependant, il serait peut-être excessif d'exclure, en toute hypothèse, le régime de l'action en revendication. L'action en contrefaçon semble bien participer de la nature de cette action lorsqu'il s'agit de trancher un conflit entre plusieurs personnes qui se prétendent auteur de l'œuvre en cause, ou lorsqu'il est reproché au cessionnaire d'avoir outrepassé ses droits. Il faut ainsi approuver la jurisprudence d'avoir, dans des conflits entre un auteur et son cessionnaire, à qui était reproché un dépassement des limites de la cession, retenu le caractère imprescriptible de l'action²¹⁶⁷. Contre le cessionnaire, il est en toute hypothèse indubitable que l'auteur peut intenter l'action en contrefaçon, puisqu'il prétend être titulaire des droits non cédés.

Il n'en demeure pas moins que, si l'action en contrefaçon présente parfois les traits d'une action en revendication, ce ne sera pas toujours le cas, alors même que l'applicabilité d'une telle qualification montre qu'il ne s'agit pas, du moins pas toujours, d'une action *sui generis*. C'est dire que l'action en contrefaçon peut tout aussi bien se classer parmi les actions en responsabilité civile obéissant à des conditions propres. Que la faute soit présumée ne présente aucune difficulté : il existe de nombreux cas de responsabilité sans faute ou pour faute présumée. Que le juge vérifie qu'il y a originalité de l'œuvre prétendument contrefaite n'emporte pas davantage une nature spécifique de l'action : il faut bien comprendre qu'il s'agit seulement, au fond, de savoir si la prétendue « création » n'est en fait qu'une *chose commune* ou un objet de droit privatif. Aucune différence avec les choses corporelles : celui qui se prétendrait propriétaire du rivage qui jouxte sa maison en bord de mer ne sera pas recevable à agir en réparation des troubles de jouissance... De même, les règles

²¹⁶⁶ Sur les actions qu'il est possible d'exercer en raison de troubles dans l'exercice des prérogatives du propriétaire, v. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n°517.

²¹⁶⁷ V. not. Cass. 1^e civ., 17 janvier 1995, Bull. civ. I, n°39. En l'espèce, une cour d'appel avait retenu une contrefaçon à l'encontre du cessionnaire des droits d'exploitation télévisuelle de deux films documentaires, qui les avaient diffusés postérieurement à l'expiration des contrats. Ce dernier reprochait alors aux juges du second degré d'avoir écarté l'application de l'article 189 du code de commerce, par un moyen auquel la Cour de cassation répond que « l'exercice par l'auteur du droit de propriété intellectuelle qu'il tient de la loi, et qui est attaché à sa personne en qualité d'auteur, n'est limité par aucune prescription ». V. aussi Cass. 1^e civ., 6 mai 1997, RIDA 1997/4, 231. Dans cette affaire, la cour d'appel avait jugé que la demanderesse était coauteur du film en cause, en tant qu'ayant participé à l'élaboration du scénario, et que son droit de se prévaloir de cette qualité n'était pas soumis à la prescription trentenaire, qui ne devait s'appliquer qu'au paiement des redevances. La Cour de cassation rejette le pourvoi en rappelant le principe sus-énoncé. On peut noter que dans ces deux affaires, il s'agissait bien de trancher un conflit relatif à la titularité du droit. L'imprescriptibilité propre à l'action en revendication pouvait donc se comprendre dans cette optique.

d'appréciation de la contrefaçon peuvent être analysées comme des modalités d'appréciation de la faute délictuelle : là encore la spécificité de la matière n'implique pas de reconnaître une nature *sui generis* à l'action. Peu importe enfin l'indifférence de la bonne foi : la responsabilité civile ne repose pas nécessairement sur une faute intentionnelle : il n'est qu'à songer à la faute d'imprudence ou de négligence. En définitive, l'action en contrefaçon semble bien participer de la nature de l'action en responsabilité civile lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice consécutif à la violation des droits par un tiers. En opportunité, il se comprend mal que l'impératif de maîtrise de l'exploitation par le cessionnaire justifie le défaut de poursuite de la contrefaçon : si le cessionnaire entend admettre l'exploitation par des tiers sans contrepartie, il a toute latitude pour consentir une autorisation gratuite. La qualification d'action en responsabilité civile paraît d'ailleurs consacrée par des arrêts appliquant la prescription décennale du code de commerce ou de l'article 2270-1 du code civil²¹⁶⁸. Enfin, la contrefaçon est une infraction pénale : devant le juge pénal, l'action civile est nécessairement une action en responsabilité délictuelle. Il est à tout le moins exclu que le juge pénal connaisse d'une action en revendication²¹⁶⁹. Un grand nombre de raisons justifient ainsi que l'action en contrefaçon soit considérée comme une action en responsabilité civile, qui devrait être reconnue au profit de tous ceux qui ont subi un préjudice.

L'intérêt à agir de l'auteur ayant cédé ses droits en contrepartie d'une rémunération proportionnelle paraît dès lors indiscutable. Il subit un préjudice indirect, par ricochet²¹⁷⁰. Il peut ainsi agir en contrefaçon contre un tiers. Si l'auteur devrait être jugé recevable à agir, il ne devrait néanmoins que réclamer une indemnisation de son propre préjudice : il conviendrait donc d'appliquer au montant du manque à gagner le taux prévu.

b) Qualité pour agir du cocontractant de l'auteur en cas de vente

532. Action ouverte au cessionnaire. – Quant au cessionnaire d'un démembrement réel, sa qualité pour agir en contrefaçon n'est pas seulement un prolongement du droit exclusif acquis. C'est aussi la conséquence de l'intérêt à agir contre des faits qui lui portent préjudice. Par

²¹⁶⁸ CA Paris, 4^e ch., 26 juin 1996, RIDA 1997/4, 253 (qui retient la qualification d'action en responsabilité civile extra-contractuelle).

²¹⁶⁹ Même s'il pourrait être amené à trancher le problème de l'existence d'un droit de propriété pour qualifier l'infraction (un vol par exemple).

²¹⁷⁰ V. en ce sens P.-Y. Gautier, *Précis*, n°442, qui estime que l'auteur pourrait « peut-être » agir, « si l'on considère qu'il constitue une sorte de « victime par ricochet », ce qui devrait lui permettre (...) d'agir principalement, au titre du *lucrum cessans* (perte d'une chance) éprouvé.

conséquent, il est indéniable qu'il peut agir pour des *faits postérieurs à la cession*. En revanche, il est traditionnellement enseigné que le cessionnaire ne peut agir, sauf clause contraire, à raison de *faits antérieurs à la cession*. Certes, s'agissant des ventes de biens corporels, l'action n'appartient qu'au propriétaire actuel de la chose. Que la chose ait été accaparée par un tiers²¹⁷¹ avant la date de la vente n'empêche pas l'acquéreur d'agir : c'est au propriétaire actuel de former recours. C'est lui qui réunit la qualité – en tant que propriétaire – et l'intérêt à agir – être mis en possession de la chose acquise. La solution retenue en matière de droit d'auteur se comprend cependant parfaitement dès lors que la cession porte sur un démembrement réel défini par une inscription dans le temps : le cessionnaire n'est pas titulaire du démembrement couvrant la période antérieure à la cession. De surcroît, une action en responsabilité délictuelle formée en raison d'un trouble de jouissance subi antérieurement à la vente du bien devrait pouvoir être formée par le précédent titulaire, de même en droit commun, peut-être, qu'un recours fondé sur les troubles anormaux de voisinage²¹⁷².

2) Qualité pour agir en contrefaçon en cas de bail

533. Lorsque le contrat d'exploitation peut recevoir la qualification de bail, la situation de l'auteur apparaît plus simple. Que la licence soit simple ou exclusive, le créateur, évidemment toujours seul titulaire de l'action pour les faits antérieurs au contrat, conserve le droit d'agir à raison des faits de contrefaçon postérieurs. Ceci se comprend parfaitement, dès lors que l'auteur est resté propriétaire et que l'effet translatif de la licence ne porte que sur les fruits de ses droits d'exploitation. Dans l'hypothèse d'un bail, l'auteur reste en effet titulaire du droit exclusif d'exploitation, dont l'action en contrefaçon est un prolongement. Au contraire, la situation de l'exploitant apparaît beaucoup plus contrastée. Dans le principe, l'exploitant n'est pas titulaire d'un quelconque démembrement du monopole de l'auteur : la qualification de bail reposant sur la concession d'un simple droit personnel de jouissance, celui-ci ne devrait

²¹⁷¹ Que la chose ait été volée ou soit en possession dans les conditions prévues par la loi.

²¹⁷² La qualité juridique des parties à l'action fondée sur le trouble anormal de voisinage importe peu (Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF coll. « Thémis », 2006, n°243 : « Le droit de propriété est ici indifférent. Ce qui explique que toute référence à l'article 544 du code civil et au droit de propriété est inutile en la matière »). Il importe néanmoins de relever que la finalité de l'action est avant tout préventive, et a donc une fonction de remise en état (Y. Strickler, *op. cit.*, n°245). Cela étant, même si l'action formée par un vendeur ne devrait pouvoir donner lieu qu'à des dommages-intérêts à son profit, il ne semble pas opportun de lui fermer l'action, ainsi par exemple s'il peut justifier d'un préjudice (prix de vente minoré en raison du trouble, de l'empressement à vendre, etc.)

pas pouvoir exercer une action attachée au droit réel²¹⁷³. Si, en droit de la propriété industrielle, le licencié exclusif voit reconnaître sa qualité pour agir, il faut de surcroît constater qu'il s'agit là de l'effet d'une disposition légale qui n'a pas d'équivalent en droit d'auteur²¹⁷⁴. Là encore, il importe pourtant de ne pas surestimer la conséquence de la qualification de bail, en tenant compte de la dualité de nature de l'action en contrefaçon. En effet, sa nature d'action en responsabilité civile permet d'opérer une distinction entre licence exclusive (a) et licence simple (b), à l'instar du droit de la propriété industrielle.

a) Licence exclusive

534. Qualification du contrat et qualité pour agir en contrefaçon. – L'article L. 132-8 du code de la propriété intellectuelle dispose que l'auteur engagé par un contrat d'édition est « *tenu de faire respecter ce droit et de le défendre contre toutes atteintes qui lui seraient portées* ». Quel est le sens de cette disposition ? C'est là que se cristallise le débat. Si l'éditeur peut, s'il est bien cessionnaire, agir en contrefaçon contre les tiers, pourquoi prévoir à la charge de l'auteur une obligation d'agir à cette fin ? Certes, le texte conserverait une signification en cas de reconnaissance d'un contrat de cession. Même si cette qualification s'imposait, ce qui se traduirait par la faculté qu'a le cessionnaire d'agir en contrefaçon, il ne serait pas illogique que l'auteur reste tenu d'agir pour le défendre des atteintes portées aux droits cédés. En effet, l'exploitant ne devient jamais titulaire du droit moral. Autrement dit, il ne peut agir contre des mutilations faites par une personne disposant malgré tout de droits d'exploitation, un sous-cessionnaire par exemple – à défaut, l'exploitant pourrait agir sur le fondement d'une violation du monopole... Il faut néanmoins admettre qu'il s'agit d'une hypothèse d'école, d'autant plus que l'éditeur devrait rapporter la preuve du préjudice qui lui est causé par une exploitation autorisée au titre du droit patrimonial. Aussi ce texte s'explique sans doute mieux encore dans la perspective de la qualification de bail qui a été proposée précédemment. L'intérêt de cette disposition se dévoile en effet pleinement lorsque la

²¹⁷³ Comp., en droit de la propriété industrielle, J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, T. 1, LGDJ 2006, n°418 : « N'étant pas titulaire du droit exclusif, mais seulement d'un droit de créance contre le titulaire qui lui a consenti une autorisation d'exploitation, le licencié ne devrait pas pouvoir en principe pouvoir exercer une action qui constitue le prolongement du droit exclusif. Toutefois, il dispose dans une certaine mesure, par l'effet de la loi, du droit d'agir en contrefaçon.

²¹⁷⁴ Il n'est en effet nulle disposition similaire à celles des art. L. 615-1 (brevets d'invention) et L. 716-5 (marques) CPI, en droit d'auteur. La récente modification de l'art. L. 331-1 CPI, qui a ajouté à cet article un alinéa aux termes duquel le licencié exclusif d'un droit voisin du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes peut exercer l'action en justice ne change rien à cet égard s'agissant du droit d'auteur.

qualification de bail s'impose : l'éditeur peut alors être dépourvu de cette faculté d'agir et c'est pour cette raison que l'auteur serait tenu de le faire...

Il n'en demeure pas moins que, tout au moins en présence d'une exclusivité, le locataire devrait pouvoir exercer l'action. Certes, il faut tenir compte d'une différence notable avec le droit de propriété industrielle. Le code de la propriété intellectuelle réservant l'action en contrefaçon au titulaire du brevet, ce n'est qu'aux termes d'une exception légale que le licencié exclusif se voit reconnaître une qualité pour agir, à condition de surcroît qu'aucune clause n'évince cette faculté et que le propriétaire du brevet ait été préalablement mis en demeure d'agir²¹⁷⁵. Au contraire, le même code ne comporte pas, dans sa partie relative au droit d'auteur, de dispositions affirmant que la qualité pour agir en contrefaçon dépend de l'exclusivité²¹⁷⁶. Lorsque la qualification de licence s'impose, la qualification proposée conduit à retenir, alors même que l'exploitant est titulaire d'un droit personnel de jouissance, un effet translatif des fruits des droits patrimoniaux. A ce titre, l'exploitant se voit reconnaître propriétaire de droits qui sont également atteints par la contrefaçon, puisque le contrefacteur a alors accompli une exploitation qui était couverte par les droits cédés. La contrefaçon s'apparente en quelque sorte à un vol des fruits... Il est cependant douteux que l'exploitant puisse agir. En effet, la contrefaçon n'est pas une action destinée à protéger un droit de propriété des fruits de l'exploitation, mais le monopole lui-même. A dire vrai, en raison de ce que l'auteur reste dans cette analyse titulaire du monopole – en d'autres termes, il demeure propriétaire du capital – il serait logique de lui réserver la qualité pour agir en contrefaçon. Cela étant, un tel fondement s'appuie sur le postulat d'une action en contrefaçon réduite à une action en revendication, ce qui semble loin d'être acquis. Il est donc possible de justifier l'action du licencié exclusif par la même raison que celle qui a conduit à reconnaître la qualité pour agir de l'auteur en cas de cession d'un démembrement réel : l'action en contrefaçon est, dans les rapports avec les tiers, une action en responsabilité civile²¹⁷⁷. De ce fait, l'action devrait être ouverte à tous ceux qui subissent un préjudice en raison de la faute que constitue la contrefaçon, et c'est là que l'exclusivité joue un rôle déterminant : dans un tel cas, il est indéniable que le licencié souffre d'une concurrence qu'il n'avait pas à tolérer.

²¹⁷⁵ Art. L. 615-1 CPI. V. art. L. 716-5 CPI en matière de marques.

²¹⁷⁶ Contrairement au droits voisins : V. art. L. 331-1 al. 3 CPI (rédac. L. n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon) qui reconnaît au titulaire d'un droit exclusif d'exploitation d'un phonogramme ou d'un vidéogramme la qualité pour agir en contrefaçon, à la double condition que le contrat ne comporte pas de clause contraire et que l'exercice de l'action soit notifié au producteur.

b) Licence simple

535. Question de la qualité pour agir du titulaire d'une licence simple. – Il est au contraire logique que le titulaire d'une licence simple soit privé de l'action en contrefaçon : dans la mesure où il ne peut de toute façon prétendre à une exploitation exclusive, la contrefaçon ne lui cause pas plus de préjudice qu'une exploitation concurrente qu'aurait simultanément autorisé le propriétaire.

B. – Transfert des risques

536. La qualification de vente présente un intérêt dans une hypothèse dont il convient cependant de reconnaître la rareté : la disparition de toute trace matérielle de l'œuvre de l'esprit postérieurement à la conclusion d'un transfert de démembrement réel du monopole d'exploitation. Si la qualification de vente est applicable, il est possible d'envisager l'application de la règle *res perit domino*²¹⁷⁸ : si l'œuvre dont les droits ont été cédés vient à disparaître dans un cas de force majeure, postérieurement à la conclusion du contrat, qui produit de plein droit son effet translatif – on peut penser par exemple à la destruction de tirages originaux de photographies – l'auteur cédant devrait pouvoir réclamer paiement du prix qui aurait été convenu sous forme forfaitaire. La stipulation d'un prix proportionnel à l'exploitation rendrait cependant impossible son paiement. Dans l'hypothèse d'une licence/bail, la disparition de la chose par suite de cas fortuit entraîne une résiliation de plein droit, toute clause imposant au locataire de poursuivre le paiement des loyers étant réputée non écrite²¹⁷⁹. L'auteur ne s'engage pas seulement au transfert d'un démembrement réel ou à la concession du droit personnel de jouissance : concrètement, il est tenu par une obligation de délivrance corrélative.

§ 2. – L'OBLIGATION DE DELIVRANCE

537. L'on a déjà eu l'occasion de rappeler la spécificité de la délivrance de meubles incorporels. Il importe donc surtout ici d'examiner deux problèmes : celui des suites

²¹⁷⁷ V. *supra*, n°531.

²¹⁷⁸ V. p. ex., en droit commun, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°165 – F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°202.

²¹⁷⁹ Art. 1722 c. civ. V. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°335, qui relèvent qu'il vaudrait mieux parler de caducité et non de résiliation.

naturelles de l'obligation de délivrance (A), notamment la remise d'un support de l'œuvre, et celui de la conformité de la délivrance (B).

A. – Suites de l'obligation de délivrance

538. Il convient de rechercher si l'auteur ayant cédé un démembrement réel ou concédé un droit personnel de jouissance s'engage nécessairement à remettre un support de l'œuvre (1), à communiquer son savoir-faire (3) et à participer à la promotion de son exploitation (2).

1) Remise d'un support de l'œuvre

539. L'obligation de remise d'un support, prévision légale ou contractuelle. – L'obligation de remise d'un support de l'œuvre de l'esprit n'est prévue par la loi qu'à propos du contrat d'édition²¹⁸⁰. Aucune disposition similaire n'a été adoptée s'agissant, par exemple, du contrat de représentation ou du contrat de production audiovisuelle, ni évidemment des contrats innommés. Cependant, il semble que cette obligation doit être reconnue chaque fois qu'il est nécessaire qu'un support soit mis à disposition pour accomplir l'exploitation convenue. La qualification de vente ou de bail révèle son intérêt à cet égard, en ce qu'une obligation de délivrance en découle nécessairement. En effet, à défaut d'être stipulée par les parties²¹⁸¹, il est encore possible d'y voir une suite, au sens de l'article 1135 du code civil, de l'obligation de délivrance de l'objet de la cession ou de la licence – les droits délimités²¹⁸² –

²¹⁸⁰ V. art. L. 132-9 CPI, selon lequel l'auteur « doit remettre à l'éditeur, dans le délai prévu au contrat, l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication normale ».

²¹⁸¹ La clause est fréquente ; il est même souvent prévu un transfert de propriété du manuscrit, en matière d'édition musicale, à ne pas confondre avec l'enregistrement, propriété du producteur. V. P.-M. BOUVEREY, *Les contrats de la musique*, éd. IRMA, 2003, n°21.

²¹⁸² V. en ce sens A. LUCAS, obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 26 avril 2006, PI, octobre 2006, n°21, p. 449. Cet arrêt, dans une affaire opposant deux exploitants, refuse cependant de faire droit à la demande de remise du support technique nécessaire à l'exploitation selon l'un des modes prévus. Il est constaté que le premier contrat conclu, cession des « droits exclusifs pour la distribution, la vente et la location en vidéogrammes » ne prévoit que la remise gratuite d'une copie afin que le cessionnaire puisse établir à ses frais un master permettant le tirage des vidéogrammes, et que le second contrat conclu, cession des « droits exclusifs pour la distribution, la vente et la location en vidéogrammes et tous procédés vidéos » précise que le « concessionnaire » disposant de masters en version française, le « concédant » n'aura donc « aucune autre obligation de fourniture de matériel sauf pour la publicité ». Il est ainsi jugé que « le contrat faisant la loi des parties, nonobstant l'évolution des procédés vidéos, aucune obligation de fourniture ou d'accès à l'interpositif des films en cause n'a été mise à la charge de la société [défenderesse], de sorte qu'aucune faute ne peut lui être imputée ». La solution peut éventuellement s'expliquer par la rédaction des clauses, déchargeant explicitement la cédante d'une obligation de remise de supports, même si la bonne foi aurait pu conduire à neutraliser une telle clause. Le raisonnement conduit sur le fondement de l'article 1135 du code civil devrait être accueilli sans restriction dans les autres hypothèses.

ou, en vertu de l'article 1134 du même code, une manifestation du devoir d'exécution de bonne foi de cette obligation. C'est sur de tels fondements que, dans le cadre d'un contrat de représentation, le créateur sera tenu de porter l'œuvre à la connaissance de son cocontractant.

Nul contrat d'exploitation ne saurait en revanche, à défaut de stipulations en ce sens, transférer la propriété du support corporel appartenant à l'auteur : il suffit que son cocontractant en jouisse de façon à accomplir l'exploitation prévue. La solution se déduit naturellement de ce que la cession porte sur les seuls droits d'exploitation (ou sur les fruits du monopole). C'est d'ailleurs la règle prévue par l'article L.132-9 du code de la propriété intellectuelle à l'égard du contrat d'édition, qui pourrait sans doute être aussi appliquée par analogie en ce qu'elle admet que le transfert de propriété résulte également de l'impossibilité technique de restituer²¹⁸³. Inversement, l'exploitant reste propriétaire des biens matériels qu'il a mis à la disposition des auteurs au stade de la création, ce qui arrive ordinairement en matière audiovisuelle ou en matière musicale par exemple.

Dans le cadre d'un bail, l'obligation de conservation et de restitution pesant sur le preneur devrait conduire à la restitution du support à la fin du contrat, si une stipulation n'a pas prévu de restitution antérieure. Dans le cadre d'une vente, les mêmes règles devraient s'appliquer par identité de raison.

2) Savoir-faire

540. Communication du savoir-faire dans la mise en œuvre de créations techniques (logiciels). – La question de savoir si l'auteur, vendeur ou bailleur, s'oblige à communiquer un savoir-faire nécessaire à l'exploitation des droits cédés se posera rarement, dans la mesure où les créations techniques sont ordinairement couvertes par un brevet d'invention. Les logiciels peuvent cependant s'inscrire dans une problématique proche. En droit de la propriété industrielle, l'hésitation est permise, car le savoir-faire ne peut être érigé en accessoire juridique du brevet²¹⁸⁴. Mais il semble possible d'admettre que l'exécution de bonne foi du

²¹⁸³ V. p. ex. l'art. L. 132-19, selon lequel « sauf convention contraire ou impossibilité d'ordre technique, l'objet de l'édition fourni par l'auteur reste la propriété de celui-ci ».

²¹⁸⁴ V. F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Domat Montchrestien, 1^e éd. 1999, n°639.

contrat pourrait là encore justifier une communication du savoir-faire²¹⁸⁵, du moins dans la stricte mesure de ce qui est indispensable à la mise en œuvre de l'exploitation.

3) Coopération de l'auteur

541. Obligation de coopération à la fabrication des exemplaires. – Dans le cadre d'un contrat d'édition, on peut concevoir que l'auteur supporte, au titre des suites de son obligation de délivrance, une obligation de coopération à la réalisation des exemplaires, obligation de faire : des séances de photographies pour l'illustration de la couverture du livre, de la pochette du CD ou DVD par exemple. Il pourrait éventuellement s'agir d'une manifestation de la bonne foi contractuelle, mais dans la mesure où la réalisation des exemplaires ne nécessite pas forcément une telle coopération de l'auteur, son refus ne devrait produire aucune conséquence quant au sort du contrat – une demande de résiliation devrait être écartée tant que le refus n'a pas constitué un obstacle à l'exploitation.

542. Obligation de coopération à la diffusion de l'œuvre (promotion) – Lorsqu'une clause contractuelle prévoit expressément la participation de l'auteur aux opérations de promotion de l'œuvre auprès du public, une véritable obligation contractuelle doit être reconnue. Lorsque la participation de l'auteur n'est pas prévue expressément, elle peut découler du devoir d'exécution de bonne foi de l'obligation de délivrance. Le rattachement au devoir de bonne foi pourrait surtout jouer au niveau de l'appréciation de l'exécution de ses obligations par l'exploitant : l'exploitation. Si l'auteur n'a pas participé à la promotion de l'œuvre, il sera mal-fondé à se plaindre de l'absence d'exploitation suffisante. La participation à la promotion s'inscrira, pour les auteurs commandités ou salariés tels les réalisateurs audiovisuels, dans le contrat de travail qu'ils ont conclu en amont de la création.

543. Obligation d'entretien. – Un bailleur est tenu, dans le prolongement de son obligation de délivrer la chose louée, d'en assurer l'entretien²¹⁸⁶. On pourrait ainsi se demander si l'auteur ne devrait pas être tenu d'assurer l'évolution de sa création : ainsi de l'auteur d'un ouvrage scientifique ou d'un logiciel, pour les mises à jour.

²¹⁸⁵ V. p. ex. en ce sens, bien que prudent, F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, n°639.

B. – Conformité de la délivrance

544. Obligation de délivrance conforme. – Dans le cadre d’une vente, le vendeur s’engage à délivrer à l’acquéreur une chose conforme à celle qu’il s’est engagé à céder²¹⁸⁷. De même le bailleur est-il tenu de mettre à disposition du preneur la chose convenue²¹⁸⁸. La qualification du contrat d’auteur au regard du droit civil présente un intérêt de ce point de vue.

Tout d’abord, il importe de rappeler que les obligations nées du bail ou de la vente peuvent s’appliquer à l’œuvre de l’esprit²¹⁸⁹. Si ce sont bien entendu des droits qui font l’objet de l’effet translatif, la conformité de la délivrance peut ainsi s’apprécier au regard de celle de la création sur laquelle porte le droit d’exploitation cédé ou concédé.

Il faut également prendre soin de discerner les qualifications applicables, en rappelant que tout ce qui concerne la création s’inscrit dans un rapport contractuel distinct du contrat d’exploitation, souvent un contrat de commande, *i.e.* un louage d’ouvrage. On sort donc de la problématique de l’obligation de délivrance conforme dès lors qu’il s’agit de réceptionner une œuvre commandée, la cession ne devenant effective qu’à partir de la réception de l’œuvre commandée. En réalité, une saine articulation chronologique des engagements de l’auteur conduit à distinguer la réception de l’œuvre commandée et la délivrance conforme des droits portant sur l’œuvre réceptionnée²¹⁹⁰ : l’obligation de délivrance conforme, lorsque le contrat porte sur une œuvre future, s’entend en vérité comme celle de délivrer les droits sur l’œuvre réceptionnée par le commanditaire, c’est-à-dire *une fois* qu’elle a été réceptionnée – de la même façon que, lorsque le contrat porte sur une œuvre déjà créée, elle s’entend comme celle de délivrer les droits sur l’œuvre visée au contrat. En toute hypothèse, la conformité de l’œuvre aux attentes du commanditaire relève de la réception, au titre du louage d’ouvrage. S’agissant de l’obligation de délivrance conforme née du contrat de bail ou de vente, il suffit de constater une parfaite exactitude entre l’œuvre communiquée à l’exploitant et, soit l’œuvre

²¹⁸⁶ V. p. ex., en droit commun, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°494s. – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°316.

²¹⁸⁷ V. p. ex., en droit commun, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°232s. – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°177.

²¹⁸⁸ V. p. ex., en droit commun, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°493.

²¹⁸⁹ V. *supra*, n°412 et 416s.

²¹⁹⁰ Comp., en droit commun, P. PUIG, *Contrats spéciaux*, n°842 : « Du fait de son unicité et de sa spécificité, l’ouvrage n’existe en effet juridiquement qu’une fois son achèvement constaté par le maître. C’est

déjà créée au moment de la conclusion de la cession, soit l'œuvre commandée et dûment réceptionnée²¹⁹¹.

L'obligation de délivrance trouve enfin son prolongement dans les garanties qui pèsent sur l'auteur, à l'instar de tout vendeur ou bailleur.

§ 3. - GARANTIES

545. Le contrat de vente comporte une garantie contre l'éviction et contre les vices cachés²¹⁹², de même que le contrat de bail²¹⁹³ – bien que la première puisse en réalité être rattachée, pour ce dernier, à l'obligation d'assurer une jouissance paisible²¹⁹⁴. En revanche, ce n'est qu'au chapitre des dispositions particulières à certains contrats que le code de la propriété intellectuelle énonce que l'auteur est tenu de garantir à son cocontractant l'exercice paisible des droits cédés²¹⁹⁵. Dès lors, il importe de savoir si la garantie que prévoient les articles L.132-8 et L. 132-26 dudit code à propos des seuls contrats d'édition et de production audiovisuelle est une garantie spéciale, d'une nature propre, ou s'il s'agit d'une garantie contre l'éviction. Mais aussi et surtout, la qualification au regard du droit civil déploie ici tout son intérêt²¹⁹⁶ : outre le fondement qu'elle apporte à l'extension de la garantie à tous les contrats d'auteur, elle permet d'appliquer un régime approprié à une garantie dont il convient de montrer que, à l'instar du droit commun, elle se dédouble en une garantie contre l'éviction et une garantie contre les vices cachés. Une délimitation du domaine propre à chacune d'elles (A) précédera donc l'examen de leur régime respectif (B).

donc à compter de sa réception que l'ouvrage peut être identifié comme objet d'obligations (délivrance, prise de livraison...) et être transféré à celui à qui il est destiné ».

²¹⁹¹ Pour l'examen des problèmes liés à la réception de l'œuvre, v. *infra*, n°603s.

²¹⁹² Art. 1625s. c. civ.

²¹⁹³ Art. 1721 c. civ.

²¹⁹⁴ Art. 1719 c. civ. V. p. ex. en ce sens A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°335 et 336 (l'auteur estime que la notion de garantie est liée au transfert de propriété, et considère qu'il faudrait donc plutôt retenir une responsabilité contractuelle de droit commun). Par commodité, l'analyse regroupée retiendra cependant pour les deux qualifications la notion de garantie.

²¹⁹⁵ CPI, Première partie, Livre I, titre troisième, chap. II.

²¹⁹⁶ La doctrine spécialiste considère parfois que le droit commun de la vente comprend une théorie générale de la garantie applicable à toutes conventions dans lesquelles une telle obligation peut être prévue, à défaut d'indication légale contraire, et certainement sous réserve de dispositions spéciales qu'il faudrait dès lors tenir pour dérogatoires (V. en ce sens Mousseron, « L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention », *Dossiers Brevets* 1978, I, p. 2s., spéc. p. 4). Il reste qu'à défaut de consécration d'une

A. – Domaine de la garantie contre l'éviction et de la garantie contre les vices cachés

546. Le principe de la distinction entre garanties contre l'éviction et contre les vices cachés doit être affirmé (1) avant que puisse être parcouru le domaine tant de la première (2) que de la seconde (3).

1) Distinction entre éviction et vice caché en droit d'auteur

547. Qualification de la garantie spéciale. – De même que la jurisprudence²¹⁹⁷, la doctrine n'envisage souvent, au titre de la garantie due par l'auteur cédant, que la garantie contre l'éviction²¹⁹⁸. Certes, la doctrine semble parfois ménager une place à la garantie contre les vices cachés, en envisageant seulement un usage de l'œuvre impropre à la destination normale qu'en attendait le cessionnaire, pour une raison imputable à l'auteur²¹⁹⁹. De façon quasi-unanime, il est néanmoins considéré que relèvent de la garantie contre l'éviction les troubles de droit que constituent les actions en contrefaçon (pour reproduction non autorisée ou plagiat, notamment)²²⁰⁰, les actions fondées sur un droit de la personnalité (atteinte à la vie privée, à l'image...) ²²⁰¹ ou encore la diffamation²²⁰², voire même les inexactitudes que comporte une œuvre scientifique ou technique²²⁰³. Cependant, cette acception si extensive du concept d'éviction paraît s'expliquer essentiellement par la qualification donnée à la garantie prévue par le code de la propriété intellectuelle. À considérer que seule la garantie d'éviction est applicable, la tentation est effectivement forte de l'étendre à tous les obstacles que rencontre l'exploitant dans l'exercice de ses droits, afin de ne pas le priver de protection. Une telle crainte est sans fondement si, notamment sur ce point, il est admis qu'une référence au seul droit spécial ne suffit pas, en contemplation de ses évidentes lacunes. Aussi l'intérêt

théorie générale des contrats spéciaux, il n'est pas démontré comment une telle extension se justifie en dehors de l'application de la qualification comportant une telle garantie.

²¹⁹⁷ V. not. Cass. 1^{er} civ., 7 avril 1998, Bull. n°363, D. 1999 SC 123, obs. Th. HASSLER et V. LAPP.

²¹⁹⁸ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°663 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1050 – Ch. CARON, *Manuel*, n°429.

²¹⁹⁹ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°567, p. 640, note 1.

²²⁰⁰ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°567 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1050 – Ch. CARON, *Manuel*, n°429. V., en jurisprudence, Cass. 1^{er} civ., 19 juin 1990, Bull. n°177, visé au rapport annuel 1990, p. 359 ; Paris, 8 mai 1969, « Plon », D. 1970, SC 7 (action d'un premier auteur à qui il avait été emprunté)

²²⁰¹ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°567 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1050 – Ch. CARON, *Manuel*, n°429.

²²⁰² P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°567 – F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1050 – Ch. CARON, *Manuel*, n°429. V., en jurisprudence, TGI Paris, 27 janvier 1977, « Pierre Sidos », RIDA 1/1978, 183 (diffamation)

d'une qualification de droit commun se révèle-t-il pleinement : qualifié de vente ou de bail, le contrat d'auteur comporte une double garantie, assortie d'un régime propre à chacun de ses volets. Dès lors, la qualification de la garantie prévue par le code de la propriété intellectuelle importe à dire vrai assez peu, dans la mesure où le législateur ne l'a pas assortie d'un régime spécial. En réalité, il n'existe certainement pas même une « garantie spéciale », au sens d'une garantie qui ne se confondrait pas avec celles du droit commun. Sans doute s'agit-il, en contemplation de son libellé, d'une garantie contre l'éviction²²⁰⁴. La superposition d'une qualification contractuelle de droit commun doit cependant conduire à l'application cumulative du droit commun et du droit spécial, sous réserve du principe de dérogation du second au premier. Aucune disposition ne venant prohiber la garantie contre les vices cachés, celle-ci doit ainsi être mise en œuvre lorsque la qualification de vente ou de bail peut être attribuée au contrat. Au demeurant, l'absence de prévision du régime de la garantie prévue par le législateur en droit d'auteur montre assez qu'il n'a pas entendu exclure l'application de la loi générale²²⁰⁵.

548. Distinction entre éviction et vice caché. – Déterminer les atteintes relevant de la garantie contre l'éviction implique de commencer par définir précisément l'éviction. En première analyse, le périmètre de la garantie semble assez vaste. On sait que la garantie contre l'éviction a pour objet de permettre à l'acheteur de ne pas être troublé dans la jouissance de la chose par le vendeur lui-même ou par un tiers²²⁰⁶. De même, l'éviction peut être *totale*, si l'acquéreur perd tout droit sur la chose ou la chose elle-même, ou seulement *partielle*, s'il n'en perd que certains avantages²²⁰⁷. Pour caractériser une éviction du fait du tiers, il faut néanmoins que le cessionnaire soit dépouillé du droit ou d'une partie de son droit *au profit du tiers*. Le tiers doit faire valoir un droit²²⁰⁸. La distinction entre vol et contrefaçon se manifeste là : la chose volée appartient à celui qui en a été dépouillé, tandis que l'œuvre contrefaisante n'appartient pas à l'auteur plagié. À cet égard, il n'est pas certain que relève de la garantie contre l'éviction toutes les atteintes dont un cessionnaire pourrait souffrir. De façon plus générale, l'éviction suppose que le trouble éprouvé par l'acquéreur provienne d'un droit

²²⁰³ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°664.

²²⁰⁴ Comp. effectivement art. 1625 C. civ., évoquant « la possession paisible de la chose vendue », et les art. L. 132-8 et L. 132-26 CPI, évoquant « l'exercice paisible (...) du droit cédé ».

²²⁰⁵ Il faut souligner que, en dépit d'un rattachement formel aux qualifications de vente et de bail, les notions de garantie contre l'éviction et contre les vices cachés devraient pour une large fraction de la doctrine pouvoir être étendues à tous contrats portant sur une chose. V. p. ex, en faveur d'une extension de la garantie à l'ensemble des contrats relatifs à la production d'une chose, P. PUIG, RDC 2005, 963 et 1118. Cela étant, les limites du raisonnement analogique ont été soulignées en introduction de cette thèse : v. *supra*, n°7.

appartenant à un tiers, tandis que le vice de la chose ne résulte pas du droit d'un tiers, mais consiste en un défaut affectant les qualités matérielles de la chose²²⁰⁹.

2) Domaine de la garantie contre l'éviction

549. Garantie du fait personnel. – On sait que le cédant est tenu, au titre de la garantie contre l'éviction, de toute éviction de son *fait personnel*, qu'il s'agisse d'un *trouble de droit* ou d'un *trouble de fait*²²¹⁰. Encore faut-il s'entendre sur ce que constituent les troubles de fait et de droit, en matière de droit d'auteur.

550. Trouble de fait. – Le trouble de fait devrait s'entendre des comportements qui entravent l'exploitation des seuls droits cédés, ainsi par exemple des propos publics du créateur invitant le public à ne pas acquérir des exemplaires de l'œuvre éditée ou à ne pas assister aux représentations autorisées²²¹¹, des actes ou des tentatives de destruction des exemplaires ou encore d'un obstacle au bon déroulement de la représentation. De même l'auteur ne peut-il, dans l'hypothèse même d'un épuisement de l'édition de son œuvre, procéder lui-même ou à compte d'auteur, à une nouvelle édition, en dépit de la cession des droits de reproduction à un premier exploitant²²¹² : il s'agit bien dans ce cas de troubles de fait, relevant du fait personnel de l'auteur cédant²²¹³.

En revanche, il est permis de contester que le trouble de fait reproché à l'auteur puisse concerner d'autres droits que les droits cédés ou une autre œuvre que celle visée au contrat.

²²⁰⁶ V. p. ex. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n°11280 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°192s.

²²⁰⁷ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°196.

²²⁰⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux*, n°358.

²²⁰⁹ *Ibid.*

²²¹⁰ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°567 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Traité*, n°1050 ; Ch. CARON, *Manuel*, n°429. Pour des raisons de commodité, il ne sera pas ici fait de distinction entre vente et bail, dans la mesure où la garantie contre l'éviction due par le vendeur et l'obligation d'assurer une jouissance paisible pesant sur le bailleur ont sensiblement le même contenu. V. aussi S. POILLOT, *Essai d'analyse des relations juridiques en matière de propriété littéraire, artistique et industrielle*, th. Paris II, 1984, pp. 314-315, qui relève que, dans l'hypothèse d'un contrat de vente, l'action en contrefaçon est une voie plus efficace pour le cessionnaire.

²²¹¹ V., s'agissant de propos dénigrants l'œuvre éditée, CA Paris, 1^{er} ch., 26 sept. 1978, *op. cit.*

²²¹² Comp. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Dalloz 1927, p. 254, qui admettait cette pratique avant la loi de 1957, lorsque le contrat ne fixait pas la durée de la cession.

²²¹³ Dans le cas d'un contrat d'édition conclu avec un tiers en dépit d'une cession préexistante, la garantie applicable est celle du fait du tiers, trouble de droit, et non plus du fait personnel – celui-ci suppose que l'auteur remette en cause le droit de l'acquéreur à son propre profit. V. p. ex., en droit commun, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°196.

En cas de cession partielle, le trouble de fait ne devrait d'abord concerner que les *droits d'exploitation cédés*. En se fondant notamment sur l'exigence de bonne foi pesant sur le créateur, on pourrait estimer que ce dernier doit s'abstenir de procéder à une exploitation qui concurrencerait directement celle qu'il a autorisée au bénéfice du cessionnaire, ainsi par exemple de la mise en ligne de l'œuvre éditée, alors même que les droits numériques auraient été retenus par l'auteur²²¹⁴. Une telle opinion paraît néanmoins discutable. Même en se fondant sur le trouble de fait, un cessionnaire ne peut se plaindre que de l'éviction subie dans l'exercice des droits qui lui ont été cédés. La définition du trouble doit se rapporter à un trouble subi dans la jouissance paisible du droit cédé, et pas autrement. Un raisonnement différent procède d'une confusion sur l'objet du contrat, qui porte non pas sur l'exploitation de l'œuvre, mais sur l'exploitation d'un droit déterminé sur l'œuvre. Ce serait vider de toute substance, de surcroît, les principes du droit retenu et d'interprétation restrictive des cessions, l'intérêt pour le créateur de conserver certains droits se trouvant annihilé. Il est vrai que, s'agissant de choses faisant l'objet d'une propriété de droit commun, la jurisprudence sanctionne des comportements qui en altèrent la jouissance : aussi le vendeur d'un fonds de commerce ou d'un fonds libéral a-t-il, par exemple, l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds cédé²²¹⁵. L'hypothèse ne paraît cependant pas comparable. Dans ce cas, la clientèle détournée devait en principe rester attachée au fonds vendu : le cessionnaire n'a conservé aucune partie du fonds. Au contraire, lorsque l'exploitant n'a pas acquis l'intégralité du monopole, il n'a aucune prétention à faire valoir relativement aux exploitations non incluses dans le périmètre de la cession : il ne subit aucun trouble dans la jouissance de son droit de fabrication d'exemplaires, la clientèle attachée à l'exploitation visée au contrat n'étant pas détournée. Au fond, il faut partir d'une saine conception de la concurrence : celle-ci n'existe pas entre les divers modes d'exploitation.

Selon une logique similaire, le trouble de fait ne devrait concerner que l'exploitation des droits patrimoniaux relatifs à l'œuvre visée au contrat. La doctrine s'accorde ainsi à reconnaître que l'auteur, qui ne peut être privé de sa liberté d'expression, ne saurait se voir interdire de créer et exploiter des œuvres similaires²²¹⁶. Bien entendu, une distinction peut être

²²¹⁴ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°568. V. aussi, sur la référence à la bonne foi, CA Paris, 1^{er} ch., 26 sept. 1978, D. 1980, 146, note PLAISANT.

²²¹⁵ V. p. ex. Cass. com., 14 avril 1992, Bull. civ. IV, n°160. V. aussi, s'agissant de cession de parts sociales (d'un cabinet médical), Cass. civ. 1^{er}, 24 janvier 2006, Bull. civ. I, n°32.

²²¹⁶ V. ainsi en ce sens A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°663 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°569.

faite entre l'exploitation fautive et l'exploration licite d'un même thème²²¹⁷. Il reste néanmoins à déterminer précisément ce qui peut être sanctionné. Le trouble n'est-il caractérisé qu'en cas de contrefaçon, ou peut-il être retenu en l'absence même d'un tel délit ?

Une partie de la doctrine semble retenir une conception extensive, proposant par exemple la mise en œuvre du critère de la confusion entre les deux éditions dans l'esprit du public²²¹⁸. Des juges du fond ont d'ailleurs pu mettre en jeu la garantie en l'absence même de contrefaçon²²¹⁹. Cependant, il s'agit non seulement d'une décision d'espèce, mais encore d'un cas dans lequel les auteurs étaient liés par une clause de non-concurrence, leur interdisant de publier chez un concurrent tout produit pouvant faire une concurrence directe à l'œuvre visée au contrat²²²⁰. Dans cette affaire, la corrélation discutable opérée entre la clause de non-concurrence et l'obligation de garantie s'explique par le risque de nullité auquel était exposée la première, en raison d'une absence de limitation temporelle²²²¹. La vérité est néanmoins que c'est bien ce seul engagement précis – la clause de non-concurrence – qui nous semble justifier la solution.

Plusieurs arguments peuvent ainsi être opposés contre l'idée que l'exploitation d'une œuvre non contrefaisante constitue un trouble de fait donnant lieu à garantie. En effet, si l'œuvre n'est pas contrefaisante, c'est qu'elle ne fait que reprendre l'idée – non protégeable – ou ne fait que s'inscrire dans un même domaine. Juger le contraire reviendrait à interdire aux créateurs, notamment dans le domaine des sciences ou, plus largement, de l'enseignement, de publier d'autres ouvrages²²²². Ce qui n'est pas admissible. Il est acquis que la réalisation par l'auteur lui-même d'une œuvre contrefaisant celle pour laquelle il a cédé les droits – un « auto-plagiat » – constitue un trouble de fait, qui justifie la condamnation de l'auteur – ainsi

²²¹⁷ P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°570.

²²¹⁸ *Ibid.*

²²¹⁹ CA Paris, 1^e ch., 26 sept. 1978, D. 1980, 146, note PLAISANT : jugé « que l'auteur est tenu de faire respecter le droit conféré à son éditeur (...) d'exploiter paisiblement l'œuvre et de le défendre contre toutes atteintes qui lui seraient portées par des tiers ; qu'*a fortiori* il doit s'abstenir de tout fait personnel de nature à restreindre les profits qui celui-ci en retire » ; condamnation des auteurs d'une méthode d'enseignement de l'anglais, échappant « d'extrême justesse au grief de contrefaçon ».

²²²⁰ La cour d'appel semble avoir été pour le moins très influencée, sinon égarée, par le parallèle entre garantie et clause de non-concurrence : jugé que la clause de non-concurrence est le corollaire de l'obligation de garantie.

²²²¹ Rappr. obs. PLAISANT, sous l'arrêt précité, p. 150.

²²²² Ainsi les auteurs de la méthode d'anglais faisaient-ils valoir à juste titre qu'en tant que spécialistes de l'anglais, ils ne pouvaient produire que des œuvres se rattachant à ce domaine et que l'interdiction perpétuelle de publier chez un concurrent ne peut être admise. Leur condamnation ne se justifie qu'au regard de la clause de non-concurrence qu'ils avaient souscrite.

que du second éditeur – à l'égard du premier exploitant²²²³. *En l'absence de contrefaçon*, on ne voit pas, en revanche, comment déterminer, sans risquer de verser dans l'arbitraire, ce qui constitue un trouble ou non, sauf à exiger que les œuvres soient créées dans un tout autre domaine. Il faut ajouter qu'une acception extensive de l'obligation de garantie ne se justifie pas plus en droit qu'en opportunité : quel serait l'intérêt d'une clause de non-concurrence, si l'avantage qu'elle procure est déjà offert par l'obligation de garantie²²²⁴ ? Or l'exploitant peut, s'il veut éviter toute concurrence d'une œuvre similaire, solliciter cet engagement. D'ailleurs, la clause de non-concurrence n'est aujourd'hui valide qu'à la condition d'être limitée dans le temps ou l'espace, et de faire l'objet d'une contrepartie monétaire²²²⁵. Il ne serait pas opportun de priver le créateur du bénéfice de ce régime, en considérant que l'obligation de garantie produit le même effet.

En conclusion, la garantie ne devrait donc pouvoir être actionnée qu'après ou concomitamment à l'exercice d'une action en contrefaçon formée par le cessionnaire contre l'auteur. De deux choses l'une, en effet : ou bien l'œuvre n'est pas plagiaire, et dans un tel cas aucun trouble de fait ne peut être invoqué au titre de l'exploitation de l'œuvre première, ou bien l'œuvre est démarquée, et dans un tel cas le trouble ne devrait être attesté qu'au terme de l'action en contrefaçon intentée contre l'auteur. L'existence même du trouble dépend de l'issue du procès en contrefaçon : il serait illégitime de préjuger de son existence.

551. Trouble de droit. – L'auteur cédant tout ou partie de ces droits d'exploitation répond des troubles de droit que son fait personnel ferait subir au cessionnaire. Cela étant, chacun sait que la garantie ne fait pas obstacle à une action en nullité ou en résolution du contrat : le cédant s'interdit seulement de contester le droit du cessionnaire au moyen d'une autre voie, qui lui serait ouverte à défaut de garantie²²²⁶. En revanche, l'auteur ne devrait pas pouvoir évincer le cessionnaire en contestant lui-même le caractère protégeable de son œuvre : il ne

²²²³ V. ainsi p. ex. CA Paris, 6 sept. 2000, RIDA 2001/2, p. 361 : reprise de la maquette d'un livre pour enfants, publié par un premier éditeur, dans un livre narrant la suite des aventures du personnage (un vers luisant), publié par un autre éditeur.

²²²⁴ Sur la distinction conceptuelle entre obligation de garantie et clause de non-concurrence, V. Cass. req., 29 juillet 1908, DP 1909, I, 281, note LACOUR : jugé qu'en « *l'absence d'une clause expresse portant interdiction au vendeur d'un fonds de commerce de faire un commerce similaire, la vente d'un tel fonds avec achalandage n'entraîne pas nécessairement pour le vendeur une pareille interdiction ; s'il est tenu, dans tous les cas, à la garantie édictée par l'article 1626 (...), cette obligation emporte seulement pour lui le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé* ».

²²²⁵ V. Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°239, qui semble applicable à toute clause de non-concurrence.

²²²⁶ V. p. ex. sur ce point P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°194, citant par exemple l'invocation d'un usufruit, d'un droit personnel de jouissance, etc.

devrait pas pouvoir invoquer, au soutien d'une action en nullité du contrat, le défaut d'originalité ou, plus généralement, l'absence de protection du titre – c'est-à-dire, au fond, la nullité pour défaut d'objet²²²⁷. De même ne devrait-il pas pouvoir exciper d'un autre droit de propriété intellectuelle pour paralyser l'exploitation, ainsi d'un droit de dessin et modèle ou d'un droit de marque²²²⁸.

Bien qu'une doctrine éminente rattache la double cession exclusive des mêmes droits à la garantie du *fait personnel*²²²⁹, il paraît plus orthodoxe de considérer que ceci relève de la garantie du *fait des tiers* : c'est le tiers qui, en excipant d'un droit antérieur, évince l'acquéreur²²³⁰. L'intérêt de l'analyse tient à la validité des clauses élusives de garantie, illicites s'agissant du fait personnel – qui doit garantir ne peut évincer – mais permises s'agissant du fait des tiers²²³¹.

552. Garantie du fait des tiers. – L'auteur, à l'instar de tout vendeur, ne garantit pas le cessionnaire contre l'éviction causée par les troubles de fait émanant de tiers²²³² : dénigrement de l'œuvre, obstacles posés au déroulement des représentations ou à la distribution des exemplaires, etc.

En revanche, l'auteur doit garantir contre l'éviction causée par les troubles de droit. Il est évident que le créateur ne saurait ainsi céder deux fois, à titre exclusif, les mêmes droits d'exploitation : l'acquéreur évincé, en tout ou en partie, pourra se prévaloir de la garantie²²³³.

²²²⁷ Un parallèle s'impose à cet égard avec le droit de la propriété industrielle : la doctrine enseigne ainsi par exemple que le cédant d'un brevet d'invention s'interdit d'exercer une action en nullité du brevet au titre de sa garantie du fait personnel (V. not. F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété industrielle*, n°624 – J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Manuel*, n°269). En droit d'auteur, l'hypothèse ne se présente pas exactement dans les mêmes termes, dès lors qu'il n'existe pas de titre dont l'annulation pourrait être demandée. En pratique, l'absence de protection sera un moyen de défense à une action en contrefaçon ou le fondement d'une demande en nullité du contrat. Il importe ainsi de préciser qu'en la matière, l'action en nullité du contrat, non exclue dans son principe, ne peut pas se fonder sur le défaut d'objet dans le respect de la garantie.

²²²⁸ Comp. Cass. com., 31 janvier 2006, D. 2006, 864 : cassation d'un arrêt déclarant le cédant recevable en son action en déchéance des droits sur les marques, au motif qu'elle avait un intérêt légitime à voir prononcer la déchéance de marques dont les signes sont composés de son nom.

²²²⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°663.

²²³⁰ V., en droit commun, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°196.

²²³¹ V. sur ce point *infra*, n°558.

²²³² Sur le principe de droit commun, V. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°196.

²²³³ V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°569 - Ch. CARON, *Manuel*, n°430. V. aussi CA Angers, 3 mai 1950, D. 1950, 584 (: cession d'un droit exclusif de faire paraître une édition de luxe illustrée des *Diaboliques* de Barbey d'Aurevilly, puis cession du droit de publier une édition illustrée de la même œuvre, sans référence à une « édition de luxe », mais avec stipulation d'un prix de vente des ouvrages nettement supérieur à celui de l'édition de luxe prévue avec le premier éditeur. L'ayant droit est condamné.) – TGI Seine, 3^e ch., 7 mai 1963, GP 1963, 2, 298. La jurisprudence, avant la loi de 1957, se fondait sur l'article 1134 du code

Bien sûr, l'éviction ne fait pas plus de doute lorsque l'œuvre dont il s'agit d'exploiter les droits a été créée par un autre que le cédant²²³⁴. Une éviction semble ainsi pouvoir être caractérisée en cas de reproduction intégrale d'une œuvre dans une autre ou son support – c'est l'exemple de la reprise de passages d'un écrit qui excéderait les bornes de l'exception de citation ou d'une photographie illustrant un livre – ou encore en cas de plagiat²²³⁵. Il est difficile de considérer qu'il s'agit d'un vice, dans la mesure où la reproduction n'a pas un caractère illicite en soi : ce n'est que parce que l'autorisation n'a pas été obtenue qu'elle présente un tel caractère²²³⁶. Le titulaire des droits sur l'œuvre plagiée ou servilement reproduite a bien des droits à faire valoir : l'œuvre plagiaire aurait pu n'être qu'une œuvre composite réalisée dans le respect des droits de l'auteur de l'œuvre première. Dès lors, l'auteur de l'œuvre préexistante jouit bien de droits concurrents à ceux de l'auteur de l'œuvre seconde²²³⁷. Il ne s'agit pas, bien entendu, d'une éviction totale, car l'auteur de l'œuvre préexistante n'est pas titulaire du droit de propriété intellectuelle sur l'œuvre seconde. Mais incontestablement, l'auteur de l'œuvre première pouvait subordonner à son autorisation la reprise de son œuvre et obtenir à cette fin une rémunération²²³⁸. Le cessionnaire des droits sur l'œuvre plagiaire ou contrefaisante subit une éviction partielle. Cela étant, la mise en jeu de la garantie contre l'éviction supposera que le tiers intente une action, à défaut de quoi l'éviction ne peut être fermement établie – il ne faut pas oublier l'appréciation du juge sur le caractère contrefaisant.

La situation semble plus complexe lorsque l'œuvre porte atteinte aux droits de la personnalité d'un tiers, ainsi de son droit à la vie privée ou du droit à l'image, ou relaie des propos

civil. V. aussi Cass. 1^{er} civ., 27 mai 1986, D. 1987, 209, obs. P.-Y. GAUTIER : cassation pour défaut de base légale de l'arrêt rendu par une cour d'appel qui n'avait pas recherché si l'auteur, en cédant le droit d'adaptation cinématographique d'une comédie musicale tirée d'une pièce de théâtre, n'avait pas contrevenu à l'obligation de garantie née de la cession antérieure des droits d'adaptation de la pièce elle-même.

²²³⁴ Comp. J.-M. MOUSSERON, « L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation des brevets d'invention », in *Hommages à H. Desbois*, p. 169.

²²³⁵ V. en ce sens Cass. 1^{er} civ., 7 avril 1988, Bull. I, n°145 (garantie contre l'éviction dans une espèce où l'acquéreur d'un cliché ou d'un film ne pouvait l'exploiter faute d'accord de l'auteur).

²²³⁶ Comp., *infra*, n°187, sur la nullité pour défaut d'objet et la contrefaçon.

²²³⁷ V. art. L.113-4 CPI et la jurisprudence, selon laquelle auteur de l'œuvre première et auteur de l'œuvre composite ont des droits concurrents (civ. 1^{er}, 22 juin 1959, D. 1960, 129, note Desbois).

²²³⁸ V. Cass. 1^{er} civ., 12 décembre 2000, RIDA 2001/2, qui précise que « l'auteur d'une œuvre préexistante, reprise dans une œuvre composite, est titulaire, sur son œuvre, d'un droit de propriété intellectuelle opposable à tous, comprenant le droit à rémunération prévu par l'article L.131-4 du code de la propriété intellectuelle », et juge que la cour d'appel ayant justement retenu la qualification d'œuvre composite, en avait justement déduit que le coauteur de l'œuvre préexistante « était fondé à obtenir, pour l'exploitation de l'œuvre composite, une rémunération correspondant à une quote-part de cette exploitation, qu'elle a souverainement évaluée en fonction de l'apport » de la contribution à l'œuvre préexistante.

diffamatoires. Nombreux sont ceux qui évoquent la garantie contre l'éviction²²³⁹. De prime abord, quelques doutes pourraient être émis sur la pertinence du fondement. En effet, s'agissant d'une diffamation ou d'une atteinte à la vie privée, la victime d'une telle atteinte n'a pas à faire valoir de droits concurrents sur l'œuvre. La personne qui excipe de ses droits de la personnalité ou se plaint de la diffamation ne réclame pas une partie de la chose vendue, pas plus qu'il ne s'agit d'une charge pesant sur la chose à son profit²²⁴⁰. S'agissant d'une violation du droit à l'image, dont la dimension patrimoniale tend à être consacrée²²⁴¹, il pourrait de prime abord être considéré que le tiers fait valoir un droit concurrent sur l'exploitation – en contrepartie d'une rémunération, une autorisation aurait pu être accordée par le titulaire du droit à l'image. Cependant, contrairement à l'auteur d'une œuvre préexistante, le titulaire du droit à l'image n'a pas de droit concurrent *sur l'œuvre en tant que telle*. La notion de vice est-elle pour autant applicable ? Ce serait ignorer qu'un tel « vice » ne pourrait être établi qu'à la suite du succès de l'action intentée par la victime... Le vice n'existerait pas en soi, nul ne pouvant préjuger du comportement du titulaire du droit : ce dernier peut autoriser la divulgation de faits de sa vie privée ou de son image. De surcroît, il ne s'agit pas d'un défaut affectant les qualités matérielles de la chose²²⁴². En réalité, la garantie contre l'éviction semble pouvoir être invoquée dès lors que le tiers trouble la jouissance du cessionnaire en invoquant un droit, même s'il s'agit d'un droit extrapatrimonial²²⁴³. Le raisonnement paraît d'ailleurs transposable en cas d'atteinte au droit moral d'un tiers.

3) Domaine de la garantie contre les vices cachés

553. Un vice caché peut non seulement se déceler dans les œuvres de l'esprit aussi bien que dans les choses corporelles²²⁴⁴, mais encore tant dans l'œuvre elle-même que dans les droits nés à son égard : telle est la démonstration qu'il est proposé de conduire, en examinant successivement l'impropriété de l'œuvre à l'usage auquel elle est destinée et le défaut de

²²³⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°664 – P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°567 – Ch. CARON, *Manuel*, n°429.

²²⁴⁰ Sur cette présentation de l'éviction partielle, V. p. ex. – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°196.

²²⁴¹ V. sur ce point *supra*, n°281.

²²⁴² Sur ce critère, V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Contrats spéciaux*, n°358.

²²⁴³ Le trouble est probable en cas d'action formée par le tiers, qui peut éventuellement obtenir le retrait des ouvrages litigieux du commerce, la mention d'avertissements, etc.

²²⁴⁴ V. d'ailleurs, se référant à la garantie prévue dans le contrat d'édition sous une rubrique consacrée à l'articulation entre responsabilité civile et garantie contre les défauts de la chose, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ 3^e éd. 2007 (Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN), n°749.

protection légale de la création, sans ignorer néanmoins que les conditions étroites de l'action retirent en pratique l'essentiel de son intérêt à cette garantie.

554. Impropropriété de l'œuvre à l'usage auquel elle est destinée. – Le cas le plus évident concerne évidemment, conformément à la définition classique que le code civil retient du vice caché, l'impropropriété de l'œuvre à « l'usage » auquel elle est destinée²²⁴⁵. Certes, une création intellectuelle n'est pas comparable à une machine-outil, dont le fonctionnement peut être altéré en raison de la défaillance de l'une de ses pièces. Il n'en demeure pas moins que les œuvres de l'esprit, à l'instar de toute chose fabriquée de la main de l'homme, semblent pouvoir comporter un vice qui la rend impropre à « l'usage » auquel elle est destinée – lequel peut s'entendre en effet, de façon générique, comme sa communication au public. Certes, il s'agit essentiellement de créations utilitaires, encore qu'il puisse se concevoir qu'un vice altère une œuvre littéraire, par exemple un roman qui comporterait des coupes qui le rendent incompréhensible (sauf intention de l'auteur, versé dans l'absurde !). Néanmoins, on voit mal qu'il puisse être décelé un vice *caché* pour les œuvres dites d'art pur, immédiatement perceptibles aux sens de tout un chacun, profane ou amateur averti, et ce serait là sans doute la raison immédiate de la mise à l'écart de la garantie dans ce domaine : l'on sait que la garantie ne s'étend pas aux vices apparents²²⁴⁶. Le raisonnement semble devoir différer, en revanche, s'agissant des créations qui présentent un caractère technique ou scientifique, une finalité utilitaire : logiciel, produits multimédia, œuvres architecturales, ouvrages scientifiques ou techniques, etc. Un logiciel de traitement de texte qui ne permettrait pas d'atteindre le but recherché en raison d'un défaut de conception comporte sans doute un vice, peut-être un vice caché. De même une œuvre architecturale qui ne permettrait pas d'édifier un immeuble constructible. De même encore une œuvre technique ou scientifique, qui comporterait des informations erronées²²⁴⁷. Un défaut *caché* pourrait éventuellement être retenu, si le cessionnaire parvient à renverser la présomption simple de découverte du vice qui pèse sur le professionnel.

²²⁴⁵ Pour une définition du vice, V. art. 1641 c. civ. V. aussi p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°200.

²²⁴⁶ Arg. art. 1642 c. civ. V. aussi p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°214.

²²⁴⁷ Comp. TGI Paris, 1^{er} ch., 28 mai 1986, RTD civ. 1987, 552, obs. J. HUET, sur un rapport entre exploitants : faute de l'éditeur de la traduction d'un mini-guide sur les fruits et plantes comestibles, n'apportant pas suffisamment d'informations sur la proximité entre une carotte sauvage et la ciguë aquatique, qui provoqua le décès d'une lectrice de l'ouvrage ; recours en garantie contre l'éditeur de l'œuvre originale.

MM. Lucas classent l'hypothèse du préjudice subi par des tiers du fait de l'inexactitude des informations contenues dans l'œuvre parmi les cas de garantie contre l'éviction du fait des tiers²²⁴⁸. La fausseté des renseignements fournis peut en effet conduire à une action en responsabilité civile du lecteur de l'ouvrage contre l'éditeur²²⁴⁹. Même en adhérant à une conception extensive de l'éviction, qui serait établie chaque fois qu'un tiers intente une action contre le cessionnaire, il reste néanmoins à prendre parti sur la situation où le préjudice n'est pas causé à un tiers, mais à l'exploitant d'une œuvre qui ne rencontrerait pas de succès commercial en raison de ces malfaçons. Dès lors que l'éviction ne semble couvrir que la mise en œuvre par le tiers de droits concurrents sur l'œuvre²²⁵⁰ – et ne s'étend donc pas à l'exercice d'une action en responsabilité civile – l'hypothèse paraît cependant relever en toute occurrence de la garantie contre les vices. L'exploitant pourrait évidemment s'en prévaloir en l'absence de tout préjudice causé à un tiers déterminé.

En outre, il faut rappeler qu'il n'est pas exclu de considérer l'*œuvre de l'esprit* tel un objet d'obligation contractuelle : si l'objet du transfert consiste bien dans un ou plusieurs des *droits d'exploitation*, les diverses obligations peuvent avoir pour objet *la chose sur laquelle portent ces droits : l'œuvre elle-même*²²⁵¹. Aussi n'est-il pas impossible que la garantie s'applique aux défauts affectant l'œuvre elle-même.

Bien entendu, il faut néanmoins soigneusement distinguer entre vice caché de l'œuvre et vice caché d'un support de la création : ne relève évidemment pas de la garantie applicable au titre du contrat d'exploitation des droits d'auteur des vices de fabrication de la chose reproduisant la création, ainsi par exemple du CD-Rom ou DVD, contenant le logiciel recherché, qui aurait été mal gravé, ou l'immeuble mal construit faute de respect des plans de l'architecte.

Avant de conclure sur ce point, il faut relever que, théoriquement concevable, la garantie risque toutefois d'être inapplicable, en raison de ses conditions de mise en œuvre. En effet, ne donne lieu à garantie que le vice *caché*, soit un vice dont le cessionnaire n'a pu se convaincre lui-même. Or il est établi que l'acquéreur professionnel, en raison de ses compétences, doit faire montre d'une vigilance accrue. Il est ainsi enseigné que ce dernier est présumé connaître

²²⁴⁸ V. A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°664.

²²⁴⁹ V. aussi sur ce thème, de façon plus générale, L. MARINO, *Responsabilité civile, activité d'information et médias*, PUAM 1997, préf. J. Mestre.

²²⁵⁰ V. *supra*, n°548.

²²⁵¹ V. sur ce point *supra*, n°419s.

les défauts de la chose, la présomption simple cédant surtout devant la preuve du caractère indécélable du vice²²⁵² – reste évidemment à définir ce que recouvre le vice indécélable. La qualité de professionnel ou de profane s'attache moins au fait que l'acquisition intervienne dans un cadre professionnel qu'à la reconnaissance, en la personne de l'acquéreur, des compétences nécessaires à la découverte du vice²²⁵³. Aussi apparaît-il que l'exploitant pourrait invoquer deux moyens différents, selon les circonstances. Il ne serait peut-être pas inopportun d'exciper de la qualité de profane, lorsqu'une œuvre d'un genre donné, notamment scientifique ou technique, est exploitée par un éditeur ou producteur qui n'intervient pas spécifiquement dans ce domaine²²⁵⁴. Néanmoins, sans doute est-il vrai que de meilleures chances résideraient dans l'invocation d'un vice indécélable, bien que la casuistique paraisse alors inévitable. Au minimum, des vérifications devraient être effectuées par l'exploitant, l'absence de tout contrôle justifiant qu'il échoue à renverser la présomption²²⁵⁵. Il faut ainsi l'avouer, l'inexactitude de l'information, le défaut de conception du logiciel ou de l'œuvre architecturale seront, selon toute vraisemblance, rarement jugés indécélables.

²²⁵² V. p. ex. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°214.

²²⁵³ *Ibid.*

²²⁵⁴ Comp. l'avocat qui achète un logiciel pour la gestion de son cabinet, profane en ce qu'il n'a pas les compétences requises pour détecter un éventuel défaut : Cass. 1^{er} civ., 20 déc. 1983, Bull. civ. I, n°308.

²²⁵⁵ V. cpt. J. HUET, obs. préc. Sous TGI Paris, 28 mai 1986, p. 554 : « c'est une obligation très lourde et qui peut s'avérer difficile à satisfaire dans bien des cas (...). De surcroît, en pratique, le procédé paraît peu conforme aux habitudes ; vis-à-vis de nombreux auteurs, dont la compétence ou la notoriété devrait dissuader d'opérer ce passage au crible, cela risque d'être malaisément praticable. Et c'est sans compter que, dans certains domaines scientifiques ou techniques, cette sorte de supervision ne saurait être demandée qu'à des personnes ayant un même niveau de connaissances que l'auteur, et qui se trouvent fréquemment liées à un éditeur concurrent ».

555. Défaut de protection légale de l'œuvre. – Dans le cas où l'œuvre de l'esprit ne serait pas éligible à la protection, en raison d'un défaut d'originalité ou d'une absence de forme protégeable (l'idée de « libre parcours »), la situation est comparable à l'annulation du brevet pour défaut de nouveauté, d'activité inventive ou d'application industrielle. L'absence d'originalité conduisant à l'absence de protection, les droits cédés seraient en réalité inexistant : l'inexistence des droits justifie l'annulation de la cession, privée d'objet et de cause. Mais, en droit de la propriété industrielle, la doctrine estime qu'une garantie peut également être invoquée²²⁵⁶. Il semble devoir en aller de même en droit d'auteur.

Dans l'hypothèse où le défaut de protection s'explique par l'absence d'originalité ou le défaut de forme, et non par le plagiat ou la reprise d'une œuvre préexistante protégée, il ne peut s'agir de garantie contre l'éviction : celle-ci supposant un droit du tiers, l'inexistence de tout droit met hors jeu cette garantie. En revanche, il est possible de considérer qu'il s'agit d'un vice de l'objet de la cession. À cet égard, il convient de rappeler que nombre de spécialistes du droit de la propriété industrielle, suivis par la jurisprudence, considèrent que relève de la garantie contre les défauts cachés ce qu'ils nomment des « vices juridiques », qui affectent le titre de protection, tel le brevet d'invention²²⁵⁷. Peu importe qu'en droit d'auteur, il n'y ait pas à proprement parler de « titre » constatant les droits. Compte-tenu de la dualité des objets du transfert et des obligations contractuelles, il faut relever que la notion de vice semble devoir s'appliquer ici non pas à la chose sur laquelle porte le droit transféré, *i.e.* à l'œuvre de l'esprit, mais au droit lui-même. Lorsque la chose incorporelle s'avère n'être pas une création originale, le droit n'existe certes plus : il s'agit néanmoins d'un vice, précisément celui de non-existence²²⁵⁸.

²²⁵⁶ V. p. ex. J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. I, LGDJ 2006, n°398, qui considère que la garantie contre l'éviction aussi bien que la garantie contre les vices cachés s'appliquent dans le cas d'une action en annulation.

²²⁵⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété industrielle*, n°618 – J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Manuel*, n°271 – J. FOYER et M. VIVANT, *Droit des brevets*, p. 422. *Contra*, V. not. J.-J. BURST, « La portée de la clause de non-garantie dans les contrats de cession des brevets d'invention en cas d'annulation du brevet », D. 1976, chron. 115, pp. 115-116 ?

²²⁵⁸ Il faut sans doute comparer avec une chose corporelle pour mieux saisir l'idée. Soit un téléviseur, appareil défectueux irréparable : d'une certaine façon, il ne s'agit que d'un assemblage de matériaux, ce n'est pas un « téléviseur ». L'action en garantie pour vices cachés ne sera évidemment pas rejetée au motif qu'il n'existe pas de téléviseur, mais seulement un assemblage de pièces diverses, et que seule l'action en nullité pour défaut d'objet peut donc être intentée. De même, lorsque la chose incorporelle n'est pas protégée : c'est au fond un vice de non-existence. Il faut d'ailleurs signaler qu'en philosophie, l'existence est considérée d'un certain point de vue telle une qualité. C'est d'ailleurs la prémisse de la fameuse preuve de l'existence de Dieu présentée par Anselme de Canterbury : possédant nécessairement toutes les qualités, Il ne saurait lui manquer celle de l'existence...

À défaut d'adhérer à une telle analyse, il serait également possible de considérer que tout dépend de la configuration procédurale. Si une action en annulation du contrat est exercée par un tiers, l'exploitant pourrait invoquer à l'encontre de l'auteur cédant la garantie contre l'éviction. Lorsque c'est lui qui, au contraire, veut faire constater le défaut d'originalité ou, plus largement, le défaut de protection, il pourrait invoquer la garantie contre les vices cachés ou l'action en annulation du contrat pour défaut d'objet.

En tout état de cause, il faut néanmoins, là encore, relever que les conditions de mise en œuvre de la garantie aboutiront sans doute à vider de tout intérêt pratique l'existence théorique du recours. Certes, il est théoriquement possible de caractériser un vice caché antérieur. En principe, le défaut de protection légale ne peut être définitivement établi, dans le système de protection sans formalités fondé par la loi française, que par décision judiciaire. Si le vice est caractérisé par une décision judiciaire, il préexiste néanmoins : il s'agit ici nécessairement d'un vice antérieur à la cession, dont l'effet dévastateur ne se révèle que postérieurement²²⁵⁹. De prime abord, il peut également paraître impossible de savoir si le vice était apparent ou non pour le cessionnaire au moment de la délivrance, dès lors que l'existence même du vice ne peut résulter que de la décision qui tranche le recours formé à cette fin. Cependant, tout défaut caché de la chose, pour entraîner garantie, est apprécié par le juge dans le cadre du recours formé par l'acquéreur : il en va de même des choses corporelles et incorporelles. Le juge devrait donc apprécier si, au moment de la délivrance, le cessionnaire pouvait déceler le défaut de protection. L'hésitation semble exclue lorsque ce défaut tient à l'absence de création de forme (idée non protégeable en tant que telle). Elle reste permise pour le défaut d'originalité : tout dépend de la question de savoir si l'acquéreur pouvait déceler la banalité. Néanmoins, il faut souligner que la présomption ne pouvant être renversée que par la preuve du caractère indécélable, on voit mal comment le professionnel parviendra à convaincre le juge de l'existence d'un vice caché²²⁶⁰.

Au fond, si le rattachement de l'impropriété de l'œuvre et du défaut de protection légale à la garantie contre les vices cachés plutôt qu'à la garantie contre l'éviction présente un intérêt, c'est surtout à l'égard du créateur, en ce sens que les conditions de mise en œuvre de la première le prémuniront davantage que celles de la seconde des conséquences d'un recours

²²⁵⁹ Lorsqu'il s'agit d'une cession d'œuvre future, donc précédée d'une commande, il faut considérer le vice antérieur au transfert de droit.

formé contre lui : à la supposer applicable, la garantie contre l'éviction peut être mise en œuvre sur la simple preuve du trouble dans la jouissance, tandis que la preuve d'un vice caché apparaît beaucoup plus délicate.

556. Cas ne relevant ni de la garantie contre les vices cachés, ni de la garantie contre l'éviction. – Il faut enfin faire la part entre les événements qui affectent l'œuvre et le cours normal de la protection légale. L'expiration du monopole ne relève ainsi d'aucune garantie. Il n'y a pas d'éviction, dès lors qu'aucun tiers ne peut réclamer de droit. Il n'y a pas de vice : la chose est bel et bien une œuvre de l'esprit. L'expiration de la protection n'affecte pas la chose, l'œuvre de l'esprit, mais le droit sur la chose : la disparition du droit sur la chose ne saurait se confondre avec un vice de la chose, dès lors que le droit a une durée prévue par la loi. Ne saurait constituer un vice une qualité nécessaire de la chose, en vertu de la loi. En cas de conclusion d'un contrat portant sur une œuvre déjà tombée dans le domaine public, l'action en nullité du contrat pour défaut d'objet constitue évidemment le seul recours possible. Un contrat portant sur une durée supérieure à la durée légale deviendrait caduc au moment de l'expiration du monopole.

L'auteur, de même que l'inventeur, ne garantit pas davantage le rendement commercial de la création²²⁶¹. Le succès de l'œuvre auprès du public ne saurait faire l'objet de la garantie contre les vices.

B. – Régime des garanties contre l'éviction et contre les vices cachés

557. Le régime de la garantie contre l'éviction, au domaine d'application le plus large (1) mérite d'être présenté avant celui réservé à la garantie contre les vices rédhibitoires (2).

1) Régime de la garantie contre l'éviction

558. L'exclusivité. – La garantie contre l'éviction ne peut jouer en cas de concession, par l'auteur, de licences postérieures à la vente : le recours de l'acquéreur n'est ouvert que si le

²²⁶⁰ Sur l'appréciation du caractère indécélable du vice, v. *supra*, n°554.

²²⁶¹ Il est de règle que le titulaire du droit de brevet ne garantit pas le rendement industriel ou commercial de l'invention : v. p. ex. Cass. civ., 12 avril 1956, Ann. propr. ind. 1957, 79 ; CA Paris, 12 juillet 1971, PIBD 1972, III, 28. V. aussi J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz 6^e éd. 2006, n°464.

droit du tiers est antérieur au contrat²²⁶². L'auteur n'étant plus propriétaire, le cessionnaire ne craint pas d'éviction.

Il faut également rappeler que, dans la mesure où le contrat d'édition est en réalité un bail, l'exclusivité est de nature contractuelle. Il se comprend donc que, d'après l'article L. 132-8 du code de la propriété intellectuelle, l'auteur puisse exclure l'exclusivité, même si elle se présume. Ce faisant, il s'agit moins d'élision de la garantie contre l'éviction que de détermination des frontières de l'obligation d'assurer une jouissance paisible. Il n'y a pas d'éviction du titulaire d'une licence simple, lorsque le propriétaire consent à un tiers un autre droit personnel de jouissance non exclusive. Le cas est rarissime dans la pratique de l'édition aussi bien que dans celle de la production audiovisuelle.

De façon classique, l'éviction du fait personnel ne peut être éludée, en application de la règle selon laquelle « qui doit garantie ne peut évincer »²²⁶³. L'éviction du fait des tiers pourrait en revanche faire l'objet d'une clause de non-garantie, qui ne décharge cependant pas l'auteur de la restitution du prix²²⁶⁴.

Il conviendra également de se référer aux effets que le code civil attache à la mise en œuvre de la garantie²²⁶⁵ : restitution du prix – restitution du forfait ou des participations proportionnelles – indemnisation à raison des fruits de la chose qui auraient été rendus au tiers qui l'évince – on pourrait ainsi y inclure les indemnités dues au tiers au titre de la contrefaçon, lesquelles peuvent être déterminées par référence aux bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits²²⁶⁶ – remboursement des frais (du contrat et du ou des procès intentés par le tiers et contre l'auteur) sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts pour compenser les investissements de l'exploitant.

²²⁶² V. p. ex. sur ce point P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°196.

²²⁶³ V. p. ex. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°210.

²²⁶⁴ V. p. ex. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°216.

²²⁶⁵ V. art. 1630 c. civ. et aussi. p. ex. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°220s.

²²⁶⁶ V. en effet art. L. 331-1-3 CPI, sur la réparation de la contrefaçon : « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causés au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte », un second alinéa précisant même que « la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ».

En cas d'éviction partielle – hypothèse d'un cessionnaire ou d'un licencié exclusif qui aurait à souffrir la concurrence du titulaire d'une licence simple – l'exploitant pourra demander soit l'anéantissement de la vente, soit une diminution du prix²²⁶⁷, du moins en cas de rémunération forfaitaire du créateur.

Les règles relatives au bail sont très similaires²²⁶⁸. On peut toutefois noter une différence qui est susceptible de présenter un intérêt en la matière : le bailleur répond des troubles de fait émanant de colocataires, voire même de tout autre intervenant à la demande du bailleur²²⁶⁹. Dans cette mesure, même si les divers titulaires d'une licence simple ne sont pas colocataires, l'auteur pourrait avoir à répondre de troubles de fait subis par un licencié en raison des agissements d'un autre.

2) Régime de la garantie contre les vices cachés

559. Le régime de la garantie contre les vices cachés ne sera que brièvement esquissé, dans la mesure où les propos précédents ont entendu démontrer qu'elle ne pourra que rarement, sinon jamais être mise en œuvre contre l'auteur.

560. Exercice du recours. – Il suffit de rappeler que l'action, conformément au droit commun, est enfermée dans un délai de deux ans²²⁷⁰.

561. Effets du recours. – Chacun sait que, selon l'article 1645 du code civil, le cédant qui avait connaissance du vice est tenu, outre la restitution du prix, à des dommages et intérêts envers le cessionnaire.

Il est néanmoins sans doute possible à l'auteur de prévoir une clause évasive de garantie, laquelle est valable lorsque le vendeur est non professionnel ou entre deux professionnels de la même spécialité²²⁷¹ :

²²⁶⁷ Art. 1636 à 1638 c. civ. V. p. ex. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°221.

²²⁶⁸ V. art. 1725 à 1727 c. civ.

²²⁶⁹ V. A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°336 et Cass. 3^e civ., 7 novembre 2001, Bull. civ. III, n°121.

²²⁷⁰ Art. 1648 c. civ. (ord. 17 février 2005).

²²⁷¹ A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, n°224.

D'après la jurisprudence, repose sur le vendeur professionnel une présomption irréfragable de connaissance du vice²²⁷². Or l'auteur est un professionnel de la création, qui pourrait donc être considéré comme connaissant nécessairement le vice de sa création. Des aménagements de cette jurisprudence sont cependant concevables. La mise en œuvre de la présomption de mauvaise foi pourrait ainsi être écartée s'agissant des cédants occasionnels, tel le créateur²²⁷³, la présomption devant plus certainement jouer contre les cédants professionnels²²⁷⁴. Tout dépendrait donc, en réalité, de l'acception retenue du professionnel : professionnel de la création ou professionnel de la vente. La règle semble viser davantage le second que le premier.

Même à considérer que l'auteur est un cédant non professionnel, s'il ne faut pas oublier que la présomption de mauvaise foi du vendeur joue même à l'égard d'un acquéreur professionnel, dans la mesure où celui-ci n'est pas tenu par une telle présomption irréfragable de connaissance du vice, la jurisprudence a néanmoins estimé que la présomption ne recevait pas application entre professionnels de la même spécialité²²⁷⁵. Or, à tenir l'auteur pour un professionnel, il serait difficile de contester que auteurs et exploitants sont des professionnels de même spécialité, en tant qu'intervenants de la chaîne d'exploitation culturelle.

Il apparaît que les obligations de l'auteur sont, à l'issue de la qualification du contrat au regard du droit civil, réglementées de façon plus précise. L'influence de la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil s'exerce néanmoins également sur les engagements de son cocontractant.

Sous-section 2

ENGAGEMENTS DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR

562. Selon la nature du contrat qu'il a conclu, le cocontractant de l'auteur s'engage à prendre réception de l'œuvre commandée (§1.), mais aussi et surtout, dans le cadre des accords

²²⁷² V. not. Cass. civ., 24 novembre 1954, JCP 1955, II, 8565 ; V. aussi J.-M. MOUSSERON, « L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation des brevets d'invention », in *Hommages à H. Desbois*, 157.

²²⁷³ V., en ce qui concerne l'inventeur, J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz 6^e éd. 2006, n°464.

²²⁷⁴ V., en droit des brevets, J.-Ch. GALLOUX et J. AZÉMA, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz 6^e éd. 2006, n°464, contre (pas de raisons de faire un sort différent des professionnels d'autres biens) ; J.-M. Mousseron, « L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation des brevets d'invention », in *Hommages à H. Desbois*, p. 169, pour.

d'exploitation, à payer le prix (§2.) et à exploiter (§3.). Il support enfin parfois, à titre principal ou accessoire, une obligation de conservation (§4.) et de reddition des comptes (§5.).

§ 1. – OBLIGATION DE PRENDRE RÉCEPTION

563. Obligation du maître d'ouvrage. – L'on a vu que la conformité de l'œuvre créée aux attentes du commanditaire relève toujours de la réception par ce dernier, au titre du contrat d'entreprise, et non de la délivrance conforme à laquelle est tenue le cédant ou le donneur de licence²²⁷⁶.

La réception est l'acte juridique unilatéral par lequel le maître de l'ouvrage approuve le travail réalisé par l'entrepreneur, reconnaît la conformité de l'ouvrage réalisé à celui commandé et déclare l'accepter, avec ou sans réserves²²⁷⁷. Elle peut être tacite, résultant par exemple du paiement du solde du prix²²⁷⁸. Surtout, si la réception est un droit pour le maître de l'ouvrage – celui de vérifier la correcte exécution du contrat – il s'agit également d'une *obligation*, éventuellement susceptible d'être judiciairement prononcée à la demande de l'entrepreneur²²⁷⁹.

564. Nullité de la clause d'agrément stipulée dans le contrat de commande. – Se pose ainsi la question de la validité de la clause par laquelle l'exploitant se réserve le droit d'accepter la création commandée, dont la stipulation est assez fréquente. La prudence de l'exploitant semble légitime : lorsque le contrat d'exploitation est conclu à l'égard d'une œuvre déjà créée, que l'auteur soumet à son cocontractant au moment de la négociation, ce dernier peut décider de contracter ou de ne pas contracter en ayant pu, d'après le jugement qu'il porte sur l'adéquation de l'œuvre à la structure du marché et aux goûts du public, se faire une idée des chances de succès de l'exploitation ; lorsque le contrat porte au contraire sur une œuvre future, l'investisseur prend un risque en s'engageant à exploiter une œuvre dont il ne peut évidemment pas mesurer *a priori* le potentiel commercial. Cela étant, il ne faut pas

²²⁷⁵ V. p. ex. Cass. com., 8 oct. 1973, JCP G 1975, II, 17927, note J. GHESTIN.

²²⁷⁶ L'articulation entre commande et contrat d'exploitation justifie l'examen de l'obligation de prendre réception, même si la qualification de contrat de commande n'est qu'un propos incident de cette étude dédiée aux contrats d'exploitation.

²²⁷⁷ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, n°841 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°449.

²²⁷⁸ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, n°841.

oublier non plus qu'en se réservant l'exploitation d'œuvres futures, l'exploitant prend un avantage sur d'éventuels concurrents. Quant à l'auteur, la nullité du contrat en raison du caractère potestatif ne sert que rarement ses intérêts : il voudrait surtout que l'exploitant soit tenu d'exploiter l'œuvre telle qu'il l'a conçue. Mais la nullité du contrat lui permet de chercher un autre partenaire, plutôt que d'accepter les modifications suggérées pour remplir son contrat. En tout état de cause, la nullité du contrat lui-même dépend du caractère déterminant du consentement que présente la clause.

En revanche, il est indubitable que la clause du contrat de commande subordonnant la réception de l'œuvre à l'acceptation arbitraire du maître d'ouvrage s'expose à l'annulation : une telle clause contredirait les engagements de ce dernier. S'étant obligé à payer le prix de la commande, il ne peut stipuler à son profit une clause qui lui permet de se soustraire indéfiniment à son obligation. Ce n'est que faire application du principe de nullité des clauses de non-responsabilité qui portent atteinte à une obligation essentielle, car telle est bien la qualification adéquate²²⁸⁰. L'auteur pourrait faire judiciairement ordonner la réception²²⁸¹. Bien entendu, le maître d'ouvrage pourrait quant à lui, s'il estime souffrir d'une mauvaise exécution, assigner l'auteur en responsabilité contractuelle ou en résolution du traité. Si le contrat de commande est résolu, le contrat de cession, de licence ou d'option portant sur l'œuvre commandée devrait, formant un ensemble indivisible, être résolu de même.

Cela étant, il faut prendre en considération le fait que la commande est souvent accompagnée, en pratique, de la conclusion concomitante d'un contrat d'exploitation. Il apparaît peu satisfaisant d'interdire à l'exploitant, que la création commandée ne satisfait pas totalement, d'en assurer l'exploitation. L'exploitant devrait ainsi pouvoir se protéger par trois mécanismes, dont la validité peut être admise dès lors que la commande n'est pas remise en cause et que l'exploitant, s'il se dégage du contrat d'exploitation, reste tenu de verser le prix de la commande.

²²⁷⁹ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, n°841 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°449, qui étendent au droit commun une solution posée en droit de la construction par l'art. 1792-6 C. civ.

²²⁸⁰ Sur cette solution jurisprudentielle, V. not. Cass. 1^{er} civ., 22 oct. 1996, JCP 1997, II, 22881, note D. COHEN – Cass. com., 30 mai 2006, Bull. civ. IV, n°132.

²²⁸¹ Sur cette faculté, V. *supra*, n°563.

565. Clause de dédit. – On a pu suggérer aux exploitants de recourir à une *clause de dédit*²²⁸². Mais il importe alors de relever une intention claire des parties. Une telle clause ne se démarque de la clause d'agrément prohibée qu'à la condition de concerner le seul contrat de cession, réservant le droit de l'auteur d'obtenir paiement du prix de la commande²²⁸³.

566. Promesse de contrat et pacte de préférence. – Chaque fois qu'un exploitant entend acquérir des droits portant sur une œuvre future ou une œuvre déjà créée, mais qui n'intéresse l'exploitant que sous réserve de modifications, ce dernier ferait bien de négocier d'abord un contrat d'option, *i.e.* une promesse de cession, ou un pacte de préférence²²⁸⁴. Cependant, les deux formules présentent chacune leurs avantages et inconvénients.

Dans le cas d'un pacte de préférence – l'auteur formulant alors une offre de cession – l'éditeur qui refuse l'œuvre telle qu'elle est proposée ne devrait pas pouvoir s'opposer à ce que le créateur négocie avec un tiers quant à cette même version, aux mêmes conditions que celles stipulées au pacte. Bien entendu, le créateur peut toujours – et il y va de son intérêt en l'absence d'offre concurrente – procéder aux corrections et remaniements que l'éditeur bénéficiaire de la préférence sollicite. Mais il n'apparaît pas possible à l'éditeur de contraindre, par le biais de cet avant-contrat, l'auteur à le faire.

Le mécanisme de la promesse de cession présente d'autres avantages pour l'exploitant, sans annihiler la liberté du créateur. En effet, si l'éditeur a le choix entre consentir à la cession ou y renoncer, il ne saurait imposer au créateur de rester – peut-être indéfiniment – dans l'expectative. Aussi faut-il distinguer deux hypothèses, lorsque l'éditeur est mécontent de l'œuvre proposée à l'expiration du délai d'option : soit il obtient du créateur une prorogation du délai d'option, en suggérant les corrections et remaniements qui lui paraissent opportuns ; soit l'auteur refuse de promettre à nouveau. Dans cette seconde configuration, l'exploitant est

²²⁸² S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec IRPI, 1999, préf. A. FRANÇON, n°540.

²²⁸³ S. DENOIX DE SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français, op. cit.*, n°540s. La position que soutient cette thèse est nuancée. En effet, il est exclu que la clause d'agrément, *en elle-même*, constitue une clause de dédit (V. n°532, où il est relevé que la faculté du cocontractant s'exerce à un moment où l'auteur a déjà créé l'œuvre, soit à un moment où il a accompli son engagement). Mais il est ensuite relevé qu'une faculté de dédit pourrait être reconnue dans le contrat de cession (V. n°541) : la commande devrait être honorée, et donc son prix payé le dédit s'appliquant seulement à la cession. En pratique, il y aura un seul acte instrumentaire, le problème de qualification de la clause se pose donc.

²²⁸⁴ V., en faveur d'une telle solution, P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°526, suggérant quant à lui le recours à une promesse *unilatérale* ou *synallagmatique* de cession. Dans le second cas, l'auteur affirme que l'indemnité d'immobilisation pourrait résider dans le prix payé pour l'exécution de la commande.

moins bien traité que le bénéficiaire d'un pacte de préférence : rien n'empêche alors l'auteur de négocier avec un tiers à des conditions différentes que celles prévues dans la promesse – le créateur peut ainsi par exemple préférer conclure à des conditions moins avantageuses plutôt que d'altérer la forme initiale de son œuvre. Dans le premier cas, le bénéficiaire de la promesse reçoit en revanche un meilleur traitement : pendant le nouveau délai d'option, il est assuré qu'aucune offre concurrente ne pourra être acceptée par le créateur. La liberté du créateur n'est pas réduite à néant, en ce qu'il retrouve sa liberté au terme du délai stipulé, si l'éditeur reste toujours insatisfait de la forme de l'œuvre et s'abstient de lever l'option.

567. Stipulation d'une condition dans le contrat d'exploitation. – Dans le contrat d'exploitation lui-même, il pourrait sans doute être stipulé une *condition*, selon laquelle le cessionnaire se réserve la faculté de ne pas publier l'œuvre qu'il n'estime pas conforme à ses attentes. Certes, la condition affectant une obligation de l'exploitant, le caractère potestatif ne fait nul doute si sa réalisation dépend de son appréciation arbitraire²²⁸⁵. Aussi la clause du contrat d'exploitation qui réserve au cessionnaire la faculté de ne pas procéder à la publication au cas où l'œuvre ne serait pas conforme à ses attentes sera-t-elle privée de validité. Des juges du fond ont ainsi pu se prononcer dans le sens de la nullité du contrat en raison du caractère potestatif de la clause attachée au contrat d'édition²²⁸⁶.

Pourtant, sans même qu'il soit d'ailleurs nécessaire de recourir à une distinction ésotérique entre condition *purement* ou *simplement* potestative, il est admis que ne sont prohibées que les clauses qui soumettent l'exécution de l'une des obligations à l'arbitraire de son débiteur²²⁸⁷.

²²⁸⁵ La condition peut-elle affecter non l'obligation d'exploitation, mais la cession des droits par l'auteur ? Le procédé serait habile, car échappent à la nullité les conditions qui sont au pouvoir du créancier. Dans la cadre d'une vente de droit commun, le mécanisme ne présente aucun intérêt pour l'acquéreur, puisqu'il est débiteur d'un prix qu'il n'a pas d'intérêt à payer avant de faire produire au contrat son effet translatif. Mais il en va différemment dans la configuration du droit d'auteur, où le principe de rémunération proportionnelle conduit le cessionnaire à n'être redevable de rien à défaut d'exploitation. Seulement, le contrat l'oblige alors à exploiter... laquelle exploitation n'est possible que si la cession s'est produite, à défaut de quoi elle serait contrefaisante. Il n'est donc pas possible de soutenir que la condition affecte le transfert, et non l'obligation de publication.

²²⁸⁶ CA Paris, 1^e ch., 15 avril 1989, RIDA 1990/1, 314 ; D. 1990, SC 58, obs. COLOMBET ; RTD civ. 1990, 284, obs. J. MESTRE (alors que la convention comportait une clause aux termes de laquelle l'éditeur se réservait le droit d'apprécier si le manuscrit « convient bien au public et aux buts visés », jugé qu'il ne s'agissait « pas d'un contrat de commande dans lequel la cession du droit d'éditer et de vendre est précédée d'une option consentie à l'éditeur en vue précisément de cette cession » et que « la nature et l'étendue des prérogatives abandonnées à l'éditeur livraient à son entière discrétion l'œuvre des deux co-auteurs », en conséquence de quoi le contrat d'édition fut annulé en tant que subordonné à une condition purement potestative) – TGI Paris, 3^e ch., 12 avril 1995, RIDA 1997/1, 269, obs. A. KÉRÉVER (faits et motifs similaires).

²²⁸⁷ V. B. DONDERO, « De la condition potestative licite », RTD civ. 2007, 677, n°32s., qui privilégie l'« objectivation par l'inconvénient » - la condition potestative serait admise s'il résultait un inconvénient, pour le débiteur de l'obligation conditionnelle, à ne pas l'exécuter - ou l'objectivation des critères conditionnant la

Or il est douteux que cette « clause d'agrément » permette toujours un comportement arbitraire de l'exploitant. En effet, certains auteurs considèrent que l'exécution du contrat n'est pas soumise à l'arbitraire du débiteur lorsque les conséquences de la défaillance ou de l'accomplissement de la condition sont suffisamment importantes pour que le choix du débiteur ne puisse être normalement déterminé par le souci de ce dernier d'éluder son obligation²²⁸⁸. Or tel est bien le cas du cocontractant du créateur, qui n'a pas en principe pour intérêt de ne pas exploiter, mais au contraire de le faire²²⁸⁹. Néanmoins, cette considération n'est peut-être pas suffisante. De fait, il n'est pas certain que la condition potestative échappe à la nullité lorsqu'elle est stipulée dans un contrat synallagmatique²²⁹⁰ : s'il est vrai que le débiteur au pouvoir duquel tient une condition subit un inconvénient du fait de son absence de réalisation – il ne pourra profiter de sa créance réciproque²²⁹¹ – il semble difficile de distinguer cet inconvénient inéluctable du défaut d'intérêt du débiteur à ne pas exécuter son contrat. On est du moins en droit de se demander si ce critère de l'objectivation par l'inconvénient n'est pas une résurgence de la théorie classique, écartant la nullité des conditions potestatives prévues aux contrats synallagmatiques²²⁹².

Aussi ne restera-t-il pas moins utile, sinon nécessaire, de caractériser des critères objectifs montrant que l'auteur n'est pas soumis à un pouvoir arbitraire. Un contrôle devrait pouvoir être exercé sur l'adéquation de l'œuvre aux exigences éditoriales. Il convient d'abord de se référer à la conformité de l'œuvre à la finalité de l'exploitation recherchée, voire à la « qualité » intrinsèque de l'œuvre. Certes, le mérite n'est pas une condition de protection. Il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de créations – œuvres des arts appliqués ou logiciels, par exemple – se prêtent à une évaluation de leur adéquation aux souhaits de

décision du débiteur - la réalisation ou la défaillance de la condition pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire, ou dépendrait aussi de l'intervention d'un tiers : notre cas de figure entrerait dans la première catégorie. L'auteur envisage cependant aussi la validité de principe des conditions potestatives, en plaçant pour un contrôle au stade de l'exécution. V. enfin W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », RTD civ. 2007, 701, qui rejette également la nullité des conditions simplement potestatives.

²²⁸⁸ B. DONDERO, *op. cit.* n°34 (selon la grille de lecture de cet auteur, on pourrait retenir un inconvénient, pour l'exploitant, à ne pas exécuter son obligation). V. aussi J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre), D. 1973, chron. p. 293, n°22.

²²⁸⁹ Bien sûr, il ne peut être exclu qu'un cessionnaire souhaite acquérir des droits pour laisser une œuvre en sommeil – afin par exemple de ne pas compromettre le succès d'une autre œuvre similaire. Cela étant, si l'annulation de la clause potestative est écartée, il devient au contraire primordial de contrôler la mise en œuvre de la condition. Or de multiples critères pourront révéler la faute du cessionnaire : le manquement à la bonne foi ou à la loyauté, l'intérêt de l'entreprise, etc. V. sur ce point B. DONDERO, *op. cit.* n°55s.

²²⁹⁰ V. sur ce point Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, n°1233.

²²⁹¹ C'était d'ailleurs là que réside la justification avancée par les partisans de la validité des conditions potestatives prévues dans des contrats synallagmatiques. V. sur ce point Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, n°1233.

l'exploitant. D'ailleurs, certains estiment que la condition de conformité de l'œuvre est potestative, sauf pour les œuvres à caractère technique ou les traductions, plus généralement les créations pour lesquelles l'arbitraire est minime et qui ont une finalité utilitaire précise²²⁹³. L'exploitant pourrait donc, fixant précisément la finalité que doit servir la création commandée, se ménager ainsi la faculté de refuser l'œuvre qui ne permettrait pas d'y satisfaire²²⁹⁴. Le contrôle est plus délicat s'agissant d'œuvres plus « traditionnelles », encore qu'un certain nombre de références pourraient conduire à reconnaître l'objectivité : renvoi aux principes directeurs d'une collection, à la politique éditoriale de la maison, à un cahier des charges ou encore à l'avis d'un comité de lecture ou d'experts indépendants²²⁹⁵.

En revanche, il ne semble pas impératif que les parties conviennent d'un délai de réalisation ou de défaillance de la condition²²⁹⁶. Dans un tel cas, le délai pourrait peut-être être fixé par le juge, sur le fondement de l'article 1175 du code civil²²⁹⁷ – le principe reste néanmoins que la condition n'est défaillie que s'il est certain que sa réalisation est impossible²²⁹⁸. En tout état de cause, reste que la fixation conventionnelle d'un délai renforcerait l'objectivité propice à justifier la validité de la clause.

Peut-être serait-il également possible de s'en tenir à un contrôle au stade de la mise en œuvre de la clause. La validité de principe de la condition serait admise, mais un abus pourrait être reproché à l'éditeur dans sa mise en œuvre. L'éditeur devrait proposer des corrections et remaniements précis, par exemple.

C'est ainsi que mérite d'être pleinement approuvée la jurisprudence qui considère que ne sont pas potestatives les clauses prévoyant que le producteur ne prend pas d'engagement

²²⁹² Sur cette analyse classique, V. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF 2004, n°1051.

²²⁹³ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°669.

²²⁹⁴ Il ne faut cependant pas confondre délivrance conforme et garantie des vices (V. *infra*, n°...) : c'est sur le terrain de la garantie des vices que devrait être sanctionnée la fourniture d'une œuvre comportant des vices de conception. La délivrance conforme concerne en revanche l'adéquation de l'œuvre aux besoins de l'exploitant.

²²⁹⁵ Comp. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°528.

²²⁹⁶ V., en droit commun, Cass. 1^{er} civ., Bull. civ. I, n°180 ; D. 1992, 170, note M.-O. GAIN ; RTD civ. 1991, 738, obs. J. MESTRE (jugé que « la stipulation d'une condition sans terme fixé ne confère pas à l'obligation un caractère perpétuel et le contrat subsistait aussi longtemps que la condition suspensive n'était pas défaillie » : était donc valide la convention stipulant que le prix de la petite annonce n'était dû qu'après la vente partielle ou totale des biens faisant l'objet de l'annonce).

²²⁹⁷ V. en ce sens Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, n°1227.

²²⁹⁸ Arg. art. 1176 et 1177 c. civ.

concernant l'exploitation de l'œuvre²²⁹⁹, si tant est qu'on considère que l'exploitant est tenu, quant à ce qui relève de sa volonté, d'accomplir les démarches nécessaires.

Enfin, il importe de se demander si les parties peuvent convenir d'une condition *suspensive* aussi bien que *résolutoire*, et de rechercher quelle obligation est affectée par la condition. Les parties peuvent prévoir que l'exploitation ne devra avoir lieu qu'à partir du moment où l'œuvre est agréée par l'exploitant²³⁰⁰ : la condition suspensive est indéniablement permise. S'il est exclu de prévoir une condition résolutoire affectant l'obligation d'exploiter – l'obligation affectée ne pourrait de toute façon pas être exécutée avant que l'œuvre ait été agréée – il est peut-être néanmoins également envisageable de stipuler une condition résolutoire du transfert. Cette dernière voie appellerait sans doute un examen plus indulgent des critères posés, dans la mesure où l'auteur recouvre sa liberté au cas où l'éditeur n'agrée pas l'œuvre proposée, tandis qu'une condition suspensive ne délie pas le créateur.

§ 2. – OBLIGATION DE PAYER LE PRIX

568. Paiement du prix. – La qualification de vente ou de bail appelle une obligation de payer le prix²³⁰¹, dont le régime ne présente cependant que peu d'intérêt au regard de celle que comportent les contrats d'auteur, dès lors que le code de la propriété intellectuelle et la jurisprudence résolvent la plupart des problèmes juridiques qui se posent.

569. Action directe en paiement. – L'action directe permet à un créancier d'atteindre, en son nom personnel et pour son propre compte, le patrimoine du débiteur de son débiteur alors même qu'*a priori*, aucun lien de droit ne les unit²³⁰². C'est en exerçant cette voie de droit qu'un auteur pourrait tenter de recouvrer auprès d'un tiers la créance de redevances qu'il détient contre le primo-exploitant.

²²⁹⁹ V. CA Versailles, 1^{ère} ch., 27 janvier 1988, D. 1988 SC 223, obs. Th. HASSLER – CA Paris, 4^e ch. A, 18 octobre 1994 (juris-data n°023209) pour laquelle il ne dépend pas du producteur de poursuivre l'exploitation du film, dès lors que celle-ci est fonction de la faveur du public. L'arrêt ne conteste pas le principe de l'obligation d'exploiter...

²³⁰⁰ Comp. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, qui évoque « une condition suspensive de l'obligation de publication ».

²³⁰¹ V. p. ex., en droit commun, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°332s. (vente) et n°487s. (bail). – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°240s. (vente) et n°327 (bail).

²³⁰² Sur cette définition, V. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°1083.

L'intérêt de la qualification civiliste se révèle de ce point de vue, dans la mesure où l'action directe trouve une assise textuelle dans des dispositions particulières au bail²³⁰³, au mandat²³⁰⁴ ou au louage d'ouvrage²³⁰⁵. Dans la mesure où la plupart des contrats nommés du droit d'auteur sont des licences, l'auteur devrait ainsi pouvoir fonder sur le régime du bail une action directe en paiement contre un sous-licencié. S'agissant de la vente, il n'est au contraire pas certain que le cédant ait une action directe en paiement du prix de vente contre un rétrocessionnaire.

§ 3. – OBLIGATION D'EXPLOITER

570. Obligation de moyens ou de résultat. – Là encore, la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil présente un intérêt restreint : celle-ci fait l'objet d'une réglementation par le code de la propriété intellectuelle. De plus, s'agissant des contrats nommés du droit d'auteur qui reçoivent la qualification de bail, il faut relever que si l'obligation d'exploiter peut s'insérer dans la structure de cette dernière, le code civil ne contient pas de régime propre à cette dernière. Cela étant, la qualification justifie néanmoins que soit mis en œuvre un raisonnement classique, consistant à rechercher s'il s'agit d'une obligation de moyens ou de résultat. L'obligation d'exploiter est pour certains une obligation de résultat, laquelle s'apparente à une garantie²³⁰⁶. Il paraît cependant préférable de s'en tenir à une approche circonstanciée.

571. Obligations de l'éditeur. – La question de savoir si l'obligation d'exploiter pesant sur l'éditeur, envisagée sous ses deux aspects, est une obligation de moyens ou de résultat, ne semble pas pouvoir être pleinement tranchée au regard du seul droit d'auteur.

Certes, il faut relever que le code de la propriété intellectuelle envisage tantôt une obligation de rechercher une exploitation²³⁰⁷, tantôt une obligation d'exploitation (permanente et suivie ou non)²³⁰⁸. Or il a déjà été souligné que la première ne peut en réalité se concevoir qu'en une

²³⁰³ Art. 1753 c. civ., tel qu'il est interprété par la jurisprudence (V. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, n°1149, qui précisent que cette action directe en paiement résulte d'une interprétation jurisprudentielle du texte, laquelle date toutefois du 19^e siècle).

²³⁰⁴ Art. 1994 c. civ.

²³⁰⁵ Loi du 31 décembre 1975.

²³⁰⁶ N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, th. Paris II, 2005, n°222.

²³⁰⁷ Art. L. 131-3 CPI (cession des droits d'adaptation audiovisuelle d'une œuvre éditée).

²³⁰⁸ Art. L. 132-12 (édition) et 132-27 CPI (production audiovisuelle).

sorte d'obligation d'exploiter de moyens²³⁰⁹. S'engager à « rechercher une exploitation » ou promettre de mettre en œuvre les moyens propres à parvenir à une exploitation, c'est tout un... Dès lors, il faut relever que la lettre du code de la propriété intellectuelle ne laisse pas totalement dans l'ombre la portée des obligations de l'éditeur. En évoquant la fabrication ou la diffusion, la loi ne se contente pas de poser une obligation de moyens (puisque la cession s'opère à charge de fabriquer, de diffuser et d'assurer une exploitation permanente et suivie, et non seulement de « rechercher une exploitation »). Pour autant, il est tout de même difficile de considérer que l'article pose une obligation de résultat, car entre celle-ci et l'obligation de moyens, il existe la catégorie intermédiaire de l'obligation de moyens renforcée...

En réalité, plusieurs étapes devraient être distinguées. Assurément, un éditeur est tenu de procéder à la *fabrication* d'un certain nombre d'exemplaires : il s'agit d'un *résultat* que l'éditeur doit atteindre. L'article L. 132-17 du code de la propriété intellectuelle, qui prévoit une résiliation de plein droit lorsqu'il ne procède pas à la publication, suffit à s'en convaincre. Le doute surgit relativement à la continuité de l'exploitation. Il faut alors signaler que la loi elle-même renvoie aux usages²³¹⁰. Néanmoins, bien qu'il s'agisse d'une obligation impérative, il semble téméraire d'affirmer que l'esprit de protection de l'auteur commande que l'éditeur soit tenu d'une obligation de résultat. Cette protection indéniable du créateur ne saurait alourdir exagérément les engagements de l'exploitant d'une œuvre qui ne rencontre pas un véritable succès auprès du public. Le succès de l'exploitation ne peut constituer un résultat. Le droit civil justifie de voir dans l'obligation d'exploiter permanente et suivie une obligation de moyens.

572. Obligations du producteur audiovisuel. – L'obligation faite au producteur audiovisuel de réaliser l'œuvre est assurément une obligation de moyens : celui-ci ne peut être tenu de réaliser une œuvre qui n'aurait aucune chance de succès ou dont les coûts de réalisation s'avéreraient prohibitifs²³¹¹. Il devrait en aller de même de l'obligation de diffusion²³¹². En outre, le producteur audiovisuel ne supporte tout simplement pas d'obligation d'exploitation *permanente*.

²³⁰⁹ V. *supra*, n°141.

²³¹⁰ Arg. art. L. 132-12 CPI.

²³¹¹ V. sur ces points B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°245. V. aussi CA Paris, 4 mai 2001, CCE 2001, comm. n°115, note Ch. CARON (qualification d'obligation de résultat rejetée) – TGI Paris, 16 mars 2006, RIDA 2006/3, 363 (obligation de moyens renforcée).

573. Exécution forcée. – La question se pose de savoir si, à défaut d'exploitation, l'auteur pourrait demander en justice l'exécution forcée de l'obligation pesant sur son cocontractant. M. Gautier envisage, bien que prudemment, l'invocation du droit moral²³¹³. Dès lors que ce droit extrapatrimonial ne paraît pas pouvoir fonder l'obligation d'exploiter²³¹⁴, il semble pareillement impropre à justifier son exécution forcée. Partant de la qualification d'obligation de faire, il paraît en réalité opportun de distinguer deux hypothèses.

Soit un défaut de toute publication de l'œuvre à éditer, de financement de la réalisation de l'œuvre audiovisuelle, plus généralement de toute exploitation de l'œuvre visée au contrat : dans un tel cas, il faut souligner que l'exécution de la prestation a une dimension personnelle très forte : la conception d'un ouvrage (couvertures, typographie, etc.) ou la production d'une œuvre audiovisuelle sont des prestations aussi bien intellectuelles que matérielles. On est tenté de faire application du principe énoncé par l'article 1142 du code civil, selon lequel l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. L'exécution forcée, outre qu'elle porte atteinte à la liberté d'action, risque de se révéler peu satisfaisante.

Soit en revanche une cessation de la diffusion de l'œuvre, de la commercialisation des exemplaires fabriqués, etc. : dans cette hypothèse, il ne paraît pas injustifié ou impraticable d'imposer à l'exploitant la continuation de sa prestation, au besoin sous astreinte. La jurisprudence récente affirme désormais clairement que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsque celle-ci est possible²³¹⁵.

574. Clauses relatives à la responsabilité de l'exploitant. – Des clauses relatives à la responsabilité de l'exploitant sont parfois stipulées au profit du créateur (sous la pression de SPRD, en général). La qualification du contrat au regard du droit civil est alors un préalable utile, sinon nécessaire, en ce qu'elle permet d'identifier les obligations essentielles, notion de

²³¹² B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°246.

²³¹³ V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°526 *in fine*, qui estime cpt. que « la question est délicate ».

²³¹⁴ V. *supra*, n°132.

²³¹⁵ Cass. 3e civ., 11 mai 2005, Bull. civ. III, n°103 ; JCP 2005, II, 10152, note BERNHEIM-DESSAUX ; D. 2005, IR 1504 ; CCC 2005, n°187, note L. LEVENEUR – Cass. 1e civ., 16 janvier 2007, Bull. civ. I, n°19 ; D. 2007, 1119, note O. GOUT.

référence s'agissant de la validité de ces clauses. L'auteur peut également stipuler à son profit des clauses résolutoires, pour exploitation dénaturante du droit moral par exemple²³¹⁶.

La jurisprudence est fluctuante s'agissant de la validité des clauses de responsabilité²³¹⁷. Mais dans un arrêt récent, la Cour de cassation semble s'être arrêtée sur l'idée que ne risquent la nullité que les clauses vidant de toute substance une obligation essentielle²³¹⁸, revenant à la souplesse du célèbre arrêt « Chronopost »²³¹⁹ après avoir un temps adopté une conception plus rigide²³²⁰. Ne sont prohibées, concrètement, que les clauses excluant toute réparation ou en fixant un montant dérisoire, lorsqu'il s'agit d'une obligation essentielle. D'aucuns invitent, plutôt qu'à se référer à l'obligation essentielle et à la cause de l'engagement, s'agissant d'un problème relatif à l'exécution du contrat et non à sa formation, à fonder le raisonnement sur le principe de cohérence contractuelle²³²¹. D'autres arrêts s'en tiennent à une conception subjective de la faute lourde²³²².

Il est indéniable que, dans les contrats recevant la qualification de bail ou d'entreprise, l'obligation d'exploiter est une obligation essentielle. En application du principe de cohérence contractuelle, il paraît opportun de considérer que le cocontractant de l'auteur ne saurait donc stipuler à son profit une clause *exonératoire* de responsabilité en cas d'absence d'exploitation : défaut de publication par l'éditeur, de réalisation de l'œuvre audiovisuelle, etc. Les clauses *limitatives* pourraient en revanche être admises, même quand elles permettent au débiteur de s'affranchir de l'obligation essentielle que constitue celle d'exploiter l'œuvre visée au contrat, à condition que le plafond prévu ne soit pas illusoire ou dérisoire²³²³. Dans la

²³¹⁶ V. G. VERCKEN, « Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur », PI 2003, n°9, 367.

²³¹⁷ V., pour une synthèse, D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », D. 2008, 1776.

²³¹⁸ V. Cass. com., 18 déc. 2007, D. 2008, 154, obs. X. DELPECH ; JCP G 2008, I, 125, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

²³¹⁹ V. not. Cass. 1^e civ., 22 oct. 1996, JCP 1997, II, 22881, note D. COHEN.

²³²⁰ Cass. com., 30 mai 2006, Bull. civ. IV, n°132 ; D. 2006, 2288, note D. MAZEAUD – 13 juin 2006, JCP G 2006, II, 10123, note G. LOISEAU ; RTD civ. 2006, 773, obs. P. JOURDAIN ; Dr et patr., 2006, n°152, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK – 13 févr. 2007, JCP G 2007, I, 185, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK et II, 10063, note Y.-M. SERINET ; RDC 2007, 707, obs. D. MAZEAUD – 5 juin 2007, JCP G 2007, II, 10145, note D. HOUTCIEFF ; CCE 2007, comm. 151, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK : ces arrêts considèrent que sont nulles les clauses de responsabilité concernant une obligation essentielle, de ce seul fait, sans qu'il soit besoin de rechercher si la réparation est totalement exclue, illusoire ou dérisoire.

²³²¹ V. en ce sens obs. HOUTCIEFF préc. et art. D. MAZEAUD, n°19.

²³²² Cass. mixte, 22 avr. 2005, D. 2005, 1864, note J.-P. TOSI ; JCP G 2005, II, 10066, note G. LOISEAU.

²³²³ Comp. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°546, qui semble l'admettre, mais sans s'en expliquer, et fait malgré tout état de la jurisprudence annulant la clause en cas de faute lourde ou d'atteinte à l'obligation essentielle.

conception fondée sur la faute lourde, les conclusions ne paraissent pas devoir varier : le défaut de toute exploitation devrait recevoir la qualification de faute lourde et, partant, priver d'effet la clause exonératoire.

A défaut de prétendre au bénéfice de telles clauses, l'exploitant pourra néanmoins stipuler une clause pénale²³²⁴. Il y a évidemment lieu de faire application de l'article 1152 du code civil : le juge pourra réduire le montant de la peine excessive – hypothèse rare, sinon d'école – ou augmenter le montant dérisoire²³²⁵. Le risque est donc moindre pour le créateur.

575. Clauses imposant un délai dans lequel doit intervenir l'exploitation. – Il est loisible à l'auteur de prévoir une clause fixant le délai dans lequel doit intervenir l'exploitation, sous peine de résiliation automatique du contrat²³²⁶.

§ 4. – OBLIGATION DE CONSERVER

576. Obligation de conservation accessoire. – La plupart des obligations de conservation s'inscrivent dans des contrats qui ont pour finalité l'exploitation : édition, production audiovisuelle... L'obligation de conservation présente alors parfois un régime spécifique, en tant qu'obligation accessoire du bail, de l'entreprise ou du mandat.

Lorsque la qualification de vente est applicable, il ne faut pas perdre de vue une évidence : l'acheteur ne saurait être tenu d'une obligation de conservation d'une chose dont il est devenu propriétaire. Il ne faut néanmoins pas davantage ignorer que la cession porte sur les droits d'exploitation, non sur le support. On peut donc concevoir que se greffe alors sur la vente un dépôt du support – c'est ce qu'il faudrait d'ailleurs présumer si le contrat ne prévoit rien expressément, la remise d'un support ne pouvant alors qu'être une suite de l'obligation de

²³²⁴ V. MALAURIE, n°989 : la clause pénale fixe un forfait de dommages et intérêts, souvent afin d'inciter le débiteur à exécuter en fixant un forfait dissuasif, mais aussi comme une sorte de clause limitative de responsabilité. La distinction peut ainsi n'être pas évidente. A notre sens, il y aurait lieu, en l'absence de clarté, de retenir l'interprétation la plus favorable à celui au détriment de qui la clause est prévue : dans le cas où la clause concerne une obligation essentielle, ce devrait être la qualification de clause limitative, propre à fonder sa nullité. L'exploitant devrait explicitement signifier qu'il s'agit d'une clause pénale.

²³²⁵ V. sur ce point P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°546.

²³²⁶ V. p. ex. en matière audiovisuelle, dans les contrats conclus sous l'égide de sociétés de gestion. Sur ce point B. MONTELS, *Contrats de l'audiovisuel*, n°247, qui souligne que les durées d'usage sont de 3 ans pour la réalisation, de 2 ans pour la diffusion. V. aussi G. VERCKEN, « Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur », *PI* 2003, n°9, 367, p. 371.

délivrance, qui ne justifie pas le transfert de propriété²³²⁷. Les parties peuvent également convenir d'une vente concomitante du support : ce sera d'ailleurs souvent le cas en matière de photographies, terreau de prédilection des cessions forfaitaires sans obligation d'exploiter. L'intention des parties doit être recherchée.

Le preneur à bail, aussi bien que l'entrepreneur ou le mandataire, sont quant à eux tenus de conserver²³²⁸. L'éditeur et l'entrepreneur de spectacles, en tant que locataires, devraient ainsi être redevables de la conservation du support original éventuellement remis.

S'agissant du producteur audiovisuel, il ne faut pas oublier qu'il est en principe propriétaire des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre audiovisuelle. Dès lors, il est pour le moins difficile de le considérer dépositaire, et plus généralement débiteur d'une obligation de conservation de ces éléments à l'égard des coauteurs : l'obligation de conservation ne se conçoit que pour des choses appartenant au créancier, ou tout au moins en partie (indivision ou copropriété). MM. Lucas considèrent que l'article L. 132-24 al. 3 du code de la propriété intellectuelle n'appelle aucune sanction spécifique²³²⁹. Mais certaines sont pourtant concevables, dès lors qu'il s'agit véritablement d'une obligation contractuelle, ainsi le versement de dommages et intérêts en cas de préjudice.

577. Conclusion du chapitre 2. – La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil ne vaut, à l'instar de toute autre qualification, qu'en tant que titre d'application d'un régime déterminé. Nombreux sont alors apparus les intérêts du rattachement des contrats d'auteur à la catégorie de bail – qualification applicable à la plupart d'entre eux – ou de vente. Au stade de la formation du contrat, il s'est avéré intéressant d'envisager l'application du régime des promesses de contrat et du pacte de préférence, mais aussi des conditions de fond ou des conditions de forme et de preuve. Ainsi notamment, l'analyse a révélé que les exigences de l'article L. 131-3, en ce qu'elles sont également probatoires, ne concernent effectivement que les contrats visés à l'article L. 131-2 du code de la propriété intellectuelle, ce qui autorise un retour au droit commun de la preuve pour les autres contrats. Surtout, les qualifications de bail

²³²⁷ V. en ce sens *supra*, n°539.

²³²⁸ Pour le locataire, v. p. ex., en droit commun, F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, n°483 – P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Contrats spéciaux*, n°328.

²³²⁹ A. et H.-J. LUCAS, *Traité*, n°724 : « La règle s'inscrit dans le souci de conservation du patrimoine audiovisuel. Cette finalité toutefois n'est pas assez impérieuse pour justifier une sanction aussi grave que la nullité, qui pourrait au demeurant se retourner contre les auteurs. Aucune autre sanction n'étant concevable, l'interprète en est réduit à regarder la disposition comme ayant une valeur pédagogique ».

et de vente déploient tous leurs attraits pour combler les lacunes de la réglementation des obligations pesant sur l'auteur : délivrance, mais aussi garantie contre l'éviction aussi bien que contre les vices cachés. Il a également pu être mis en évidence une influence de la qualification de bail ou de vente sur la qualité pour agir en contrefaçon, celle-ci n'étant pas ordinairement dévolue au titulaire d'un simple droit personnel de jouissance – influence qu'il ne faut cependant pas majorer dès lors que l'action en contrefaçon semble devoir être rapprochée d'une action en responsabilité civile qui pourrait dès lors être exercée par un autre que le propriétaire. Néanmoins, la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil présente un intérêt restreint s'agissant des obligations de l'exploitant, qui font l'objet d'une réglementation plus précise du code de la propriété intellectuelle.

578. Conclusion du titre 2. – La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil obéit à une logique parfaitement similaire à celle que suit tout contrat régi par le seul droit général : tel est l'enseignement principal qui pourrait être dégagé en conclusion de ce titre. De fait, ce sont les effets du contrat d'auteur qui, aux termes d'une comparaison avec ceux des grandes figures du droit civil, ont justifié le rapprochement. Parce qu'il est aujourd'hui une figure incontestable des actes d'exploitation de la chose d'autrui, le bail s'est imposé comme la qualification adéquate de la plupart des contrats d'auteur : la représentation, mais aussi l'édition et la production audiovisuelle. Tandis que l'existence d'une obligation d'exploiter a pu être insérée dans la structure du contrat, la reconnaissance d'une concession de droit personnel de jouissance devenait possible dès lors que le code de la propriété intellectuelle accorde au cocontractant du créateur une maîtrise de l'exploitation, attestée par l'attribution d'un pouvoir de décision et la responsabilité des frais et des risques de l'exploitation. Le modèle de la vente ne s'impose qu'en cas d'exclusivité et en l'absence d'une obligation d'exploiter, à moins qu'elle ne soit que l'accessoire d'une obligation de payer le prix, ainsi de la cession de droit commun.

Conclusion de la seconde partie

579. La première partie avait mis en évidence que la qualification du contrat d'auteur repose aussi bien sur sa structure interne ou, si l'on préfère, ses effets, que sur une structure externe, dans laquelle on peut voir l'environnement du contrat. Dès lors que les diverses qualifications spéciales s'ordonnent avant tout autour de la particularité de l'objet de l'effet translatif, les droits d'exploitation, il importait alors de montrer que cet environnement ne constitue pas un obstacle au rapprochement avec des contrats civils.

De fait, il est apparu que la nature juridique du droit d'auteur n'exerce aucune influence. Si le droit d'auteur ne présente pas une unité, l'indépendance légale des divers droits d'exploitation et leur nature réelle justifient qu'ils puissent être l'objet d'un transfert aussi bien que d'une concession de licence. En outre, s'il faut tenir compte de l'exigence de délimitation du domaine d'exploitation, le droit du cocontractant de l'auteur n'est pas nécessairement un démembrement réel : l'absence d'exclusivité interdit de ramener tous les contrats d'auteur au transfert d'un tel démembrement, qui ne saurait consister dans un démembrement non exclusif. En réalité, le caractère contractuel de l'exclusivité appelle au contraire la reconnaissance d'une simple concession de droit personnel de jouissance. La référence légale à un effet translatif commun à tous les contrats d'exploitation s'explique alors par un trait commun de tout bail : le locataire, bien que simple créancier de jouissance, n'en est pas moins propriétaire des fruits de la chose louée. Or cette acquisition de la propriété des fruits ne peut que prendre place, du moins en la matière, dans le cadre d'un effet translatif accessoire de la licence. Ce transfert s'applique aux droits de propriété qui naissent sur chaque reproduction ou représentation de l'œuvre, qui sont en fait des fruits du monopole.

Il ne restait plus ainsi qu'à mettre en œuvre une comparaison des effets du contrat d'auteur et des contrats civils, pour repérer que la plupart des contrats d'exploitation sont en fait des contrats de licence/bail, en ce que l'obligation d'exploiter qu'impose la loi est une obligation principale qui évince la qualification de vente, l'existence d'un transfert du pouvoir d'exploitation interdisant par ailleurs celles de contrats de service.

Par un effet-miroir, il apparaît donc que le critère le plus décisif pour justifier du rapprochement est celui qui présente au contraire le moins de poids dans l'originalité de chaque qualification spéciale : celui des effets du contrat. Effet-miroir qui est également un effet logique : c'est à partir de ce qui leur est le moins spécifique que la classification des contrats d'auteur, contrats très spéciaux, pouvait être tentée dans les catégories des contrats spéciaux du droit civil.

CONCLUSION GÉNÉRALE

580. « *Face à ce bouillonnement, le juriste, tel le musicien, doit pratiquer l'art de la fugue : plusieurs voix successives, certes, mais un thème central, présent voire obsédant, nonobstant la profusion des entrées mélodiques* »²³³⁰ : cette recommandation, formulée à l'observation du dynamisme du phénomène contractuel, résonne sans doute avec une vigueur particulière en droit d'auteur, tant il est vrai que la diversité et l'innovation permanente, qui caractérisent les conventions passées en la matière, ne doivent pas conduire à perdre de vue le fil directeur qui relie au moins la plupart des différents modèles. Auteur et exploitant forment un *partenariat* plus fort que les parties à un simple contrat synallagmatique, en ce que l'interdépendance de leurs engagements réciproques se double souvent d'une union de leurs intérêts face au public²³³¹.

Signe de l'originalité de ce partenariat, les contrats d'auteur composent cependant un système complexe, dont les méandres contraignent à une exploration patiente. Si le droit d'auteur est une *lex specialis*, les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives à l'exploitation des droits se décomposent en deux strates successives, qui forment ce qu'il est convenu d'appeler un « droit commun » des contrats d'auteur aussi bien qu'un droit spécial à certains d'entre eux²³³². Aussi faut-il distinguer entre deux ordres de qualification : d'une part, la qualification de contrat d'auteur, qui doit être appliquée à toutes les conventions régies par ce « droit commun » et, d'autre part, l'une des qualifications prévues par des dispositions spéciales, qu'il s'agisse du contrat d'édition, de représentation, de production audiovisuelle ou de commande pour la publicité.

Les « contrats d'auteur » ne sont, à proprement parler, que les contrats qui produisent un effet translatif. Il en est ainsi des contrats d'édition, mais aussi des contrats de représentation, dans la mesure où la lettre de la loi impose de reconnaître qu'une « cession » s'accommode tout

²³³⁰ J.-J. BARBIÉRI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 623.

²³³¹ Sur l'intérêt commun de l'auteur et de l'exploitant, qui ne doit pas occulter l'opposition de leurs intérêts propres, v. p. ex. P.-Y. GAUTIER, *Précis*, n°473.

²³³² V. *supra*, n°4.

autant de la délimitation obligatoire du domaine d'exploitation des droits cédés que de l'absence d'exclusivité²³³³. Au contraire, les contrats de service, que la prestation soit le fait du créateur – au titre par exemple d'une commande ou d'une relation de travail – ou le fait de l'exploitant – compte d'auteur, compte à demi, fourniture d'hébergement, etc. – sont logiquement soustraits à l'empire du droit commun des contrats d'auteur, lequel régit essentiellement la cession²³³⁴.

Encore faut-il cependant souligner qu'une analyse littérale du code de la propriété intellectuelle révèle que la référence constante à la « cession » doit s'entendre comme un renvoi à l'*effet translatif*, i.e. un effet produit par de nombreux contrats, et non comme une qualification légale exclusive et incontournable de *contrat de cession*²³³⁵. Le droit d'auteur n'offre en réalité aucun critère de distinction entre contrats de cession et de licence. Ni la délimitation obligatoire du domaine d'exploitation, ni l'exclusivité, ne peuvent constituer des critères opératoires. Un effet translatif peut parfaitement s'accommoder d'une délimitation du droit cédé ou de l'absence d'exclusivité, quand celle-ci résulte d'un engagement contractuel et non de la nature du droit. Il n'est donc pas possible de s'appuyer sur une qualification de contrat de licence pour éluder l'application des dispositions d'ordre public qui composent le droit commun des contrats d'auteur – prohibition des cessions globales, exigence d'une délimitation du domaine d'exploitation, principe de rémunération proportionnelle, etc. C'est dire aussi que la lettre de la loi ne permet pas de clore le débat qui perdure au sujet de la réception de la distinction entre contrats de cession et de licence en la matière, parce que seul le droit civil permet d'arrêter la nature du droit d'auteur et de dire si la licence, bien qu'elle soit avant tout un acte constitutif, peut produire ou non un effet translatif accessoire.

Commun à tout contrat d'auteur, l'effet translatif ne peut pas davantage constituer un critère de distinction entre les divers contrats nommés. Cela étant, il n'est pas certain que les diverses obligations qui s'y attachent constituent des critères plus efficaces. Le prix monétaire est une exigence commune à l'ensemble des contrats nommés. Ainsi par exemple, la qualification d'édition ne s'accommode pas plus que les autres de l'absence de rémunération, en dépit de certaines pratiques récentes²³³⁶. Seule l'obligation d'exploiter joue un rôle significatif. En effet, elle n'est pas une contrepartie nécessaire de toute cession – sauf à souligner qu'elle

²³³³ V. *supra*, n°25s.

²³³⁴ V. *supra*, n°42s.

²³³⁵ V. *supra*, n°19s., spéc. n°23.

²³³⁶ V. *supra*, n°111.

découle néanmoins automatiquement de la prévision d'une rémunération proportionnelle, qui est de principe²³³⁷. Présente dans tous contrats d'édition ou de production audiovisuelle, elle ne s'impose ainsi dans les contrats de représentation et de commande pour la publicité, à défaut d'exigence légale expresse, qu'en cas de participation proportionnelle²³³⁸. De surcroît, le contrat d'édition se singularise par l'existence d'une obligation spécifique, qui est celle de fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre publiée²³³⁹. Il n'en demeure pas moins que l'existence ou la forme de l'obligation d'exploiter ne constituent pas un critère suffisant, dans la mesure où certains contrats partagent les mêmes traits caractéristiques de ce point de vue, ainsi par exemple les contrats de représentation et de commande pour la publicité.

Les contrats d'auteur, qu'ils soient innommés ou nommés, puisent en fait leur originalité non pas tant dans leur structure interne, c'est-à-dire dans l'agencement de leurs effets, que dans leur structure externe ou, en d'autres termes, leur « environnement ». Au fond, ce qui fait un contrat d'auteur, c'est le « milieu » dans lequel le contrat s'insère, qu'il s'agisse de l'environnement humain, c'est-à-dire la qualité des parties, ou de l'objet du transfert, qui est une sorte d'environnement « matériel ». Tous les contrats d'auteur, nommés ou innommés, sont réservés à un auteur : au-delà de son apparence tautologique, l'affirmation justifie que le droit commun aussi bien que le droit spécial des contrats d'auteur soient déclarés inapplicables aux contrats conclus entre exploitants²³⁴⁰. Il faut également souligner que certains contrats, ainsi la production audiovisuelle ou publicitaire, se démarquent par la qualité du partenaire du créateur, laquelle est alors moins une position contractuelle qu'un statut légal²³⁴¹.

Mais c'est surtout l'objet du transfert qui joue un rôle majeur, le propulsant au devant de la scène des qualifications contractuelles de la matière. De fait, les diverses qualifications nommées sont articulées autour de l'objet sur lequel porte leur effet translatif : droit de reproduction pour le contrat d'édition, droit de représentation pour le contrat de représentation, droits d'exploitation primaire pour le contrat de production audiovisuelle... Ce n'est pas à dire que la qualification est nécessairement exclue lorsque des droits de différente nature sont concomitamment cédés : seulement faudra-t-il établir un rapport d'accessoire à

²³³⁷ V. *supra*, n°126s., spéc. n°138.

²³³⁸ V. *supra*, n°142s.

²³³⁹ V. *supra*, n°145.

²³⁴⁰ V. *supra*, n°248s.

²³⁴¹ V. *supra*, n°263s.

principal avant de retenir la qualification adéquate²³⁴². Ainsi par exemple la qualification de contrat d'édition ne saurait-elle englober la cession du droit de représentation que dans le cas où celle-ci n'aura qu'un rôle accessoire²³⁴³. De façon plus évidente encore, certains types contractuels sont réservés à une catégorie d'œuvre, à l'instar du contrat de production audiovisuelle – la volonté de bénéficier d'un régime jugé attrayant conduit d'ailleurs parfois à des querelles de qualification de certaines créations, comme le révèle l'exemple des produits multimédia²³⁴⁴. En définitive, le droit d'auteur joue ici une partition originale : plutôt qu'au regard des seuls effets du contrat, c'est bien davantage en contemplation de la singularité de telle ou telle œuvre de l'esprit ou de tel ou tel droit d'exploitation que les contrats spéciaux ont été prévus et réglementés, marquant indéniablement la spécificité de la matière. Un certain manque de cohérence en résulte cependant aussi incontestablement, qu'une qualification en tant que contrat civil, ordonnée autour du seul type d'opération, peut alors se proposer de pallier. Ce faisant, il ne s'agit pas de mettre à bas l'édifice du droit des contrats d'auteur, d'en dissoudre complètement l'architecture. L'œuvre de déconstruction n'est pas une œuvre de destruction. Il s'agit au contraire, tout en préservant sa spécificité, de convaincre que la logique sur laquelle le système repose n'est pas incompatible avec les schémas du droit civil, et d'autoriser ainsi des rapprochements que les simples apparences ne semblent pas autoriser.

En effet, une fois établi que l'originalité des contrats d'auteur provient avant tout de leur environnement, il devient possible de se focaliser sur l'essentiel : les effets du contrat. Certes, l'influence du droit d'auteur ne s'arrête pas à ce rôle en tant qu'élément de qualification : elle se manifeste aussi dans la recherche d'une classification adéquate dans une catégorie de contrat civil. La qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil conduit cependant à inverser la perspective : en ce que l'environnement du contrat d'auteur, qui manifeste sa singularité, est un possible obstacle à toute insertion dans des catégories plus larges, construites à destination première des choses corporelles, il importe avant tout de savoir si cet obstacle revêt une réalité. Certains auteurs, par le passé mais encore aujourd'hui, le pensent toujours, notamment en raison d'un refus de dissocier les attributs moraux des prérogatives patrimoniales. Le droit d'auteur n'est pourtant, selon nous, ni un droit de la personnalité, ni un droit intellectuel²³⁴⁵. Est-il pour autant réductible à un droit de propriété classique ? La thèse

²³⁴² V. *supra*, n°198s.

²³⁴³ V. *supra*, n°202s.

²³⁴⁴ V. *supra*, n°228, où l'on a souligné que les produits multimédia ne pouvaient être soumis au régime de la production audiovisuelle, mais pouvait relever de celui de l'édition.

²³⁴⁵ V. *supra*, n°273s.

paraît excessive, en l'état du droit positif²³⁴⁶. La théorie dualiste, qui prétend attribuer la qualification au seul attribut patrimonial, mène d'ailleurs à une même impasse²³⁴⁷. En réalité, il n'est pas interdit de penser qu'une conception analytique du droit d'auteur est plus féconde, en ce qu'elle fonde aussi bien l'indépendance des droits pécuniaires et extrapatrimoniaux que celle des divers droits d'exploitation, qui constituent autant de droits réels *sui generis* isolément cessibles.

Par ailleurs, la nature du droit d'auteur ne contraint pas à considérer que l'exploitant s'engage nécessairement par un contrat de cession. Certes, tout contrat d'auteur produit un effet translatif. A cet égard, la théorie du démembrement a une indéniable valeur explicative. Nonobstant la délimitation du domaine d'exploitation des droits cédés, un véritable contrat de cession peut être identifié s'il est admis, d'une part, que les droits d'exploitation se démembrement à volonté en fonction de l'étendue, de la destination, du lieu et de la durée de l'exploitation autorisée et, d'autre part, que le transfert est l'aspect déterminant de l'opération ayant préalablement conduit à la constitution du démembrement²³⁴⁸. Pour autant, la théorie du démembrement ne permet pas de justifier le maintien de la qualification de contrat de cession en l'absence d'exclusivité, ni pourquoi la loi évoque l'effet translatif d'accords ordinairement qualifiés de licence, tel le contrat de représentation²³⁴⁹. Ainsi a-t-on pu suggérer qu'en réalité, l'effet translatif produit par tout contrat d'auteur s'applique à un objet variable, qui pourrait parfois consister dans les fruits du monopole d'exploitation. Chaque opération de reproduction ou de représentation qu'autorise l'auteur conduit en effet à un résultat, qui a une valeur économique propre, et qui n'est rien autre qu'un fruit du monopole, pouvant faire l'objet d'une appropriation distincte²³⁵⁰. Dire que l'effet translatif porte parfois sur les fruits des droits patrimoniaux du créateur permet ainsi de comprendre comment il peut s'inscrire dans le cadre d'un bail, qui reste à titre principal un acte constitutif d'une créance de jouissance. De fait, il n'est pas exclu qu'un bail, outre la concession d'un droit personnel d'usage, transfère la propriété des fruits de la chose louée²³⁵¹.

Aussi bien, l'environnement du contrat d'auteur ne constitue-t-il aucun obstacle à l'une quelconque des qualifications contractuelles du code civil. N'étant que la somme de

²³⁴⁶ V. *supra*, n°292s.

²³⁴⁷ V. *supra*, n°306s.

²³⁴⁸ V. *supra*, n°365s.

²³⁴⁹ V. *supra*, n°382s.

²³⁵⁰ V. *supra*, n°398s.

prérogatives ayant leur nature juridique propre, le droit d'auteur n'interdit pas plus le transfert d'un droit réel que la simple concession d'un droit personnel de jouissance. Ce sont les effets du contrat qui, de façon classique, vont permettre d'identifier la nature des divers contrats d'auteur. C'est dire que la qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil procède d'un effet de miroir, par rapport à celle du contrat au regard du droit d'auteur.

L'obligation d'exploiter joue à cet égard un rôle majeur, sans être exclusif. *Un rôle majeur*, car lorsqu'elle est prévue par la loi indépendamment des modalités de rétribution du créateur, cette obligation interdit de retenir la qualification de vente, qui ne tolère son existence qu'au titre d'accessoire d'une rémunération proportionnelle à l'exploitation²³⁵². *Un rôle non exclusif*, car la distinction entre les qualifications de contrat de service et le contrat de bail, qui s'accommode quant à lui d'un tel engagement, ne peut donc résulter de sa seule stipulation. Ce sont en fait divers critères, tenant à la maîtrise de l'exploitation, qui vont permettre de convaincre que divers types de contrat de service ou de contrat d'organisation (notamment le contrat de société) ne sont pas des modèles appropriés. L'exploitant ne peut être réduit à un prestataire de service : qu'il s'agisse d'un transfert d'un démembrement réel du monopole ou de la concession d'un droit personnel de jouissance, il occupe une position qui ne peut être comparée à celle d'un entrepreneur²³⁵³. En d'autres termes, le rôle de l'obligation d'exploiter ne doit pas éclipser celui de l'effet translatif ou constitutif du contrat d'auteur. La qualification de bail peut ainsi apparaître comme le meilleur moyen de conciliation de ces divers éléments, en ce que le droit conféré au preneur n'exclut pas que pèse à sa charge une obligation d'exploiter. Aussi convient-il d'appliquer une telle qualification à la plupart des contrats nommés du droit d'auteur, ainsi notamment l'édition, la représentation ou la production audiovisuelle²³⁵⁴. En passant, on comprend très bien que cette qualification ne soit pas évincée par la référence, dans la lettre de la loi portant leur définition, à une cession : il s'agit ni plus ni moins d'un effet translatif des fruits du monopole, accessoire à la concession du droit personnel de jouissance. Ceci n'exclut évidemment pas la qualification de vente à l'endroit des contrats innommés de cession des droits, tels les contrats relatifs au logiciel, en concurrence avec celle de bail dans l'hypothèse d'un défaut d'exclusivité²³⁵⁵.

²³⁵¹ V. *supra*, n°414.

²³⁵² V. *supra*, n°459s.

²³⁵³ V. *supra*, n°466s.

²³⁵⁴ V. *supra*, n°481s.

²³⁵⁵ V. *supra*, n°486s.

Reste enfin à rappeler que cette qualification du contrat d'auteur au regard du droit civil ne vaut évidemment qu'en tant que titre d'application d'un régime déterminé. L'éviction d'une qualification *sui generis*, au profit d'une classification dans les catégories contractuelles du droit civil, présente cela étant de nombreux intérêts, même s'il faut avouer qu'ils ne sont pas illimités. Les plus notables résident dans l'application du régime des garanties contre l'éviction et contre les vices cachés, légèrement différent selon qu'il s'agit d'une vente ou d'un bail, mais aussi dans les conséquences que ces qualifications entraînent sur la qualité pour agir en contrefaçon, indubitable s'agissant du vendeur, mais variable s'agissant d'un licencié-locataire – il est tout au plus concevable de la reconnaître au profit du licencié exclusif²³⁵⁶.

La classification des contrats d'auteur dans les catégories contractuelles du droit civil présente sans doute aussi un intérêt prospectif, tant il est vrai que les évolutions technologiques et économiques conduisent à une réinvention permanente des modèles. En effet, en recentrant les contrats d'auteur autour de leurs effets, notamment des obligations auxquelles ils donnent naissance, la détermination de la catégorie d'accueil adéquate pourrait, sinon supplanter des qualifications spéciales devenues désuètes, servir au moins de fil conducteur à l'élaboration de nouvelles catégories. Vente, bail et contrats de service pourraient ainsi suffire à distinguer les principaux modèles économiques et juridiques, le type de droit d'exploitation ou d'œuvre de l'esprit justifiant plus des adaptations marginales de régime juridique que l'instauration de qualifications spécifiques, aux régimes pourtant largement similaires.

Ainsi, les contrats d'auteur, pas plus d'ailleurs les contrats nommés par la loi spéciale que les contrats innommés, ne doivent-ils être enfermés dans un carcan rigide, qui interdirait toute évolution. Un plaidoyer en faveur du caractère évolutif des catégories ne doit pas en effet être confondu avec une condamnation de leur utilité, GénY ayant parfaitement exprimé l'avantage qu'elles présentent : « couler les institutions reconnues en des moules préformés qui leur assurent à la fois cette précision des conditions et cette fermeté des effets, sans lesquels il n'y a pas d'ordre social établi »²³⁵⁷. Assurément, la détermination de la consistance exacte des catégories contractuelles du droit d'auteur et leur subsumption sous celles du droit civil participent de l'instauration d'un ordre dans la relation des auteurs et des exploitants, source

²³⁵⁶ V. *supra*, n°527s., spéc. n°534.

²³⁵⁷ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, cité par Ph. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas 2^e éd. 2001, p. 271.

de justice. Sans doute serait-il bon de s'en souvenir à une époque où, ainsi qu'en atteste par exemple l'apparition de contrats dits à « 360° » ou de modèles alternatifs propres aux « œuvres libres »²³⁵⁸, la pratique cherche de plus en plus à s'affranchir de catégories traditionnelles, sans que l'on puisse toujours en mesurer les risques pour les créateurs.

²³⁵⁸ Pour une présentation de ces phénomènes, v. *supra*, n°11, n°98s. et 487.

Propositions de thèse

La qualification du contrat au regard du droit d'auteur met en exergue un renversement de la logique présidant habituellement à la construction des catégories contractuelles : les divers contrats nommés et, au-delà, tous les contrats d'auteur, sont moins définis par égard à leurs effets que par référence à leur environnement – qu'il s'agisse de leur environnement « matériel », c'est-à-dire du type d'œuvre de l'esprit ou de droit d'exploitation visés au contrat, ou de leur environnement humain, *i.e.* la qualité des parties, notamment celle d'auteur. Il apparaît en effet que :

- Au regard de la lettre du code de la propriété intellectuelle, tous les contrats qui confèrent au cocontractant du créateur une maîtrise de l'exploitation comportent un effet translatif : le droit d'auteur ne fournit aucun critère spécifique entre le contrat de cession et la licence.
- Lorsqu'un contrat porte sur une œuvre future, il se double nécessairement d'un contrat de commande, lequel n'emporte pas de lui-même d'effet translatif.
- Les contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité, en dépit d'une dénomination ambiguë ou trompeuse, ne sont pas des commandes ayant pour intérêt de faire présumer une cession qui, dans la pratique, est quasiment toujours expresse, mais s'articulent au contraire autour d'un effet translatif résultant de cette stipulation expresse ou de cette présomption, en contrepartie de l'obligation d'exploiter ou d'une rémunération du créateur.
- Tous les contrats nommés du droit d'auteur comportent l'exigence d'un prix monétaire, y compris le contrat d'édition.
- La détermination d'un prix proportionnel aux résultats de l'exploitation oblige le cocontractant de l'auteur à exploiter.
- Devraient en revanche être admises des cessions pures et simples (absence d'obligation d'exploiter) dans les cas où une rétribution forfaitaire est prévue de façon licite.
- Le droit commun et le droit spécial des contrats d'auteur sont protecteurs des seuls créateurs, à l'exclusion des exploitants dans leurs rapports avec des sous-traitants ou des rétrocessionnaires.

- Certains contrats nommés du droit d'auteur, ainsi le contrat de production audiovisuelle, sont définis en contemplation de la qualité du cocontractant du créateur
- Certains contrats nommés du droit d'auteur sont définis en contemplation du droit d'exploitation cédé, telles l'édition et la représentation, tandis que d'autres le sont en contemplation de l'œuvre protégée, telles la production audiovisuelle ou la commande pour la publicité.

À l'inverse de la qualification du contrat au regard du droit d'auteur, celle du contrat d'auteur au regard du droit civil dépend plus de ses effets que de son environnement, ce qui s'avère logique dès lors que les catégories contractuelles du code civil ne sont pas définies en fonction de ce dernier. Il suffit donc de s'assurer que la nature du droit d'auteur ne constitue pas un obstacle aux qualifications, avant d'identifier dans les effets du contrat des critères de distinction opératoires.

- Le droit d'auteur n'est ni un droit de la personnalité, ni un droit intellectuel, ni un droit de propriété exactement identique à celui qui s'applique aux choses corporelles. Il est permis d'y voir un droit *sui generis*, assimilable à la propriété en tant que de raison, qui consiste cependant avant tout dans une « enveloppe » de droits de nature juridique hétérogène, indépendants les uns des autres.
- Les divers droits d'exploitation sont des droits réels *sui generis*, isolément cessibles.
- Les attributs moraux sont indépendants du monopole et ne contrarient aucune qualification contractuelle, qu'il s'agisse de la vente, du bail ou des contrats de service.
- Les droits d'exploitation peuvent être fractionnés en démembrements réels, suite à la délimitation de l'exploitation autorisée en fonction de l'étendue, de la destination, du lieu et de la durée.
- En revanche, il ne peut pas exister de démembrements non exclusifs d'un droit d'exploitation de nature exclusive.
- L'effet translatif peut s'appliquer aux fruits du monopole d'exploitation, c'est-à-dire aux valeurs immatérielles que sont les résultats de chaque opération de reproduction ou de représentation accomplie.
- Dans un tel contexte, cet effet translatif peut se produire dans le cadre d'un bail, acte constitutif d'un droit personnel de jouissance qui peut s'accompagner à titre accessoire d'un effet translatif des fruits.

- L'obligation d'exploiter s'insère sans difficultés dans un bail aussi bien que dans un contrat de service, mais disqualifie la vente si elle ne peut être réduite au rang d'accessoire d'un prix proportionnel aux résultats d'exploitation de la chose vendue.
- En raison de la maîtrise de l'exploitation qu'ils procurent à l'exploitant, les contrats nommés du droit d'auteur ne peuvent recevoir une qualification de contrat de service (louage d'ouvrage, mandat) ni celle de contrat de société.
- Les contrats d'édition, de production audiovisuelle ou de représentation sont en fait des contrats de bail.
- L'action en contrefaçon est de nature hybride, tantôt action en revendication, tantôt action en responsabilité civile. Cette dernière qualification, applicable dans les rapports avec les tiers, justifie que l'auteur cédant conserve une qualité à agir en cas de vente, de même qu'un licencié exclusif dans l'hypothèse d'un bail.
- L'auteur est tenu d'une garantie contre l'éviction aussi bien que d'une garantie contre les vices cachés.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, traités, manuels

- *Droit d'auteur et droits voisins*

BERTRAND André, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz 2^e éd. 1999.

BONNEFOY Gaston, *La nouvelle législation sur la propriété littéraire et artistique*, Montchrestien 1959, préf. Paul Coste-Floret.

CARON Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, Manuel Litec, 2006.

COLOMBET Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^e éd., 1999.

COUHIN Claude, *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1894-1898, 3 vol. in-8°.

DESBOIS Henri, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 3^e éd. 1978.

DUMAS Roland, *La propriété littéraire et artistique*, PUF coll. « Thémis », 1987.

EDELMAN Bernard

- *Droits d'auteur, droits voisins. Droit d'auteur et marché*, Dalloz 1993.
- *La propriété littéraire et artistique*, PUF, « Que sais-je ? », 1999.

FRANÇON André, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours de droit, 1999.

GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, PUF coll. « Droit fondamental », 6^e éd., 2007.

HUARD Gustave, *Traité de la propriété intellectuelle*, 2 tomes, Paris, Marchal et Billard, 1903.

LE TARNEC Alfred, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz « Manuels de droit usuel », 2^e éd. 1966.

LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours Dalloz, 2^e éd. 2004.

LUCAS André et Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 3^e éd. 2006.

LYON-CAEN Gérard et LAVIGNE Pierre, *Traité théorique et pratique du droit du cinéma français et comparé*, LGDJ 1957, 2 tomes.

OLAGNIER Paul, *Le droit d'auteur*, LGDJ 1934.

PLAISANT Robert, *Propriété littéraire et artistique*, Delmas 1985.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit d'auteur*, Économica 2005.

POUILLET Eugène, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal et Billard, 3^e éd. 1908, par MAILLARD G. et CLARO C..

RENOUARD Augustin-Charles, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Renouard éd., 1838, 2 tomes.

SARRAUTE Raymond et GORLINE Michel, *Droit de la cinématographie*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1955.

SAVATIER René, *Le droit de l'art et des lettres. Les travaux des Muses dans les balances de la Justice*, LGDJ 1953.

SIRINELLI Pierre, *Propriété littéraire et artistique*, Mémento Dalloz 2^e éd. 2004.

TAFFOREAU Patrick, *Manuel de droit de la propriété intellectuelle*, Gualino éd., coll. « Manuels », 2^e éd. 2007, préf. Ch. Caron.

- *Droit de la propriété industrielle*

ALLART Henri, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Arthur Rousseau, 3^e éd 1911.

BERTRAND André, *Marques et brevets, dessins et modèles, appellations d'origine*, Delmas 1995.

CHAVANNE Albert et BURST Jean-Jacques, *Propriété industrielle*, Précis Dalloz, 5^e éd. 1998.

GALLOUX Jean-Christophe, *Droit de la propriété industrielle*, Cours Dalloz, 2^e éd. 2003.

GALLOUX Jean-Christophe et AZÉMA Jacques, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz 6^e éd. 2006.

FOYER Jean et VIVANT Michel, *Le droit des brevets*, PUF coll. « Thémis », 1992.

MATHÉLY Paul

- *Le droit français des signes distinctifs*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1984.
- *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1991.

PASSA Jérôme, *Traité de droit de la propriété industrielle*, t. I, *Marques et autres signes distinctifs*, LGDJ 2006.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Domat Montchrestien, 1999.

POUILLET Eugène, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique*, Marchal et Billard, 6^e éd. 1915, par TAILLEFER André et CLARO Charles.

ROUBIER Paul, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey 1952, 2 tomes.

SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna et PIERRE Jean-Luc, *Droit de la propriété industrielle*, Manuel Litec, 3^e éd. 2003.

- ***Droit des nouvelles technologies, du multimédia, de l'informatique***

ASSERAF-OLIVIER Frédéric, BARBRY Éric, *Le droit du multimédia*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^e éd. 2001.

FALQUE-PERROTIN Isabelle, *Internet et les réseaux numériques*, Rapport, La Documentation française, 1998, p.137.

FÉRAL-SCHUL Christine, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz Praxis 2006, n°114.11.

LUCAS André, DEVÈZE Jean et FRAYSSINET Jean, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF 2001.

Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, 2007, sous la resp. de Michel VIVANT,

- ***Droit civil***

ANTONMATTEI Pierre-Henri et RAYNARD Jacques, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Manuel Litec 5^e éd. 2007.

ATIAS Christian, *Droit civil, Les biens*, Manuel Litec 9^e éd. 2007.

AUBRY Charles et RAU Charles, *Droit civil français*, t. 5, Éd. Techniques S.A., 6^e éd. 1946, par ESMEIN Paul.

BATIFFOL Henri, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^e éd. 1955.

BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel et WAHL Albert, *Traité de droit civil*, vol. 18, *Du contrat de louage*, T. 1, Sirey 2^e éd.

BÉNABENT Alain

- *Les obligations*, Précis Domat, Montchrestien, 11 éd. 2007.
- *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Précis Domat, Montchrestien, 7^e éd. 2006.

BERGEL Jean-Louis

- *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. « Méthodes du droit », 4^e éd. 2003.
- *Méthodologie juridique*, PUF coll. « Thémis », 2001.

BERTAULD Alfred, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, Paris, Cosse et Marchal, 1867-1869, 2 vol.

BEUDANT René et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Paul, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. XI, *La vente, Le louage des choses*, avec la coll. de BRÈTHE DE LA GRESSAYE Jean, Arthur Rousseau, Paris, 1938.

CALAIS-AULOY Jean et STEINMETZ Franck, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006.

CARBONNIER, *Droit civil*, PUF 2003, coll. « Quadrige »,

- T. 1, *Introduction, Les personnes, La famille*.
- T. 2, *Les biens, Les obligations*.

CARON Christophe et LÉCUYER Hervé, *Les Biens*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1^e éd., 2002.

COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Dalloz 10^e éd. 1948, par JULLIOT de la MORANDIÈRE Léon.

COLLART-DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2007.

CORNU Gérard,

- *Cours de droit civil*, 2^e année, 1972-1973, Les cours de droit.
- *Introduction, les personnes, les biens*, Précis Domat Montchrestien, 11^e éd., 2003.

DELEBECQUE Philippe et PANSIER Frédéric-Jérôme, *Droit des obligations, Régime général*, Litec 4^e éd. 2007.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 1^e éd. 2004.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne et SAVAUX Éric, *Droit civil, Les obligations*,

- T. 1, *L'acte juridique*, Sirey 12^e éd. 2006, par FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric.
- T. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey 4^e éd. 2006 par AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric.

FLOUR Jacques et SOULEAU Henri, *Droit civil, Les libéralités*, par H. SOULEAU, éd. A. Colin coll. U., 1982.

GHESTIN Jacques et DESCHÉ Bernard, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990.

GHESTIN Jacques (sous la dir. de), *Traité de droit civil*,

- *Les biens*, LGDJ 1^e éd. 2000, par BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc, CIMAMONTI Sylvie.
- *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001, par GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe et BILIAU Marc.
- *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ 2^e éd. 2001, par HUET Jérôme.
- *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ 3^e éd. 2007, VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice.

LARROUMET Christian (sous la dir. de), *Traité de droit civil*

- T. III, *Les Obligations, Le Contrat*, 2 parties, Economica 6^e éd. 2007, par LARROUMET Christian.

LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz 2001.

MAINGUY Daniel, *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz 5^e éd. 2006

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent

- *Introduction générale*, par MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick., Defrénois 2^e éd. 2005.
- *Les obligations*, avec STOFFEL-MUNCK Philippe, Defrénois 3^e éd. 2007.
- *Les contrats spéciaux*, avec GAUTIER Pierre-Yves, Defrénois 3^e éd. 2007.
- *Les biens*, par MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, Defrénois 3^e éd. 2007.
- *Les successions, Les libéralités*, par MALAURIE Philippe, Defrénois 2^e éd. 2007.
- *Les sûretés. La publicité foncière*, par AYNÈS Laurent et CROCQ Pierre, Defrénois 2^e éd. 2006.

MALINVAUD Philippe, *Droit des obligations*, Litec, 10^e éd., 2007.

MARCADÉ V. et PONT P., *Explication du titre IX, livre III du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence (13 tomes), t. VII, Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, par PONT P., Delamotte 6^e éd. 1872,

MATHIEU-IZORCHE Marie-Laure, *Droit civil, Les biens*, Manuel Sirey, 2006.

MAZEAUD H., L., J. et CHABAS François, *Leçons de droit civil*,

- t. IV, 2^e vol., *Successions – Libéralités*, 5^e éd. par LEVENEUR Laurent et MAZEAUD-LEVENEUR Sabine, Montchrestien, 1999, n°1475.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, *La publicité foncière*, LGDJ 2000.

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*,

- T. III, *Les biens*, par PICARD Maurice, 2^e éd. 1952.
- T. IV, *Obligations – Contrats – Sûretés réelles*, 3^e éd. 1949, par RIPERT Georges et BOULANGER Jean.

- T. X, *Contrats civils*, par HAMEL Joseph, GIVORD François et TUNC André, 2^e éd. 1956.
- T. XI, *Contrats civils (deuxième partie)*, par BESSON André, LEPARGNEUR Jean, ROUAST André et SAVATIER René, 2^e éd. 1954.

POTHIER Robert-Joseph

- *Traité des obligations*, in Œuvres de Pothier, t. 2, publié par M. Siffrein, Paris 1821, Gallica/BNF.
- *Traité du louage*, in Œuvres complètes, éd. Bugnet.

PUIG Pascal, *Contrats spéciaux*, Dalloz « Hypercours », 1^e éd. 2005.

ROLAND Henri et BOYER Laurent

- *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999.
- *Introduction au droit*, Litec Traités, 2002.

SÉRIAUX Alain

- *Droit des obligations*, PUF coll. « Droit fondamental », 2^e éd. 1998.
- *Contrats civils*, PUF coll. « Droit fondamental », 2001.
- *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, 2003.

STRICKLER Yves, *Les biens*, PUF coll. « Thémis », 1^e éd. 2007.

TERRÉ François, *Introduction générale*, Précis Dalloz, 7^e éd. 2006.

TERRÉ François et SIMLER Philippe, *Les Biens*, Précis Dalloz, 7^e éd. 2006.

TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Les Obligations*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2005.

TOULLIER Charles et TROPLONG Raymond, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du contrat de société civile et commerciale, ou commentaire du titre IX du livre III du code civil*, par TROPLONG R. 2 tomes, Paris, éd. C. Hingray, 1843.

ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry

- *Les biens*, PUF 3^e éd. 2007, coll. « Droit fondamental ».

- ***Droit commercial***

LE CANNU Paul, *Droit des sociétés*, Précis Domat Montchrestien, 2^e éd. 2003.

MERCADAL Barthélémy, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz 1996.

MERLE Philippe, *Droit des sociétés*, Précis Dalloz 10e éd. 2005.

MESTRE Jacques et PANCRAZI Marie-Ève, *Droit commercial : droit interne et aspects de droit international*, Manuel LGDJ, 27^e éd., 2006.

MOUSSERON Jean-Marc, BURST Jean-Jacques, CHOLLET N. et LAVABRE Ch., *Droit de la distribution*, Librairies techniques 1975.

VIANDIER Alain, COZIAN Maurice et DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 20^e éd. 2007.

- ***Procédure civile***

CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd. 2006.

GUINCHARD Serge et FERRAND Frédérique, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 28^e éd., 2006.

HÉRON Jacques, *Droit judiciaire privé*, Précis Domat Montchrestien, 3^e éd. 2006, par LE BARS Thierry.

Droit et pratique de la procédure civile, sous la dir. S. GUINCHARD, Dalloz Action 2006/2007.

Thèses, monographies, actes de colloque

ANCEL Marie-Élodie, *La prestation caractéristique*, Économica 2002, préf. L. Aynès.

ARFI Élise, *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec/IRPI 2005.

AZZI Tristan, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDJ 2005, préf. H. Gaudemet-Tallon.

BÉCOURT Daniel et CARNEROLI Sandrine, *Dépôt légal, de l'écrit à l'électronique*, Litec 2001.

BENHAMOU F. et FARCHY J., *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte 2007.

BÉRARD Léon, *Du caractère personnel de certains droits, et notamment du droit d'auteur, dans les régimes de communauté*, th. Paris, Arthur Rousseau, 1902.

BERENBOOM Alain, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, Belgique, 1997, 2^e éd., 1997.

BERGÉ Jean-Sylvestre, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, LGDJ 1996, préf. P. Lagarde.

BERLIOZ Pierre, *La notion de bien*, th. Paris I, 2006.

BERNAULT Carine, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ 2003, préf. A. Lucas.

BICHON-LEFEUVRE Marie-Elodie, *Les conventions portant sur les droits extra-patrimoniaux*, th. Paris XI.

BIGOT Christophe, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ 1997.

BINCTIN Nicolas, *Le capital intellectuel*, th. Paris II, 2005.

BLANC-JOUVAN Guillaume, *L'après-contrat : étude à partir du droit d'auteur*, PUAM 2003, préf. P.-Y. Gautier.

BLANLUET Gauthier, *Essai sur la notion de propriété économique, recherche au confluent du droit fiscal et du droit civil*, th. Paris II, 2000.

BOUARD Jean-Philippe, *L'édition en droit privé français contemporain*, th. Bordeaux, 2003.

BOUVERY Pierre-Marie, *Les contrats de la musique*, éd. IRMA 1998.

BROS Sarah, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001.

CARON Christophe, *Abus de droit et droit d'auteur*, th. Paris II, Litec/IRPI 1997, préf. A. Françon.

CALMELS, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris, 1856.

CASALONGA Alain, *La notion de brevetabilité considérée sous l'angle du concept de cause en droit civil*, Dalloz 1938.

CASTETS-RENARD Céline, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, thèse, éd. L'Harmattan, 2003.

CAYRON Jocelyne, *La location de biens meubles*, PUAM 1999, préf. Ph. Delebecque.

CHERPILLOD Ivan, *L'objet du droit d'auteur*, éd. Cédidac, Genève, 1985.

CHOISY Stéphanie, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec/IRPI, 2001, préf. P.-Y. Gautier.

CLÉMENT-FONTAINE Mélanie, *Les œuvres libres*, th. Montpellier I, 2006.

COMANZO Sylvie, *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles internationales*, th. Dijon, 1997.

CORNILLE Raymond, *Vente et louage de chose. Contribution à l'étude de la distinction des contrats réglementés*, th. Lille, 1926.

CUIF Pierre-François, *Le contrat de gestion*, Économica 2004, préf. L. Aynès.

DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.

DARRAS Alcide, *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, Paris, 1887.

DAVERAT Xavier, *L'artiste-interprète*, th. Bordeaux I, 1990.

DENOIX DE SAINT-MARC Stéphanie, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec/IRPI, 1999, préf. A. Françon.

DERRUPPÉ Jean, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Dalloz 1952, préf. J. Maury.

DIJON Xavier, *Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, 1982, éd. Larcier, n°445

DREYER Emmanuel, *Le dépôt légal. Essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, LGDJ, 2003.

DUPEYROUX Jean-Jacques, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, LGDJ 1955, préf. J. Maury,

DUPONT-ROUGIER Pierre, *Du contrat d'édition*, Arthur Rousseau éd., 1907.

ESCARRA Jean, RAULT Jean et HEPP François, *La doctrine française du droit d'auteur, étude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, Grasset 1937.

EISENMANN Ernest, *Le contrat d'édition et les autres louages d'œuvres intellectuelles*, F. Pichon éd., 1894.

FORTIER, *Le prix proportionnel*, th. Montpellier, 1988.

FOUILLAND Frédéric, *Apport en société et droit d'auteur*, th. Lyon III, 2006.

GASTAMBIDE M., *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, Cosse et Marchal, 1862.

GAUMONT PRAT Hélène, *Le pacte de préférence dans le contrat d'édition en droit français*, th. Paris II, 1993.

GAVIN Gérard, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation française*, Dalloz, 1960, préf. H. Desbois.

GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1914-1924, t. III, 1921.

GHESTIN Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006.

GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960.

GOUBEAUX Gilles, *La règle de l'accessoire en droit privé : étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, LGDJ 1969.

GREFFE Xavier, *Économie de la propriété artistique*, Économica, 2005.

GRILLET-PONTON Dominique, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon, 1982.

GROSS Bernard, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ 1963, préf. D. Tallon.

HENRY Xavier, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992.

HUGON Christine, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, th. Montpellier, Litec 1993, préf. J. Raynard.

HUGUET André, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, études sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, préf. R. Savatier.

JOUBE Sabine, *La nature juridique du contrat de coproduction de l'œuvre audiovisuelle en droit français*, th. Aix-Marseille III, 2000

JOSSELIN-GALL Muriel, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique, Étude de droit comparé et de droit international privé*, GLN Joly, 1995, préf. P. Lagarde.

KAMINA Pascal, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, th. Poitiers, 1996.

KESSLER-MICHEL Anne, *Présomptions et droit d'auteur*, th. Paris XI, 2001.

LABOULAYE et GUIFFREY, *La propriété littéraire et artistique au XVIII^e siècle*, Paris, 1859.

LALIGANT Olivier, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999.

LAUTERBOURG Werner, *Du contrat d'édition et de la nature juridique du droit d'auteur*, th. Paris, Sirey 1915.

LARDEUR Gustave, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Arthur Rousseau, 1893.

LARÈRE Brigitte, *Le caractère exclusif des droits patrimoniaux en droit d'auteur et droits voisins*, th. Paris XI, 2006.

LARONZE Bertrand, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, th. Nantes 2005.

LOISEAU Grégoire, *Le nom, objet de contrat*, th. Paris I, LGDJ 1997, préf. J. Ghestin.

LUCAS-SCHLOETTER Anne, *Droit moral et droits de la personnalité*, th. Paris I, PUAM 2003, préf. F. Pollaud-Dulian.

MALLET-POUJOL Nathalie, *La création multimédia et le droit*, Litec 2000.

MARESCHAL J., *Mémoire à consulter sur la question juridique de la propriété perpétuelle et héréditaire des œuvres de l'esprit*, Paris, 1861.

MARINO Laure, *Responsabilité civile, activité d'information et médias*, PUAM 1997, préf. J. Mestre.

MARMAYOU Jean-Michel, *Unité ou pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, th. Aix-Marseille III, 2001.

MASSE Pierre, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique*, thèse Paris 1906.

MAYER Huguette, *L'objet du contrat*, th. Bordeaux 1968.

MONTELS Benjamin

- *Le contrat de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, préf. P.-Y. Gautier.
- *Contrats de l'audiovisuel*, Litec Professionnels 2007.

MORILLOT André-Paul, *De la protection accordée aux œuvres d'art (...) dans l'empire d'Allemagne*, Paris, Cotillon, 1878.

MOTULSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, LGDJ 1948.

NEIRAC-DELEBECQUE Claire, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, th. Montpellier, 1999, dir. J. Raynard.

NGUYEN DUC LONG Christine, *La numérisation des œuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Litec/IRPI, 2001, préf. P. Sirinelli.

NOBLOT Cyril, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, LGDJ 2002, préf. F. Labarthe.

OLSZAKOWSKI Frédéric, *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles européennes*, th. Paris II, 1992.

OVERSTAKE Francis, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ 1967, préf. J. Brèthe de la Gressaye.

PALMADE Maurice, *La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux*, th. Bordeaux, 1909.

PARENT Élisabeth, *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles 1989, p. 105.

PELLÉ Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrat*, th. Paris II, 2005.

PÉLISSIER Anne, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz 2001.

PESSINA-DASSONVILLE Stéphane, *L'artiste-interprète salarié (entre création intellectuelle et prestation sociale)*, th. Montpellier, 2004.

PÉTERKA Nathalie, *Les dons manuels*, th. Paris II, LGDJ 2001, préf. P. Catala.

PFISTER Laurent, *L'auteur, propriétaire de son œuvre – La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, th. Strasbourg, 1999.

PICARD Edmond, *Le droit pur*, 1^e éd. 1908, 2^e éd., Paris, Flammarion.

PIERRAT Emmanuel

- *Le droit du livre*, éditions du Cercle de la librairie, 2005.
- *Le droit d'auteur et l'édition*, éditions du Cercle de la librairie, 3^e éd. 2005.

PILLET Gilles, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, LGDJ 2004, préf. P. Jourdain.

PIMONT Sébastien, *L'économie du contrat*, PUAM 2004, préf. J. Beauchard.

PIRIOU Florence-Marie, *Personne morale et droit d'auteur en France et aux Etats-Unis*, th. Paris II, 2001.

POILLOT Sylvaine, *Essai d'analyse des relations juridiques en matière de propriété littéraire, artistique et industrielle*, th. Paris II, 1984.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ 1989, préf. A. Françon.

PONSARD André, *Les donations indirectes en droit civil français*, th. Dijon, Sirey 1946.

POPINEAU-DEHAULLON Catherine, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat*, LGDJ 2008, préf. M. Goré.

PRADES Rémi, *L'intérêt du public et le droit d'auteur*, th. Paris XII, 1999.

PROUDHON Pierre-Joseph, *Les majorats littéraires*, in *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! : Les Majorats littéraires (et un choix de contributions d'époque sur le droit d'auteur)*, par SAGOT-DUVAUROUX Dominique, Les presses du réel, 2002.

PRYBIS-GAVALDA Nicolas, *L'obligation de donner*, th. Montpellier, 1997.

PUIG Pascal, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas, 2002, préf. B. Teyssié.

QUINCARLET Simon, *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, th. Bordeaux, 1937.

RABANT Thomas, *La notion d'œuvre de l'esprit*, th. Paris II, 2000.

RAULT Jean, *Le contrat d'édition en droit français, étude de jurisprudence française*, Dalloz 1927.

RAVENNE Sylvain, *Les propriétés imparfaites*, th. Paris IX, 2007.

RAYNARD Jacques, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec 1990, préf. M. Vivant.

RECHT Pierre, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969.

REVET Thierry, *La force de travail*, Litec 1992, préf. F. Zenati.

RIGAUD Louis, *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, th. Toulouse, A. Nauze, 1912.

ROBIN Agnès, *La copropriété intellectuelle, Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PU Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne – LGDJ, Fondation Varenne, préf. Th. Revet, 2005.

ROBINAULT Maurice, « La location-gérance de fonds de commerce », th. Rennes, Dalloz 1953, préf. R. Houin.

ROCHFELD Judith, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, LGDJ 1999, préf. J. Ghestin.

ROUART Nicolas, *Le contrat d'édition musicale*, th. Paris, 1967.

RUDELLE Pierre, *Des rapports juridiques entre les auteurs et les éditeurs*, Arthur Rousseau, 1898.

SAINT-ALARY Roger, *La détention. Notion et portée d'application en droit français*, th. Montpellier, 1941.

SAVATIER René

- *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz 1964.
- *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz 4^e éd. 1979.

SCHERENBERG-ABELLO Alexandra, *La licence de droits de propriété intellectuelle, fondement d'une circulation organisée des biens*, th. Paris-Dauphine, 2006.

SCHILLING-RAUCAZ Marie-Gabrielle, *Les éditions à compte d'auteur*, th. Paris II, 1985.

SFÉTÉA Jules, *De la nature personnelle du droit d'auteur*, th. Paris, Jouve éd., 1923.

SIRINELLI Pierre, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. Paris II, 1985,

STOFFEL-MUNCK Philippe, *L'abus dans le contrat*, LGDJ 2000, préf. R. Bout.

STRÖMHOLM Stig

- *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, Norstedt, 1967, 2 tomes
- *La concurrence entre l'auteur d'une œuvre de l'esprit et le cessionnaire d'un droit d'exploitation, en droit allemand, français et scandinave*, Norstedt, 1969.

TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, LGDJ 1957, préf. R. Le Balle.

TEYSSIÉ Bernard, *Les groupes de contrat*, LGDJ 1975, préf. J.-M. Mousseron.

THULLIER Béatrice, *L'autorisation, Étude de droit privé*, LGDJ 1996, BDP t. 252, préf. A. Bénabent, n°23.

TOSI Isabelle, *Acte translatif et titularité des droits*, LGDJ 2006, préf. M.-L. Mathieu-Izorche.

WILLEMETZ Lucy, *Les registres publics de la cinématographie et de l'audiovisuel : étude de droit comparé et de droit communautaire*, Payot 1970

WITZ Claude, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, préf. D. Schmidt.

ZÉNATI Frédéric, *La nature juridique de la propriété*, th. dactyl. Lyon., 1981.

Travaux préparatoires de la loi du 11 mars 1957, fasc. broché IRPI.

Ouvrages non juridiques

ASSOULINE Pierre, *Gaston Gallimard : un demi-siècle d'édition française*, éd. du Seuil, 2001, coll. « Points ».

BLASSELLE Bruno, *Histoire du livre*, t. 2 : *Le triomphe de l'éditeur*, Gallimard, 1998.

GONCOURT (de) Jules et Edmond, *Journal*, Honoré Champion, coll. « Bibliothèque des correspondances ».

KLEE Paul, *Théorie de l'art moderne*, Denoël, 1985.

LOCKE John, *Le Traité du Gouvernement civil*, rééd. Bréal, coll. « La philothèque », 2002, prés. F. Farago.

MALLARMÉ Stéphane, *Poésies*, éd. Libro.

MOLLIER Jean-Yves, *Michel et Calmann Lévy ou la naissance de l'édition moderne (1836-1891)*, Calmann-Lévy, 1984.

NYSSSEN Hubert, *L'éditeur et son double*, Carnets, Actes Sud, 1988.

PARINET Élisabeth, *Histoire de l'édition à l'époque contemporaine, XIXe-Xxe siècle*, éd. du Seuil, Points, coll. « Histoire », 2004.

PASCAL Blaise, *Pensées*, Le Livre de poche, 2000.

PHILIPPENKO Georges, *Commentaires du Joueur de Dostoïevski*, trad. C. ANDRONIKOF et A. DE COURISS, in *Le livre de poche*, p. 197.

RIOUT D., *Yves Klein. Manifester l'immatériel*, Gallimard, coll. « Art et artistes », 2004.

WEITEMEIER H., *Yves Klein, 1928-1962, International Klein Blue*, Taschen, 2001.

Articles, chroniques

ABELLO Alexandra, « La propriété intellectuelle, une propriété de marché », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de M.-A. Frison-Roche et A. Abello, LGDJ 2005, coll. « Droit et économie », p.341.

ACQUARONE D., « L'ambiguïté du droit à l'image », D.1985, chron. p.129.

AHRAB F., « Les conséquences de la nullité ou de la résolution d'un contrat au sein d'un groupe de contrats », RRJ 1999, 167s.

ALLAEYS Philippe, « Hypothèses de forfait en droit d'auteur », PI 2007, n°24, 269.

AMRANI-MEKKI Soraya

- « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », Defrénois 2002, art. 37505.
- « Liberté, simplicité, efficacité, nouvelle devise de la prescription ? », JCP G 2008, I, 160.

ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, 771.

ATIAS Christian, « L'équilibre renaissant de la vente », D. 1993, chron. 1.

AUBERT de VINCELLES Carole, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », D. 2006, chron. 2629.

AZZI Tristan

- « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, 227.
- « Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », RIDA 2007/4, 3.
- « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », D. 2008, 2169.

BARBIÉRI Jean-Jacques, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, 624.

BATIFFOL Henri, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Arch. Phil. Dr.* T. 24, 1979, pp. 9-16.

BÉCOURT Daniel, « La Révolution française et le droit d'auteur, pour un nouvel universalisme », RIDA 1990/1, 231.

BÉNABENT Alain, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le code civil, Livre du bicentenaire*, 2004, p. 245.

BERGÉ Jean-Sylvestre

- « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », PI 2002, n°4, 9.
- « Les règles de compétence », *Lamy Droit des médias et de la communication*, t. 1, n°160.

BERNAULT Carine, « Exégèse de l'article L.112-2, 6°, du Code de la propriété intellectuelle : la notion d'œuvre audiovisuelle en droit d'auteur », D. 2001, doct. p.2188.

BIGOT Christophe, « Contrat de commande pour la publicité », J-Cl. PLA, fasc. 1350.

BILLIAU Marc, « Contrefaçon, propriété et responsabilité », CCE 2005, étude 29.

BINCTIN Nicolas, « Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses », CCE 2006, étude n°14.

BLANC-JOUVAN Guillaume, *Les stipulations à effet post-contractuel en propriété littéraire et artistique*, CCE juin 2003, chron. 15 p.14.

BLOCH Pascale, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », RTD civ. 1988, 673

BONET Georges et DESJEUX Xavier, « Le droit de la publicité dans l'article 14 de la loi du 3 juillet 1985 », JCP G 1987, I, 3283.

BONET Georges et ESCANDE M.-P., « Propriété littéraire et artistique et publicité : des personnages en quête de droit d'auteur », JCP G 1994, 1, 3783,

BRENNER Claude, « Acte », *Encycl. Civ. Dalloz*.

BREUKER Laurence, « Le support de création et le support de commercialisation de l'œuvre », CCE 2003, étude n°2, p. 13.

BUFFET DELMAS d'AUTANE Xavier, « Contrat de participation à une œuvre collective », *Expertises* déc. 1997, p. 384.

BURST Jean-Jacques, « La portée de la clause de non-garantie dans les contrats de cession des brevets d'invention en cas d'annulation du brevet », D. 1976, chron. 115.

CABRILLAC Michel, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », Mél. G. Marty, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, pp. 235-254.

CARON Christophe

- « Abus de droit et droit d'auteur. Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français », RIDA 1998/2, 3.
- « Les licences de logiciels dits libres à l'épreuve du droit français », D. 2003, chron. 1556.
- « L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise », Legicom 2003/1, 13.
- « Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle », Dr et patr. 2005, n°137, p. 90.
- « Gérer la création salariée dans l'entreprise », Cah. Dr. entreprise, 2006, n°4, p. 64.
- « La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon », JCP G 2007, 1, 205.
- « Un nouveau contrat innommé : le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », in *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique*, Litec 2005, p. 259.

CARREAU Caroline,

- « Mérite et droit d'auteur », RIDA 1981/3, 3.
- « Propriété intellectuelle et abus de droit », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, 17.

CASTETS-RENARD Céline, « Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) : conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle », D. 2006, 1522.

CATALA Pierre

- « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », RTD civ. 1966, 185
- « La « propriété » de l'information », Mél. P. Reynaud, Dalloz Sirey 1985, p.111.
- « L'évolution contemporaine du droit des biens », Troisièmes journées R. Savatier, PUF 1991, 179.
- « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, 535.

CÉDRAS Jean, « Les œuvres collectives en droit français », RIDA 1979/4, 3.

CHAMBAZ L., « La France est-elle en passe d'adopter le concept de relations fiduciaires sans limites ? La réponse est non, mais... », RLDC 2007/5, 2526.

CHANTEPIE Philippe, « Eléments d'économie du Web 2.0 : interfaces, bases de données, plates-formes », PI 2007, 285.

CHARDIN Virginie

- « Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle », D. 1997, chron. p.202s.
- « La présomption de cession des droits de l'auteur au producteur de l'œuvre audiovisuelle » LP, 1996, p.139.

CHARTIER Yves, « Remarques sur la société en participation », RTD com. 1979, 637.

CHAZAL Jean-Pascal et VICENTE Serge, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », RTD civ. 2000, 477

CHERON A., « L'application du droit dans l'univers virtuel persistant d'un jeu vidéo en ligne » (www.cejem.com).

CLÉMENT-FONTAINE Mélanie

- « Les licences *Creative Commons* chez les Gaulois », RLDI janv. 2005, p. 33.
- « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », PI 2008, n°26, 69.

COLLART-DUTILLEUL François, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 604.

COLOMBET Claude, « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, p. 63

COMTE H., « Le dépôt légal des films cinématographiques », JCP G 1980, I, 2969.

DABIN Jean

- « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », Rev. Crit. Légis. Juris. 1939, 413.
- « Une nouvelle définition du droit réel », RTD civ. 1962, 20.

DAGOT M., « Le bail d'un bien indivis », JCP 1985, I, 3178.

DAUCHEZ J. et MARGUÉNAUD J.-P., « L'usufruit sur droits d'auteur », *Defrénois* 2004, art. 38070, p. 1695.

DAVERAT Xavier, « Licence légale et rémunération équitable », J-Cl. PLA fasc.1450.

DE SANCTIS Valerio, « En matière de transmission du droit d'auteur », Mél. M. Plaisant, Sirey 1960, p. 287.

DESBOIS Henri, « La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », D. 1957, chron. 165.

DEMOGUE René, « De l'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants », RTD civ. 1923, 645.

DIETZ Adolf

- « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récentes du droit des contrats d'auteur en Allemagne », RIDA 2003/4, 147.
- « Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, p. 107.

DOCK M.-C., « Genèse et évolution de la propriété littéraire et artistique », RIDA 1974/1, pp. 180-181.

DONDERO Bruno, « De la condition potestative licite », RTD civ. 2007, 677, n°23.

DREIER Thomas, « L'analogie, le digital et le droit d'auteur », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, p. 119.

DREYER Emmanuel, « Contrefaçon. Moyens de défense », J.-Cl. PLA fasc. 1611.

DROSS William, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », RTD civ. 2007, 701.

DUPICHOT Jacques, « La gratuité et le droit », synthèse de la Journée Henri Souleau, GP Rec. 1999, p. 930.

DUPICHOT Philippe, « Opération *fiducie* sur le sol français », JCP G 2007, act. 121.

DUPUY-BUISSON S.

- « Les incertitudes de la qualification juridique de « film pornographique » », LP n°180, 2001, II, p.42.
- « Qui est l'auteur d'une œuvre cinématographique ? », JCP G 2004, I, 100, p.11s.

DURRANDE Sylviane

- « La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande », D. 1986, chron. 280.
- « L'arrêt Perrier : un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur », RIDA 2/1995, 3.

DUSSOLLIER Séverine, « Les licences *Creative Commons* : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Prop. intell.* 2006 n°18, p. 10.

EDELMAN Bernard

- « Le droit moral dans les œuvres artistiques », D. 1982, chron. 263.
- « L'œuvre multimédia, un essai de qualification », D. 1995, chron. 111.
- « L'œuvre collective : une définition introuvable », D. 1998, 141.
- « De la propriété-personne à la valeur-désir », D. 2004, chron. 155.
- « Nature du droit d'auteur. Principes généraux », J.-Cl. PLA, fasc. 1112.

ESCARRA Jean, « Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique », RIDA 1954/3, 3

FABRE-MAGNAN Muriel

- « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1995, 85
- « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ. 1997, 583.

FERNAY Roger

- « La cession et le contrat d'édition », RIDA 1958/2, 299.
- « Droit d'auteur, salaire et droit de grève », RIDA 3/1963, 5.

FOUILLAND Frédéric, « L'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective », CCE 2008, étude 2.

FRANÇON André

- « L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ? », GRUR int., 1973, vol. 6/7, pp. 264-266.
- « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », D. 1976, chron. p. 55
- « Les présomptions de cession de droits dans la loi française sur le droit d'auteur », Mél. Deliyannis, Université de Thessalonique, 1991, p. 341
- « Le contrat de production audiovisuelle », RIDA 1986/1, 71

GAILLARD Emmanuel, « La double nature du droit à l'image », D.1984, chron. p.161.

GASSIN René, « Analyse systémique et droit », Cahier des Ecoles doctorales, fac. de droit de Montpellier, n°2, nov. 2001, 545s.

GAUBIAC Yves, « L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur », Mél. A. Françon, Dalloz 1995, p. 163.

GAUDRAT Philippe

- « Les démêlés intemporels d'un couple à succès », RIDA 2001/4, 71.
- « Théorie générale du droit moral », J.-Cl. PLA, fasc. 1210.
- « Droit de retrait et de repentir », J.-Cl. PLA fasc. 1212.
- « Droit de divulgation », J.-Cl. PLA, fasc. 1211.
- « Propriété littéraire et artistique (1° Propriété des créateurs) », *Encycl. Civ. Dalloz*, 2007.
- « Propriété littéraire et artistique (2° Droits des exploitants) », *Encycl. Civ. Dalloz*, 2007.

GAULLIER Florence et VERCKEN Gilles, « Rémunération proportionnelle des auteurs : atténuations et remises en cause du principe de l'assiette prix public hors-taxe », PI 2006, n°19, p. 155.

GAUTIER Pierre-Yves,

- « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien », D. 1988, chron. 152.
- « L'œuvre écrite pour autrui », RIDA 1989/1, 89.
- « Le cédant malgré lui : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », D. aff. 1995, n°6, p. 123.
- « Le mandat en droit d'auteur », Mél. Françon, Dalloz 1995, p. 223.
- « Œuvre « multimédia » », J.-Cl. PLA, fasc. 1165.
- « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, 610.

GAVIN-MILAN Élodie, « Le sens de la notion de prestation caractéristique, outil de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux », RRJ 2003-1, p. 122.

GHESTIN Jacques, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre), D. 1973, chron. p. 293.

GINOSSAR S., « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTD civ. 1962, 573.

GOUTAL Jean-Louis, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », D. 1997, chron. 357.

HASSLER Théo

- « Qualification de multimédia : plaidoyer pour une méthode de qualification », CCE nov. 2000, chron. 21, p.10.
- « Quelle patrimonialisation pour le droit à l'image des personnes ? Pour une recomposition du droit à l'image », LP octobre 2007, II, 123, n°23

HERMITTE Marie-Angèle, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, L'exemple des droits intellectuels », in *Arch. phil droit* 1985, p.331.

HOUTCIEFF Dimitri, « Renonciation », *Encycl. Civ. Dalloz*, 2004.

HUET Jérôme, « Des différentes sortes d'obligation et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », Mél. J. Ghestin, LGDJ 2001, 425.

HUGON Christine, « Œuvres multimédia : le critère de l'interactivité consacré par la Cour de cassation », CCE 2003, étude n°21.

ITÉANU Olivier, « Les contrats du commerce électronique », *Dr. & patr.* 1997, n°55.

JACQUIER Sarah, « Le contrat forcé en droit d'auteur », CCE 2001, étude n°26.

JESTAZ Philippe, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF 1986, p. 117.

JUGLART (de) Michel, « La vente : un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise », Mél. J. Derruppé, Litec GLN 1991, p. 63.

KAMINA Pascal

- « De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997 (Godard c/ Houdelinckx) », RRJ 1998-3, 881.
- « Le livre numérique », CCE déc. 2000, chron. 23, p.10.

KAYSER Pierre, « Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques », RTD civ. 1971, 445.

KEELAGHAN Th., « LINUX, logiciels libres et licences », CCE 2002, étude 6, p. 18.

KENDÉRIAN Fabien, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. Sociétés*, 2002, 617.

KÉRÉVER André, « Révolution française et droit d'auteur », RIDA 1989/3, 3.

LAPORTE Marie-Eugénie, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle », JCP G 1991, I, 3540.

LATREILLE Antoine

- « La création multimédia comme œuvre audiovisuelle », JCP G 1998, I, 156, p.1419.
- « La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête », CCE 2000, étude p. 14.

LAVERGNE (de) Louis, Discussion de la société d'économie politique de Paris sur la question de la propriété littéraire et artistique, in E. ROMBERG, *Compte-rendu des travaux du Congrès de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1859, t. 2, p. 290.

LE FUR Anne-Valérie, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », RTD civ. 2004, 429.

LE MOIGNE J.-L., « Sur quelques topiques de la complexité... des situations que peut connaître le juriste dans ses pratiques », *Droit et société* 2000/46, p. 407.

LEBOIS Audrey, « Droit de reproduction », J.-Cl. PLA, fasc. 1246, 2004.

LEDIEU Marc-Antoine, « Et si la licence de logiciel était une location ? », CCE 2003, étude 27.

LEFRANC David, « L'auteur et la personne. Libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité », D. 2002, 1926.

LEPAGE Agathe, CARON Christophe, de MATTOS Olivier, DECOCQ Georges et BRUNING Angela, « De quelques points de rencontre entre le droit et l'émission Loft Story », CCE 2001, étude 14.

LE TOURNEAU Philippe, « Folles idées sur les idées », CCE 2001, chronique n°4.

LIBCHABER Rémy, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz et Litec 2004, p. 353.

LINANT DE BELLEFONDS Xavier

- « Et l'interactivité, alors ! », *Expertises*, 2000, p.13
- « Jeux vidéos: le logiciel gagne des points », CCE sept.2003, chron. 20, p.9s

LUCAS André

- « L'assiette de la rémunération proportionnelle due à l'éditeur », D. 1992, chron. 269.
- « Œuvres publicitaires », J.-Cl. PLA, fasc. 1159.
- « Contrat d'édition », J.-Cl. PLA fasc. 1320.

LUCAS André et BERNAULT Carine, « Œuvres protégées, Règles générales », J.-Cl. PLA, fasc. 1135.

LUCAS André et SIRINELLI Pierre, « L'originalité en droit d'auteur », JCP 1981, I, 3681.

LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit contractuel allemand depuis la réforme du 22 mars 2002, PI, note 142 p. 405,

MAINGUY Daniel, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 615.

MALAUZIE Philippe,

- « Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », RDC 2006, 7
- *Encycl. Dalloz*, V° « Vente ».

MARINO Laure

- « Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise », *Defrénois* 2001, 907.
- « Les contrats portant sur l'image des personnes », CCE 2003, chron. n°7, p.10.

MARTIN Raymond, « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », JCP 1983, I, 3100.

MATTHYSSENS Jean

- « Les projets de loi sur le droit d'auteur en France au cours du siècle dernier », RIDA 1954/2, 15.
- « L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs », RIDA 1975/1, 3.

MAZEAUD Henri, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », RTD civ. 1929, 551.

MAZEAUD Denis, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », D. 2008, 1776.

MONTELS Benjamin

- « Pratique des contrats audiovisuels », CCE 2003, étude 18,
- « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », CCE 2001, p. 19.
- « Titulaires du droit d'auteur. Œuvre audiovisuelle », J-Cl. PLA, fasc. 1190.

MORILLOT André-Paul, « De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant », *Rev. crit. législ. et juris.*, 1872, pp. 29s.

MORIN G., « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », Etudes G. Ripert, t. 2, 1950, pp. 7s.

MOTULSKY Henri, « De l'impossibilité juridique de constituer un « *trust* » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. Crit. DIP* 1948, 451.

MOUSSERON Jean-Marc

- « L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation des brevets d'invention », in *Hommages à H. Desbois*, 157.
- « Valeurs, biens, droits », *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p.277.

MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, REVET Thierry, « De la propriété comme modèle », *Mél. A. Colomer*, Litec 1993, p. 281.

MOUSSERON Jean-Marc et SCHMIDT Joanna, « La création d'employés », *Mél. Mathély*, Litec 1990, 288.

MOURY Jean, « De l'invisibilité entre les obligations et entre les contrats », RTD civ. 1994, 255.

MOZAS P., « Des contrats de vente spéciaux : les cessions de droit de propriété industrielle », Mél. Lapoyade-deschamps, PU Bordeaux 2003, p. 474.

PARISOT Bernard

- « L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique », D. 1972, chron. 71.
- « La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ? », D. 1992, chron. p. 75.

PASSA Jérôme, « Internet et droit d'auteur », J.-CL PLA, fasc. 1970.

PFISTER Laurent, « Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle », RIDA 3/2005, 145.

PIÉDELIÈVRE Alain, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, Mélanges M. de Juglart, LGDJ-Litec, 1986, p.55.

PIZZIO Jean-Pierre, « La notion de convention d'occupation précaire », JCP G 1980, I, 2975.

PLANIOL Marcel, « Classification synthétique des contrats », *Rev. Crit. Légis. Jurisp.*, 1904, p. 471.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

- « Abus de droit et droit moral », D. 1993, chron. 97.
- « Droit moral et droits de la personnalité », JCP G 1994, I, 3780.
- « Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés », JCP G 1999, I, 150, p.1283s.
- « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTD com. 2000, 273.
- « De la prescription en droit d'auteur », RTD civ. 1999, 585.

RAYNARD Jacques

- « Le tiers au pays du droit d'auteur. Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique », JCP 1999, I, 138.
- « Propriétés incorporelles, un pluriel bien singulier », Mél. J.-J. Burst, p. 527.
- « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2/2006, p. 597

REBOUL Yves, « Licence de brevet – Formation du contrat – Conclusion du contrat », J.-Cl. Brevets, fasc. 4740, 2002.

REIMER D., « Remarques de droit comparé sur la liberté des contrats en matière de droit d'auteur », RIDA 1977/2, 3.

RODIÈRE René, « Étude sur la dualité des régimes de responsabilité », JCP 1950, I, 868, n°10.

ROJINSKY Cyril et GRYNBAUM Vincent, « Les licences libres et le droit français », PI 2002, n°4, 28.

ROUBIER Paul

- « Les droits de clientèle », RTD civ. 1935, pp. 280-281.
- « Unité et synthèse des droits de propriété industrielle », Mélanges M. R. Plaisant, Sirey, 1960, p.161.

ROUSSEL G., « Le droit d’auteur des auteurs salariés et employés », Droit d’auteur 1990, p. 232.

ROY-LOUSTANAU Claude, « Le contrôle judiciaire de la validité des conventions d’occupation précaire », D. 1988, chr. 216.

SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, « Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière », Mél. Raynaud, Dalloz 1985, p.733

SARDAIN Frédéric, « La qualification logicielle des jeux vidéos : une impasse pour le multimédia », JCP E 2001, p.312.

SARRAUTE Raymond, « La défense du titre banal », GP. 1971, 1, p.183.

SAVATIER René,

- « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », JCP 1957, I, 1398.
- « Essai d’une présentation nouvelle des biens incorporels », RTD civ. 1958, 331.

SEILLAN Yves, « L’acte abdicatif », RTD civ. 1966, 686.

SERNA Marie, « L’image et le contrat : le contrat d’image », CCC nov. 1998, chron. 12.

SINGH A. et MARINETTI C., « L’obligation du producteur d’assurer la réalisation d’une œuvre audiovisuelle », LP 2005, II, p. 16.

SIRINELLI Pierre

- « Créations de salariés : travaux du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique », PI octobre 2002, 44 ;
- « Droit d’auteur des créateurs salariés, Suite et à suivre ? », PI janvier 2003, 40.

TAFFOREAU Patrick, « Qualification juridique d’une œuvre multimédia », LP 2000, n°170, p. 51.

THALLER Edmond

- « Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de communauté », RTD civ. 1903, 55.
- « Dépendance ou indépendance des brevets pris pour une même inventions dans divers Etats, RCDIP 1908, 5.

THÉRY René, « De l’utilisation à la propriété des choses », Etudes G. Ripert, t. 2, 1950, p. 17.

TONNELIER M.-H., « La protection du multimédia par le régime de l’œuvre audiovisuelle », Légicom 1995, n°8, p.33.

TOURNIER Alain

- « Le bilan de la loi », RIDA 2/1958, n° spécial sur la loi du 11 mars 1957.
- « Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit ? », RIDA 1958/3, p. 19.

TREPPOZ Édouard, « La qualification logicielle d'un jeu vidéo : un modèle pour les œuvres multimédia », obs. sous CA Caen, 19 déc. 1997, *Petites Affiches*, nov.1999, n°230 p.10.

VAN DEL BULCK P., « Le régime juridique des avatars créés dans le cadre des jeux vidéo. Premières réflexions », PI 2007, 279.

VAREILLE-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD civ. 1905, 443,

VERCKEN Gilles

- « Le rapport « *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création* » du Professeur Philippe Gaudrat », CCE 2002, étude n°3.
- « La pratique des clauses relatives à la gestion collective dans les contrats individuels portant sur les droits d'auteur », LP 2002, III, 103.
- « Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur », PI 2003, n°9, 367.

VILBOIS Jean, « Historique », RIDA 1958/1, 29

VILLEY Michel

- « L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains », Rev. hist. de dr. fr. et étr. 1946-1947, p.201s.
- « Le « jus in re » du droit romain classique au droit moderne », Conférences faites à l'Institut de Droit romain de l'Université de Paris, VI, Sirey 1950, p.187s.

VIVANT Michel et VERCKEN Gilles, « Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, Cah. Dr. Entr. 2000, n°2, p. 18.

VIVANT Michel

- « Le contenu du droit d'auteur », in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, éd. du CNRS, 1991, p. 73.
- « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété », PI 2007, n°23, 193.

VOIRIN Pierre, « La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie », RTD civ. 1930, 324.

WEBER A., *Les œuvres multimédia relèvent-elles du régime des bases de données ? Les jeux sont faits, rien ne va plus*, LEGICOM 1995, n°8, p.18.

WITZ Claude, « La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au bois dormant du droit français », RD aff. int. 1991, 689.

ZÉNATI Frédéric

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, 305
- « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », RTD civ. 2003, 667

- « Du droit de reproduire les biens », D. 2004, chron. 962

ZENATI-CASTAING Frédéric, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD civ. 2006, 445.

Notes de jurisprudence, commentaires et observations

ALLAEYS Philippe

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 25 janvier 2005, D. 2005, 956.
- Obs. sous CA Paris, 16 février 2005, D. 2005.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 21 novembre 2006, D. 2007, 316.

ALLEAUME Christophe

- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 9 mai 2007, LP déc. 2007 II, n°29.

ATIAS Christian et MOULY Christian

- Obs. sous Cass. com., 15 juillet 1987, D. 1988, Jur. 360.

AUBERT Jean-Luc

- Note sous Cass. 1^e civ., 13 déc. 1983, D. 1984, Jur. 340.
- Note sous Cass. 1^e civ., 9 novembre 1999, Defrénois 2000, 250.

AYNÈS Laurent

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 16 mars 1994, Defrénois 1994, art. 35897.
- Note sous Cass. Ass. Plén., 1er déc. 1995, 4 arrêts, D. 1996, Jur. 17.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 28 oct. 2003, RDC 2004, 273.

BÉHAR-TOUCHAIS Martine

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 8 mars 1988, JCP G 1989, II, 21373.

BÉNAC-SCHMIDT F.

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, D. 1994, 507.

BESSON A.

- Obs. sous Cass. civ., 30 juin 1936, D. 1936, 1, 65.

BLAISE Jean-Bernard et BONET Georges, Obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, « Coditel II », JCP E 1984 II, 13389.

BONET Georges, Obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, « Coditel II », RTD eur. 1983, 297.

BOUGEROL

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 16 juillet 1997, JCP 1999, p.317, n°1.

BROCHARD Lionel

- Obs. sous CA Poitiers, 7 décembre 1999 JCP E 2000, p.1375.

BRUGUIÈRE Jean-Marc

- Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, D. 2004, 1545.

BURST Jean-Jacques

- Note sous Cass. Com., 3 mai 1978, DS 1979, 247.

CARON Christophe

- Obs. sous Cons. Conc. 8 juin 1999, CCE 2000, comm. n°17.
- Obs. sous TGI Paris, 30 nov. 1999, CCE 2001 comm. n°87.
- Obs. sous CA Poitiers, 7 décembre 1999, CCE 2001, comm. n°72.
- Obs. sous Cass. crim, 21 juin 2000, CCE 2001, comm. n°85.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 24 octobre 2000, CCE 2000, comm. n°123.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 23 janvier 2001, CCE 2001, comm. n°34.
- Obs. sous CA Paris, 14 février 2001, CCE 2001, comm. n°25.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 mars 2001, CCE 2001, comm. n°44 et JCP E 2001 n°25 p. 1050.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 3 avril 2001, CCE 2001, comm. n°58.
- Obs. sous CA Paris, 4 mai 2001, CCE 2001, comm. n°115.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 12 juin 2001, CCE 2001, comm. n°74.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 4 décembre 2001, CCE 2002 comm. n°19.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 29 mai 2002, CCE 2002 comm. n°125.
- Obs. sous TGI Paris, 15 janv. 2003, CCE 2003, comm. n°22.
- Note sous Cass. 1^e civ., 28 janv. 2003, CCE 2003, comm. n°35.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 mai 2003, CCE 2003, comm. n°56.
- Obs. sous CA Riom, 14 mai 2003, CCE déc. 2003, comm. n°116.
- Obs. sous CA Poitiers, 1^e ch. civ., 14 mai 2003, CCE 2003 comm. n°92.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 28 mai 2003, CCE 2003, comm. n°102.
- Note sous Cass. com., 24 septembre 2003, D. 2003, Jur. 2683.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 30 septembre 2003, CCE 2003, comm. n°116.
- Obs. sous CA Paris, 22 octobre 2003, CCE 2004, comm. n°13.
- Obs. sous CA Paris, 16 janvier 2004, CCE 2004, comm. n°38.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 27 avril 2004, CCE 2004, comm. n°84.
- Obs. Sous Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, CCE 2004, comm. n°14.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 25 mai 2004, CCE 2004, comm. 105.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 15 févr. 2005, CCE 2005, comm. n°61.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 25 mai 2005, CCE 2005, comm. 109.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, CCE 2006 comm. n°40.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 29 mars 2006, CCE 2006, comm. 77.
- Obs. sous CA Paris, 26 avril 2006, CCE 2006, comm. n°109.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 12 juillet 2006, JCP G 2007, I, 101.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 21 novembre 2006, CCE 2007, comm. n°3.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 13 février 2007, CCE 2007, comm. n°53.
- Obs. sous TGI Paris, ord. réf., 22 juin 2007, CCE 2007, comm. n°143.
- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch. 2^e sect., 13 juill. 2007, CCE 2007, comm. 143.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 9 mai 2007, CCE 2007 comm. n°118.
- Obs. sous CA Paris, 3^e ch. B, 20 sept. 2007, CCE 2008, comm. n°51.

CASTETS-RENART Céline

- Obs. sous Cons. Const., décision du 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, D. 2006, 2157.

CHABAS François

- Cass. 1^e civ., 13 déc. 1983, D. 1984, 340, RTD civ. 1984, 209.

CHAFIOL-CHAUMONT F.

- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 7 juin 2006, LP 2006, III, 181.
- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch. 1^e sect., 15 avr. 2008 (2 décisions), LP 2008, III, 100.

CHAVANNE Albert

- Obs. sous Com., 3 mai 1978, RTD com. 1978, 371.

COHEN D.

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 22 oct. 1996, JCP 1997, II, 22881.

COLIN Ambroise

- Obs. sous Cass. civ., 25 juin 1902, D. 1903, 1, 5.

COLOMBET Claude

- Obs. sous CA Paris, 22 juillet 1981, D.1983, IR 94.
- Obs. sous CA Paris, 7 janvier 1982, D. 1983, IR 97.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch., 14 janvier 1983, D. 1983, IR 510.
- Obs. sous TGI Paris, 15 février 1984, D. 1984, IR 291.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 9 octobre 1984, D. 1985, Jur. 316.
- Obs. sous CA Paris, 28 novembre 1985, D. 1986, IR 188.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 9 octobre 1991, D. 1993, SC 91.
- Obs. sous CA Paris, 1^e ch., 15 avril 1989, D. 1990, SC 58.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 11 février 1957, D.1998, SC 195.
- Obs. sous CA Versailles, 3^e ch., 20 juin 1997, D. 1998, SC 194.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch., 3 déc. 1997, D. 1999, SC 66.

COTTIN-PERREAU F.

- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 26 avril 2006, LP 2006, III, p. 217.

CRISTAU A.

- Note sous Cass. 1^e civ., 9 novembre 1999, D.2000, Jur. 507.

DAGORNE LABBÉ Yannick

- Obs. sous Cass. com., 4 juillet 1989, JCP G 1990, II, 21515.

DALEAU Jeanne

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 7 novembre 2006, D. 2006, 2913.

DAVERAT Xavier

- Note sous Cass. 1^e civ., 9 janv. 1996, JCP G 1996 II, 22643.
- Obs. sous CA Paris, 12 février 2003, LPA 19 janvier 2004, n°3, p. 6.

DELEBECQUE Philippe

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, Defrénois 1994, art. 35845, n°61.

DESBOIS Henri

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 février 1973, RTD com. 1973, 553.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 12 avril 1976, RTD com. 1978, 103.
- CA Paris, 4^e ch., 17 juin 1976, RTD com. 1978, 105.

DREYER Emmanuel

- Obs. sous Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, D. 2004, 1545.

EDELMAN Bernard

- Note sous Cass. 1^e civ., 6 mars 2001, D. 2001, 1868.
- Obs. sous CA Paris, 14^e ch., 29 octobre 1987, JCP G 1988, I, 3376, n°22.

ESMEIN Paul

- Note sous Cass. civ., 16 août 1882, DP 1883.1.213; S. 1884.1.33.
- Note sous T. Com. de la Seine, 4 juin 1896, S. 1899. 2. 217.

FRANÇON André

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 12 novembre 1980, RTD com. 1981, 748.
- Obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, « Coditel II », RIDA 1/1983, 120 et RTD com. 1982, 558.
- Obs. sous Cass. Ass. plén., 30 octobre 1987, RTD com. 1988, 57.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 22 mars 1988, RTD. com. 1988, p.629.
- Note sous Cass. 1^e civ., 10 mars 1993, D.1994, 78 et RTD com. 1994, 48.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 13 octobre 1993, RTD com. 1994, 272.
- Note sous Cass. 1^e civ., 7 juin 1995, JCP G 1995, II, 22586 et RTD com. 1996, 59.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 24 février 1998, RTD com. 1998, 592.

GALLOUX Jean-Christophe

- Obs. sous CA Paris, 9^e ch., 5 mars 1999, CCE 1999, comm. n°26.

GAUTIER Pierre-Yves

- Note sous Cass. 1^e civ., 27 mai 1986, D. 1987, Jur. 209.
- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch., 12 janvier 1988, RIDA 1988/3, 116.
- Obs. sous TGI Paris, 21 février 1990, *Images juridiques*, 15 avril 1990.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 24 nov. 1993, RTD civ. 1994, 631.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 13 oct. 1993, D. 1994, 166.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 juin 2001, RTD civ. 2002, 115.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 2 oct. 2001, RTD civ. 2002, 118.
- Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, 2839.

GHESTIN Jacques

- Note sous Cass. Ass. Plén., 1er déc. 1995, 4 arrêts, JCP G 1996, II, 22565.
- Note sous Cass. 1^e civ., 13 juin 2006, D. 2007, 277.

GOUT Olivier

- Cass. 1^e civ., 16 janvier 2007, D. 2007, 1119.

GRANCHET Anne

- Obs. sous Cass. civ. 1^e, 16 nov. 2004, LP 2005, III, 172.

GROSSER Paul

- Cass. 1^e civ., 13 mars 2007, JCP 2007, I, 161, n°12

GUYON Yves

- Obs. sous CA Paris, 5 juillet 1994, Rev. Sociétés 1994, 525.

HASSLER Théo

- Obs. sous CA Versailles, 1^{ère} ch., 27 janvier 1988, D. 1988 SC 223.
- Obs. sous CA Paris, 5^e ch., 22 février 1991, D. 1992, SC 75.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch., 10 juillet 1991, D. 1992, SC 72.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 9 octobre 1991, D. 1993, SC 249.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 11 avril 1995, D.1996, SC 70.

HASSLER Théo et LAPP Virginie

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 7 avril 1998, Bull. n°363, D. 1999 SC 123.

HOUTCIEFF Dimitri

- Note sous Cass. com. 5 juin 2007, JCP G 2007, II, 10145.
- Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, JCP G 2007, II, 10154.

HUET Jérôme

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 5 février 1985, D. 1986, 499.
- Obs. sous TGI Paris, 1^e ch., 28 mai 1986, RTD civ. 1987, 552.
- Note sous Cass. Ass. plén., 30 octobre 1987, JCP 1988, II, 20932.

JAILLET M.

- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch. 2^e sect., 13 juill. 2007, RLDI 2007/31, n°1035.

JAMIN Christophe

- Cass. 1^e civ., 13 oct. 1998, D. 1999, Jur. 197.

JAULT-SESEKE Fabienne

- Cass. 1^e civ., 14 mai 1996, D.1998, 305, 1^e esp.

JOURDAIN Patrice

- Obs. sous Cass. com. 13 juin 2006, RTD civ. 2006, 773.

KAMINA Pascal

- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch., 23 février 1999, D. 1999, Jur. 580.

KENFACK Hugues

- Note sous Cass. civ. 3^e, 15 janvier 2003, D. 2003, 1190.

KÉRÉVER André

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 22 mars 1988, RIDA 1988/3, 106.
- Obs. sous TGI Paris, 7 octobre 1998, RIDA 1999/1, 331.
- Obs. sous TGI Paris, 21 février 1990, RIDA 1990/4, 307.
- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch., 12 avril 1995, RIDA 1997/1, 269.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 23 janvier 2001, RIDA 3/2001, 327.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 3 avril 2001, RIDA 2001, n°190, 395.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 29 mai 2002, RIDA 2002/4, 203.
- Obs. sous CA Paris, 2 avril 2003, RIDA 2003/4, 285
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 mai 2003, RIDA 2003/3, 291.
- Obs. sous CA 25 juin 2003, RIDA 2004/1, 181.
- Obs. sous CA Paris, 16 février 2005, RIDA 3/2005, 323.

- Obs. sous CA Paris, 2 mars 2005, RIDA 2005/3, 399.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch., 22 mars 2006, RIDA 3/2006, 285.

LABARTHE Françoise

- Obs. sous Cass. com., 6 mars 2001, JCP 2001, II, 10564.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 juin 2001, JCP G 2002, I, 134.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 nov. 2002, JCP 2002, I, 184, n°1-5.

LAPORTE-LEGEAIS Marie-Eugénie

- Obs. sous CA Paris, 12 décembre 2001, JCP E 2002, 1806.

LE STANC Christian

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 27 novembre 2001, CCE 2002, comm. n°41.

LE TOURNEAU Philippe

- Obs. sous TGI Paris, 27 février 1991, JCP E 1992, II, 21809.

LEVENEUR Laurent,

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 7 juin 2000, CCC 2000, comm. n°159.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 nov. 2002, CCC 2003 comm. n°38.
- Obs. sous Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, CCC 2005, n°187.

LIBCHABER Rémy

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 15 janvier 2003, Defrénois 2003.

LINDON René

- Note sous Cass. 1^e civ., 29 mars 1973, D. 1973, 693.

LOISEAU Grégoire

- Note sous Cass. mixte, 22 avr. 2005, D. 2005, 1864, JCP G 2005, II, 10066.

LUCAS André et VIVANT Michel

- Obs. sous CA Paris, 14^e ch., 29 octobre 1987, JCP E 1988, II, 15297.

LUCAS André

- Obs. sous CA Paris, 14 février 2001, PI 2001, p. 60.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 27 nov. 2001, PI 2002, n°3, p. 60s.
- Obs. sous CA Paris, 12 décembre 2001, PI 2002, p. 49.
- Obs. sous Cass. civ. 1^e, 19 février 2002, PI 2002, n°5, p.53.
- Obs. sous CA Paris, 2 avril 2003, PI 2003, n°9, p. 392.
- Obs. sous CA Paris, 10 octobre 2003, PI janvier 2004, p. 546.
- Obs. sous CA Paris, 10 déc. 2004, PI 2005, p. 175.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. B, 25 novembre 2005, PI avril 2006, p. 183.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 26 avril 2006, PI 2006, n°21, p. 449.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 12 juillet 2006, PI 2006, n°21, p. 446
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 21 nov. 2006, PI 2007, p. 97.
- Obs. Sous CA Paris, 4^e ch. B., 18 janv. 2008, PI 2008 n°27, p. 213.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. B., 15 févr. 2008, PI 2008, n°28, p. 332.

LUCAS Henri-Jacques

- Obs. sous CA Paris, 2 juin 1999, JCP E 2000, 1378.
- Obs. sous CA Paris, 2 avril 2003, JCP E 2004, 1926.

LYON-CAEN

- Obs. sous CA Paris, 7 mars 1899, S. 1901, 1. 305.

MAFFRE-BAUGÉ A.

- Obs. sous CA Paris, 4e ch., A, 29 mars 2006, RLDI 2006/6, n° 489.

MARCHI, note sous T. corr. Paris, 22 décembre 1980, GP 1981, 1, 147.

MARINO Laure

- Note sous Cass. civ. 1^e, 21 nov. 2006, RLDI févr. 2007, p. 6.

MAZEAUD Denis

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, JCP G 1995, II, 22366.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 13 oct. 1998, Defrénois 1999, 374.
- Obs. sous Cass. 3^e civ., 15 janvier 2003, RDC 2003.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 28 oct. 2003, RDC 2004, 277.
- Note sous Cass. com., 30 mai 2006, D. 2006, 2288
- Obs. sous Cass. Com. 13 févr. 2007, RDC 2007, 707.

MESTRE Jacques

- Obs. sous CA Paris, 1^e ch., 15 avril 1989, RTD civ. 1990, 284.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 17 mars 1998, RTD civ. 1999, 378.

MESTRE Jacques et FAGES Bertrand

- Obs. sous Cass. civ. 1^e, 3 avril 2001, RTD civ. 2002, 96.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 juin 2001, RTD civ. 2002, 88.

NAST Marcel

- Note sous T. civ. Seine, 1^{er} avril 1936, D.P. 1936.2.65.

PARANCE Béatrice

- Note sous Cass. com., 24 septembre 2003, LPA 28 mai 2004, p.13

PIÉDELIÈVRE Stéphane

- Cass. 1^e civ., 17 mars 1998, JCP G 1998, II, 10148.

PIÉDELIÈVRE Stéphane et TENENBAUM Aline

- Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, *Defrénois* 2004, art. 38058.

PILLET Gilles

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 5 juin 2002, B, D. 2003, 1461.

PLAISANT Robert

- Note sous T. civ. Seine, 7 avril 1949, JCP 1950, II, 5462, 2^e esp.
- Note sous CA Paris, 1^e ch., 26 sept. 1978, D. 1980, Jur. 146.

POLLAUD-DULIAN Frédéric

- Note sous Cass. com., 27 février 1990, JCP G 1990, II, 21545.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 6 mai 2003, RTD com. 2004, 267.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 16 nov. 2004, RTD com. 2005, 81.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 12 avril 2005, RTD com. 2005, 493.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 15 févr. 2005, RTD com. 2005, 495.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 21 nov. 2006, RTD com. 2007, 363.

PROUST S.

- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch. 2^e sect., 13 juill. 2007, RLDI 2007/30, n°999.

RATOVO A.

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 25 janv. 2000 JCP E 2002, 223, n°4.

RAYNARD Jacques

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 28 mai 1991, D. 1993, Jur. 197.
- Note sous Cass. civ. 1^e, 10 mars 1993, JCP G 1993, II, 22161.

RÉMY Philippe

- Obs. sous Cass. com., 4 juillet 1989, RTD civ. 1990, 105.

RENET Thierry

- Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, RTD civ. 2004, 528.
- Obs. sous Cons. Const., décision du 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, RTD civ. 2006, 791.

ROGER

- Obs. sous CA Paris, 1^{er} mai 1925, D.P. 1925. 2. 98.

RZEPECKI N.

- Cass. 1^e civ., 13 oct. 1998, JCP 1999, II, 10133.

SALEILLES Raymond

- Note sous CA Paris, 1^{er} février 1900, Sirey 1900, 2, 121.

SARDAIN Frédéric

- Note sous Cass. civ. 1^e, 28 janv. 2003, D. 2003, Jur. 1688.
- Note sous Cass. civ. 1^e, 27 avril 2004, LP 2005, III, 62.

SARRAUT

- Obs. sous Cass. Ch. requ. 27 juillet 1887, affaire « Ricordi », D.R. 1888, 1, 5.

SERINET Yves-Marie

- Obs. sous Cass. Com. 13 févr. 2007, JCP G 2007 II, 10063.

SIRINELLI Pierre

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 14 mai 1991, RIDA 1/1992, 272.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 16 décembre 1992, RIDA 2/1993, 193.

- Obs. sous CA Paris, 14 février 2001, D. 2001, SC 2637.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch. A, 14 mars 2001, D. 2001, SC 2256.
- Note sous Cass. 1^e civ., 28 janv. 2003, PI 2003, n°7, p.159.
- Obs. sous Cass. 1^e civ., 27 avril 2004, PI 2004, n°12, p. 770.
- Obs. sous CA Paris, 4^e ch., A, 29 mars 2006, D. 2006, p. 2995.
- Obs. sous TGI Paris, ord. réf., 22 juin 2007, RIDA 2007, 305.
- Obs. sous TGI Paris, 3^e ch. 2^e sect., 13 juill. 2007, RIDA 2007/4, 352.

STAEFFEN V.

- CA Versailles, 12^e ch. sect. 2, 27 mai 2003, GP 2004, somm. jurispr. p. 1392.

STOFFEL-MUNCK Philippe

- Cass. com. 13 juin 2006, Dr et patr., 2006, n°152.
- Cass. Com. 13 févr. 2007, JCP G 2007, I, 185.
- Cass. Com. 5 juin 2007, CCE 2007, comm. n°151.
- Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007, 2839.
- Obs. sous Cass. com., 18 déc. 2007, JCP G 2008, I, 125.

THOUMYRE Lionel

- Cons. Const., décision du 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, LP 2006, II, 129.
- Obs. sous TGI Paris, 19 oct. 2007, RLDI 2007/33, n°1098.

TOSI Jean-Pierre

- Obs. sous Cass. mixte, 22 avr. 2005, D. 2005, 1864, note J.-P. TOSI ; JCP G 2005, II, 10066, n

TREPPOZ Édouard

- Obs. sous Cass. 1^e civ., 2 oct. 2001, JCP G 2001, II, 10094.

TRICOIRE Emmanuel

- Note sous Cass. com., 24 septembre 2003, LPA 28 mai 2004, p.13

VALÉRY

- Obs. sous T. Com. de la Seine, 4 juin 1896, D.P. 1898. 2. 73.

VARET Vincent

- Note sous Cass. 1^e civ., 28 janv. 2003, LP 2003, n°202, p.79.

VIRASSAMY Georges

- Obs. sous Cass. com., 4 juillet 1989, D. 1990, 246.

WEILLER Laura

- Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, JCP 2008, II, 10006.

ZENATI Frédéric

- Obs. sous Cass. 3^e civ., 6 mars 1991, RTD civ. 1992, 793.
- Cass. com., 15 juillet 1987, RTD civ. 1989, 351.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres indiqués renvoient aux numéros des paragraphes)

Abus de droit, 297

Accession, 414

Accessoire, 153, 161, 173, 343, 378, 458s.

- Représentation, 213
- Reproduction, 205, 205 bis, 210

Action en contrefaçon, 527s.

Action oblique, 530

Adaptation, 218

- Adaptation audiovisuelle, 151, 152, 218, 516
- Droit d'adaptation, 218
- Œuvre dérivée, 186

Après-contrat, 72

Artistes-interprètes, 11, 253

Auteur, 242s.

- Commande pour la publicité, Edition, 257
- Représentation, 257
- Production audiovisuelle, 244, 258
- 258
- Salarié, 65, 71s.

Auto-plagiat, 550

Bail, (V. aussi *Licence*)

- Action en contrefaçon, 533s.
- Concession d'un droit personnel de jouissance, 24, 36, 37, 40s., 392, 393s., 410s.

- Contrat d'auteur, 487

- Contrat d'édition, 481

- Contrat de production audiovisuelle, 482

- Contrat de représentation, 483s.

- Droit moral, 351, 354s., 359, 360

- Effet translatif, 24, 36, 37, 40s., 414s.

- Exclusivité, 473s.

- Garanties, 545s., 558

- Obligation de conservation, 616

- Obligation de délivrance, 539s.

- Obligation d'entretien, 543

- Obligation d'exploiter, 440, 461, 570

- Preuve, 514, 515s.

- Prix, 113, 568s.

- Qualification, 410s., 440, 461, 475s, 479.

Bible, 80, 183

Bien, 313, 314

Bonne foi

- Contrat, 72, 172

- Possesseur, 414

Brevet d'invention, 35, 37, 39, 40, 138, 395

Capacité, 509

Cession, (V. aussi *Vente*)

- Cession à titre gratuit, 99s.
- Cession fiduciaire, 446s.
- Cession implicite, 73, 74
- Cession présumée, 75
- Distinction entre contrat de cession et effet translatif, 23
- Distinction entre cession et licence, 20
- Droit moral, 352, 354s., 359, 360
- Formalisme, 27s., 68s., 218, 558
- Interprétation restrictive, 33
- Modes d'exploitation imprévisibles, 32
- Objet, 177s., 390, 312, 315, 398, 399
- Œuvres futures, 83, 494, 501
- Preuve, 515
- Salarié, 71s.

Chose (notion), 313**Clause évasive ou limitative de responsabilité**, 167, 574**Clause pénale**, 167, 574**Clause résolutoire**, 575**Collaboration** (V. Œuvre de collaboration)**Commande (contrat de)**

- Agents publics, 74
- Effet translatif, 52s.
- Journalistes, 56, 74
- Logiciel, 57
- Prix, 77s.
- Preuve, 81
- Qualification distributive, 67s.

- Œuvres audiovisuelles, 75
- Commande pour la publicité, 75

Compte à demi (contrat de), 45**Compte d'auteur**, 44, 467**Condition potestative**, 138, 407, 467**Consentement**, 509**Conservation**, 159s., 576s.**Contrat d'adaptation**, 218**Contrat de commande pour la publicité**

- Distinction d'avec la commande de droit commun, 66,
- Effet translatif, 51.
- Exclusivité, 485
- Obligation d'exploiter (existence), 156
- Œuvre visée au contrat, 226, 236
- Présomption de cession, 51, 75
- Prix, 123

Contrat d'édition

- Auteur, 257
- Cession du droit de reproduction, 198s.
- Cession du droit de représentation, 202s.
- Consentement personnel, 509
- Corrections, 467
- Devoir de collaboration, 541, 542
- Droits annexes et dérivés, 207s.
- Ecrit, 544s.
- Edition musicale, 147
- Exclusivité, 39
- Exploitation permanente et suivie, 144, 208
- Garantie, 545s., 550, 554

- Gratuité, 111s.
- Nombre minimum ou maximum d'exemplaires, 29, 406
- Objet matériel, 90, 579
- Obligation d'exploiter (existence), 139, 144s.
- Obligation de fabriquer, 145s., 199s.
- Obligation de publier, 148
- Pacte de préférence, 92s., 537s.
- Reddition des comptes, 158
- Rémunération de l'auteur, 111s.

Contrat de production audiovisuelle

- Auteur, 258
- Cession des droits dérivés, 214s.
- Cession des droits numériques, 215
- Cession des droits graphiques et théâtraux, 214
- Distinction d'avec la commande d'œuvre audiovisuelle, 64s.
- Effet translatif, 50
- Ecrit, 516
- Exploitation conforme aux usages
- Exclusivité
- Formalisme, 548s.
- Garantie, 545
- Gestion collective, 510
- Obligation d'exploiter, 149s., 572
- Œuvre visée au contrat, 225, 235
- Présomption de cession (V. ce mot)
- Prix, 122, 568s.

Contrat de représentation

- Auteur, 257
- Effet translatif, 40

- Exclusivité, 40
- Nombre minimum ou maximum de représentations, 29, 406
- Objet : droit de représentation, 212
- Obligation d'exploiter, 155, 570
- Prix, 120, 121, 568s.
- Qualification de licence, 40, 523

Contrat de travail

- Cession implicite, 71s.
- Réalisateur audiovisuel, 65

Contrat général de représentation, 39, 259, 262

Contrat innommé du droit d'auteur

- Consentement personnel, 509
- Distinction d'avec la commande, 59s.
- Effet translatif, 18s.
- Formalisme, 518s.
- Gratuité, 99s.
- Indivisibilité, 70
- Objet du transfert, 217
- Obligation d'exploitation, 125s.
- Protection de l'auteur, 248s.
- Qualification, 486s.
- Rémunération, 105s.

Contrefaçon (V. Action en contrefaçon)

Démembrement, 365s.

Domaine d'exploitation, 26s., 33, 34, 406s., 521

- Démembrement, 365s.
- Destination, 27, 30
- Durée, 31
- Etendue, 27, 28

- Lieu, 31

Droit d’auteur (nature), 270s.

Droit moral, 193

- Nature du droit et qualification du contrat, 274s., 284s., 294s., 322, 338s., 345s.
- Obligation contractuelle, 163s., 345s.

Droit au respect, 164, 170s., 294, 303, 304, 338

Droit de paternité, 164, 165, 170s., 294, 304

Droit de divulgation, 294, 303, 304, 338, 354s.

- Contrat de commande, 356
- Epuisement, 357

Droit de fragmentation, 374

Droit de la personnalité, 274s., 303, 322, 340

Droit de suite, 191, 321, 337

Droit de location, 192, 334s.

Droit de marchandisage, 209, 215

Droit de prêt, 192, 334s.

Droit de propriété, 292s., 307s., 342s.

Droit de représentation, 203s., 212, 214, 217, 219, 220

Droit de retrait et de repentir, 296, 358s.

- Nature, 322, 338, 340
- Résiliation et refaction du contrat, 359s.

Droit de synchronisation, 374

Droit intellectuel, 283s., 344

Droit personnel, 286s. (V. aussi *Licence*)

Durée, 31, 372, 481

Economie du contrat, 78

Editeur (V. *Contrat d’édition*)

Entreprise (contrat d’)

- Agents publics, 74
- Commande, 52s.
- Droit moral, 350
- Effet translatif, 54s.
- Fourniture d’hébergement, 46s.
- Compte d’auteur, 44
- Logiciel, 55, 57
- Prix, 77, 466
- Preuve, 81
- Qualification

Effet translatif, 17s., 406s., 414, 416

Exclusivité, 38s., 382s.

- Contrat d’édition, 40, 481
- Contrat de commande pour la publicité, 485
- Contrat de production audiovisuelle, 40, 214, 482
- Contrat de représentation, 40, 483, 484
- Exclusivité et démembrement, 382s.

Exemplaire, 199, 200, 203, 145, 148

Exploitation, V. *Obligation d’exploiter*

Fiducie, 11, 446s., 510

Fruits, 397s.

Forfait, 109, 138, 448s., 455, 459s.

Formalisme, 553s.

Formalisme publicitaire, 95, 522

Forme d’expression, 224s.

Fournisseur d'accès, 46

Fournisseur d'hébergement, 46s.

Garantie contre l'éviction, 547, 548, 549s., 558

Garantie contre les vices cachés, 548, 553s., 559s.

Genre, 229s., 224s.

Gestion collective, 11, 510

Gratuité

- Contrat d'auteur, 99s.
- Contrat d'édition, 111s.
- Contrat de commande pour la publicité, 123
- Contrat de production audiovisuelle, 122
- Contrat de représentation, 120s.

Histoire des contrats d'auteur, 3

Idée, 182, 183

Image des biens, 330, 402

Incapacité, 509s.

Indivision, 508, 237

Informatique,

- Jeux vidéo (V. à ces mots)
- Logiciels (V. à ce mot)
- Multimédia (V. à ce mot)

Internet, 46s., 215

Interprétation des contrats, 519

Jeux vidéo, 49, 228

Journal, 56

Liberté contractuelle, 27

Licence (V. aussi *Bail*)

- Cession (distinction), 20s., 473s.
- Creative commons, 101, 487
- Logiciels, 487

Livre numérique, 205 bis

Location (V. *Droit de location* ou *Bail*)

Logiciels, 57, 98, 227

Louage d'ouvrage ou de services, (V. *Commande*, *Contrat de travail*, *Entreprise*)

Mandat, 439, 468s.

- Droit moral, 193
- Gestion collective, 11, 510

Marques, 35, 37, 39, 40, 138, 395

Merchandising, 209, 215

Mérite, 233

Meuble incorporel, 314

Multimédia, 49, 228

Musique, 147

Nantissement de logiciel, 11, 227

Nullité, 70, 105s., 184, 187, 521

Numérique (V. *Internet*)

Objet du contrat, 176s.

Obligation de moyen, 141, 570s.

Obligation de résultat, 141, 570s.

Obligation d'exploiter,

- Contrat d'auteur, 126s.
- Contrat d'édition, 144s.
- Contrat de commande pour la publicité, 156

- Contrat de production audiovisuelle, 149s.
- Contrat de représentation, 155
- Qualification du contrat, 429s.

Œuvre, 182, 222s.

Œuvres artistiques, 230

Œuvres audiovisuelles, 225

Œuvres collectives, 238

Œuvres composites, 186, 218

Œuvres de collaboration, 237

Œuvres dérivées (V. *Œuvres composites*)

Œuvres futures,

- Contrat général de représentation, 40
- Prohibition de la cession globale, 40, 71, 83, 494, 501, 503

Œuvres littéraires, 225

Œuvres multimédia (V. *Multimédia*)

Œuvres publicitaires, 226

Originalité, 182

Pacte de préférence, 92s., 496s.

Passe (clause de), 119

Personnes morales, 73, 263, 264, 470

Plagiat, 186s., 550

Prequel (droit de), 209, 215

Prescription, 167, 571

Présomptions de cession, 75

- Commande pour la publicité, 51, 75, 226, 236, 264
- Production audiovisuelle, 50, 75, 215, 225, 235, 263

Presse, (V. *Journal*)

Prestation caractéristique, 451s.

Preuve, 81, 515s.

Prix public, 511

Producteur (définition)

- Producteur audiovisuel, 263
- Publicité, 264

Propriété industrielle (V. *Brevet d'invention, Marque*)

Qualité pour agir (contrefaçon), 528s.

Réalisateur, 65

Reddition des comptes, 157s.

Registre public du cinéma, 95, 522

Remake, 209, 215

Rémunération

- Contrat d'auteur, 105s.
- Contrat d'édition, 111s.
- Contrat de commande pour la publicité, 123
- Contrat de production audiovisuelle, 122
- Contrat de représentation, 120s.
- Forfait, V. ce mot
- Modalités, 109
- Rémunération proportionnelle, 109

Renonciation

- Droit moral, 166
- Rémunération, 108, 114

Repentir, V. *Droit de repentir et de retrait*

Représentation, (V. *Droit de représentation, Contrat de représentation*)

Reproduction (V. *Droit de reproduction, Contrat de reproduction*)

Responsabilité civile, 303, 531

Retrait, (V. *Droit de repentir et de retrait*)

Salariés, (V. *Contrat de travail*)

Savoir-faire, 540

Sequel (droit de), 209, 215

Société en participation, 470

Sous-contrat, 253, 569

Traduction

- Droit de traduction, 209

Trust, (V. *Fiducie*)

Usufruit, 369s.

Vente

- Action en contrefaçon, 528s.
- Contrat d'auteur innommé, 486
- Contrat d'édition, 481
- Contrat de production audiovisuelle, 482
- Contrat de représentation, 483s.

- Droit moral, 352, 354s., 359, 360

- Effet translatif, 24, 36, 37, 40s., 414s.

- Exclusivité, 473s.

- Transfert de droit, 24, 36, 37, 40s., 386, 394., 41s.

- Garanties, 545s., 558

- Obligation de conservation, 576

- Obligation de délivrance, 539s.

- Obligation d'entretien, 543

- Obligation d'exploiter, 440, 461, 570

- Preuve, 514, 515s.

- Prix, 113, 568s.

- Qualification, 410s., 441, 461, 475s, 479.

Vileté du prix, 512.

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres indiqués renvoient aux numéros de page)

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	11

PREMIÈRE PARTIE

LA QUALIFICATION DU CONTRAT AU REGARD DU DROIT D'AUTEUR.....	37

TITRE 1

UN CRITÈRE INSUFFISANT : LES EFFETS DU CONTRAT.....	43

Chapitre 1 / CONTRAT D'AUTEUR ET EFFET TRANSLATIF	45

<i>Section 1 / CONTRATS PRODUISANT UN EFFET TRANSLATIF</i>	45

§ 1. – SIGNIFICATION DU CONCEPT DE CESSION.....	46

A. Analyse littérale.....	47

B. Effet translatif et qualification du contrat	53

§ 2. – DOMAINE DE L'EFFET TRANSLATIF	56

A. Effet translatif et délimitation du domaine d'exploitation.....	56

1) Sens de l'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle	56

2) Compatibilité entre cession et délimitation du domaine d'exploitation des droits cédés	68

B. Effet translatif et obligation d'exploiter	73

C. Effet translatif et exclusivité	75

1) Existence de l'exclusivité.....	75

2) Nature de l'exclusivité	77

<i>Section 2 / CONTRATS NE COMPORTANT PAS D'EFFET TRANSLATIF</i>	82

Sous-section 1 / CONTRATS PORTANT SUR

<i>L'EXPLOITATION D'UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT</i>	83

§ 1. – CONTRATS À COMPTE D'AUTEUR ET DE COMPTE À DEMI	83

§ 2. – CONTRATS DU WEB 2.0.....	85

§ 3. – PRODUCTION AUDIOVISUELLE ET COMMANDE POUR LA PUBLICITÉ.....	93

<i>Sous-section 2 / CONTRATS PORTANT SUR LA CRÉATION D'UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT</i>	97

§ 1. – ÉCHEC DE LA QUALIFICATION EXCLUSIVE	97

A. Absence d'effet translatif des droits d'exploitation des contrats de louage d'ouvrage et de service	97
1) Rejet de la qualification unitaire de contrat de commande	98
2) Rejet de la qualification unitaire de contrat de travail	99
B. L'absence d'obligation de créer dans les contrats d'exploitation	102
1) L'absence d'obligation de créer dans les contrats d'auteur de droit commun	102
2) L'absence d'obligation de créer dans les contrats d'auteur spéciaux	107
a) Œuvre de commande et contrats d'édition et de représentation	108
b) Œuvre de commande et contrat de production audiovisuelle	109
c) Œuvre de commande et contrat de commande pour la publicité	112
§ 2. – <i>CONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION DISTRIBUTIVE</i>	113
A. Exigence d'une cession expresse	113
1) Principe	113
2) Exceptions	116
a) Exceptions jurisprudentielles	116
b) Exceptions légales	122
B. Application du régime juridique propre à chacun des contrats	125
1) Rémunération du commanditaire	125
2) Obligation d'exploiter	129
3) Preuve	131
4) Remise de l'œuvre	131
<i>Sous-section 3 / LES PROMESSES DE CESSION</i>	132
<i>Conclusion du chapitre 1</i>	136
 Chapitre 2 / LE CONTENU OBLIGATIONNEL DES CONTRATS D'AUTEUR	138
<i>Section 1 / LES OBLIGATIONS DE L'AUTEUR</i>	139
<i>Sous-section 1 / L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE</i>	139
§ 1. – <i>OBLIGATION DE DÉLIVRANCE DES DROITS D'EXPLOITATION</i>	139
§ 2. – <i>OBLIGATION DE REMISE D'UN SUPPORT</i>	140
<i>Sous-section 2 / L'OBLIGATION DE GARANTIE</i>	142
<i>Sous-section 3 / L'OBLIGATION DE PRÉFÉRENCE</i>	143
<i>Section 2 / LES OBLIGATIONS DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR</i>	145
<i>Sous-section 1 / LE PRIX</i>	147
§ 1. – <i>L'EXIGENCE D'UN PRIX EN DROIT COMMUN DES CONTRATS D'AUTEUR</i>	148
A. L'existence d'un prix monétaire	148
1) Validité des cessions à titre gratuit	149

a) Définition de la cession à titre gratuit	149
b) Soumission des cessions à titre gratuit aux articles L. 131-1s.	155
2) Nullité des cessions à titre onéreux dépourvues de prix monétaire	157
a) Rejet des thèses admettant l'absence de prix dans les contrats d'exploitation.....	158
b) Thèse de la restriction des cessions dépourvues de prix aux cessions gratuites	162
B. La prévision d'un prix proportionnel.....	164
§ 2. – <i>L'EXIGENCE D'UN PRIX DANS LE DROIT SPÉCIAL DES CONTRATS D'AUTEUR</i>	165
A. L'exigence d'un prix dans le contrat d'édition.....	165
1) Position du problème	167
2) Réfutation de la thèse admettant l'absence de prix monétaire	174
B. L'exigence d'un prix dans le contrat de représentation	177
C. L'exigence d'un prix dans les contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité.....	179
<i>Sous-section 2 / L'EXPLOITATION DES DROITS</i>	180
§ 1. – <i>L'EXPLOITATION EN DROIT COMMUN DES CONTRATS D'AUTEUR</i>	180
A. Domaine de l'obligation d'exploiter	181
1) Echec d'une généralisation de l'obligation d'exploiter à tout contrat d'auteur	182
2) Lien entre rémunération proportionnelle et obligation d'exploiter	189
3) Lien entre obligation d'exploiter et qualifications spéciales.....	196
B. Contenu de l'obligation d'exploiter.....	198
§ 2. – <i>L'EXPLOITATION DANS LES CONTRATS SPÉCIAUX DU DROIT D'AUTEUR</i>	199
A. Contrats comportant toujours une obligation d'exploiter.....	199
1) Obligation d'exploiter et contrat d'édition	199
a) La fabrication en nombre d'exemplaires de l'œuvre.....	200
b) La diffusion commerciale des exemplaires.....	201
2) Obligation d'exploiter et contrat de production audiovisuelle.....	204
a) Obligation de réaliser l'œuvre audiovisuelle.....	204
b) Obligation de diffuser l'œuvre audiovisuelle.....	208
B. Contrats ne comportant pas toujours d'obligation d'exploiter	208
1) Obligation d'exploiter et contrat de représentation.....	209
2) Obligation d'exploiter et commande pour la publicité	211
<i>Sous-section 3 / LA REDDITION DES COMPTES</i>	211
<i>Sous-section 4 / OBLIGATION DE CONSERVATION</i>	212
<i>Sous-section 5 / OBLIGATION DE RESPECTER LE DROIT MORAL</i>	213
§ 1. – <i>LE RESPECT DU DROIT MORAL PAR LE CONTRACTANT</i>	214
A. Dispositions légales et contractuelles relatives au droit moral.....	214

B. Dangers et intérêts de la reconnaissance d'une obligation contractuelle.....	217
§ 2. – <i>FONDEMENT JURIDIQUE DE L'INCLUSION DU RESPECT DU DROIT MORAL DANS LA SPHERE CONTRACTUELLE</i>	222
A. Thèse de la confusion avec l'obligation d'exploiter.....	223
B. Thèse de l'existence d'une obligation contractuelle de respecter le droit moral.....	225
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	230
TITRE 2	
UN CRITÈRE NÉCESSAIRE : L'ENVIRONNEMENT DU CONTRAT	233
Chapitre 1 / L'OBJET DU TRANSFERT	235
<i>Section 1 / L'OBJET DU TRANSFERT : LES DROITS D'EXPLOITATION</i>	236
<i>Sous-section 1 / L'EXISTENCE DE DROITS D'EXPLOITATION ET LA QUALIFICATION DE CONTRAT D'AUTEUR</i>	236
§ 1. – <i>L'EXPLOITATION DE DROITS</i>	236
A. L'existence des droits d'exploitation.....	237
1) La reconnaissance légale d'un monopole	237
2) La disparition du monopole	245
B. L'exercice des droits d'exploitation	246
§ 2. – <i>LES DROITS EXPLOITÉS</i>	252
A. L'exclusion de certains droits patrimoniaux	252
B. L'exclusion du droit moral	254
<i>Sous-section 2 / LA DIVERSITÉ DES DROITS D'EXPLOITATION ET LA QUALIFICATION DES CONTRATS SPECIAUX DU DROIT D'AUTEUR</i>	255
§ 1. – <i>INFLUENCE DE L'OBJET DU TRANSFERT DANS LES QUALIFICATIONS NOMMÉES</i>	255
A. Contrat d'édition et droit de fabriquer ou de faire fabriquer des exemplaires d'une œuvre de l'esprit	256
1) Distinction entre contrat d'édition et cession du droit de reproduction	257
2) Distinction entre contrats d'édition et de représentation.....	259
3) Distinction entre contrat d'édition et contrat d'exploitation de droits dérivés.....	265
B. Contrat de représentation et droit de représentation	272
C. Contrat de production audiovisuelle et droits d'exploitation principaux.....	273
§ 2. – <i>DÉFAUT D'INFLUENCE DE L'OBJET DU TRANSFERT DANS LES QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES INNOMMÉES</i>	276
<i>Section 2 / L'OBJET DES DROITS D'EXPLOITATION, OBJETS DU TRANSFERT</i>	280
§ 1. – <i>L'INFLUENCE DES CARACTÉRISTIQUES DE L'ŒUVRE</i>	280

A. Genres, formes et destination influant sur la qualification du contrat d'auteur.....	281
B. Genres indifférents à la qualification du contrat d'auteur	288
§ 2. – <i>L'INFLUENCE DES MODALITÉS DE CRÉATION D'UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT</i>	291
A. Œuvre de commande et qualification du contrat	292
1) Contrats d'édition et de représentation	292
2) Contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité	292
B. Œuvre de collaboration et qualification du contrat.....	294
<i>Conclusion du chapitre 1</i>	298
Chapitre 2 / LA QUALITÉ DES PARTIES	300
<i>Section 1 / LA QUALITÉ D'AUTEUR</i>	301
§ 1. – <i>UNE CONDITION D'APPLICATION</i>	
<i>DU DROIT COMMUN DES CONTRATS D'AUTEUR</i>	302
A. L'incidence du contrat sur la qualité d'auteur	302
B. La qualité d'auteur, fondement de l'application du droit contractuel d'auteur	308
1) La situation de l'exploitant, cocontractant direct de l'auteur	308
a) Refus d'une protection fondée sur le caractère incorporel du droit d'auteur	309
b) Refus d'une protection de l'exploitant fondée sur l'intérêt de l'auteur	311
2) La situation de l'ayant cause à titre universel	318
§ 2. – <i>UN CRITÈRE DES QUALIFICATIONS SPECIALES DU DROIT D'AUTEUR</i>	319
A. Principe : la qualité d'auteur est un critère de qualification du contrat spécial.....	319
B. « Exception » : le contrat général de représentation.....	323
<i>Section 2 / LA QUALITÉ DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR</i>	324
A. Le principe : la qualité du cocontractant de l'auteur n'est pas un critère de qualification	324
B. La qualité du cocontractant, facteur exceptionnel de qualification	325
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	332
<i>Conclusion du titre 2</i>	333
<i>Conclusion de la première partie</i>	336

SECONDE PARTIE

LA QUALIFICATION DU CONTRAT D'AUTEUR AU REGARD DU DROIT CIVIL 339

TITRE 1

UN CRITÈRE DE QUALIFICATION INOPÉRANT :

L'ENVIRONNEMENT DU CONTRAT 343

Chapitre 1 / LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT D'AUTEUR.....	344
<i>Section 1 / APPROCHE SYNTHETIQUE DU DROIT D'AUTEUR</i>	<i>345</i>
<i>Sous-section 1 / CONCEPTIONS INFLUENTES.....</i>	<i>345</i>
§1. – <i>QUALIFICATION DE DROIT DE LA PERSONNALITÉ.....</i>	<i>345</i>
A. La distinction entre œuvre et activité créatrice.....	347
B. La distinction entre personne et chose.....	351
1) Approche classique du droit de la personnalité	351
2) Approche contemporaine du droit de la personnalité	354
§ 2. – <i>QUALIFICATION DE DROIT INTELLECTUEL</i>	<i>357</i>
A. Qualification du droit d'auteur en tant que droit intellectuel	357
B. Critique de la qualification	359
§ 3. – <i>QUALIFICATION DE DROIT DE CREANCE</i>	<i>361</i>
A. Assimilation de l'attribut patrimonial au droit de créance	361
B. Critique de l'assimilation.....	363
<i>Sous-section 2 / QUALIFICATIONS NEUTRES.....</i>	<i>366</i>
§ 1. – <i>MONISME RÉALISTE.....</i>	<i>366</i>
A. Absorption du droit moral	367
1) Présentation.....	367
2) Critique	370
B. Soustraction du droit moral	374
1) Présentation.....	374
2) Critique	375
a) L'indépendance du droit moral	375
b) La primauté du droit moral	378
§ 2. – <i>DUALISME.....</i>	<i>381</i>
A. Echec d'une qualification unitaire de la branche patrimoniale	381
1) L'attribut patrimonial n'est pas un droit de propriété de la reproduction	381
a) Présentation	382
b) Critique	383
2) L'attribut patrimonial n'est pas un droit de propriété des droits d'exploitation	384
a) Présentation	384
b) Critique	386
3) L'attribut patrimonial n'est pas un droit de propriété de l'œuvre de l'esprit.....	389
a) L'absence d'acquisition d'un complet droit de jouissance	390
b) L'absence d'acquisition d'un pouvoir de disposition	393
B. Echec de la qualification unitaire du droit moral.....	396

<i>Section 2 / APPROCHE ANALYTIQUE DU DROIT D'AUTEUR.....</i>	<i>397</i>
<i>Sous-section 1 / NATURE DU DROIT D'AUTEUR.....</i>	<i>398</i>
<i>§1. – NATURE DES DROITS PATRIMONIAUX.....</i>	<i>398</i>
A. Droits d'exploitation.....	398
1) Droit de reproduction ou de représentation.....	399
a) Qualification de droit de propriété.....	399
b) Qualification de droit réel sur la chose d'autrui.....	402
c) Qualification de droit réel sui generis.....	403
2) Droits rattachés au droit de reproduction.....	404
B. Droit de suite.....	406
<i>§ 2. – NATURE DES DROITS MORAUX.....</i>	<i>407</i>
<i>§ 3. – NATURE DU DROIT D'AUTEUR.....</i>	<i>410</i>
<i>Sous-section 2 / ADÉQUATION DES QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES</i>	
<i>DU DROIT CIVIL.....</i>	<i>413</i>
<i>§ 1. – INDÉPENDANCE DES DIVERS DROITS PATRIMONIAUX.....</i>	<i>414</i>
<i>§ 2. – INDÉPENDANCE DU DROIT MORAL.....</i>	<i>416</i>
A. Neutralité de l'obligation de respecter le droit moral.....	416
B. Neutralité de l'incidence du droit moral sur les obligations de l'auteur.....	420
1) Neutralité de l'exercice du droit de divulgation.....	420
2) Neutralité de l'exercice du droit de retrait et de repentir.....	424
<i>Conclusion du chapitre 1.....</i>	<i>428</i>
Chapitre 2 / LA NATURE DU DROIT DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR.....	431
<i>Section 1 / DISTINCTION ENTRE DEMEMBREMENT REEL ET DROIT PERSONNEL DE</i>	
<i>JOUISSANCE.....</i>	<i>432</i>
<i>Sous-section 1 / PRÉSENTATION DE LA THEORIE DU DEMEMBREMENT.....</i>	<i>434</i>
<i>§1. – NOTION DE DÉMEMBREMENT ET DROIT D'AUTEUR.....</i>	<i>434</i>
A. Distinction entre démembrement de la chose et démembrement du droit.....	434
B. Application de la notion de démembrement en droit d'auteur.....	436
1) Coexistence entre le démembrement classique.....	437
2) Logique du démembrement en droit d'auteur.....	439
3) Absence de caractère limitatif des droits réels.....	440
<i>§ 2. – DÉMEMBREMENT ET QUALIFICATION DU CONTRAT.....</i>	<i>445</i>
<i>Sous-section 2 INSUFFISANCE DE LA THEORIE DU DEMEMBREMENT.....</i>	<i>449</i>
<i>§ 1. – ADÉQUATION IMPARFAITE</i>	
<i>À LA DELIMITATION DU DUMOINE D'EXPLOITATION.....</i>	<i>450</i>

§ 2. – <i>INADÉQUATION À L'ABSENCE D'EXCLUSIVITE</i>	451
A. Le rejet de la notion de démembrement non exclusif.....	451
1) Exposé de la thèse.....	451
2) Réfutation de la thèse.....	452
a) Définition de la cession en tant qu'acte translatif	453
b) Incidence du caractère exclusif des droits d'exploitation	454
B. Critère de distinction entre démembrement réel et droit personnel de jouissance au regard de l'exclusivité	458
1) Un critère inopérant : l'existence d'une exclusivité.....	458
2) Un critère opérant : la nature de l'exclusivité	460
<i>Section 2 / DISTINCTION ENTRE LE BIEN FRUGIFERE ET SES FRUITS</i>	463
<i>Sous-section 1 / PRINCIPE DE LA DISTINCTION</i>	464
§1. – <i>DÉFINITION DES FRUITS DU MONOPOLE D'EXPLOITATION</i>	464
§ 2. – <i>PRÉSENTATION DE L'EFFET TRANSLATIF DES FRUITS DU MONOPOLE D'EXPLOITATION</i>	476
<i>Sous-section 2/ CONSEQUENCES DE LA DISTINCTION</i>	480
§ 1. – <i>CONCESSION D'UN DROIT PERSONNEL DE JOUISSANCE</i>	481
A. Objet du droit personnel de jouissance.....	481
B. Effet translatif et acte constitutif d'un droit personnel de jouissance.....	485
§ 2. – <i>ACTE TRANSLATIF DE DROIT RÉEL</i>	488
A. Comparaison du droit d'auteur et de la cession de droits incorporels	488
1) Objet des obligations nées d'un contrat translatif de propriété.....	489
2) Objet des obligations nées d'un contrat translatif de droit réel.....	491
B. Application au contrat d'auteur	494
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	496
<i>Conclusion du titre 1</i>	497

TITRE 2

UN CRITÈRE OPÉRANT : LES EFFETS DU CONTRAT 499

Chapitre 1 /

FACTEURS DE QUALIFICATION DU CONTRAT D'AUTEUR AU REGARD DU DROIT CIVIL 500

<i>Section 1 / L'OBLIGATION D'EXPLOITER</i>	500
<i>Sous-section 1 / QUALIFICATION DE L'OBLIGATION D'EXPLOITER</i>	501
§1. – <i>UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE</i>	501
§ 2. – <i>UNE OBLIGATION DE FAIRE</i>	506

A. Obligation d'exploiter et contrat de service	507
B. Obligation d'exploiter et contrat de mise à disposition d'un bien	510
C. Obligation d'exploiter et contrat translatif d'un bien	512
1) Justifications exclues.....	512
a) Prix et obligation de faire.....	512
b) Qualification distributive	513
c) Qualification de cession fiduciaire.....	514
2) Justification retenue : lien entre obligation d'exploiter et prix déterminé par la rentabilité de la chose.....	518
<i>Sous-section 2 / OBLIGATION D'EXPLOITER ET QUALIFICATION DU CONTRAT.....</i>	<i>520</i>
<i>§ 1. – UN CRITÈRE INOPÉRANT : LA NOTION DE PRESTATION CARACTERISTIQUE</i>	<i>521</i>
A. Difficultés d'identification	521
B. Objections théoriques	527
<i>§ 2. – UN CRITÈRE OPÉRANT : LA NOTION D'OBLIGATION PRINCIPALE.....</i>	<i>530</i>
A. Définition.....	530
B. Application au droit d'auteur.....	532
<i>Section 2 / LA MAÎTRISE DE L'EXPLOITATION.....</i>	<i>536</i>
<i>Sous-section 1 / MODALITES DE LA MAÎTRISE DE L'EXPLOITATION</i>	<i>536</i>
<i>§1. – LA RESPONSABILITE DES RISQUES ET L'ATTRIBUTION D'UN DROIT</i>	<i>537</i>
1) Rejet de la qualification de contrat d'entreprise	538
2) Rejet de la qualification de mandat.....	541
3) Rejet de la qualification de société en participation.....	542
4) Rejet de la qualification <i>sui generis</i>	546
<i>§ 2. – L'EXCLUSIVITÉ.....</i>	<i>547</i>
A. Distinction entre bail et vente de démembrement réel	547
B. Distinction entre bail et vente des fruits du monopole d'exploitation	552
<i>§ 3. – DISTINCTION ENTRE MAÎTRISE TEMPORAIRE ET PONCTUELLE</i>	<i>553</i>
<i>Sous-section 2 / MAÎTRISE DE L'EXPLOITATION ET QUALIFICATION DU CONTRAT</i>	<i>554</i>
<i>§1. – QUALIFICATION DES CONTRATS D'ÉDITION</i> <i>ET DE PRODUCTION AUDIOVISUELLE</i>	<i>554</i>
<i>§ 2. – QUALIFICATION DU CONTRAT DE REPRESENTATION.....</i>	<i>556</i>
<i>§ 3. – CONTRAT DE COMMANDE POUR LA PUBLICITE</i>	<i>557</i>
<i>§ 4. – CONTRATS SOUMIS AU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS ARTISTIQUES.....</i>	<i>558</i>
<i>Conclusion du chapitre 1.....</i>	<i>560</i>

Chapitre 2 / CONSEQUENCES DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT D'AUTEUR AU REGARD DU DROIT CIVIL 562

Section 1 / FORMATION DU CONTRAT 562

§1. – PROCESSUS DE FORMATION DU CONTRAT 562

A. Promesses de contrat 563

B. Pactes de préférence 565

1) Droit civil et pacte de préférence propre au contrat d'édition.....565

2) Droit civil et pacte de préférence de droit commun 568

C. Autres avant-contrats 570

§ 2. – CONDITIONS DE FORMATION.....572

A. Conditions de fond 572

1) Pouvoirs de l'usufruitier et de l'indivisaire.....572

2) Consentement, capacité et représentation 574

3) Nécessité du prix.....577

B. Conditions de forme 580

1) Qualification du contrat et forme *ad validitatem* 580

2) Qualification du contrat et forme *ad probationem*.....581

a) Qualification contractuelle et preuve littérale du contrat 581

b) Qualification contractuelle et preuve littérale du consentement 584

c) Qualification du contrat et mentions de l'écrit.....585

3) Qualification contractuelle et formalités publicitaires 591

Section 2 / EFFETS DU CONTRAT 592

Sous-section 1 / ENGAGEMENTS DE L'AUTEUR 592

§1. – TRANSFERT OU MISE A DISPOSITION.....592

A. L'action en contrefaçon 593

1) La qualité pour agir en contrefaçon en cas de vente 593

a) Qualité pour agir de l'auteur en cas de cession

d'un démembrement réel du droit d'exploitation.....593

b) Qualité pour agir du cocontractant de l'auteur en cas de vente 594

2) Qualité pour agir en contrefaçon en cas de bail 601

a) Licence exclusive 602

b) Licence simple 604

B. Transfert des risques 604

§ 2. – OBLIGATION DE DELIVRANCE.....604

A. Suites de l'obligation de délivrance 605

1) Remise d'un support de l'œuvre	605
2) Savoir-faire	606
3) Coopération de l'auteur.....	607
B. Conformité de la délivrance.....	608
§ 3. – GARANTIES	609
A. Domaine de la garantie contre l'éviction et de la garantie contre les vices cachés	610
1) Distinction entre éviction et vices cachés en droit d'auteur.....	610
2) Domaine de la garantie contre l'éviction	612
3) Domaine de la garantie contre les vices cachés	618
B. Régime de la garantie contre l'éviction et les vices cachés	624
1) Régime de la garantie contre l'éviction	624
2) Régime de la garantie contre les vices cachés	626
<i>Sous-section 2 / ENGAGEMENTS DU COCONTRACTANT DE L'AUTEUR</i>	<i>627</i>
§ 1. – OBLIGATION DE PRENDRE RÉCEPTION	628
§ 2. – OBLIGATION DE PAYER LE PRIX	634
§ 3. – OBLIGATION D'EXPLOITER.....	635
§ 4. – OBLIGATION DE CONSERVER.....	639
<i>Conclusion du chapitre 2.....</i>	<i>640</i>
<i>Conclusion du titre 2</i>	<i>641</i>
<i>Conclusion de la seconde partie.....</i>	<i>642</i>
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	645
Bibliographie.....	656
Index alphabétique	691
Table des matières	699

La qualification du contrat au regard du droit d'auteur met en exergue un renversement de la logique présidant habituellement à la construction des catégories contractuelles : les divers contrats nommés et, au-delà, tous les contrats d'auteur, sont moins définis par égard à leurs effets, à savoir le transfert de droit et les obligations qui en sont la contrepartie, que par référence à leur environnement. En effet, alors que l'effet translatif est commun à tout contrat d'auteur, sa qualification dépend avant tout de son environnement « matériel », c'est-à-dire du type d'œuvre de l'esprit ou de droit d'exploitation visés au contrat, ou de son environnement humain, c'est-à-dire la qualité des parties, notamment celle d'auteur.

À l'inverse de la qualification du contrat au regard du droit d'auteur, celle du contrat d'auteur au regard du droit civil dépend plus de ses effets que de son environnement, ce qui s'avère logique dès lors que les catégories contractuelles du code civil ne sont pas définies en fonction de ce dernier. Dès lors que la nature du droit d'auteur ne constitue pas un obstacle aux qualifications civiles, les effets du contrat constituent les seuls critères de distinction opérants. Lorsque l'obligation d'exploiter ne peut être réduite à une obligation accessoire, la qualification de vente ne peut qu'être évincée. Les modalités de la maîtrise de l'exploitation font alors apparaître que les contrats d'édition, de représentation et de production audiovisuelle sont en réalité, le plus souvent, des contrats de bail.

Characterization of contracts in view of French Authors' Rights Law brings out a reversal of the logic usually governing the construction of contractual categories. Various authors' rights contracts, whether they have legally specified names or not, are more defined in relation to their environment than in relation to their effects. The conveyancing effect is common to any author contract. The mention of a price and the obligation of exploitation are commonplace in several "legally named contracts" in French author law. Therefore the characterization of an author law contract is first and foremost related to its human and material environment: *i.e.*, the kind of creation, or the kind of authors' right mentioned in the contract, or the legal identity of the parties, notably the identity of the contracting party as an "author".

Contrary to characterization of an author contract in view of French Authors' Right Law, characterization of an author contract in view of French Civil Law relates more to its effects than to its environment. This is logical, since contractual civil code categories are not defined in relation to the environment of contracts. Because the legal nature of an author contract is not an obstacle to its characterization in the field of Civil Law, the effects of author contracts are the only relevant criteria for distinguishing between them. When the obligation of exploitation is not subsidiary, the characterization of an author contract as a sale contract can only be set aside. The terms and conditions of exploitation management in some author contracts underline the fact that, most of the time, publishing contracts, representation contracts, and production contracts are in fact contracts of lease.