



HAL
open science

La licence de droit d'auteur

Alexis Boisson

► **To cite this version:**

Alexis Boisson. La licence de droit d'auteur. Droit. Université de Montpellier 1, 2011. Français.
NNT: . tel-01991496

HAL Id: tel-01991496

<https://hal.science/tel-01991496v1>

Submitted on 23 Jan 2019

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.

Copyright

UNIVERSITE MONTPELLIER I
FACULTE DE DROIT

ECOLE DOCTORALE
DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Année : 2011

N° attribué par la bibliothèque :

| | | | | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|
| | | | | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|

THESE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE MONTPELLIER I

Discipline : Droit privé

présentée et soutenue publiquement par :

Alexis BOISSON

le 9 décembre 2011

LA LICENCE DE DROIT D'AUTEUR

Directeur de thèse :

Monsieur le Professeur Jacques RAYNARD

Jury :

Monsieur Alain BENABENT

Agrégé des Facultés de droit, Avocat aux Conseils

Monsieur Christian LE STANC

Professeur à l'Université Montpellier I

Monsieur André LUCAS

Professeur à l'Université de Nantes

Monsieur Jacques RAYNARD

Professeur à l'Université Montpellier I

Monsieur Thierry REVET

Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

A mes chers parents,

A Marianne.

Mes plus vifs remerciements sont adressés à Monsieur le Professeur Jacques Raynard.

Pour son aide précieuse, je remercie spécialement Hélène Boisson, ma sœur.

Soient également remerciés, pour sa contribution à ce travail, Maître Gilles Vercken et pour leurs conseils toujours judicieux : Aurélie, Julien, Lise, Mélanie, Stéphane...

J'adresse enfin une pensée à ceux qui ont contribué à la richesse de ces années, amis, étudiants et membres du personnel de la Faculté de droit de Montpellier.

SOMMAIRE

| | |
|--|------------|
| LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS | |
| INTRODUCTION | 1 |
| PARTIE I – LA LICENCE, CONTRAT SPECIAL AUTORISANT L’EXPLOITATION DU DROIT D’AUTEUR | 37 |
| TITRE 1 – L’objet de la prestation du donneur de licence : un objet de propriété littéraire et artistique | 41 |
| Chapitre 1 – Qualification positive de la chose : l’objet nécessaire à la qualification de licence | 43 |
| Chapitre 2 – Qualification négative de la chose : les objets étrangers à la qualification de licence | 103 |
| TITRE 2 – L’objet du contrat de licence : une mise à disposition temporaire rémunérée | 145 |
| Chapitre Introductif – La licence de droit d’auteur, accueillie par le droit positif | 147 |
| Chapitre 1 – Le critère de qualification et l’identification du contrat de licence | 167 |
| Chapitre 2 – La concurrence des qualifications et les critères de distinction de la licence et de la cession | 265 |
| PARTIE II – LA LICENCE, COMPOSANTE COMMUNE AUX CONTRATS D’EXPLOITATION DU DROIT D’AUTEUR | 421 |
| TITRE 1 – La licence de droit d’auteur, composante du contrat d’exploitation : enjeux de qualification | 427 |
| Chapitre 1 – La qualification de la licence de droit d’auteur et les régimes impératifs des contrats d’exploitation du Code de la propriété intellectuelle | 429 |
| Chapitre 2 – La qualification des contrats d’exploitation et la licence de droit d’auteur | 479 |
| TITRE 2 – La licence de droit d’auteur, composante du contrat d’exploitation : enjeux de régime | 601 |
| Chapitre 1 – La formation de la licence en tant que composante d’un contrat d’exploitation du droit d’auteur | 603 |
| Chapitre 2 – L’exécution de la licence et son apport au contrat d’exploitation du droit d’auteur | 693 |
| CONCLUSION GENERALE | 797 |
| BIBLIOGRAPHIE | 803 |
| INDEX ALPHABETIQUE | 849 |
| TABLE DES MATIERES | 859 |

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|--|--|
| <i>Adde</i> : Ajoutez | Gaz. pal. : Gazette du Palais |
| Ann. Propr. Indus. : Annales de la propriété industrielle | <i>Ibid.</i> : Au même endroit |
| AJ : Actualité jurisprudentielle | IR : Informations rapides |
| Arch. Philo. Dr. : Archives de philosophie du droit | J.-Cl. : Juris-Classeur |
| Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation | J.-Cl. PLA : Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique |
| Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation | JCP (G., E., N.) : Juris-Classeur périodique, Semaine juridique (éditions : Générale, Entreprise, Notariale) |
| CA : Cour d'appel | Mél. : Mélanges |
| Cass. 1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e civ., com., crim., soc., req. : Cour de cassation, chambres civiles, commerciale, criminelle, sociale et des requêtes. | Not. : Notamment |
| C. civ. : Code civil | Ord. : Ordonnance |
| C. com. : Code de commerce | Préc. : Précité |
| CCC : Revue Contrats, concurrence, consommation | Prop. ind. : Revue Propriété industrielle |
| CCE : Revue Communication – Commerce électronique | Prop. intell. : Revue Propriétés intellectuelles |
| CCIA : Code du cinéma et de l'image animée | RDC : Revue des contrats |
| CE : Communauté européenne | RDPI : Revue du droit de la propriété intellectuelle |
| CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales | Rev. Crit. Lég. Jur. : Revue critique de législation et de jurisprudence |
| CGI : Code général des impôts | RIDA : Revue internationale du droit d'auteur |
| Chron. : Chronique | RIDE : Revue internationale de droit économique |
| CJCE/UE : Cour de justice des Communautés européennes / - de l'Union européenne | RLDI : Revue Lamy Droit de l'immatériel |
| Coll. : Collection | RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif |
| Comm. : Commentaire | RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil. |
| Comp. : comparez | RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial |
| Concl. : Conclusions | S. : Recueil Sirey |
| Cons. const. : Conseil constitutionnel | s. : Suivant |
| CPC : Code de procédure civile | SACD : Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques |
| CPI : Code de la propriété intellectuelle | SACEM : Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de musique |
| D. (D. P., D. H., D. Aff.) : Recueil Dalloz (- Périodique, Hebdomadaire, Affaires) | SCAM : Société Civile des Auteurs Multimédia |
| Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois | SGDL : Société des Gens de Lettres |
| Dr. et patrimoine : Revue Droit et patrimoine | Somm. : Sommaires |
| Dr. sociétés : Revue Droit des sociétés | V. : Voir |
| Fasc. : Fascicule | |

Introduction

I. Quand l'auteur confie son œuvre... Le contrat d'édition est « *une convention par laquelle l'auteur confie ses droits patrimoniaux et moraux à gérer et à exploiter, et son art à protéger, à un éditeur qui ne peut en disposer arbitrairement en gérant le patrimoine qui lui est confié comme s'il en était le maître* »¹. La jurisprudence ordinaire en droit d'auteur fournit à son lecteur son lot d'heureuses rencontres. Semblant promouvoir un principe², ces mots ne sont pourtant que l'image rémanente dans le droit positif de toute une tradition où se devine l'héritage des rapports entre l'auteur d'une œuvre de l'esprit et celui qui exploite son œuvre. On y lit tout l'effort accompli par le droit pour atténuer le déséquilibre que de tels liens suscitent comme « naturellement ». Car l'auteur et l'exploitant, avant d'être parties au procès, l'étaient d'abord à un contrat, acte fondateur de leur relation. Ce contrat a-t-il le moindre rapport avec celui que souscrit d'un « clic », protégé par l'anonymat d'un écran d'ordinateur, l'ingénieur, l'étudiant ou le curieux « acceptant » la « licence libre » aux termes

¹ CA Paris, 12 fév. 2003, CCE juin 2003, comm. 57, p. 23, obs. Ch. Caron : « De l'esprit altruiste du contrat d'édition ». Cet arrêt puise directement dans un précédent arrêt « Montherlant c. Editions Bernard Grasset », CA Paris, 7 nov. 1951, D. 1951, p. 759 ; RTD com. 1953, 115, obs. H. Desbois : « un contrat d'édition aussi général que celui dont il s'agit est une convention par laquelle l'auteur confie à l'éditeur son patrimoine matériel et intellectuel à gérer et à exploiter, et son art à protéger ; qu'il n'est pas permis à l'éditeur de disposer arbitrairement de ce patrimoine et de le gérer comme s'il en était le seul maître ». Notons cependant que le contrat conclu dans cette dernière espèce liait encore l'auteur selon des modalités (droit de préférence de huit années) qui n'échapperaient plus, aujourd'hui, à la sanction de la loi impérative (art. L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle).

² Cette solution, qui énonce un principe, ne saurait être qualifiée d'arrêt de principe. En effet, un tel arrêt « tranche, en son principe, une question de droit en général controversée » (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF Coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, p. 797, article « principe – (décision de) »). En revanche, si l'on voit avec Carbonnier dans la jurisprudence « un agrégat d'arrêts traversé d'une intention », notre arrêt qui « véhicule une coutume » porte en effet cette intention, et peut modestement prétendre à former l'une des pièces vivantes de cet agrégat (J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF Coll. Quadrige, 2004, n° 142, p. 269 et n° 144, p. 274). – Rappelons que les « grands arrêts » de la propriété intellectuelle, en général récents, n'émanent pas nécessairement de la Cour de cassation. En ce sens, v. la préface de J. Foyer, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2004.

de laquelle il pourra utiliser, modifier parfois et diffuser à son tour un logiciel, voire une œuvre quelconque³ ? Ce rapprochement relèverait d'une simple juxtaposition de circonstances⁴, si le droit n'offrait à ces deux situations un dénominateur commun : une autorisation contractuelle d'exploiter une œuvre de l'esprit – en d'autres termes, une éventuelle *licence de droit d'auteur*.

II. L'auteur et l'exploitant de son œuvre. Envisageons cette référence classique que constitue le contrat d'édition⁵. Outre sa charge symbolique, notre formule d'ouverture est à l'image d'un état du droit d'auteur français. A sa lecture, les obligations de l'éditeur se conçoivent déjà sommairement : il doit pourvoir aux différentes étapes qui permettront à l'œuvre, fruit d'un *esprit*, de rencontrer son *public*. Au sens large, il s'agit d'« *edere* »⁶, de faire œuvre d'édition : publier l'œuvre et en assurer la promotion ; faire fabriquer pour cela des exemplaires, matériels ou désormais numériques⁷ ; les distribuer dans le commerce, à des conditions propres à assurer le respect des droits que la loi accorde à l'auteur⁸. Ensuite, rendre compte des fruits de cette exploitation, attribués *ab initio* à l'éditeur, et dont une fraction devra rémunérer périodiquement l'auteur. Il s'agit enfin d'assurer la défense de cette œuvre auprès des tiers et d'exécuter de bonne foi cet ensemble d'obligations concourant à une même

³ V. ces extraits du préambule de la « Licence Art Libre » (version 1.3), <http://artlibre.org/licence/lal> (consulté le 20/10/2011): « Avec la Licence Art Libre, l'autorisation est donnée de copier, de diffuser et de transformer librement les œuvres dans le respect des droits de l'auteur.

Loin d'ignorer ces droits, la Licence Art Libre les reconnaît et les protège. Elle en reformule l'exercice en permettant à tout un chacun de faire un usage créatif des productions de l'esprit quels que soient leur genre et leur forme d'expression.

Si en règle générale, l'application du droit d'auteur conduit à restreindre l'accès aux œuvres de l'esprit, la Licence Art Libre, au contraire, le favorise. L'intention est d'autoriser l'utilisation des ressources d'une œuvre ; créer de nouvelles conditions de création pour amplifier les possibilités de création. La Licence Art Libre permet d'avoir jouissance des œuvres tout en reconnaissant les droits et les responsabilités de chacun. ».

⁴ « (...) si l'on s'abstrait tant soit peu de la conjoncture et du mirage de la toute fascinante *technologie*, si l'on se détourne de l'anecdote pour aller à l'essentiel, on s'aperçoit que, de l'imprimerie à l'Internet, une seule et même problématique est à l'œuvre : celle du rapport du créateur à l'exploitant via l'investissement. », Ph. Gaudrat, Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur, RIDA, n° 190, oct. 2001, p. 71 et ss. (p. 79).

⁵ L'exemple de l'éditeur en offre, à notre sens, les meilleures illustrations, mais il n'est pas le seul concerné : représentation théâtrale et production audiovisuelle font également naître des rapports singuliers. Ainsi, nous constaterons que la contemplation du contrat d'édition a pu perturber l'étude des autres contrats du droit d'auteur, et même du contrat de droit d'auteur en général. Nous reviendrons ailleurs sur cet écueil – que nous souhaiterions autant que possible éviter.

⁶ Editer, « lat. de *edere*, faire sortir, mettre dehors ; de *e*, et *dere* pour dare, donner », Dictionnaire de la langue française Littré.

⁷ Formule récemment consacrée par la loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique.

⁸ Article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) : « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion. ».

fin. Ces différents éléments formeront un *alliage*⁹ au sein d'un contrat qui laisse place à une certaine originalité. Or, pris pour eux-mêmes, ces éléments radicaux sont-ils pleinement originaux ? Le doute s'installe lorsqu'il est dit que l'auteur « confie » ses droits à l'éditeur. Plus qu'une simple mise à disposition, l'acte de confier – « Remettre avec confiance »¹⁰ – suggère la présence d'une « foi » commune, qui n'aurait *a priori* rien de juridique¹¹.

Il est vrai que loin d'aller de soi, les rapports entre l'auteur et son éditeur, et plus largement *celui qui investit et consent au risque d'exploiter son œuvre*¹², sont traditionnellement décrits comme complexes et ambigus¹³. Aux grandes espérances que nourrit l'auteur répondent la certitude d'un engagement perpétuel... et pour chacun, souvent, des illusions perdues¹⁴. Nous ne nous risquerons pas à brosser ici, en convoquant correspondances, journaux intimes ou entretiens, un tableau plus complet de ces relations ; mais l'intensité qu'une certaine tradition leur prête¹⁵ mérite d'être nuancée¹⁶, de même que

⁹ Sur l'image de l'alliage appliquée à la qualification contractuelle, v. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, spéc. n° 604 et ss. – Rappr. A. Bénabent, L'hybridation dans les contrats, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27. Cet auteur évoque la qualification « hybride » des contrats complexes.

¹⁰ Dictionnaire de la langue française Littré (article « confier »).

¹¹ Cet *a priori* est naturellement inexact. Cependant, l'intégration récente dans notre droit de la fiducie, partageant la même origine étymologique, suscite également des doutes sur la nature exacte des droits « confiés », « transférés ». Il n'est pas étonnant qu'avant même son entrée officielle dans notre droit, les spécialistes du droit d'auteur aient cherché à rapprocher les contrats de leur matière avec cette institution.

¹² Sur cette fonction de l'investissement, v. Ph. Gaudrat, art. préc. Ce rapport est une affaire non seulement de « cession », mais également de titularité (*ibid.*, p. 193 et ss.).

¹³ « (...) jamais l'homme de lettres et l'éditeur ne se placent sur le même terrain. Au moment même où ils s'abordent, ils sont dans des sphères différentes. L'un se présente avec tout l'enthousiasme du poète sur le trépied, l'autre, avec toute la froideur d'un négociant à son bureau. L'un contemple son œuvre avec l'ivresse de la paternité, l'autre l'examine avec l'indifférence d'un teneur de livres. (...) Ainsi, dans les rapports de ces deux puissances, la diplomatie manque de langage, parce qu'il n'y a pas d'expressions communes à ces deux pensées qui se fuient mutuellement », Elias Regnault, « L'éditeur », dans *Les Français peints par eux-mêmes*, t. 4, L. Curmer, 1839-1842, p. 334.

¹⁴ « Si les livres allaient au gré des éditeurs, nous serions millionnaires, mon cher maître ; mais ils vont au gré du public », dit l'éditeur Doguereau au jeune Lucien de Rubempré, héros des *Illusions perdues* de Balzac (1837-1843).

¹⁵ « À la différence de leurs confrères, les éditeurs de nouveautés paient des droits souvent élevés pour emporter l'accord de l'auteur. Du moins, les promettent-ils, car ils sont souvent en faillite ! (...) Cet avantage est-il le garant d'un lien fort entre l'éditeur et son auteur ? Cette communauté d'intérêt est, en fait, limitée par les pratiques tendant à remédier au manque chronique de capitaux. Le régime des contrats à étendue limitée pousse les auteurs à démarcher successivement plusieurs éditeurs et le lien qui s'établit n'est que temporaire et variable. De plus, l'instabilité financière des éditeurs les oblige à faire circuler entre eux les contrats. Ainsi, en 1827, Canel doit rétrocéder ses droits sur Lamartine à Ladvoat qui les vend ensuite à Renduel. L'auteur n'a pas de droit de regard sur ces « transferts »... », E. Parinet, Auteurs et éditeurs de littérature au XIX^e siècle, *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2007/4, vol. 107, p. 791-801. – Dans un registre humoristique inspiré de Flaubert, comp. : « Éditeurs : Tous voleurs (voir *garagistes*). N'éditent que ce qui marche en espérant que ça marchera. L'édition : toujours en crise. », A. Schifres, *Le Nouveau dictionnaire des idées reçues, des propos convenus et des tics de langage. Ou le dîner sans peine*, Editions Jean-Claude Lattès, 1998, p. 93.

¹⁶ « On sait que Canel ne pourra jamais publier l'ouvrage pour lequel il a avancé les frais du voyage qui devait emmener Lamartine, Hugo, Nodier et le baron Taylor dans les Alpes : il aura fait faillite avant d'avoir réuni dessins et textes que les voyageurs ne s'étaient guère empressés de lui remettre. L'initiative de cet *Album* comme celle des *Annales romantiques* montre un éditeur actif, encore sans spécialisation, mais déjà soucieux de réunir des auteurs (et des thèmes) à succès. », E. Parinet, art. préc. (v. p. 797). – V. aussi Ch. Caron, Une certaine idée

leur représentation essentiellement négative, émanant en grande partie des auteurs eux-mêmes. Comme le critique, l'éditeur joue traditionnellement « le mauvais rôle » aux yeux de l'auteur. Sans doute la défiance naît-elle ici des attentes de l'auteur envers son exploitant, rendant difficilement tolérables ses inexécutions, comme les liens par trop contraignants ou déséquilibrés qu'il impose parfois¹⁷, depuis la position de supériorité qu'il occupe par rapport au créateur. Or, un contrat peut porter sur le droit d'auteur, ou plus exactement sur l'œuvre de l'esprit appropriée en vertu de cette institution, sans lier pour autant l'auteur. Ainsi l'exploitant, fort de l'autorisation de l'auteur, se trouve-t-il lui-même en situation de faiblesse dans les rapports subséquents qui l'engagent : l'éditeur et le producteur audiovisuel face aux distributeurs et diffuseurs télévisuels¹⁸, l'agence de publicité face à son commanditaire, etc. Née d'un déséquilibre économique, cette complexité « sociologique » ne se confond pourtant pas avec la « complexité » juridique. Celle-ci portera davantage sur la nature et les contours de ce que l'auteur ou son ayant droit « apporte » à l'exploitant.

De la loi, de la jurisprudence ou de la pratique, peut-on espérer les outils, les catégories permettant de décrypter la nature juridique de ces rapports ? L'entreprise s'annonce ardue, tant la matière est placée sous le règne de *terminologies* plus que de notions véritablement aptes à saisir la nature des choses¹⁹. Pragmatique, la loi spéciale nous apprend des droits d'auteur que ce dernier les « cède »²⁰, qu'il les « transfère »²¹, qu'il « autorise »²².

du droit d'auteur : la vision des écrivains, *Mélanges offerts à A. Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 49, où l'auteur rétablit la vision positive d'auteurs illustres envers leurs éditeurs (v. spéc. § n° 5, où sont cités entre autres Diderot ou Stevenson).

¹⁷ V. l'exemple du mécénat, pratique située en marge du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que les relations entre peintres et marchands de tableaux, portant des engagements de créer parfois difficilement surmontables. V. P.-Y. Gautier, L'art et le droit naturel, in *Droit et esthétique*, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 40, Sirey, 1996, p. 207 et ss. : « Nous voici devant une conjonction diabolique du droit et de la philosophie, qui se traduit dans le mot « *aliénation* » : en droit, il signifie le transfert de la propriété qui va s'opérer au profit du marchand ; mais dans son sens hégélien (et marxiste), il décrit l'état de l'artiste, qui cesse désormais de s'appartenir, au bénéfice du maître ou du capitaliste » (p. 217).

¹⁸ Par exemple, le cas des rapports entre le producteur audiovisuel et les diffuseurs télévisuels qui participeront au financement de la production (v. B. Montels, La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, CCE juin 2001, Chron. n°17, p. 19). – Ailleurs, nous constaterons en matière d'audiovisuel la pratique dite du « gel des droits », déceptive aussi bien pour les auteurs, pour les producteurs que pour le public, par des diffuseurs télévisuels n'ayant ni la volonté, ni l'opportunité de diffuser les œuvres qui leur ont été données en licence (sur cette pratique comme l'un des freins possibles au développement des services de vidéo à la demande (« V&D »), v. *Mission sur le développement des services vidéo à la demande leur impact sur la création – Rapport au centre national du cinéma et de l'image animée*, Mission confiée à Mme Sylvie HUBAC, Conseiller d'Etat, déc. 2010, (v. spéc. p. 8 et 16).

¹⁹ Sur une opposition entre « définition terminologique » et « définition réelle », que nous retrouverons au cours de notre étude, v. G. Cornu, Les définitions dans la loi, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77. Mais l'auteur prend soin de nuancer : « Qu'est-ce d'ailleurs que la nature des choses ? ».

²⁰ V. notamment : art. L. 122-7, L. 131-2, L. 132-26 CPI.

²¹ V. not. : art. L. 131-3 CPI.

²² V. not. : art. L. 121-8, L. 122-6, L. 132-18, L. 132-20 CPI.

En pratique, en jurisprudence comme en doctrine, on lira que l'auteur « concède »²³, qu'il « autorise »²⁴ encore ; plus rarement, qu'il donne son œuvre en licence²⁵. Mais l'usage de cette terminologie semble lié davantage à certains modes d'exploitation, certains marchés ou certains genres d'œuvres²⁶ – c'est-à-dire à des pratiques et à des *objets*²⁷ – qu'au fruit d'une opération de qualification contractuelle.

La loi spéciale, lue par le juge, élabore des régimes, consacre ou rompt des pratiques, assure des équilibres, mais elle ne fournit pas les cadres conceptuels préexistants qui seraient utiles au travail de qualification²⁸. En nommant certains contrats d'exploitation du droit d'auteur (édition, production audiovisuelle, représentation pour les principaux), le Code de la propriété intellectuelle omet de qualifier l'acte d'autorisation appelé à devenir l'élément commun à ces différents contrats. Il maintient ainsi une incertitude terminologique dont on induit parfois une fausse unité de sens. Or, l'analyse révélera une vraie diversité. Cette situation rejoint donc le constat – toujours actuel²⁹ – de Desbois : « *le législateur de 1957 s'est essentiellement soucié de la mise en œuvre des droits de propriété littéraire et artistique, mais il n'a pas cru nécessaire de préciser quelle serait la nature du droit acquis par les cocontractants des créateurs* »³⁰. Penchons-nous à présent sur cette loi.

²³ « Sur l'application de la loi du 11 mars 1957 : (...) considérant que seul le titulaire du droit peut poursuivre et que le licencié ou concessionnaire, même exclusif, n'a pas la disposition de l'action en contrefaçon (...) », CA Paris, 16 juin 1976, D. 1977, Jur., p. 516, note F. Greffe.

²⁴ V. par exemple ce « Contrat de production audiovisuelle – droits d'exploitation : réalisation », proposé par la Société civile des auteurs multimédia (SCAM) : « L'Auteur autorise le Producteur, à titre exclusif, pour la durée et pour les territoires mentionnés à l'article 3, à reproduire et représenter l'œuvre audiovisuelle personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, dans les limites ci-après définies. ».

²⁵ « Par un contrat de licence, l'auteur se borne à autoriser un utilisateur à accomplir certains actes d'exploitation. Par le contrat d'édition, l'éditeur n'acquiert pas une simple autorisation (...) », A. Kerever, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 1994, soc. Polygram c. Jean Mariani, Bull. n° 296, p. 216, RIDA, n° 165, juill. 1995, p. 249.

²⁶ Nous verrons que le terme de « cession » tend à être affecté à certains modes d'exploitation, certaines œuvres (littérature, apports aux sociétés de gestion collective, etc.) et le terme « licence » à d'autres (logiciels, musique, exploitations secondaires, etc.), en marge du droit d'auteur des écrivains, des compositeurs ou des réalisateurs.

²⁷ L'objet est entendu dans ce cas comme l'œuvre, objet de la prestation de l'auteur, et par ellipse « l'objet du contrat ».

²⁸ Notons dès à présent que cette exigence de rattachement à une qualification « préexistante » a fait l'objet de critiques, dans la mesure où l'opération de qualification « peut aboutir à classer la situation à qualifier dans une catégorie nouvelle », X. Henry, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse, Nancy, 1992, n° 1, p. 3. – Sur le caractère éphémère de la nouveauté en la matière : M. Painchaux, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?*, RRJ, 2004-3, p. 1567.

²⁹ « (...) bien qu'on puisse présenter les réglementations particulières du Livre I^{er} du Code de la propriété intellectuelle comme autant de contrats spéciaux au droit d'auteur, les formules légales ignorent les distinctions traditionnelles des formules de cession et de licence pour s'attacher à préciser les règles propres à certaines formes matérielles d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique, édition ou représentation, production audiovisuelle ou commande pour la publicité. », J. Raynard, *Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ?* (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 nov. 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8.

³⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, p. 608, § 4.

III. L'esprit de la loi française sur le droit d'auteur. La loi du 11 mars 1957, codifiée à droit constant³¹ dans le livre I^{er} du Code de la propriété intellectuelle³², a confirmé l'auteur dans sa qualité de *propriétaire* de son œuvre³³. Elle dépasse les doutes survenus dès le XIX^e siècle³⁴ – souvent corrélés à la lente apparition des droits moraux³⁵ – qui avaient appelé à la négation, non certes du droit des auteurs, mais de sa nature de droit de propriété³⁶. Sans doute la force évocatrice de la « propriété » avait-elle fait son temps. Le terme symbolique, cher au législateur révolutionnaire³⁷, devait gagner en précision³⁸, semblant offrir un cadre désormais trop étroit pour le droit d'auteur, qui venait de s'enrichir de prérogatives nouvelles³⁹. En réaffirmant la propriété de l'auteur – propriété littéraire et artistique – et en l'enrichissant de ces prérogatives spécifiques, la loi de 1957 réalise donc une synthèse. Elle

³¹ Codification « à droit constant » dont on a dit qu'elle portait précisément sur « un droit inconstant », N. Molfessis, Le renvoi d'un texte à un autre, in N. Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 55, n° 19.

³² Loi (n° 57-298) du 11 mars 1957 Sur la Propriété littéraire et artistique (JORF du 14 mars 1957, p. 2723).

Cette loi, maintenue dans son esprit et ses principales dispositions, fut modifiée à plusieurs reprises, particulièrement par la loi (n° 85-660) du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle (JORF du 4 juill. 1985, page 7495). Ces dispositions furent codifiées « à droit constant » dans le Code de la propriété intellectuelle (CPI), par la loi (n° 92-597) du 1^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle. Nous céderons parfois à l'usage consistant à désigner par l'expression « loi du 11 mars 1957 » les dispositions du Livre premier de ce Code consacrées au droit d'auteur, spécialement lorsqu'il est fait référence à l'esprit protecteur de cette loi.

³³ Article L. 111-1 al. 1^{er} du CPI : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. ». – Evoquant un « retour à la propriété », M. Strowel note toutefois, en se référant aux motifs de la loi de 1957 comme à la doctrine, qu'à l'époque le débat n'était pas pour autant épuisé, v. A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993, n° 83.

³⁴ V. spéc. A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature les sciences et les arts*, Paris, J. Renouard et C^{ie} Libraires, t. 1, 1838, p. 433 et s.

³⁵ Reconnaissance dont on trouvera un des points culminants dans ces arrêts : Cass. civ. 25 juin 1902, « Lecocq », D. P., 1903, I, p. 5, comm. A. Colin, concl. Proc. gén. Baudouin ; S., 1902, I, 305, note Ch. Lyon-Caen ; Cass. civ. 14 mars 1900, « William Eden c. Whistler », D. 1900, 1, 497, note M. Planiol, concl. Av. gén. Desjardins.

³⁶ Cass. req., 25 juill. 1887, D. 1888, I, 5 : « Les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent sont désignés à tort, soit dans le langage usuel, soit dans le langage juridique, sous le nom de propriété ; [...] loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire ». – *Contra* : Cass. req., 16 août 1880, D. 1881, I, 25 : « la propriété littéraire et artistique, essentiellement mobilière, a le même caractère et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété moins la limitation que l'intérêt du public a fait apporter à sa durée. ». – La loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs abandonnait le recours à la notion de propriété.

³⁷ Loi (« décret ») des 13-19 janvier 1791 relative aux spectacles ; loi des 19-24 juillet 1793 relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genres, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs.

³⁸ Estimant que les discussions du XIX^e siècle sur la nature du droit d'auteur ont pu être troublées par l'écart entre une acception philosophique, « large », de la notion de propriété et son acception juridique, civiliste, « étroite », v. A. Strowel, thèse préc., n° 72. Rapp. : L. Pfister, La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle, RIDA n°205, juill. 2005, p. 117, v. spéc. p. 123 et ss. sur la conception large (Pouillet) ou étroite (Renouard) de la propriété littéraire.

³⁹ Cette vision est perceptible dans la doctrine actuelle qui voit dans l'assimilation pure et simple du droit d'auteur au droit de propriété une « régression ». V. par exemple : F. Pollaud-Dulian, Droit moral et droits de la personnalité, JCP G, 1994, I, 3780.

exclut par là même l'idée d'un monopole, droit *sui generis*⁴⁰ accordé à l'auteur en récompense de son travail. En cela, bien que l'assortissant de nuances et de protections, elle reprend dans son principe une tradition des lois révolutionnaires – ces mêmes lois qui avaient consommé, dans les arts et lettres, la rupture pressentie avec le système des privilèges royaux, principalement octroyés à l'exploitant plutôt qu'au créateur lui-même⁴¹. Le Conseil constitutionnel a récemment fait le rappel de cette nature de *propriété privée*, offrant ainsi, par un détour saisissant, un fondement juridique à sa qualité de droit de l'Homme⁴².

La loi du 11 mars 1957 est à juste titre considérée comme un modèle de protection de l'auteur, à moins qu'elle ne constitue plus modestement un modèle d'équilibre. Tel était le but avoué de ses concepteurs, qui souhaitaient voir en elle le droit d'une « nation idéaliste »⁴³. Cette loi comporte d'importantes innovations qui marquent encore ses commentateurs (rémunération proportionnelle de principe, formalisme contractuel, prohibition des cessions globales des œuvres futures, etc.). Incontestées dans leur principe, ces dispositions fourniront pourtant matière à de riches débats, quant à leur domaine d'application exact et quant à leur régime. Tardive – ou longuement mûrie⁴⁴ – elle confirme et ajuste pour le reste des notions

⁴⁰ Sur ces expressions, en ce qu'elles opèrent une distinction entre droit d'auteur et droit de propriété, v. *infra* n° 16 et ss. et 39 et ss.

⁴¹ Appellant à la nuance sur la confrontation de l'avant et de l'après-Révolution française, M. Pollaud-Dulian rappelle que « l'idée d'une propriété de l'auteur inspirée de la propriété des biens corporels semble acceptée avant la Révolution, même si le système des privilèges en obscurcit la nature. », F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 13. – Retracer ici l'histoire du droit d'auteur nous éloignerait précocement de notre sujet consacré au *contrat*. Pour des développements approfondis à ce sujet, nous renvoyons à d'autres thèses menées plus spécifiquement sur la nature juridique de ce *droit*. V. spécialement : L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, Thèse, Strasbourg, 1999 (v. notamment p. 445 sur l'usage du terme de « propriété » à l'époque révolutionnaire) ; S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur (en droit allemand, français et scandinave)*, P.A. Norstedt et Söners förlag, Stockholm, 1967, 1^{re} Partie ; M.-C. Dock, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ, 1963 (sur les privilèges, v. p. 63 et ss.). – V. aussi les thèses suivantes consacrées au droit positif, spéc. pour leur introduction générale : J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990 ; A. Robin, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUFDCF, 2005 ; A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993 ; Ch. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, Collections du CEIPI, 2010.

⁴² Cons. const., décision du 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, RTD civ. 2006, p. 791, obs. Th. Revet, v. considérant n° 15 : « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins ». Le Conseil rappelle au considérant n° 14 : « la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par l'article 2 de la Déclaration de 1789 ».

⁴³ J. Escarra, Le projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, RIDA, oct. 1954, p. 3 ; en ce sens : H. Desbois, Le droit moral, RIDA, avril 1958, XIX, p. 121.

⁴⁴ De nombreux projets l'on précédée, d'inspirations diverses : v., par ex. J. Escarra, J. Rault, F. Hepp, *La doctrine française du droit d'auteur. Etude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, 2^e éd., Grasset, 1937 ; R. Roger, Le contrat d'édition et le récent projet de loi, D. 1933, Chron. n° 5. – *Adde* : C. Rojinsky, Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur, Prop. intell., 2008, n° 27, p. 160 ; Ch. Masson, Le projet Jean Zay : le droit d'auteur fondé sur un contrat social, CCE

connues. Au premier chef, les droits moraux, déjà nés dans la jurisprudence, y sont précisés et systématisés⁴⁵.

IV. Traits marquants de la loi française sur le droit d'auteur. Cette loi étant spéciale, il importe d'en rappeler *sommairement* les traits les plus marquants, sans craindre à ce stade de notre recherche d'en dresser un bilan incomplet. Ainsi, aux termes de cette loi : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. » (article L. 111-1 CPI). Quelle est ici la part du symbole et celle d'une authentique propriété ? On a pu douter que l'étude des caractères de ce droit, à savoir l'exclusivité et l'opposabilité *erga omnes*, suffisent à cette reconnaissance⁴⁶. Ces caractères étant souvent jugés insuffisants, l'analyse nous portera à déceler dans le droit d'auteur le classique faisceau de prérogatives du propriétaire, typologie parfois jugée réductrice⁴⁷ : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Si tout dans une œuvre ne peut être *aliéné*, et bien que faire *usage* d'une œuvre consiste essentiellement à en tirer les *fruits* (l'*usus* pouvant être contenu dans le *fructus*⁴⁸), nous vérifierons en temps voulu la correspondance suffisante du droit d'auteur à ces institutions⁴⁹. A ce stade, nous nous bornerons à en émettre provisoirement l'hypothèse.

Cette propriété de l'auteur naît donc du fait de la création, sous la forme de deux prérogatives : droits moraux⁵⁰ et droits patrimoniaux⁵¹. Seule la composante patrimoniale est

avril 2010, alerte 36 ; P. Reneaud, Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique. Le projet de loi de Jean Zay sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, RLDI, n° 42, oct. 2008, p. 63.

⁴⁵ Par exemple, insistant particulièrement sur la continuité de la loi avec les principes élaborés par la jurisprudence : F. Pollaud-Dulian, La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilans et perspectives, RIDA, n° 213, juill. 2007, p. 3.

⁴⁶ Emettant des doutes quant à la transposition du droit de propriété aux biens immatériels, sans que l'adéquation des prérogatives *usus*, *fructus*, *abusus* ne soit établie, v. D. Gutmann, Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique, in *Le droit et l'immatériel*, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 43, Sirey, 1999, p. 65. Il nous semble pourtant que la démonstration de cette correspondance ait été faite : J. M. Mousseron, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, LGDJ, 1961, v. par ex. n° 249 : « Bénéficiaire de l'usage économique exclusif, le breveté a donc l'« usus » caractéristique du droit de propriété », également cité in : J. M. Mousseron, *Inventer*, Centre du Droit de l'Entreprise, Montpellier, 2001, p. 283. – Proposant précisément un tel dépassement : J. M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, De la propriété comme modèle, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

⁴⁷ V. notamment F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 209.

⁴⁸ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1938, p. 846, n° 1527 : « On ne peut concevoir le *fructus* sans l'*usus* ; celui-ci est virtuellement contenu dans celui-là ».

⁴⁹ Comp. : « exploiter le brevet (*usus*), en jouir en concédant à un tiers une licence d'exploitation moyennant le versement d'une redevance (*fructus*) ou encore le céder (*abusus*, au sens juridique). », Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 3^e éd., Defrénois, 2010, n° 207. Mais ces auteurs rejettent finalement la qualification de propriété.

⁵⁰ Art. L. 121-1 du CPI (extraits) : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. ». Art. L. 121-2 al. 1^{er} du CPI : « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. [...] il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ». Art. L. 121-4 : « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire.

destinée à être l'objet d'un contrat, les droits moraux étant inaliénables. Or, comment justifier que l'œuvre puisse être l'objet d'un contrat, si l'une de ses deux composantes est rétive à tout transfert ou à toute mise à disposition ? C'est que d'une manière ou d'une autre, ce droit moral, aspect particulier de la propriété de l'auteur⁵², se soustrait au contrat. Nous devons établir en quoi cette situation peut s'inscrire dans le droit, et si elle peut affecter la nature du contrat.

Ailleurs, la bienveillance du législateur à l'égard de l'auteur est grande. Elle l'est d'abord par son étendue, touchant tous les auteurs, sans considération, en principe, du genre, du mérite ou de la destination de leur création⁵³. Elle l'est aussi par sa portée : chose incorporelle, l'œuvre regardée par le droit privé est un objet de propriété. Mais au-delà de cette reconnaissance, la loi associe à sa mise en œuvre contractuelle une série de mécanismes généralement tournés vers la préservation des intérêts de l'auteur.

V. Limites de la protection accordée à l'auteur. L'analyse enseigne pourtant que la bienveillance du législateur n'est en fait distribuée qu'avec parcimonie. De grands principes en énonciations générales, elle se perd souvent ensuite dans une technique juridique qui ne protège pas uniformément l'auteur⁵⁴. L'esprit du droit d'auteur tient parfois davantage du juge, de la doctrine traduisant une attitude propre à l'ensemble de la collectivité, souvent encline à regarder avec une certaine bienveillance l'auteur, « marginal » ou salarié. Le contrat liant un auteur est interprété *in favorem auctoris*⁵⁵ ; mais encore faut-il pour cela qu'il y ait

Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. (...) ». Ce droit permet à l'auteur d'obtenir, dans une certaine mesure, le retrait des exemplaires du marché.

⁵¹ Article L. 122-1 du CPI : « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ».

⁵² Lorsqu'il commente la jeune loi du 11 mars 1957, Desbois se réfère aux propos célèbres de Le Chapelier, rapporteur de la loi de 1791 : « La plus personnelle de toutes les propriétés ». Pour Desbois, « L'épithète caractérise l'appropriation des œuvres de l'esprit : le droit absolu, discrétionnaire, opposable à tous, procède, non d'un geste d'appréhension d'objets tangibles, mais d'un acte de création intellectuelle ; l'œuvre porte l'image de celui qui l'a créée, à la manière d'un miroir. », H. Desbois, *Le droit moral*, RIDA, avril 1958, XIX, p. 121 et ss. (v. spéc. p. 123).

⁵³ Art. L. 112-1 du CPI.

⁵⁴ V. par ex. : art. L. 132-19 du CPI al. 1^{er} : « Le contrat de représentation est conclu pour une durée limitée ou pour un nombre déterminé de communications au public ». Mais quelles limites borneront concrètement cette durée, ce nombre de représentations ?

⁵⁵ Il s'agit plus précisément du principe d'interprétation stricte des « cessions » et, nous le verrons, des licences, c'est-à-dire de ce à quoi s'oblige l'auteur. Son corollaire, dégagé par la doctrine, est le principe d'interprétation *in favorem auctoris*. Il est vrai que ce fondement juridique (v. A. Bensamoun, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008, p. 151 et ss., n° 162 et ss.) n'est pas aussi évident qu'on l'enseigne communément. La difficulté pourrait être aisément résolue, si l'on veut bien convenir avec M. Gautier qu'il s'agit d'un « principe général du droit d'auteur » (v. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 535) ; encore l'auteur nuance-t-il : « L'interprétation stricte est *probablement* un principe général du droit d'auteur », *ibid.*, n° 247 (nous soulignons).

matière à interprétation. Passé cet écran protecteur, on voit aussi l'auteur céder son œuvre pour ses principales utilités, définitivement et sans contrepartie. Situation licite, même si l'on peut lire parfois le contraire, et couramment pratiquée. Il est donc temps de s'interroger sur l'aptitude de notre système à protéger efficacement les auteurs.

Telle est donc la contradiction qui peut naître entre la protection de la faiblesse et l'octroi de prérogatives exorbitantes. Quand il n'est pas parvenu, quand il n'a pas songé à négocier une durée limitée ou une rémunération correcte, l'auteur d'une œuvre de l'esprit exercera-t-il un droit moral lui permettant d'anéantir le contrat ou de faire valoir le respect de son œuvre, la mention de son nom, l'interdiction de toute altération ? Souvent, le droit d'auteur produit des effets drastiques ; il exige de l'auteur un comportement qu'il n'a pas pu ou pas su adopter lors de la conclusion du contrat. Certes, le droit de retrait et de repentir, nous le verrons, est volontiers invoqué lorsqu'il s'agit de se persuader des intentions protectrices du droit français envers les auteurs. Mais ce même droit l'est rarement avec succès devant les tribunaux⁵⁶. Potestatif sans être discrétionnaire car susceptible d'abus, il est limité par sa fonction à la protection d'intérêts strictement moraux. Ses conditions d'exercice, ses effets et son caractère symbolique en font une exception portée à la force obligatoire des contrats⁵⁷. Mais cette atteinte est-elle nécessaire, lorsqu'un terme extinctif pourrait, en sacrifiant à une certaine « normalité », satisfaire également l'auteur ? Une telle satisfaction passerait par exemple par l'inscription du contrat d'auteur – qualifié de « cession » – dans le régime du contrat de *bail*. Or, en droit de la propriété intellectuelle, ce contrat de bail est traditionnellement dénommé « licence ».

VI. Ce que l'auteur cède, il doit pouvoir le louer⁵⁸ : la concurrence des qualifications. En confirmant l'intégration du droit d'auteur au sein des propriétés, la loi de 1957 en a donc confirmé la force⁵⁹. Mais ce faisant, elle l'a paré de ses suites. L'auteur propriétaire est un possible *cédant*. La cession peut se définir comme la « transmission entre

⁵⁶ Par exemple : CA Poitiers, 29 juill. 2010, CCE juin 2011, comm. 51, obs. Ch. Caron : « Rare décision sur le droit de retrait et de repentir ». Il a pu être tenu pour « une fantaisie de théoriciens » par P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 145.

⁵⁷ Ce sujet, qui nous offrira matière à débats, a fait l'objet d'importantes contributions, v. spéc. : P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris II, 1985.

⁵⁸ « Une œuvre littéraire peut être donnée à bail, comme une terre, comme une maison », G. Huard, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. 1, *Introduction - Propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, Paris, 1903, n° 101, p. 147.

⁵⁹ « (...) on ne chercherait pas à s'approprier une chose, fût-ce une création intellectuelle, si cela ne comportait aucun autre avantage que symbolique. Or, la propriété apparaît comme la technique la plus complète et la plus aboutie pour réserver la maîtrise juridique d'une chose à une personne. On ne peut effectivement interdire à autrui d'user et de jouir d'une chose que si l'on en est véritablement propriétaire. », A. Robin, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUFDCF, 2005, n° 68.

vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit »⁶⁰. Or, cette « cession », terme employé par le CPI indifféremment avec celui de « transmission », recouvre des opérations d'une grande diversité. La « cession » du Code de la propriété intellectuelle peut être temporaire⁶¹, n'accorder aucune exclusivité, laisser son bénéficiaire sans possibilité de céder à nouveau ou de défendre son droit par l'action en contrefaçon relevant de la revendication⁶². De l'avis d'une importante doctrine : « *Plutôt que de focaliser l'attention sur l'introuvable frontière entre cession et licence, il nous paraît plus fécond de mettre l'accent sur l'idée que le monopole d'auteur se démembré à volonté (...)* »⁶³. Ces auteurs proposent de voir dans ces formules variées de simples nuances d'une même couleur, recouvrant la palette des usages que l'on peut faire d'une chose. La démarche s'éloigne de celle du Code civil, qui fait de ces types d'usages des opérations juridiques, des notions distinctes.

La pratique contractuelle offre certes un vocabulaire plus varié, mais il n'est pas certain que les mots employés soient davantage porteurs de sens. La mise à disposition temporaire y est généralement tenue pour une « cession »⁶⁴, la mise à disposition définitive et non exclusive fréquemment désignée par le terme de licence⁶⁵. D'autres exemples font état du plus grand flou terminologique en la matière⁶⁶. Toutes ces dénominations issues de la loi et de la pratique ne peuvent être balayées d'un revers de main, car elles sont forgées par des pratiques parfois centenaires et ont fait la preuve de leur utilité. En revanche, il nous appartiendra ici de rétablir les qualifications exactes. Alors même que tout porte à faire de l'auteur un propriétaire, le contrat sur droit d'auteur devrait-il être voué à l'originalité ?

⁶⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF Coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, p. 159, article « Cession ».

⁶¹ V. par exemple l'article L. 131-7 du CPI : « En cas de cession partielle, l'ayant cause est substitué à l'auteur dans l'exercice des droits cédés, dans les conditions, les limites et pour la durée prévues au contrat, et à charge de rendre compte. ».

⁶² Pour Josserand les actions offertes au titulaire d'une propriété intellectuelle « ne sont que des adaptations plus ou moins libres » de l'action en revendication, L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1938, n°1553, p. 860. D'autres auteurs préciseront ce rattachement.

⁶³ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006, n° 568. *Contra* : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 467 note 4 : « En droit d'auteur, il y a vente ou louage, sans qu'il soit utile de démembrer les droits. ».

⁶⁴ Exemple de clause de durée d'un contrat intitulé « Production audiovisuelle – Cession de droits d'auteur » proposé par la Société des Auteurs-Compositeurs Dramatiques (SACD) : « Article 3 Durée : 1. Les droits énumérés à l'article 2 ci-dessus sont cédés à titre exclusif au Producteur pour une durée de... (...) années à dater de la signature des présentes. ». Nous nous intéresserons plus loin aux durées couramment pratiquées.

⁶⁵ Evoquant une « licence non exclusive d'utilisation à perpétuité d'un logiciel », v. CA Amiens, 9 nov. 1999, JCP G, 2000, IV, 2115.

⁶⁶ Par exemple, la mise à disposition théoriquement temporaire intervenant dans le cadre des sociétés de gestion collective est tenue pour un apport en propriété. V. l'article 1^{er} (extrait) des statuts (version 2010) de la Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) : « Tout auteur, auteur-réalisateur ou compositeur admis à adhérer aux présents Statuts fait apport à la société, du fait même de cette adhésion, en tous pays et pour la durée de la société, du droit d'autoriser ou d'interdire l'exécution ou la représentation publique de ses œuvres, dès que créées. ».

L'œuvre accédant à la patrimonialité, pourquoi ne pourrait-on admettre que ses contrats suivent à leur tour la distinction du droit réel et du droit personnel, « arête du droit du patrimoine »⁶⁷ ? En d'autres termes : l'auteur peut-il céder ou concéder son œuvre, c'est-à-dire, la vendre ou la louer ?

VII. Cession et licence en droit de la propriété industrielle⁶⁸. Trouve-t-on en droit d'auteur cette distinction de la cession et de la licence qui se situe au cœur des contrats de cette matière voisine qu'est la propriété industrielle ?⁶⁹ La réponse est parfois revêtue du sceau de l'évidence : « *si dans un passé ancien, la nature exacte de ces contrats a pu être discutée, tout un chacun s'accorde aujourd'hui, depuis la remarquable thèse de M. Burst sur la licence de brevet, pour tenir la licence pour une location dans le champ des propriétés intellectuelles. De même que la cession n'est pas analysée autrement qu'en termes de vente. Cela valant bien sûr pour toutes les propriétés intellectuelles, du droit d'auteur à la marque.* »⁷⁰. La propriété industrielle, à laquelle nous ferons de fréquentes références, connaît en effet deux modes de mise en œuvre contractuelle sous la forme d'une *summa divisio* entre cession et licence. A la différence de ce qui a cours en droit d'auteur, celle-ci est consacrée par la loi, même si elle n'en précise pas la nature juridique⁷¹. Cette distinction est généralement tenue pour la transposition fidèle de la vente et du bail⁷². Plus exactement, elle transpose celle de l'effet réel et de l'effet personnel, car cette « licence » peut désigner en pratique un prêt à usage, tandis que la « cession », généralement entendue comme vente, se

⁶⁷ Sur cette expression : J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF Coll. Quadrige, 2004, n° 700.

⁶⁸ La propriété intellectuelle réunit d'une part la propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins), d'autre part la propriété industrielle (brevets, marques, obtentions végétales, principalement). Le droit des dessins et modèles industriels, partie intégrante de la propriété industrielle, entretient des rapports étroits avec le droit d'auteur.

⁶⁹ La matière contractuelle en propriété industrielle (spéc. brevets et marques) est organisée sur la distinction des cessions et des licences et des conventions « secondaires », tels que l'apport en société et le prêt à usage.

⁷⁰ M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, p. 25 (référence à : J.-J. Burst, *Brevet et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Librairies techniques, 1970). Comp., par ex. : « tout contrat d'exploitation est une cession », B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 496.

⁷¹ Art. L. 613-8 al. 1^{er} et al. 2^e du CPI : « Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie. / Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive. » – Art. L. 513-2 al. 1^{er} in fine du CPI : « (...) l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder. » – Art. L. 714-1 al. 1^{er} et 2^e du CPI : « Les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie, indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter. La cession, même partielle, ne peut comporter de limitation territoriale. / Les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou partie d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive ainsi que d'une mise en gage. ».

⁷² « Cession et licence ne sont pas autre chose, là encore, que vente ou louage de biens incorporels appropriés », Ch. Le Stanc, in *Lamy Informatique et réseaux*, éd. 2003, n° 853. En ce sens, par ex. J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007, n° 244 et ss.

prêtera aux qualifications de donation, d'apport en propriété, voire de constitution de droit réel⁷³.

Mais cette référence rassurante n'est pas nécessairement la plus solide. La reconnaissance de ces deux formules ne véhicule parfois que des analogies avec les formules du Code civil⁷⁴. Si la théorie des cessions et licences de propriétés intellectuelles est née avec le droit des brevets pour gagner ensuite le droit des marques⁷⁵, notre théorie devra avant tout être puisée à sa source originale, c'est-à-dire dans le droit civil. En effet, la licence de droit d'auteur n'est pas une transposition à la propriété littéraire et artistique des schémas de la propriété industrielle. Elle est le constat de l'adéquation des distinctions du Code civil. Par la suite, de nombreuses comparaisons, souvent prolongées par des analogies, montreront l'origine commune de ces contrats. La différenciation entre la licence de droit d'auteur et celle de ces matières s'opérera plus fréquemment quant à leurs éléments naturels ou accidentels, que concernant leurs éléments essentiels⁷⁶. L'unité de nature des différentes propriétés intellectuelles tend à être corrélée par la similitude de leurs contrats. Mais à vrai dire, cette unité s'imposera de nos constats plus que nous ne chercherons à la défendre⁷⁷.

VIII. Cession et licence en droit d'auteur. La licence comme formule opposée à la cession existe-elle en droit d'auteur ? L'auteur que la loi dit cédant peut-il ne concéder qu'un droit personnel de jouissance ? Comment concilier cette diversité de contrats auxquels donne lieu l'exploitation de l'œuvre, et ce terme de « cession » qui semble figer à tout jamais la matière ? Tel est bien l'objet principal de notre étude.

⁷³ Sur cette curieuse « cession constitutive » et ses origines, v. *infra*, n° 14.

⁷⁴ Nous verrons que Roubier, qui a fortement contribué à l'étude des contrats de la propriété industrielle, ne transposait pas pour autant ces contrats à leurs modèles du Code civil, v. notamment : P. Roubier, *Licences et exclusivités*, Annales de droit commercial français, étranger et international, 1936, p. 289 ; du même auteur, *Le droit de la propriété industrielle*, Partie Spéciale, Sirey, 1954, spéc., p. 260, n° 183.

⁷⁵ Sans prétendre élaborer ici une enquête historique, il est intéressant de puiser dans les ouvrages anciens. Ainsi, Pouillet, au paragraphe « cession partielle » de son *Traité des marques*, avance prudemment : « Le contrat serait alors ce qu'est la licence en matière de brevets, et constituerait au profit du licencié les mêmes droits », (E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 4^e éd., Marchal et Billard, 1898, n° 95). Dans la 6^e éd. de 1912 par Claro et Taillefer, ce même paragraphe (n° 175) est intitulé « Cession partielle. Licence. ». Sur ce rapprochement, v. notamment : J.-J. Burst, thèse préc. ; R. Joliet, *Le contrat de licence de brevet en droit civil belge et français*, RTD com. 1982, p. 167 ; du même auteur : *La licence de marque et le droit européen de la concurrence*, RTD Europe, 1984, n° 1, p. 1 ; E. Tardieu-Guigues, *La licence de marque*, Thèse, Montpellier, 1991, *passim* ; en dernier lieu : A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, *passim*.

⁷⁶ Notions que nous retrouverons, v. Pothier, *Traité des obligations selon les règles tant de la conscience que du for extérieur*, t. I, Paris - Orléans, 1764, (P. I, Ch. I), p. 11, n° 5.

⁷⁷ Tel est par exemple l'objet même d'une thèse : S. Alma-Delette, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Thèse, Montpellier, 1999. Or, cette étude conclut à l'originalité des contrats dans ces matières, résultat que l'on pourra juger décevant, après la démonstration convaincante du rattachement de ces droits à la notion de propriété. – Structurant le débat, v. : J. Raynard, *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier*, *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527.

Afin de parvenir à cette improbable conciliation des textes et de la réalité, plusieurs attitudes sont possibles⁷⁸. Celles que nous avons observées peuvent être réparties en trois grandes tendances :

- L'auteur que la loi dit « cessionnaire » démembrement en fait sa prérogative au profit de tiers⁷⁹ ; l'incorporalité de la chose appropriée, ou celle du droit portant sur cette chose, selon la conception retenue⁸⁰, permettrait de modeler l'autorisation de l'auteur quant à son assiette, son intensité, sa durée. La durée limitée ou le caractère définitif n'emporteraient pas de différences de nature, et si une ligne de partage devait être tracée, c'est en fonction du caractère exclusif ou non du droit cédé. Derrière cette description s'esquisse un contrat en droit d'auteur voué à l'originalité.

- On pourrait considérer d'autre part que le droit d'auteur laisserait la place à des licences aux côtés des cessions, mais que la licence produirait des effets réels. La licence ainsi conçue serait à l'image de certains baux spéciaux, dont on a remarqué, par métaphore plus que par souci de qualifier, que leur intensité les « réalisait »⁸¹. Plus généralement, c'est bien le débat sur la nature du droit du preneur qui semble ranimé : le contrat en droit d'auteur produirait non pas une « cession », mais du moins un « effet réel ». Initié par Troplong, le débat semblait éteint par la chambre des requêtes placée sous la présidence de l'éminent auteur lui-même : le juge en réfère directement à Pothier pour réaffirmer le droit personnel du preneur⁸². Mais notre débat est-il l'exacte transposition du débat sur la nature éventuellement réelle du droit du preneur ? Rien n'est moins sûr. D'un point de vue juridique, Troplong et ses continuateurs⁸³, en affirmant la nature réelle du droit du preneur, ne remettaient pas en cause l'existence du bail, qu'ils distinguaient bien de la vente ou de l'usufruit : « le bail ne

⁷⁸ « (...) une partie de la doctrine rattache les contrats d'exploitation du droit d'auteur, soit à la vente, soit à la location, tandis qu'une autre y voit des formes de démembrement de la propriété (le CPI n'utilisant que le terme de cession, en droit d'auteur) ; une troisième voie consistant à prôner une qualification *sui generis*... », F. Pollaud-Dulian, Du droit commun au droit spécial – et retour, in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 946.

⁷⁹ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 190 : « L'auteur ou l'inventeur peut aussi « démembrement » son droit en concédant à des tiers des prérogatives qui le constituent. ».

⁸⁰ La propriété de l'auteur porte-t-elle directement sur son œuvre, chose incorporelle, ou sur un droit, un monopole, que le législateur a conçu à propos de celle-ci ? Ce débat essentiellement théorique, et dont la portée nous semble limitée, sera évoqué dans notre étude. Nous emploierons indifféremment les expressions « droit sur l'œuvre » ou « droit d'auteur » pour désigner la même réalité.

⁸¹ Pour une illustration récente : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 265.

⁸² Cass. req., 6 mars 1861, D.P., 1961, I, 417, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 269, p. 728 et ss.

⁸³ V. spéc. J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et de créance*, Dalloz, 1952, *passim* ; du même auteur : Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, *Mélanges L. Boyer*, Toulouse, 1996, p. 169.

démembre pas la propriété »⁸⁴. Or, le débat qui nous intéressera porte justement sur l'existence de ces deux formules, vente et bail, dans notre droit. Bien que l'on puisse rapprocher ces deux sujets de discussion, il n'est pas certain qu'il y ait entre eux un lien de filiation direct. Il importe essentiellement ici d'accuser la réception du bail en droit d'auteur et d'en étudier les effets, les interactions. Lorsque les partisans de la nature réelle du droit du preneur invoqueront par exemple l'article 1743 du Code civil, ou la teneur des actes permis au preneur, il nous appartiendra de montrer si les différentes modalités de la licence de droit d'auteur (comme une éventuelle exclusivité, une longue durée, ou encore la titularité de l'action en contrefaçon) doivent nécessairement induire cet effet réel. Là encore, vouloir s'en tenir au seul vocabulaire de la loi est peu convaincant : le terme de cession ne porte déjà plus qu'une vague référence à un effet réel⁸⁵.

- Une autre voie se profile enfin, qui devra être éprouvée. Curieusement, c'est dans une doctrine ancienne qu'on la devine : « *Les droits attachés au privilège d'auteur sont cessibles. Ils peuvent être transmis à titre gratuit ou onéreux, par louage, vente, prêt, mandat, donation entre vifs ou testamentaire, et par tout autre mode* »⁸⁶. Le terme de « cession », qui plus qu'un contrat spécial décrit un mécanisme technique, une opération élémentaire⁸⁷, se voit hissé au rang de synonyme de « contrat ». En d'autres termes, dire que le droit d'auteur est cessible signifierait *lato sensu* qu'il peut être mis en œuvre par un contrat.

Au fil de ces différentes acceptions, on entrevoit déjà combien le terme de cession tel que l'emploie notre loi sur le droit d'auteur peut se détacher de son sens traditionnel. Précisant cette faculté et l'assortissant de dispositions impératives qui maintiennent un lien étroit entre l'œuvre et son auteur, la loi du 11 mars 1957 a donc fait subsister le trouble sur la

⁸⁴ Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code : De l'échange et du louage*, t. 1, Paris, 1852, n° 24, p. 102 ; v. également : p. 105, n° 24 : « l'usufruit démembre le domaine (...), le bail l'utilise ! ». Cet auteur remarque (*ibid.*, p. 91, n° 21) que « Le louage a d'intimes rapports avec la vente » : *res, pretium et consensus*... ce que nous ne contesterons pas. Pour les différences, Troplong insiste sur le régime du prix, susceptible d'écarter le bail, argument qui prêterait en revanche à la critique.

⁸⁵ D'autres justifications sont proposées, que nous étudierons en temps voulus. L'auteur pourrait ainsi vendre ou louer son œuvre, mais ce bail produirait un effet translatif : les fruits correspondant aux actes d'exploitation naîtraient du patrimoine de l'auteur et seraient transférés vers celui de l'exploitant. Voilà la « cession » telle que pourrait l'entendre le CPI. V. S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, n° 481. Mais à justifier ainsi la réalité de cette « cession », c'est le mécanisme du bail qui est interrogé.

⁸⁶ A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature les sciences et les arts*, t. 2, J. Renouard et C^{ie} Libraires, 1839, (Partie IV, Ch. III), p. 278, n° 158. Rapp. : « Cette cession revêt des formes diverses. Parfois l'auteur concède seulement un monopole d'exploitation ; c'est le contrat d'édition. Parfois il s'agit d'une véritable cession du droit de propriété qui relève du contrat de vente », M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. X Contrats civils, 1^{re} Partie*, par J. Hamel, F. Givord et A. Tunc, 2^e éd. LGDJ, 1956, n° 328, p. 413.

⁸⁷ Sur cette notion : P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825, v. spéc. p. 850 et s. en référence aux obligations de *dare, facere, praestare*.

nature exacte de cette « cession ». Elle a laissé aux théoriciens le soin de définir cette nature juridique ; ce vide pourra être comblé par l'observation des contrats pratiqués, et par celle de la jurisprudence.

La connaissance du contrat de licence impose donc un important travail de qualification. Celui-ci trouvera sa suite logique dans l'élaboration d'un régime juridique⁸⁸. On considère traditionnellement que cette deuxième démarche découle tout naturellement de la première. Ici, cette automaticité se verra parfois nuancée, amendée par d'autres facteurs. Des points communs que l'on retrouvera entre les régimes respectifs de la cession et de la licence de droit d'auteur, on pourra être tenté d'induire une identité de nature. Mais la confrontation systématique du droit d'auteur et du droit des contrats spéciaux le montrera : en droit d'auteur, les rapprochements entre formules distinctes, la systématisation d'éléments communs devant les qualifications s'établira dans les mêmes circonstances que dans les autres sphères du droit. De cette identité, nous venons d'entrevoir la complexité ; évoquons à présent ses principaux enjeux, certains s'apparentant à des mirages, d'autres à des réalités.

IX. L'enjeu de la reconnaissance du contrat de licence de droit d'auteur : la tentation du « nouveau ». Dans son essai de classification synthétique des contrats, Planiol semblait annoncer le caractère fini des différentes manières de contracter. Il posait en principe : « Tous les genres de contrats sont inventés et connus depuis longtemps (...). Ce qui est possible et que l'on voit se réaliser de temps à autre, avec le progrès de la civilisation et les transformations lentes des mœurs et des institutions, c'est la création de nouveaux objets de contrats. Ainsi, l'organisation actuelle des offices, la création de la propriété littéraire et des brevets d'invention, a fourni la matière de nouveaux contrats ; on avait dès lors à vendre, à donner, à hypothéquer, etc., des choses nouvelles que les époques antérieures n'avaient pas connues. »⁸⁹. Si l'on a objecté à Planiol⁹⁰ de viser ici non pas les différents contrats, mais les composantes élémentaires de ces derniers, l'avertissement n'en demeure pas moins salutaire : de nouvelles choses n'entraînent pas nécessairement l'apparition de nouveaux contrats. Les genres d'œuvres (œuvre picturale / œuvre multimédia), les modes d'exploitation

⁸⁸ Sur ce principe et quelques-unes de ses nécessaires atténuations, v. notamment : J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984. 255 ; P. Jestaz, La qualification en droit civil, Droits, Revue française de théorie juridique, 1993, n° 18, p. 45.

⁸⁹ M. Planiol, Classification synthétique des contrats, Rev. crit. lég. jur., 1904, n° 33, p. 470 et ss. (spéc. p. 484).

⁹⁰ Dernièrement : P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, *op. cit.*, v. spéc. p. 850. Ces opérations élémentaires sont : « transférer la propriété, mettre à disposition, conserver, restituer, etc. ».

(exposition / diffusion sur Internet), semblent pris dans une perpétuelle révolution qui, comme le remarquait déjà W. Benjamin⁹¹, suit directement celle des moyens de production. Or, ces objets sont appelés à devenir, par ellipse, les nouveaux objets de contrats, ou plus précisément les nouveaux objets de prestations. Nous constaterons ainsi que la licence est fréquemment reliée à la nouveauté (on pense par exemple à la licence de logiciels), ou à la diffusion d'objets déjà connus par des procédés nouveaux, voire dans un « esprit » nouveau (licences libres d'œuvres). Plus généralement, on se méfiera de l'emploi du terme « licence » qui, admettons-le, est indéniablement « à la mode ». Ainsi dira-t-on d'albums de bandes dessinées, de films d'animation et des produits dérivés qui les accompagnent, par ellipse, qu'ils sont « sous licence »⁹²... ce qui signifie simplement que ces objets sont protégés par le droit d'auteur et distribués de manière organisée en France, avec le consentement des ayants droit. Le *merchandising*, qui consiste en la commercialisation d'objets représentant des personnages de fiction ou réels sur des figurines, affiches, cartes ou autres objets de vaissellerie connaît à présent de nouvelles déclinaisons : il ne porte pas nécessairement sur des *œuvres* secondes, « la petite monnaie du droit d'auteur », mais souvent sur des *exploitations* jugées « secondaires », « dérivées », de véritables œuvres désormais placées au cœur du droit d'auteur, spécialement la photographie et le cinéma⁹³. Aujourd'hui, le *merchandising* devient « électronique », en référence à son mode de commercialisation. Ces droits d'exploitation dérivés sont généralement *concedés* à titre exclusif pour une durée limitée, parfois identique à

⁹¹ « Grâce à la lithographie, le dessin put accompagner la vie quotidienne de ses illustrations. Il commençait à marcher au même pas que l'imprimerie. Mais à peine quelques dizaines d'années s'étaient-elles écoulées depuis la découverte de la lithographie que la photographie, à son tour, allait la supplanter dans ce rôle. Avec elle pour la première fois, dans le processus de la reproduction des images, la main se trouva déchargée des tâches artistiques les plus importantes, lesquelles furent réservées à l'œil rivé sur l'objectif. Et comme l'œil saisit plus vite que la main ne dessine, la reproduction des images put se faire désormais à un rythme si accéléré qu'elle parvint à suivre la cadence de la parole (...). Si la lithographie contenait virtuellement le journal illustré, la photographie contenait virtuellement le cinéma », Walter Benjamin, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique* (1931), traduit de l'allemand par Maurice de Gandillac, Editions Allia, 2003, p. 11.

⁹² On trouve ainsi dans certaines grandes surfaces un rayon « papeterie sous licence » proposant des trousseaux « Dora l'exploratrice », cahiers « Batman », etc. Sur cette économie florissante, parmi de nombreuses parutions, v. G. Bigne, *Droits dérivés. Licensing et character merchandising*, Delmas, 1987 ; M. Bahuad, *Les droits dérivés : le cas Babar*, L'Harmattan, 1999 ; N. Chouraqui, S. Ways, *Au pays des licences. Développement de produits dérivés sous licence : une opportunité marketing et commerciale*, Dunod, 2003.

⁹³ Par ex. : CA Paris, 4^e ch. A, 10 sept. 2008, RTD Com. 2008, p. 743, obs. F. Pollaud-Dulian. Cet arrêt statuait sur une licence de droit d'auteur concernant « la photographie, mondialement connue, du leader politique cubain d'origine argentine Ernesto Guevara, dit Che Guevara, intitulée « le guérillero héroïque » mais communément désignée comme représentant « le che au béret et à l'étoile ». Cet arrêt « d'espèce » est intéressant, car il illustre le fait que dans les arrêts, la dénomination de licence apparaît dans les faits de la cause et non dans les considérants les plus décisifs : « aux termes d'un contrat conclu à La Havane le 25 mai 1995, K. a cédé (*sic*) à Patrick M., pour une durée de 10 ans et dans le monde entier, avec la faculté pour le cessionnaire de concéder des licences d'exploitation commerciale, les droits d'exploitation, de reproduction et de diffusion de la photographie sur tous supports, en particulier le papier, la peinture, l'audiovisuel, le vêtement, les produits dérivés tels les pin's, porte-clés, montres et l'a, en outre, autorisé à procéder, en France et dans tout autre pays, à l'enregistrement à titre de marque de la photographie, seule ou avec la mention « Che Guevara ».

celle d'un contrat d'exploitation principal⁹⁴. Nous constaterons ainsi le recours fréquent à la notion de licence dans ces secteurs⁹⁵.

Mais il serait vain de focaliser toute notre attention sur ces objets nouveaux du droit d'auteur, car d'autres ont sans nul doute vocation à apparaître. Ainsi, les intérêts des parfumeurs sont aujourd'hui préservés par de multiples mécanismes qui contournent l'essentiel : la fragrance⁹⁶. Les licences permettant l'exploitation de ces produits ne peuvent porter que sur les marques, le modèle déposé du flacon, le droit d'auteur concernant ce dernier, mais en aucun cas sur la création olfactive elle-même. Cependant, si ce type de création venait à entrer dans le cercle des œuvres appropriables, il n'est pas sûr que le contrat ainsi né doive être original⁹⁷.

La licence est donc, nous le constatons déjà, reliée à de nouvelles œuvres ou de nouveaux modes d'exploitation, ce que le contenu des contrats pratiqués confirme généralement ; mais de cette corrélation, on se gardera bien de tirer des liens de causalité. Car nous voudrions précisément montrer que les domaines les plus classiques du droit d'auteur constituent un terrain de prédilection pour la qualification de licence. Telle figurine de tel héros de *comics* ou de *manga* n'a pas seule vocation à être commercialisée « sous licence » ; les rapports entre un auteur et son producteur, son éditeur, ou encore avec la société gérant ses

⁹⁴ On citera le cas du marché des sonneries de téléphone portable, qui ne suppose plus nécessairement une atteinte à l'intégrité de l'œuvre musicale originale. Ce mode de commercialisation des œuvres musicales est parfois présenté comme un des palliatifs aux difficultés du marché du disque non encore remplacée par le téléchargement en ligne. Pour une référence récente, v. P.-M. Bouvery, *Les contrats 360°, Pour une explication des contrats à droits multiples*, Irma, 2011 (spéc. p. 36 et s.).

⁹⁵ V. par ex. : J.-Cl. Contrats - Distribution, Fasc. 4070 : Merchandising. – Formules. II. - Contrat de concession de licence de droits dérivés (Propriété littéraire) : « Article 1er. - Objet du contrat : Le concédant concède par les présentes au licencié qui accepte une licence exclusive (ou : non exclusive) constituée par le droit de reproduire (et/ou : de représenter) les droits dérivés sur le personnage décrit et reproduit en annexe, sous la forme et selon les modalités précisées ci-après. / Le licencié reconnaît que le présent contrat ne lui accorde aucun droit de propriété littéraire et artistique sur les personnages. (...) ».

⁹⁶ Les parfums sont protégés « indirectement » (droit des marques, dessins et modèles et droit d'auteur sur le conditionnement, sanction de la concurrence déloyale). Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, v. notamment : CCE 2006, comm. 119, obs. Ch. Caron ; Prop. intell., 2006, p. 442, note A. Lucas ; Dr. et patrimoine, 2007, n° 156, p. 42, note J.-M. Bruguière.

⁹⁷ La question de la protection des parfums est née du souhait de leurs producteurs d'agir en contrefaçon contre des sociétés en commercialisant des imitations. Mais cette reconnaissance aurait une conséquence importante en matière de contrats, en faisant basculer dans le droit des contrats d'auteur ce qui relève du savoir-faire, et du droit des réseaux de distribution. Idéalement, leurs concepteurs pourraient devenir des auteurs, et leurs fabricants des « éditeurs », bien que la qualification de cession pure et simple à l'employeur ou encore celle d'œuvre collective soit plus probable. Comp. avec ce témoignage d'un entrepreneur : « (...) je me suis rendu compte qu'un ami proche, éditeur, faisait le même métier que moi, puisqu'il suit des auteurs, réécrit de temps en temps certains passages d'un roman, ou en enlève un chapitre. Enfin, je me suis laissé convaincre que l'on pouvait éditer un parfum comme un objet d'art. (...) La relation entre un parfumeur et un créateur est très importante et doit garder une certaine intimité. De toute cette manière de travailler découle ainsi un style. », rapporté par M. Frédéric, Éditeur de parfums : un nouveau concept pour libérer les créateurs, *Le journal de l'Ecole de Paris du management*, 2008/6, n° 74, p. 36.

droits, relèvent possiblement de cette qualification. Celle-ci ne préjuge en rien de la nature des œuvres concernées.

X. L'enjeu de la reconnaissance du contrat de licence de droit d'auteur (suite) : la recherche d'une identité dans les catégories du droit civil. L'objectif principal de notre thèse sera de démontrer que l'auteur, que la loi pose en propriétaire et en cédant, peut également – et même devrait davantage – être vu comme un donneur de licence, c'est-à-dire comme le bailleur de son œuvre⁹⁸. Cet objectif contient des motivations d'opportunité : le lien qu'il consent avec un exploitant ne devrait pas toujours le conduire à abandonner définitivement l'usage de sa création. Si l'auteur peut vendre son œuvre, ce que dit la loi, il devrait aussi pouvoir la louer, ce qu'elle ne dit pas. On nous objectera que le même résultat peut être atteint par des mécanismes de cession, et plus largement d'effet réel⁹⁹ ; il nous importera donc d'en montrer les limites. D'autres motifs animeront également cette recherche : cette évidence qu'est pour le contractualiste la liberté contractuelle n'en est pourtant pas une pour le spécialiste du droit d'auteur. La tradition française, dans laquelle on inclura la loi, la jurisprudence et la doctrine, maintient l'incertitude sur la nature juridique de l'autorisation par laquelle l'auteur d'une œuvre de l'esprit permet à un tiers d'en réaliser l'exploitation. Ceci peut donner l'impression que le mystère entourant le lien entre l'auteur et son œuvre – lien tissé par le *fait* de la création – se transpose au lien contractuel subséquent, résultant d'un *acte* bilatéral, unissant l'auteur et l'exploitant (éditeur, producteur, entrepreneur de spectacles, télédiffuseur, industriel de la mode ou du design, propriétaire d'un site Internet, etc.)¹⁰⁰. Or, la licence, contrat sur le droit d'auteur, n'est pas nécessairement un « contrat d'auteur », c'est-à-dire conclu par un auteur. Le « droit d'auteur » fait référence à un objet de propriété. Des différences de *régime* importantes attachées à la qualité d'auteur céderont

⁹⁸ Sur cette expression, v. P.-Y. Gautier, in *Droit et Théâtre (Aix-en-Provence, 29 juin 2001)* Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationales, t. VI, PUAM, 2003, p. 12 et s.

⁹⁹ Revenons ici à Planiol (v. art. préc.) : « Toutes les prestations possibles ayant pour objet une chose déjà existante, possédée par l'une des parties, se répartissent nécessairement en deux classes : les unes ont pour but la transmission définitive de cette chose, d'une personne à une autre, ce qui s'appelle l'*aliénation* ; les autres servent seulement à mettre cette chose à la disposition d'autrui pendant un temps plus ou moins long. Ces dernières ne portent pas de nom générique actuellement reçu dans l'usage ; nous les appellerons des *prestations temporaires*. ». Or, ce souci de *classification* opérerait un certain « renoncement » à celui de *qualification*, l'usufruit étant inclus par cet auteur dans la seconde catégorie, aux côtés du bail et du prêt à usage. Cette catégorie des « prestations temporaires » était donc indépendante de la nature juridique de l'acte. Il nous importera de vérifier si des opérations temporaires portant un effet réel pourront concurrencer la qualification de licence.

¹⁰⁰ Rapport à comparer avec la perception du droit d'auteur par les auteurs eux-mêmes : Ch. Caron, Une certaine idée du droit d'auteur : la vision des écrivains, *Mél. offerts à A. Decocq*, « Une certaine idée du droit », Litec, 2004, p. 49 (v. spéc. le § 3 « C comme contrefaçon » et le § 4 « D comme domaine public »).

lorsque l'intérêt à protéger disparaît. Mais la nature du contrat devrait rester fondamentalement la même.

Ces incertitudes sont inacceptables pour l'intérêt des parties à un contrat dont le contenu est parfois peu prévisible. La situation est en outre inacceptable pour le droit. Il nous importe de vérifier si le droit d'auteur est irréductible aux formules contractuelles du Code civil, ou si l'effort de rationalisation que l'on discerne dans l'étude des qualifications contractuelles¹⁰¹ a également sa place lorsque le législateur entreprend de protéger l'auteur. Dès lors que l'on admet le rattachement de la matière au Livre III, Titre III du Code civil relatif au droit commun des obligations contractuelles¹⁰², on voit mal pourquoi ces contrats échapperaient aux titres suivants du même code.

Ce louage de choses transposé au droit d'auteur revêt traditionnellement le terme de licence. La tradition ne constituant pas une démonstration, nous lui ferons jouer ici le rôle d'une hypothèse, que nos analyses devront permettre d'évaluer. Ce terme ancien de notre langue, qui n'est pas exclusivement juridique, renaît dans le sens qu'on lui prêtera en droit de la propriété industrielle (brevets et marques). Le mot lui-même, que l'on fait remonter à une époque ancienne de la langue française, retiendra un instant notre attention.

XI. Licence, concession, bail : éléments de lexique¹⁰³. Afin d'éviter toute généralité superflue, ce n'est qu'après ce premier aperçu de la licence en droit positif que l'on pourra se pencher avec profit, mais prudence¹⁰⁴, sur l'origine et les connotations du terme de licence. Qu'est-ce qu'une licence, et par quel détour est-on amené à en faire la transposition du contrat de bail en droit de la propriété intellectuelle – ce qui est admis – et en droit d'auteur – ce que nous souhaiterions démontrer ?

- *Le terme de concession*, directement issu du latin classique *concessio*, autorisation, attribution, est à rapprocher intimement de celui de licence, tel est le cas en droit public¹⁰⁵. En

¹⁰¹ Comp. avec cette affirmation isolée que nous tâcherons de démentir : « On dit quelquefois que le contrat de licence s'apparente au louage de chose. Cette assimilation est bien inutile, car les contrats en droit français ne sont pas classés dans des catégories définies », P. Mathély, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Editions J.N.A., 1991, p. 322 ; du même auteur, *Le droit français des signes distinctifs*, Editions J.N.A., 1984, p. 365.

¹⁰² Par ex. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006, n° 570.

¹⁰³ Nous nous fonderons dans ces lignes sur le *Grand dictionnaire étymologique & historique du français*, Larousse, 2005, spéc. l'article « Licence », complété par le *Dictionnaire historique de la langue française*, Alain Rey (dir.), Le Robert, éd. 2010, aux entrées correspondantes et par le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu (dir.), précité.

¹⁰⁴ Invitant à un « esprit de modération » quant au maniement de l'étymologie, v. : G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, n° 29, p. 145.

¹⁰⁵ « Toute concession administrative portant sur le domaine public crée au profit du titulaire un droit privatif, mais ce droit ne peut être appelé droit de propriété à cause de son caractère personnel. Il en est autrement des licences d'exploitations commerciales lorsque la licence est cessible. Le nombre augmente tous les jours de ces

droit d'auteur, on lira fréquemment qu'un auteur ou un producteur *concède* son droit de représentation, ou *concède* une licence. Nous constaterons qu'en notre matière, le terme de concession est traditionnellement préféré à celui de licence, classiquement employé en propriété industrielle. Il est vrai que la concession suggère intuitivement un lien plus étroit, une intensité plus grande des droits conférés. Sans doute peut-on voir là une influence de l'usage du terme en droit administratif. Cependant, sans préjuger de nos constatations ultérieures, aucune différence de fond ne semble émerger entre ces deux termes. Nous les emploierons donc en tant que synonymes, en préférant celui de licence. En effet, s'il a davantage les faveurs du droit d'auteur, ce terme de concession a un défaut majeur : il invite à une confusion avec les contrats de concession exclusive du droit de la distribution¹⁰⁶. Il est vrai que contrats de la distribution entretiennent des liens avec les contrats du droit d'auteur : on peut être tenté de comparer l'auteur au « producteur » (*sic*), l'exploitant de l'œuvre au « distributeur » (*sic*). Surtout, nous verrons que le droit d'auteur pénètre parfois ces rapports. Cependant, cette polysémie offre des parallèles aussi séduisants que trompeurs. Ainsi de l'habitude de langage qui tend à désigner sous le terme de « franchise » une série de films à succès d'où différents intervenants, souvent de simples licenciés, tireront des œuvres dérivées, dessins animés, *merchandising*, etc.

- *Le terme de bail*. Si l'on peut s'étonner du lien actuellement opéré entre licence et bail, et plus largement contrat porteur d'effets personnels en propriété intellectuelle, l'histoire du terme ne manque pas d'intérêt. Terme issu vers le XIII^e siècle de l'ancien verbe *bailler*, donner ou fournir, provenant du latin populaire *bajulare*, soit très concrètement porter sur son dos, apporter ou transporter. La plupart des sens médiévaux, comme celui de gestion, d'administration, de charge ou de tutelle, mais aussi d'apport ou de don, se sont éteints au profit de la seule acception juridique de contrat par lequel on laisse à quelqu'un la jouissance d'une chose *pour un certain temps et à un certain prix*. La notion de durée impartie joue donc un rôle clé dans la définition du terme¹⁰⁷.

quasi-monopoles d'exploitation justifiés par les exigences de l'organisation économique. Les licences deviennent un élément des fonds de commerce et la jurisprudence admet qu'elles sont de plein droit transmises avec le fonds. De tels monopoles ne sont pourtant pas considérés comme des propriétés véritables, lorsqu'ils sont acquis par une nomination ou une concession qui dépend de l'autorité publique. [...] Il faut seulement noter leur parenté avec les propriétés incorporelles et ne pas tenter l'assimilation. », G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1955, n°80, p. 201.

¹⁰⁶ Un concessionnaire au sens du droit de la distribution peut par ailleurs être un licencié (concessionnaire) de droit d'auteur.

¹⁰⁷ V. les dictionnaires précités. Il y est rappelé que le terme est employé familièrement comme métaphore d'un laps de temps (trop) prolongé. – Le terme de bail est volontiers relié à l'immeuble, mais nous n'attacherons pas de conséquences à cette tradition. Pour être exhaustif, il y aurait lieu de s'attarder aussi sur les notions de location, louage... nous les aborderons, en cours d'étude et pour le seul droit positif.

- *Le terme de licence.* Malgré l'étonnante diversité de ses acceptions actuelles, le terme de licence, attesté dans notre langue dès la fin du XII^e siècle et importé dans la langue anglaise à une époque ancienne, se caractérise par une idée centrale constante, celle de *liberté*, et plus exactement de *permission* octroyée, reçue ou prise. D'une portée très générale, le latin classique *licere*, surtout sous la forme impersonnelle *licet*, signale ce qui est autorisé, « licite », ce que l'on a donc tout « loisir » de faire. Notons cependant qu'en français, la licence suppose toujours la levée d'un interdit préalable. Si la liberté est un principe connaissant des exceptions¹⁰⁸, la licence apparaît donc comme l'« exception » à un principe d'interdiction. Au XVI^e siècle – et probablement bien avant – la notion est connotée péjorativement. De la liberté, on ne retient plus que l'excès, le dérèglement. C'est que l'interdit levé ou bravé par la licence n'est pas au départ d'ordre juridique, mais d'ordre moral. Ainsi coexistent paradoxalement l'idée de licéité et celle de transgression, la permission et la permissivité¹⁰⁹. Le vocable se spécialise ensuite, l'idée générale s'adaptant aux différents domaines qui en feront usage, particulièrement en matière de droit public¹¹⁰. C'est à ce titre que très tôt, la « licence » côtoie, sinon le droit d'auteur, du moins le monde de la « librairie », c'est-à-dire de la fabrication et de la distribution d'ouvrages. Mais le terme constitue ici une sorte de « faux ami », la licence « donnée et octroyée » n'étant pas un contrat, mais une permission accordée par le monarque à un éditeur-libraire pour une courte durée¹¹¹.

¹⁰⁸ V. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Articles IV et V.

¹⁰⁹ On lira ainsi chez Racine :

« Ainsi que la vertu, le crime a ses degrés ;

Et jamais on n'a vu la timide innocence

Passer subitement à l'extrême *licence*. » (*Phèdre* (1677), IV, 2).

¹¹⁰ Education : la licence est la permission d'enseigner en faculté, accordée au terme d'un cursus, puis ce cursus lui-même, et enfin un diplôme universitaire. – Droit public : autorisation d'exercer un certain commerce ou une activité réglementée. La licence délivrée par l'administration est unilatérale et liée à des conditions légales et réglementaires d'obtention ; ce sens toujours actuel est à rapprocher de celui du terme anglais *license*. Citons les licences de débit de boissons, de taxi. *Adde* : la licence d'importation est un document exigé lors de l'importation ou de l'exportation de certaines marchandises soumises au contrôle du commerce extérieur, par exception au principe de libre circulation.

¹¹¹ Citons par exemple ce privilège accordé par François I^{er} le 21 sept. 1520 pour l'ouvrage célèbre de Pierre Fabri, *Le grand et vrai art de pleine rhétorique*, Thomas Ryer et Simon Gruel, Rouen, 1521 : « François, par la grace de Dieu Roy de France (...). Receu avons l'humble supplication de nostre cher et bien amé Symon Gruel, libraire, demourant en notre bonne ville de Rouen, contenant que, pour le bien, proffit et utilité de la chose publicque, il a fait dicter et corriger vng liure nommé la Rethorique tant prosaïque que rithmique de maistre Pierre le Feure, orateur tresexpert, lequel il feroit volontiers imprimer, mais il doute que, après qu'il l'auroit fait imprimer, que plusieurs aultres imprimeurs ou libraires le vouldissent semblablement faire imprimer (...) donnons et octroyons de grâce especial par ses présentes *congïé, licence, permission et octroy* qu'il puisse et luy loise imprimer ou faire imprimer led. liure et icelluy vendre et adenerer ou faire vendre et adenerer, tant par luy que ses facteurs et entremetteurs, iusqu'aud. temps et terme de trois ans prochainement venans. » (Nous soulignons).

Enfin, dans un sens plus technique, mais non juridique pour autant, notons que l'interdit levé par la licence peut toucher jusqu'aux règles de la grammaire – que l'on a d'ailleurs rapprochées des règles de droit¹¹². Norme sociale et parfois presque morale, le respect de la langue française trouve dans la « licence poétique » sa dérogation la plus légitime. Dans ce cas, le poète ne sollicite aucune autorisation. De sa déviation par rapport à la norme orthographique, lexicale ou syntaxique, il prend lui-même la licence, au nom des besoins supérieurs du rythme ou de l'expression¹¹³.

Mais la licence qui nous intéresse se présente sous la forme d'un contrat ; elle n'est ni « prise », ni « octroyée » : elle est consentie. C'est alors le droit positif qu'il convient d'interroger. En propriété intellectuelle, le contrat de licence est défini par Roubier comme le « contrat par lequel le titulaire d'un monopole d'exploitation concède à une personne en tout ou partie la jouissance de son droit d'exploitation »¹¹⁴. Cette définition est tenue pour classique. Plus délicat est le lien que l'on opérera entre ce sens et une qualification juridique précise. Tel sera l'objet de notre thèse.

XII. Limites du sujet – Exclusions. Le choix traditionnel des exclusions est ici d'autant plus nécessaire que l'équivocité des origines semble se maintenir aujourd'hui. Le contrat couramment dénommé « licence de logiciel » est-il une licence ? Très discutée, cette question sera au cœur de nos développements. En revanche, ce qu'une pratique récente désigne comme « licences légales » ou « licences non-volontaires », en dépit de leur nom, n'ont rien de contractuel et sont sans lien direct avec notre sujet. Dans ces hypothèses, le législateur institue de tels mécanismes qui font perdre au droit d'auteur sa composante exclusive de droit d'autoriser et d'interdire pour en faire un simple droit à rémunération équitable¹¹⁵ : droit de reprographie¹¹⁶, droit de prêt¹¹⁷. En revanche, ces mécanismes purement

¹¹² « On ne saurait mieux faire alors que de comparer le juriste non seulement à un médecin ou un chimiste, mais aussi à un grammairien. Les qualifications sont la grammaire du droit. », F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 712, p. 569.

¹¹³ « Oiseaux, nous vous tuons,

Pour que l'arbre nous reste *et sa morne patience*. », René Char, *Les Matinaux* (1950), Gallimard, coll. Pléiade.

¹¹⁴ P. Roubier, *Licences et exclusivités*, (Art. préc.).

¹¹⁵ Evoquant, de manière parfois critique, une « alternative au droit exclusif », v. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 295. Il est intéressant de constater que ces mécanismes, un temps envisagés pour réguler la contrefaçon sur Internet, ont été rapprochés de la conception de Proudhon, celle d'un droit d'auteur comme « droit à honoraires » (P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires*, Dentu, 1863). Sur ce rapprochement, à condition que cette « licence légale » devienne « globale » : A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 151. Sur le sujet, v. par exemple C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec-IRPI, 2004 (spéc. n° 352) ; A. Strowel, *Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?*, Cahiers de la propriété intellectuelle, vol. 3, n° 2, janv. 1991, p. 161.

¹¹⁶ V. l'art L. 122-10 du CPI qui évoque d'ailleurs une « cession ».

légaux sont complémentaires de notre sujet : la licence de droit d'auteur est un contrat laissé, dans un cadre impératif, à la liberté contractuelle ; elle suppose précisément l'absence de « licence légale », qui est la négation même du contrat. Plus que d'en exclure une thématique, il s'agit donc ici de marquer la limite de notre sujet. Ces mécanismes recourent à des sociétés destinées à gérer collectivement ces droits. Plus traditionnellement cependant, la gestion collective des droits d'auteur ne se limite pas à cette fonction de recouvrement et n'est qu'un recours subsidiaire, volontaire, à la traditionnelle gestion individuelle¹¹⁸. Ainsi, l'auteur peut choisir « d'apporter » les principales utilités de son œuvre à un organisme chargé, entre autres, de leur gestion et de leur défense. Si le fonctionnement de ces organismes n'entre pas dans le cadre de notre étude¹¹⁹, en revanche leur activité suscite des contrats d'une importance pratique considérable. Leur relative « banalité » fera l'objet de toute notre attention.

D'autres points dont nous ne traiterons pas, si ce n'est à titre d'illustration le cas échéant, relèvent plus directement du thème de la licence de droit d'auteur et constituent à ce titre de véritables exclusions. Le droit de la concurrence ne fera pas ici l'objet de développements spécifiques ; nous renverrons en la matière à de précédentes études¹²⁰. Néanmoins, ce droit, que l'on prétend étranger à la logique des catégories « civilistes », préconisera parfois la limitation de la durée d'un engagement, d'une exclusivité ; autant d'éléments qui ne pourront nous laisser indifférent. Le droit international privé, domaine trop vaste et répondant à ses propres finalités, ne sera pas abordé pour lui-même. En revanche, les importantes études produites par la doctrine internationaliste sont autant d'actes fondateurs de l'étude des contrats du droit d'auteur, et du droit d'auteur lui-même¹²¹. Leurs distinctions et

¹¹⁷ Sur ces droits : C. Alleaume, *Le prêt des œuvres de l'esprit*, Thèse, Caen, 1997 ; A. Lebois, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droit voisins*, LGDJ, 2004. Il s'agit du prêt ou de la location du support matériel des œuvres. On ne les confondra donc pas avec la location (licence) et le prêt (licence-prêt ou licence gratuite) de l'œuvre, chose incorporelle, protégée par le Livre I^{er} du CPI, qui sont au cœur de notre sujet. Sur l'évolution récente de ces droits (par ex. droit de prêt, codifié par une loi du 18 juin 2003 à l'article L. 133-1 et ss. CPI), v. Ch. Caron, *op. cit.*, n° 326 et ss.

¹¹⁸ Sur la distinction entre ces deux fonctions de la gestion collective : simple fonction de « perception-répartition » de droits à rémunération (licences légales) ou gestion des droits exclusifs des auteurs, volontaire, subsidiaire à la gestion individuelle (par ex. apport du droit de reproduction par l'auteur à la SACEM). F. Siiriainen, J.-Cl. PLA, fasc. 1550 : Théorie générale de la gestion collective. – Logique de droit exclusif de la gestion collective, n° 2 et s.

¹¹⁹ Etude déjà entreprise, v. : A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971 ; F. Siiriainen, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, thèse dactyl., Nice, 1999.

¹²⁰ Par exemple : C. Maréchal, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Coll. Le droit des affaires. Publications de l'IRPI Henri Desbois, 2009 ; V. Peureux, *Recherche sur l'équilibre entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et la liberté communautaire de circulation des marchandises. La mise en œuvre de la théorie de l'épuisement des droits*, Thèse, Montpellier, 2010.

¹²¹ Sur le droit international, v. : A. et H.-J. Lucas, *Traité préc.*, n° 1225 et ss. ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990 ; M. Josselin-Gall, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique. Etude de droit comparé et de droit international*

comparaisons fourniront une matière précieuse à nos analyses¹²². En effet, l'œuvre et ses contrats n'ont pas attendu l'avènement de la numérisation et des réseaux pour se jouer de nos frontières. Le don d'ubiquité de l'œuvre la place au cœur d'échanges internationaux d'où naît une quête d'identité propre¹²³. Rappelons que l'étude de la nature du droit d'auteur et de ses contrats est généralement motivée (ou du moins justifiée) par la recherche d'un résultat juridique tangible. D'autres centres d'intérêt seront écartés, comme le sort de la licence en cas de procédures collectives, le droit fiscal ou encore le droit comptable. Ces thèmes constituent des sujets distincts, qui ne pourraient s'ajouter qu'artificiellement à notre démonstration. En revanche, ils pourraient en constituer autant de suites logiques.

XIII. Exclusions : éléments de droit comparé. La comparaison des systèmes juridiques est plus systématique dans les ouvrages de droit d'auteur anciens que dans les plus récents, comme si notre législation aspirait désormais à une certaine suffisance. Dès lors, à quelques exceptions près, cette approche comparatiste semble réservée à des études dédiées¹²⁴. Sans doute attend-on de l'Union Européenne un rapprochement entre législations

privé, GLN Joly, 1995 ; J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996 ; A. Vacher-Roederer, *Les licences internationales de droits de la propriété intellectuelle – Contribution à la théorie du contrat de licence*, Thèse, Paris 2, 2007 ; *adde* : M. Walter, *La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur et les conflits de lois*, RIDA, janv. 1976, p. 45.

¹²² D'ailleurs, les outils laissés par l'internationaliste sont d'une polyvalence telle que nous en ferons à notre tour l'usage. Ainsi, envisageant la notion de « prestation caractéristique » au travers ses différentes fonctions, en droit interne et en droit international : M.-E., Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.

¹²³ Ce qui est précisément l'objet de la thèse de M. Raynard (*op. cit.*, v. spéc. n° 8 et ss. sur les origines historiques de la protection de l'œuvre de l'esprit dans un contexte international).

¹²⁴ Par ex. : A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright divergences et convergences Etude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993 (quoique n'abordant pas la question contractuelle) ; A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité, Etude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002 ; M. Josselin-Gall, *op. cit.* ; M. Markellou, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, Thèse, Montpellier, 2009 ; *adde* : M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli, C. Wallaert, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003. – Pour quelques articles et études de référence, v. par ex. : A. Dietz, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne. Etude réalisée à la demande de la Commission des CE*, Coll. études Série secteur culturel n° 2, Bruxelles, juill. 1976 ; du même auteur : *Le droit primaire des contrats d'auteur dans les états membres de la communauté européenne. Situation législative et suggestions de réforme. Etude réalisée à la demande de la commission des CE*. Publications de la commission – Etudes, série secteur culturel, 4, 1981 ; G. Boytha, *La législation nationale relative aux contrats d'auteur dans les pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale*, *Le Droit d'auteur*, oct. 1991, p. 208 ; du même auteur, *Le développement des dispositions législatives relatives aux contrats d'auteurs*, RIDA, juil. 1987, n° 133, p. 41 ; D. De Freitas, *Les contrats de droit d'auteur. Etude des clauses des contrats d'exploitation d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans le cadre du régime juridique des pays de common law*, *Le Droit d'auteur*, nov. 1991, p. 232 ; D. Reimer, *Remarques de droit comparé sur la liberté des contrats en matière de droit d'auteur*, RIDA, avril 1977, LXXXII, p. 3 ; *adde* : J. A. L. Sterling, *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003 (spéc. n°1.14 et ss. sur les différences entre *copyright* et *author's right*).

nationales¹²⁵. La Directive n° 2001/29 du 22 mai 2006 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) constitue un exemple intéressant. Son considérant n° 30 indique : « 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. ». Ce que l'on peut comprendre en deux sens : à chaque pays son propre système de qualifications contractuelles des contrats du droit d'auteur ; ou encore : la reconnaissance de la cession aux côtés de la licence n'est pas incompatible avec ces différentes législations. En raison de la source et de l'objet de ce texte, la première interprétation semble raisonnablement la meilleure. Exclure la dimension comparatiste de cette recherche ne nous privera cependant pas de nourrir notre réflexion de quelques exemples empruntés à d'autres systèmes ; dès à présent, il importe de nous pencher sur quelques-uns des plus significatifs.

D'autres systèmes juridiques relevant du droit continental (famille dite romano-germanique), qui évoquent pareillement la « transmission », la « cession » du droit d'auteur, sont susceptibles d'offrir des incertitudes comparables à celles du système français quant à la qualification contractuelle. Il en va ainsi du droit italien¹²⁶, qui tout en évoquant la *transmission* du droit d'auteur, fixe une durée limitée au contrat d'édition¹²⁷ qui évoquera davantage la licence, la concession (« *l'autore concede* », article 118 de la loi n° 633 du 22 avril 1941, modifiée¹²⁸), que la « *trasmissione* » ou l'« *alienazione* » pourtant annoncées par la même loi (v. art. 107 et 117). Le système espagnol, dans le même esprit, recourt à la notion de cession, mais impose sa délimitation dans un esprit très proche du droit français. Précision originale cependant : à défaut d'indication dans l'acte, le contrat voit sa durée

¹²⁵ « Afin de faciliter un harmonisation européenne, il serait souhaitable de reconnaître, à côté de la cession (seul terme utilisé dans le Code français de la propriété intellectuelle), la concession de droit d'auteur (« licence »), n'opérant aucun transfert de propriété au profit de l'exploitant. Ces différentes qualifications contractuelles existent dans de nombreux pays européens et sont reprises dans de nombreux textes communautaires. », Ch. Geiger, in *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Rencontres franco-allemandes*, M. Bouyssi-Ruch, Ch. Geiger, R. M. Hilty (dir.), Litec-Éditions du JurisClasseur, 2007, n° 29, p. 522.

¹²⁶ Relevant que la « transmission » visée par la loi italienne (v. note *infra*) inclut les notions de cession et de concession : V. de Sanctis, En matière de transmission du droit d'auteur, Etudes sur la propriété industrielle littéraire et artistique, in *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 287.

¹²⁷ Moyennant quelques exceptions, la loi transalpine limite la durée des contrats d'édition à 20 ans. Il existe en fait deux contrats assez proches : contrat *per edizione* et contrat *a termine*. Le contrat dit « *per edizione* » (pour édition) confère à l'éditeur le droit de réaliser une ou plusieurs éditions dans un délai de 20 ans à compter de la livraison du manuscrit complet. À défaut d'indications, le contrat est réputé avoir pour objet une seule édition d'un tirage maximum de 2000 exemplaires. Le contrat d'édition dit « *a termine* » (à terme) confère quant à lui à l'éditeur le droit de réaliser le nombre d'éditions qu'il estime nécessaire pendant le délai fixé, qui ne peut excéder 20 ans. Ce délai de 20 ans ne s'applique pas aux contrats d'édition concernant certains types d'œuvres (les encyclopédies et les dictionnaires ; les esquisses, dessins, gravures, illustrations, photographies et œuvres similaires à usage industriel ; les travaux de cartographie ; les œuvres dramatico-musicales et symphoniques).

¹²⁸ Loi n° 633 du 22 avril 1941 : *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* (Loi sur la protection du droit d'auteur et des droits voisins).

limitée à 5 ans (article 43 de la loi espagnole du 11 novembre 1987) ; le contrat d'édition est limité à une durée de 15 ans (art. 69). Ces modalités relèvent davantage de la licence que de la cession, bien que celle-ci soit également envisageable¹²⁹. Le système allemand, quant à lui, est souvent présenté comme détenant une part d'originalité : la conception moniste qu'il déploie rend en effet indissociable la composante morale et la composante patrimoniale¹³⁰. Ce système interdirait le recours à la notion de cession au profit de celle de concession, c'est-à-dire de licence. On observera cependant que ce système atteint des résultats comparables au nôtre, et permet à l'exploitant d'être investi définitivement du droit « concédé »¹³¹. La loi belge propose en revanche une typologie plus nette, qui correspond à celle que le droit français connaît sans la nommer : « Article 3. § 1. Les droits patrimoniaux sont mobiliers, cessibles et transmissibles, en tout ou en partie, conformément aux règles du Code civil. Ils peuvent notamment faire l'objet d'une aliénation ou d'une licence simple ou exclusive. »¹³². Ces systèmes ont pour point commun avec le nôtre l'élaboration de contrats aux régimes détaillés, organisant l'exploitation de l'œuvre (édition, représentation), au lieu de la seule évocation de l'autorisation d'exploiter (licence et/ou cession).

Au-delà du jeu stimulant des ressemblances et des différences, l'étude des solutions retenues par d'autres systèmes juridiques, et particulièrement le système de *copyright*, est parfois une source de remise en question, et présente à ce titre un intérêt véritable. Dans un article à l'objectivité éclairante, Monsieur Dietz¹³³ rappelle qu'un principe de non-identité de la durée du droit et de la durée du contrat, méconnu du droit français, s'est épanoui dès les origines du *copyright* ; on en retrouve aujourd'hui l'idée dans le droit inaliénable de résilier l'*assignment* (cession) ou la *license* après 35 ans en *copyright* américain¹³⁴. Or, ce système est

¹²⁹ Sur ces dispositions (loi 22/1987), notant la possibilité théorique d'une vente, v. M. Josselin-Gall, *op. cit.*, n° 62 et ss.

¹³⁰ Pour une référence récente (la loi allemande du 9 sept. 1965 « *Urheberrechtsgesetz* » dite « *UrhG* », réformée le 22 mars 2002) : A. Lucas-Schloetter, Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002, Prop. intell., act. 2005, n° 17, p. 403.

¹³¹ Sur la proximité possible de certaines « concessions » avec la cession admise par la loi française : M. Josselin-Gall, *op. cit.* n° 57 et s. ; A. Dietz, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, étude préc. n° 532. Le système allemand, considéré comme « l'inventeur » du droit moral, sera évoqué plus loin. Il est intéressant de constater que ce système très attaché aux intérêts moraux de l'auteur parvient à des solutions pourtant très libérales par ailleurs (comme l'absence théorique de formalisme contractuel).

¹³² La loi belge du 30 juin 1994 officialise ces distinctions (elle fait suite à une loi du 22 mars 1886), v. A. Cruquenaire, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Larcier, Coll. Création Information Communication, 2007, v. n° 15.

¹³³ A. Dietz, Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 107. V. aussi : D. De Freitas, *op. cit.*, n° 150.

¹³⁴ *United States Code, Title 17 – Copyright (Copyright Act du 19 oct. 1976)* : « Résiliation des transferts opérés et des licences concédées par l'auteur : Art. 203. - a) *Conditions de la résiliation*. Dans le cas d'une œuvre autre qu'une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services, le transfert ou la concession

réputé pour la grande liberté contractuelle et son ignorance relative des intérêts moraux de l'auteur. L'idée de ne pas calquer la durée du contrat sur celle du droit ne serait pourtant en rien étrangère à la tradition française du droit d'auteur¹³⁵. A tenter une comparaison, la *termination of rights* ne heurterait en rien l'esprit de notre loi, système en partie dérogatoire dans un objectif de protection de la partie faible. Pour le reste, si le système des contrats du *copyright* se prête à la comparaison, il diffère toutefois du système contractuel du droit d'auteur, dont il ne peut être la transposition. La distinction entre l'*assignment* et l'*exclusive* ou la *simple license*¹³⁶ ne reprend pas celle que nous voudrions établir entre cession et licence : elle tient davantage à l'étendue des droits cédés qu'à une qualification telle que nous l'entendrons. Ainsi, l'*assignment* peut être temporaire... tout comme la *license*. Il est vrai que la licence, du fait de la circulation des œuvres sur les réseaux et des pratiques en matière de logiciel, est souvent reliée à la terminologie anglo-saxonne de la *license* (également *Licence*). Or, ce rapprochement pourrait s'avérer trompeur.

La reconnaissance de la licence en France conduira, de fait, à une harmonisation souhaitable qui facilitera la compréhension entre des acteurs de la création qui se jouent des frontières. Mais il nous importe de démontrer que la licence de droit d'auteur, si elle peut produire des effets similaires et constituer un langage commun, n'est pas le fruit de la transposition de la *license of copyright*. Elle est avant tout, ce qu'il conviendra de démontrer, la transposition du contrat de bail. Aussi souhaitable soit-elle, la recherche d'une harmonisation des systèmes juridiques nous paraît en revanche constituer une impasse intellectuelle, en termes de méthode, lorsqu'il s'agit d'affirmer l'existence d'une institution¹³⁷ contractuelle dans notre droit.

sous licence, à titre exclusif ou non, du droit d'auteur ou de tout droit qui s'y attache, effectué par l'auteur au 1^{er} janvier 1978 ou après cette date, autrement que par testament, peut être résilié dans les conditions suivantes : (...) 3) La résiliation du transfert ou de la licence peut intervenir à tout moment au cours d'une période de cinq ans commençant à l'expiration des 35 années qui suivent la date à laquelle le transfert a été opéré ou la licence concédée (...) » (version française disponible sur le site de l'OMPI : www.wipo.int). V. M. Josselin-Gall, thèse préc., sur les contrats du *copyright* anglais (v. n° 74) et ss. et américain (v. n° 86 et ss).

¹³⁵ M. Dietz l'analyse ainsi : « Cet exemple important qui, semble-t-il, est trop peu connu en Europe, mériterait d'être étudié dans un contexte plus large analysant, tout en recherchant d'autres exemples d'autres pays, les raisons pour lesquelles un tel principe de non-identité entre durée de protection et durée du contrat devrait plutôt être la règle que l'exception. », A. Dietz, Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 107. On ne s'étonnera donc pas de voir ce mécanisme évoqué favorablement par une doctrine par ailleurs très attachée à la tradition française du droit d'auteur. V. en ce sens : F. Pollaud-Dulian, La durée du droit d'auteur, RIDA, avril 1998, n° 176, p. 83 (v. spéc. p. 155).

¹³⁶ Sur lesquelles : M. et D. Nimmer, *Nimmer on copyright*, Matthew Bender éd., 1984, vol. 3, v. ch. 10 : *Assignments, licenses, and other transfers of rights*.

¹³⁷ Institution, ici dans un sens large : « toute organisation créée par la coutume ou la loi positive, fût-elle un simple moyen de la technique juridique » M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916, p. 109.

L'étude de la licence de droit d'auteur interroge avant tout les catégories du droit civil. Ces catégories étant multiples, selon quel ordre, selon quelle méthode devons-nous opérer ?

XIV. L'étude de la licence de droit d'auteur interroge les catégories du droit civil¹³⁸. Au premier chef, c'est donc la catégorie des contrats autorisant un usage temporaire d'une chose qui est ici en jeu. On songe principalement – mais non pas exclusivement – au contrat de bail. Est-il nécessairement exclusif, temporaire, onéreux ? Si la contrepartie de la jouissance de l'œuvre n'est plus un loyer, une redevance, mais une part sociale, s'agit-il toujours d'un contrat de licence ? Comment ce qui n'est pas caractéristique pourrait-il disqualifier un contrat ? Lorsque l'auteur, dit-on, « apporte » son œuvre à une société de gestion collective, sans que cet apport ne donne lieu en tant que tel à l'attribution d'une part sociale, c'est bien la notion d'apport en société qui sera jaugée. Lorsque l'auteur se satisfera de l'intérêt moral et de la notoriété que lui procure la diffusion de son œuvre, la qualification de bail devra céder le pas à celle de prêt, quand bien même celui-ci serait « intéressé ». Avant de qualifier et d'élaborer un régime, encore faut-il s'entendre sur ce qui, dans un contrat, est onéreux ou gratuit. Parce qu'elles constituent autant de prérequis à l'étude des contrats, d'autres catégories cardinales seront interrogées. On enseigne ainsi que le contrat est « nommé » dès lors que la loi l'identifie et le pourvoit d'un régime. Mais comment expliquer alors que les contrats de notre matière, régis pas la loi depuis plus d'un demi-siècle, soient encore tenus pour « innommés » ou « *sui generis* » ? C'est probablement que ces notions, sous la rassurante apparence de la *summa divisio*, sont également plus nuancées qu'il n'y paraît.

Cet exercice est des plus stimulants. A chaque époque sa comparaison, ses sous-entendus. Hier, le contrat liant l'auteur avec son exploitant était comparé, en droit comme en littérature, au métayage¹³⁹ : preuve des liens vitaux tissés autour d'un fonds si particulier. Il le

¹³⁸ Ce qui est naturel dans la mesure où le travail de qualification consiste, avec les limites que l'on verra, à faire entrer les données des contrats du droit d'auteur dans les catégories du droit civil. Nous verrons également ce qu'il peut y avoir de réducteur à ne tenir pour « qualifié » que ce qui satisfait aux catégories du Code civil.

¹³⁹ - *En littérature* : « « Mes anciens fermiers », dit Balzac. Si l'artiste est noble, s'il est un aristocrate de la pensée, ses éditeurs ne peuvent être que des métayers auxquels il consent une sorte d'avance foncière : le manuscrit à transformer en livre. À ces exploitants, il revient de faire les avances financières nécessaires et de verser une redevance – des droits d'auteur – au propriétaire. », S. Vachon, Les « fermiers » d'Honoré de Balzac, *L'Année balzacienne*, 2000/1, n° 1, p. 25. C'est également le contrat « à compte d'auteur » qui est visé ici, aujourd'hui nettement distingué, en droit comme « sociologiquement », du contrat d'édition à proprement parler, qui n'implique aucune participation financière à la charge de l'auteur.

- *En droit* : M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, n° 181, p. 127 et s. Cet auteur compare le contrat d'édition avec le métayage, forme spéciale de bail par laquelle « un bien rural est donné à bail à un preneur qui s'engage à le cultiver sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur » (art. 417-1 du Code rural). Mais le rattachement de cette dernière formule au bail n'est pas acquis, et on le

fut ensuite à une société en participation, mettant en avant l'intérêt commun que les parties trouvent à leur rencontre. Mais n'oublions pas que l'exploitant se doit de faire fructifier une chose immatérielle appartenant à autrui : le contrat sera comparé à la location-gérance, aujourd'hui à la fiducie-gestion. A l'extrême, lorsque les utilités de l'œuvre audiovisuelle ne seront tenues que pour un court instant, il sera comparé à l'antique *precarium*. Ces tentatives d'assimilation sont toujours saisissantes, jusqu'à ce qu'à la faveur d'une analyse plus minutieuse, l'étape de l'analogie soit franchie. Rattacher les contrats du droit d'auteur au droit civil poursuit un louable objectif de rationalisation ; or, les formules de notre Code civil n'offrent pas toujours des bases intangibles que l'on pourrait espérer.

Notre objectif est donc de parvenir à une meilleure connaissance de la licence de droit d'auteur. Or, identifier et classer la licence suppose évidemment pour point de départ une vue d'ensemble sur les contrats de la matière dans laquelle nous cherchons à la situer. En tenant compte des acquis de la doctrine, il convient d'élaborer la méthode la plus propice à cette fin.

XV. Méthode « traditionnelle » d'étude des contrats du droit d'auteur : droit spécial et droit commun. La conciliation ou la confrontation du général (droit civil) et du spécial (droit d'auteur) est devenue une démarche récurrente de la doctrine attachée à la connaissance des différents contrats du droit d'auteur¹⁴⁰. Cette confrontation accède à la maturité, au point qu'il est permis d'y voir une véritable méthode consacrée en la matière. Le droit d'auteur constitue un terrain des plus fertiles pour ces investigations. La liberté de s'obliger, tenue pour une émanation du général, entrera en contradiction avec le spécial.

rapproche volontiers de la société sans personnalité morale (v. par ex. Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. 5, Ed. Techniques SA, 6^e éd., 1946, par P. Esmein, § 371, p. 351 ; le continuateur de cette tradition penche davantage en faveur du bail). Notons que le contrat d'exploitation du droit d'auteur se voit une fois de plus rapproché, pour l'exemple, d'un contrat ancien dont l'identité complexe est finalement d'un secours très relatif.

¹⁴⁰ La démarche apparaît dans le plan d'ensemble de plusieurs thèses récentes, qu'elles portent sur un contrat en particulier ou qu'elles embrassent la matière. C'est le cas de la thèse de Mme Denoix de Saint Marc sur le contrat de commande en droit d'auteur : celui-ci est rapproché du contrat d'entreprise avant d'être confronté à la problématique de la protection de l'auteur, v. S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, *passim*. – La thèse de M. Montels sur les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles présente les apports du droit spécial des contrats d'auteur avant d'envisager les apports du droit commun des contrats, v. B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, *passim*. – La même remarque peut être faite pour la thèse de M. Raimond qui construit son œuvre de qualification du contrat d'auteur « au regard du droit d'auteur » puis « au regard du droit civil », v. S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec-IRPI, 2009, *passim*. – La thèse de Mme Blanc ne reprend pas cette opposition dans son plan d'ensemble, mais la fait apparaître comme un motif conducteur tout au long de sa recherche : les contrats sont qualifiés « en droit d'auteur » puis « en droit civil » (démarche que nous aurons l'occasion de critiquer) ; ensuite, il est noté que leur régime laisse apparaître en certains cas une « complémentarité entre le droit civil et le droit d'auteur », et dans d'autres cas un « conflit », v. N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, *passim*.

Ainsi, la prise en compte par le droit de l'intérêt particulier de l'auteur justifiera des atteintes à l'exercice de cette liberté « surveillée »¹⁴¹. En pareil cas, le « spécial » aura vocation à triompher du « général »¹⁴². Mais encore faut-il, pour que ce schéma rassurant s'épanouisse, que la règle présentée comme spéciale ne soit pas une simple modalité particulière de la règle générale. La doctrine remarquera donc l'inflexion ou l'éviction des qualifications et des régimes de droit commun par les régimes spéciaux, tout en notant que les seconds ne sont bien souvent que de simples expressions des premiers¹⁴³, et que la loi spéciale invite parfois à revenir au droit commun¹⁴⁴. Mais le droit commun connaît différentes strates¹⁴⁵, et il arrive que ce qui est « commun » ou « spécial » soit affaire de point d'observation. Certaines règles originales resteront irréductibles et justifieront le rang de « droit spécial ». Mais l'on s'accordera plus généralement – quant à l'architecture des contrats, et plus rarement quant à la nature du droit de l'auteur – à inscrire le droit d'auteur dans le fonds commun des notions du droit civil¹⁴⁶. Là où l'intérêt de l'auteur justifie – dit-on – l'affirmation de la spécificité de la propriété littéraire et artistique comme institution¹⁴⁷, la reconnaissance de celle-ci en tant que discipline juridique digne d'étude semble exiger son rattachement au droit privé.

XVI. Méthode retenue pour l'étude de la licence de droit d'auteur : la distinction du contrat d'autorisation et du contrat organisant une exploitation. Rien ne devrait, à notre sens, remettre en cause l'esprit général de cette démarche confrontant et cherchant à concilier le droit spécial et le droit commun. Toutefois, non par souci d'originalité mais afin d'échapper aux inconvénients traditionnels de cette méthode, nous avons choisi de l'adapter à notre propos.

Le trouble qui ne tarde pas à s'élever lorsque l'on s'intéresse au lien juridique entre l'auteur et l'exploitant de son œuvre résulte probablement d'une complexité intrinsèque. Mais

¹⁴¹ Sur cette expression : A. Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, Chron., p. 55.

¹⁴² *Specialia generalibus derogant*. Percant le sens et les limites des interprétations de cette règle de conflit, v. Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 365 et ss.

¹⁴³ Par ex. art. L. 132-26 du CPI : « L'auteur garantit au producteur l'exercice paisible des droits cédés. »

¹⁴⁴ Essentiellement, l'article L. 131-2 du CPI : « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. / Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du Code civil sont applicables. ».

¹⁴⁵ On peut dire de l'article du CPI précité qu'il renvoie au droit commun. Mais si « l'autre cas » est une licence conclue sans écrit, c'est-à-dire un *bail verbal*, quel « droit commun » doit-on appliquer ?

¹⁴⁶ Nous avons tâché de démontrer que les droits moraux, tout comme les dispositifs impératifs intéressant l'aspect patrimonial du droit d'auteur, n'ont pas vocation à influencer sur les qualifications des contrats du droit d'auteur.

¹⁴⁷ Voir son déclassement en droit *sui generis* (v. *supra*, n° 16).

il est également le fruit d'une série de confusions, d'amalgames parfois voulus : nous voudrions que cette thèse contribue à les dissiper.

Fidèles au vocabulaire de la loi, certains s'étonneront que la « cession » composant le contrat d'édition ou de production impose au « cessionnaire » l'exploitation de la chose cédée, ainsi que de multiples obligations prenant la forme d'actes aussi bien matériels que juridiques (initier la réalisation d'une œuvre, la conception et la fabrication d'exemplaires, organiser des opérations de promotion, requérir des financements, etc.) ; qu'elle puisse être résiliée après un temps ; que la chose acquise ne puisse être librement revendue. Reconnaisant qu'un contrat d'édition ne peut certes se voir réduit à une vente ou un bail, on conclura hâtivement à l'originalité de la « cession » contenue dans cet important contrat, voire à l'originalité de tout contrat en droit d'auteur¹⁴⁸. *Or, est-il satisfaisant d'inférer ainsi d'un contrat complexe la spécificité de l'autorisation qu'il contient, alors même que celle-ci n'en est qu'un élément ?*

D'autres, à l'opposé, s'efforceront de concilier tous les contrats du droit d'auteur avec des modèles connus. Le contrat d'édition ou de production audiovisuelle serait ainsi une variété de vente... mais avec charge d'exploitation¹⁴⁹. A moins qu'il ne s'agisse d'un bail... mais possiblement perpétuel¹⁵⁰. Dans le but d'inscrire à tout prix les contrats du droit d'auteur dans des schémas connus, on tentera de réduire, dans une synthèse extrême, les obligations de chacun. *Or, l'assimilation pure et simple de ces contrats avec la mise à disposition ou le transfert qu'ils contiennent n'est-elle pas profondément réductrice ?*

Si l'autorisation donnée par l'auteur à son exploitant peut – considérée en elle-même – relever d'une véritable vente ou d'un simple bail, en revanche, lorsque cette autorisation s'accompagne d'un ensemble cohérent d'obligations concourant à l'exploitation d'une œuvre, la « simplicité » devra parfois céder la place à la « complexité ». Nous constaterons tout au long de cette recherche qu'assimiler un contrat d'édition, de production ou de représentation (ainsi que d'autres opérations innommées), aux formules élémentaires fournies par le Code civil conduit à bien des confusions, tant en matière de qualifications contractuelles que de régimes.

¹⁴⁸ V. notamment B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 479.

¹⁴⁹ V. notamment N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 298.

¹⁵⁰ V. notamment S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec-IRPI, 2009, n° 576.

Les différentes démarches sommairement évoquées et critiquées ici résultent selon nous de notre loi sur le droit d'auteur, qui a toujours privilégié l'élaboration de contrats aux régimes impératifs, spéciaux, en négligeant la définition de la nature juridique de l'acte par lequel l'auteur autorise autrui à exploiter son œuvre. Par conséquent, l'étude des contrats du droit d'auteur classiquement menée en distinguant droit spécial et droit commun gagne également à s'appuyer sur une démarche tout aussi porteuse de sens : *celle qui distingue l'autorisation par laquelle l'auteur confère le droit d'exploiter à son cocontractant et le contrat qui organisera effectivement cette exploitation*. Cette différenciation nous permettra d'identifier et de définir les traits de régime propres à la licence de droit d'auteur.

Certains éléments de régime trouveront leur fondement dans l'autorisation que nous aurons généralement qualifiée de licence, ou encore de cession (obligation de *praestare* ou de donner), et d'autres dans les statuts impératifs des contrats d'exploitation du CPI (obligations de faire s'ajoutant à l'autorisation). La licence étant, par hypothèse, une transposition du louage de choses, tandis que les contrats d'exploitation relèvent quant à eux d'une loi spéciale, la distinction mettra donc en œuvre de manière sous-jacente la question de la cohabitation du droit civil et du droit spécial. Cependant, cette question ne sera pas nécessairement hissée au premier plan. En effet, sans nier l'intérêt didactique de la distinction du spécial et du général, des éléments tenus pour « spéciaux » dévoileront dans ces lignes une certaine « banalité », leur originalité tenant davantage à leur caractère contraignant en droit d'auteur qu'à leurs mécanismes, somme toute inspirés de schémas éprouvés du droit commun¹⁵¹. En outre, il existe des degrés entre le général et le spécial. Ce qui relève de la licence, que nous tâcherons de qualifier dans les termes du droit civil, relève aussi bien d'une articulation des dispositions « générales » et « spéciales » du CPI que du droit commun des contrats et des contrats spéciaux¹⁵². Ce qui relève du contrat spécial organisant l'exploitation de l'œuvre peut figurer dans les dispositions « générales » du CPI¹⁵³. Enfin, ce qui est propre à certains contrats du CPI pourra se voir étendu, à tort ou à raison, à des cas tenus pour analogues¹⁵⁴. Faire la part des choses entre ce qui est authentiquement commun ou spécial ne

¹⁵¹ Par exemple, l'obligation de déterminer la destination des droits « cédés », ou encore le principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur, apparaissent comme des spécificités de la matière. Or, elles sont parfaitement compatibles avec les qualifications contractuelles du Code civil. Nous oserons le même constat s'agissant des droits moraux, dont les mécanismes ressortissent dans leurs grands traits au droit commun des obligations.

¹⁵² Détermination de l'objet des autorisations, obligations de délivrance, de garantie.

¹⁵³ Par exemple les principaux éléments relatifs à la formation du contrat.

¹⁵⁴ Par exemple l'obligation d'exploiter.

va donc pas de soi, et ne saurait tenir à la présence d'une règle dans tel ou tel code¹⁵⁵. De même, pour notre distinction, ce qui relève de l'un (contrat d'autorisation) ou de l'autre (contrat d'exploitation) n'ira pas sans débats ; car au-delà de la technique juridique faisant normalement primer le spécial sur le général, pourvu qu'il y ait matière à conflit, c'est la protection de l'auteur qui appellera l'application de certaines règles ou l'éviction d'autres. Au risque de heurter certaines attentes quant aux suites de tout travail de qualification, il arrivera qu'un régime ne se présente pas comme la stricte déduction d'une nature juridique¹⁵⁶. Dans notre matière, le recours à l'analogie relève parfois bien plus de l'opportunité que de la similitude des situations¹⁵⁷. L'un des objectifs de notre loi sur le droit d'auteur étant précisément la protection des intérêts de ce dernier, l'analogie est, dans notre discipline, souvent portée à ses extrémités. Sans méconnaître cet esprit, nous nous emploierons à rétablir certains mécanismes juridiques dans leurs domaines propres.

XVII. Plan. La licence de droit d'auteur appréhendée comme contrat spécial du droit d'auteur – la licence de droit d'auteur, appréhendée en tant que composante d'un contrat d'exploitation de l'œuvre. L'étude de la licence de droit d'auteur, visant à éclairer sa nature et son régime, présente un double aspect que la structure de la présente recherche s'emploiera à refléter.

- *Le donneur de licence*¹⁵⁸ autorise autrui à faire usage de son œuvre pour une durée limitée, mettant ainsi cette œuvre à sa disposition, en principe contre un prix. Parfois

¹⁵⁵ D. Mazeaud, L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 73, spéc. n° 2.

¹⁵⁶ Si la nature commande le régime, des correctifs sont offerts aux conséquences indésirables de ce raisonnement. Ces correctifs sont rationnels (l'induction, l'analogie, le raisonnement *a contrario*, la dialectique). Ils peuvent être empiriques, tels l'opportunité. V. sur ce point J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, 255.

¹⁵⁷ « Pour tous et partout l'analogie est un raisonnement, et le raisonnement par analogie ou extension analogique, un procédé d'interprétation du droit qui consiste à appliquer par identité de raison *a pari (ratione)*, à un cas non réglé par le droit, la solution établie pour un cas semblable. », G. Cornu, Le règne discret de l'analogie, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129.

¹⁵⁸ Le donneur de licence peut être l'auteur mais également toute personne titulaire d'un droit sur l'œuvre (usufruitier) ou habilité à conclure en vertu d'une première licence. Rapp. : « Ainsi le terme « bailleur » n'est pas de la langue courante, laquelle ne connaît que le propriétaire. Mais le droit a fait l'expérience qu'un local peut être donné à bail par un autre que le propriétaire (...) les droits et obligations de celui qui donne à bail étant en principe les mêmes, qu'il soit propriétaire, usufruitier ou locataire principal, il est plus simple de parler de bailleur que de dire chaque fois « celui qui donne à bail », H. Batiffol, Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35. Mais en matière de licence, un tel substantif manque. On dira indifféremment « donneur de licence » ou « concédant ». Ils seront souvent, mais non systématiquement le propriétaire, c'est-à-dire l'auteur.

contraignante en raison d'éléments de régime impératifs et pointilleux dispensés par le CPI, cette opération – la licence de droit d'auteur – demeure assez sommaire dans son principe. Nous nous efforcerons de démontrer que son architecture n'est pas différente des schémas hérités du Code civil pour la circulation des utilités des choses. L'idée d'autorisation gouverne cette opération contractuelle élémentaire, sans que l'exploitation de l'œuvre n'entre explicitement dans le champ contractuel ou ne soit dotée d'un caractère obligatoire¹⁵⁹. Dans un premier temps, la licence sera donc envisagée pour elle-même, en tant que contrat spécial autorisant l'exploitation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur (*Partie I*).

- Cependant, cette licence-autorisation n'est souvent que le radical, qu'un élément essentiel d'un contrat plus *complexe* organisant concrètement l'*exploitation* de l'œuvre. L'autorisation que consent l'auteur (la licence) s'intégrera alors dans un contrat d'exploitation nommé (édition, représentation, production audiovisuelle) ou innommé ; elle entretiendra avec lui des rapports réciproques. Le contenu obligationnel¹⁶⁰ porté par la licence complétera le régime impératif du contrat d'exploitation (jouissance, garantie, principe d'un prix), tandis que ce régime impératif imprimera sa marque sur le contenu de la licence (formalisme, durée parfois, obligation d'exploitation, modalités de détermination du prix, etc.). Nous vérifierons l'hypothèse du rattachement de la licence au bail et, sous réserves, de la cession à la vente ; mais ce faisant, nous verrons qu'il serait vain de réduire tous les contrats d'exploitation de l'œuvre aux formules élémentaires de vente ou de bail. Un tel rattachement, en un sens, ne rendrait pas compte de la réalité de ces contrats d'exploitation ; en un autre sens, il déformerait inutilement les catégories du Code civil. C'est précisément cette rencontre qui fera l'objet de notre seconde partie ; il importe donc que les caractères propres, les fondements théoriques de cette licence-autorisation aient été clairement définis dans la première. En effet, il apparaîtra au fil de notre étude que la lecture des contrats du droit d'auteur se voit trop souvent obscurcie par la confusion entre une licence entendue comme simple mise à disposition de l'œuvre, relevant d'une simple autorisation, et d'autre part le

¹⁵⁹ Ces contrats sont parfois désignés par le terme de « cession pure et simple ». En fait, ils peuvent aussi bien consister en des licences. On en trouve dans tous les domaines, y compris en matière littéraire (comme la « cession » des droits d'adaptation entre un éditeur et un producteur, qui est souvent une licence). Le domaine de l'audiovisuel en fait une pratique quotidienne (contrats « d'achat » de droits de télédiffusion), limités à quelques mois et à quelques passages. L'Internet est également une importante source de licences. D'autres cas que nous avons pu relever personnellement sont plus originaux (comme le contrat par lequel un photographe concède ses œuvres à une personne de droit public, l'autorisant à produire et diffuser des cartes postales sans obligation de procéder à cette exploitation). Il serait vain d'entreprendre ici une liste des différentes licences de droit d'auteur : les cas pertinents apparaîtront à leur juste place tout au long de cette recherche.

¹⁶⁰ Sur cette notion : P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771.

contrat d'exploitation de l'œuvre intégrant en son sein cette licence. En menant à bien ce travail de distinction, nous voudrions contribuer à éclaircir autant que possible la lecture de ces contrats (*Partie II*).

Partie I - LA LICENCE, CONTRAT SPECIAL AUTORISANT L'EXPLOITATION DU DROIT D'AUTEUR

Partie II - LA LICENCE, COMPOSANTE COMMUNE AUX CONTRATS D'EXPLOITATION DU DROIT D'AUTEUR

PREMIERE PARTIE
LA LICENCE, CONTRAT SPECIAL
AUTORISANT L'EXPLOITATION DU
DROIT D'AUTEUR

1. Objet du contrat de licence et objet de la prestation du donneur de licence.

Eriger l'objet du contrat de licence en élément de qualification est une approche pour le moins classique : il s'agit de tirer de l'examen du « contenu du contrat »¹⁶¹ les traits marquants de son identité, et cette « identité » n'est autre que sa qualification.

Néanmoins, classicisme ne signifie pas simplicité, tant il est commun de relever l'ambiguïté de la notion d'objet, susceptible de diverses perceptions, chacune étant en fait relative à la notion à laquelle on l'applique. L'objet désignera dans les termes mêmes du Code civil, l'objet de l'obligation (articles 1129 à 1130 du Code civil), c'est-à-dire la prestation, censée refléter une acception stricte, voire « correcte », de la notion¹⁶². Selon une conception plus compréhensive (articles 1126 à 1128 du Code civil), « l'objet du contrat » pourra également désigner l'opération juridique voulue des parties¹⁶³. Cette dernière acception suggère une approche globale de l'opération contractuelle¹⁶⁴. Alors même que l'on en fait un outil d'identification et de classement des contrats, la notion est parfois réduite à celle de

¹⁶¹ Classiquement, l'étude du « contenu du contrat » consiste dans l'étude de son objet, de sa cause et de sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs (v., par ex : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 264.).

¹⁶² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 265 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 596 ; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, 10^e éd., Litec, 2007, n° 232.

¹⁶³ H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 231 et n° 244. Ce sens est relevé dans tous les ouvrages de droit des obligations cités. Pour une étude approfondie de cette acception de la notion d'objet, prise comme « la finalité globale et immédiate poursuivie par les parties » ou encore « l'opération juridique concrète voulue par les parties », dépassant la juxtaposition des obligations, v. A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005, v. par ex. n° 371. Sur la distinction de la notion d'objet du contrat de la notion de cause, qui lui est souvent rapprochée dans ses différentes acceptions. (v. *Ibid.* n° 436 et ss.). – Sur les différentes acceptions de la notion d'objet, *adde* : J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 675 et ss.

¹⁶⁴ V. en ce sens : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, op. cit., loc. cit.* – Notons que la notion d'objet du contrat ainsi comprise est contestée dans son utilité. Par exemple, l'illicéité de « l'objet du contrat » peut être atteinte au travers des notions d'objet des obligations ou de cause, v. par ex. : Ph. Malinvaud, *op. cit.*, n° 232 et ss.

prestation caractéristique, apte à qualifier le contrat¹⁶⁵. Il arrivera encore que l'objet d'un contrat portant sur une chose à quelque titre que ce soit, sans préjuger de sa nature juridique, désigne par ellipse la *chose*, qui est en fait l'objet de cette prestation, l'œuvre dans notre cas. C'est d'ailleurs par la lecture des ouvrages de droit des contrats spéciaux que l'on vérifie cette pluralité des sens attachés à la notion d'objet. Par exemple, au titre classiquement intitulé « Objet du bail » correspondent parfois les développements consacrés exclusivement à la « chose », objet de la prestation du bailleur¹⁶⁶, illustrant cette présentation par ellipse. Plus fréquemment, le traitement de la chose est, au sein du traitement de l'objet du contrat, le préalable à l'étude des obligations à proprement parler du bailleur ou du preneur¹⁶⁷. Nous ne prétendons pas départager les acceptions correctes d'autres qui seraient fausses : toutes reflètent une vision du contrat. Un choix est cependant nécessaire.

2. Plan. S'agissant d'identifier un contrat dont l'identité même est contestée, il nous apparaît opportun de suivre des chemins méthodologiques tracés. La qualification de l'objet de la prestation du donneur de licence : la chose, l'œuvre appropriée¹⁶⁸ (*Titre 1 – L'objet de la prestation du donneur de licence : un objet de propriété littéraire et artistique*), nous permettra d'aborder dans un second temps l'étude de l'objet du contrat à proprement parler, composé des obligations et effets qu'il produit, permettant la qualification de ce dernier (*Titre 2 – L'objet du contrat de licence : un mise à disposition temporaire rémunérée*).

¹⁶⁵ Sur ce point, V. *infra* n°142.

¹⁶⁶ Au titre « L'objet du bail » correspondent exclusivement les développements consacrés à la « chose » : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007 n° 296.

¹⁶⁷ Pour quelques exemples : sous un titre similaire, on trouve également l'étude de la « chose », avant l'étude des obligations à proprement parler : V. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 523 ; J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001. p. 629. En revanche ce titre « Objet du bail » n'est pas utilisé dans : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011.

¹⁶⁸ Les notions d'œuvre appropriée en vertu du *droit d'auteur* ou par le régime de la *propriété littéraire et artistique* doivent, ici, être tenues pour équivalentes. La seconde expression a l'avantage de renseigner sur la nature du droit en cause, éclairage qui prend tout son sens dans ce Titre I. Elle a pour défaut de maintenir, dans les mots, la matière dans des domaines prestigieux, mais restreints. Pour cette raison, sans que ce choix ne porte d'effets particuliers, lui préférons généralement la notion plus générale de « droit d'auteur ».

TITRE 1 – L’OBJET DE LA PRESTATION DU DONNEUR DE LICENCE : UN OBJET DE PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

3. La qualification d’un contrat « sur une chose » suppose la qualification préalable de cette chose. La licence de droit d’auteur appartient à la famille des contrats sur les choses¹⁶⁹. Pourquoi définir cette chose ? Parce qu’une autorisation contractuelle suppose un interdit légal préalable, faute duquel elle n’aurait aucun objet. Dans notre cas, cette interdiction consiste dans le pouvoir d’interdire attribué par la loi au propriétaire de l’œuvre. Cerner le domaine de *l’autorisation contractuelle* impose donc que l’on délimite le domaine, *l’assiette, de cet interdit légal*. Cette assiette consiste dans une chose appropriée : l’œuvre de l’esprit.

*La réponse à notre question semble dès lors s’imposer d’elle-même : là où est la chose se trouve l’interdiction, et donc la nécessité d’une autorisation pour lever cette interdiction. Relever le domaine d’application du droit d’auteur sur un objet incorporel, c’est indirectement relever le domaine du contrat d’exploitation dont il pourra, éventuellement, être l’objet. Cette identification est indispensable en droit d’auteur. Effet, si l’œuvre est considérée comme la chose, objet de la prestation du donneur de licence, cette chose dépourvue de *corpus* n’a d’existence et ne trouve ses limites que par la description qu’en fait la loi.*

Traiter de la chose n’est donc pas une fin en soi de ce travail, mais son préalable nécessaire. Il ne s’agira donc pas d’une étude exhaustive de la nature de l’œuvre pouvant être donnée en licence – de précédents travaux s’y sont déjà consacrés¹⁷⁰ – mais d’une synthèse

¹⁶⁹ Catégorie utilisée dans certains ouvrages de droit des contrats spéciaux : « Les contrats sur les choses » P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, p. 15. – « Contrats relatifs aux biens », F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 31. Elle se divise en contrats translatifs et contrats de mise à disposition.

¹⁷⁰ V. les travaux cités au Ch. 1, présentant un large éventail de thèses. Citons en particulier : S. Alma-Delette, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Thèse, Montpellier, 1999 ; J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d’auteur. Essai d’une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996 ; P. Kamina, *L’utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse, Poitiers, 1996 ; B. Laronze, *L’usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006 ; C. Neirac-Delebecque, *Le lien entre l’auteur et son œuvre*, Thèse dactyl., Montpellier, 1999 ; S. Raimond, *La qualification du contrat d’auteur*, Litec, IRPI, 2009 ; J. Raynard, *Droit d’auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d’auteur*, Litec, 1990 ; P. Recht, *Le droit d’auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969 ; A. Robin, *La copropriété*

permettant de cerner au mieux l'identité de cet objet sur lequel pourra se construire la prestation du donneur de licence : mettre à disposition une œuvre en vue de son exploitation par le licencié. *L'étude de la chose sera donc systématiquement mise en relation avec la problématique de l'identité du contrat de licence.*

4. Plan du Titre 1. La question étant complexe, nous privilégierons une démarche simple et duale nous conduisant à examiner la question sous ses deux aspects. L'un est « positif », l'autre est « négatif ». Tout d'abord, nous ferons le point sur l'identité, la *nature* de l'œuvre de l'esprit en tant que *chose* susceptible d'être mise à disposition par une licence. En cela, il s'agira de qualifier « positivement » la chose : en quoi consiste-t-elle ? Et surtout, peut-elle être l'objet d'un contrat de licence ? (*Chapitre 1 – Qualification positive de la chose : l'objet nécessaire à la qualification de licence*).

Dans un second temps, nous appréhenderons « négativement » la chose. Il s'agira d'en délimiter le *domaine*, les frontières, en arrêtant « ce qu'elle n'est pas ». L'œuvre en tant que réalité perceptible par les sens, nous le verrons, ne coïncide pas nécessairement avec l'œuvre définie comme objet de propriété par la loi. Nous étudierons dans cette section certains objets ou « valeurs », concernés par des conventions non dénuées de ressemblances avec la licence, et parfois désignées comme telles par la pratique, la jurisprudence et la doctrine. Mais ces conventions ne pourront recevoir la qualification de licence, faute d'organiser la mise à disposition d'une œuvre appropriée en vue de son exploitation. Encore une fois, si nous étudions la chose, l'œuvre, ce n'est que dans la recherche de sa qualité d'objet éventuel d'une licence (*Chapitre 2 – Qualification négative de la chose : les objets étrangers à la qualification de licence*).

intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle, PUFDCF, 2005 ; Ch. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, Collections du CEIPI, 2010.

Chapitre 1 – Qualification positive de la chose : l’objet nécessaire à la qualification de licence

5. Exposé de la démarche : la qualification de la chose mise à disposition par la licence est une étude préalable, indispensable à l’étude du contrat. Cette recherche, pourtant, pourrait s’ouvrir et se conclure dans un même de temps par la lecture de l’article L. 111-1 al. 1^{er} et 2^e du Code de la propriété intellectuelle :

« L’auteur d’une œuvre de l’esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d’un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d’ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d’ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I^{er} et III du présent code. ».

Le droit d’auteur, légalement défini, a la nature d’une propriété. Cette propriété, telle que présentée par le CPI, comporte une dualité de contenu, des droits patrimoniaux et des droits moraux, ayant tous deux pour objet une chose incorporelle : l’œuvre de l’esprit. Cette œuvre a un propriétaire originel désigné : en principe, l’auteur. Or, un travail sur la licence – terme absent du Livre I^{er} du CPI – exige de notre part un regard nécessairement critique sur le donné légal. En effet, pour admettre la licence, *considérée comme un contrat à part entière ou comme la composante essentielle d’un contrat d’exploitation complexe*, en tant que formule la plus banale de mise à disposition du droit d’auteur, nous nous fonderons en partie sur la remise en cause de la pertinence d’un certain vocabulaire de la loi. Nous démontrerons au fil de cette recherche que les termes de « cession », « autorisation » ou « transmission » sont davantage le fruit d’une tradition qu’ils n’ont vocation à qualifier juridiquement la mise à disposition du droit d’auteur. Pour cette raison, nous ne saurions sans nous contredire éluder une question préalable sur l’emploi du terme de « propriété » par le Code de la propriété intellectuelle.

6. Quel est l’intérêt du débat sur la qualification du lien entre l’auteur et l’œuvre ?¹⁷¹ Très tôt, on s’est interrogé sur l’utilité même de qualifier le droit d’auteur. Pouillet, souvent présenté comme l’un des précurseurs du rattachement du droit d’auteur au

¹⁷¹ Pour une évocation de cette délicate question : P. Kamina, thèse préc., n° 38 et ss. ; A. Robin, thèse préc., n° 15, nous convainquant de l’intérêt du rattachement de la propriété intellectuelle à la notion de propriété.

droit de propriété¹⁷², admettait la contingence d'un tel débat : « Constatons, d'abord, que la question n'a qu'un intérêt purement théorique, et que personne ne songe à dénier aux auteurs un droit sur leurs œuvres ; reste à savoir comment on le nommera, car la querelle est surtout dans les mots (...) »¹⁷³. L'expression d'un tel doute n'est pas sans fondement ; néanmoins, deux objections peuvent lui être présentées. D'une part, par principe, on conviendra que le caractère même « purement théorique » d'un débat ne saurait lui ôter son intérêt¹⁷⁴. D'autre part, opter pour une qualification ou une autre ne devrait pas apparaître comme la seule affirmation d'une position de principe ou le ralliement à une conception philosophique de la matière, autant de choix qui relèvent de l'opinion. D'ailleurs, une conception philosophique du droit d'auteur devrait-elle nécessairement trouver une correspondance dans une qualification juridique, qui relève, par son objet même, d'un autre niveau de réflexion, si ce n'est d'une autre réalité ?

En fait, le choix d'une nature, fruit du travail de qualification, devrait idéalement apparaître comme l'instrument privilégié déterminant l'application d'un régime juridique à des situations de fait¹⁷⁵. Par le passé, de tels traits de régime ont pu motiver la recherche de la nature du droit d'auteur : l'application des principes du droit des régimes matrimoniaux¹⁷⁶, le statut de l'œuvre dans un contexte international¹⁷⁷ ou la recherche de principes explicatifs de la relation entre propriété intellectuelle et propriété du support corporel¹⁷⁸. *Mais peut-on en dire autant de notre domaine d'étude : le contrat ? L'issue d'une recherche sur la nature du droit est-elle déterminante des modalités de mise en œuvre de ce droit par le contrat ? Ce chapitre fournira une réponse à cette question, en associant à la qualification de licence de droit d'auteur le choix d'une qualification appropriée du droit d'auteur.*

¹⁷² Sur cette filiation, et des nuances apportées par Pouillet lui-même à ce rattachement, v. P. Kamina, *op. cit.* n° 47. – Si Pouillet (v. réf. citée *infra*) peut être considéré comme le précurseur, on voit davantage dans Jhering le fondateur d'une véritable théorie moderne de la propriété intellectuelle. L'apport de cette doctrine consiste notamment dans l'admission d'une propriété portant directement sur la chose incorporelle (Jhering, *Actio Injuriarum, Des lésions injurieuses en droit romain et en droit français*, Traduit et annoté par O. De Meulenaere, Paris, Maresq Aîné, 1888, spéc. p. 151.). Cette position, entre autres, amène généralement à voir dans cet auteur le précurseur de l'Ecole de Montpellier.

¹⁷³ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et droit de représentation*, Paris Marchal et Billard, 3^e éd., 1908, par Maillard et Claro, n° 9.

¹⁷⁴ Si le risque est grand de verser dans le lieu commun, le droit des auteurs n'est plus nécessairement, dans son principe même comme dans son exercice, un acquis définitif (v. *supra* n° XII, la référence faite à Proudhon ; v. *infra* n° 188 et ss., la discussion sur les « licences » libres).

¹⁷⁵ La nature a vocation à déterminer le régime. Rappelant ce fondement du raisonnement juridique, v. spéc. : J. L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255 ; P. Jestaz, La qualification en droit civil, Droits, Revue française de théorie juridique, 1993, n° 18.

¹⁷⁶ Sur la question, et en particulier son rapport avec l'élection de la nature du droit d'auteur, voir pour un exemple récent : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 295 et ss., ainsi que les références citées. V. du même auteur : J.-Cl. PLA, fasc. 1225, *Régimes matrimoniaux et successions*.

¹⁷⁷ Principalement : J. Raynard, thèse préc. ; J.-S. Bergé, thèse préc.

¹⁷⁸ P. Kamina, thèse préc., v. par ex. n° 120.

7. Problématique : La recherche d'un lien de causalité entre démarche de qualification du droit et démarche de qualification du contrat. Si l'étude de la nature d'une chose peut être conçue comme le préalable logique à l'étude du contrat qui organise son exploitation, on peut se poser la question suivante : *Existe-t-il un lien de causalité entre le choix d'une qualification de la chose et le choix d'une qualification contractuelle ?* Dès lors, si la nature de la chose est si déterminante, celle-ci devrait avoir une influence directe et systématique sur le choix des qualifications contractuelles retenues. L'abondance des points de vue passés et présents nous impose une série de choix indispensables à un traitement non pas exhaustif, mais constructif du sujet.

8. Le choix de la doctrine comme matériau de réflexion. Il s'agit avant tout d'effectuer un bilan de la réception par la doctrine de la division cession – licence, afin de déterminer si l'on peut relier ce système de qualifications contractuelles à une certaine vision du droit d'auteur. Au premier abord, ce lien entre la nature du droit et celle du contrat semble aller de soi. Il a déjà été relevé dans certains écrits¹⁷⁹, notamment ceux de M. Raynard, au travers de ce constat : « (...) l'hésitation d'une large part de la doctrine française à discerner dans ce droit un véritable droit de propriété a largement contribué à encourager l'idée d'une spécificité, voire d'un certain ésotérisme pour les contrats de la matière. »¹⁸⁰. Que déduire de cette situation ? La reconnaissance d'une propriété dans le droit d'auteur devrait susciter, sauf à se contredire, la reconnaissance de la « normalité » des contrats dont ce droit est l'objet. Réciproquement, la vision d'un droit d'auteur comme système original – en ce qu'il dérogerait au « modèle » que l'on peut voir dans l'institution de la propriété¹⁸¹ – devrait emporter la même originalité lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre contractuelle de ce droit. Une hypothèse similaire a été esquissée en d'autres termes par Mme Josselin-Gall dans le cadre de son étude comparatiste. Il est intéressant de rendre compte de ce questionnement

¹⁷⁹ V. aussi, par ex., V. de Sanctis, En matière de transmission du droit d'auteur, *Etudes sur la propriété industrielle littéraire et artistique, Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 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. »

¹⁸⁰ J. Raynard, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 nov. 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8. La question est posée par M. Raynard, mais dans le sens inverse, dans sa thèse, (*op. cit.*, n° 162) : « D'aucuns pourraient alors observer dans la démarche inaccoutumée adoptée par le législateur dans la réglementation des formules de transfert du droit, le reflet d'une nature originale de ce droit (...) ».

¹⁸¹ Naturellement, si nous nous permettons de tenir certaines conceptions pour « originales », ce n'est qu'en ce qu'elles s'écartent du « modèle » que l'on peut voir dans le droit de propriété. V. J. M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, De la propriété comme modèle, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

commun, tant on verra plus loin qu'en bien des points, les conceptions des deux auteurs s'opposent : « En théorie, la licéité ou la prohibition de la vente sont liées à la théorie moniste ou dualiste du droit d'auteur. »¹⁸². Ainsi, le système allemand, moniste personnaliste, dans lequel le droit moral est indissociable de la composante patrimoniale du droit¹⁸³, mais également le système français dualiste, n'admettraient que les concessions ou licences. Seul le système du *Copyright*, qualifié de moniste, autoriserait la vente ou cession¹⁸⁴. Le questionnement de Mme Josselin-Gall est à notre sens des plus essentiels ; mais, outre que cette hypothèse n'est pas vérifiée concrètement par son auteur, elle a pour limite de prendre comme point de départ les différentes conceptions *légal*es de la propriété littéraire et artistique. Or, ces conceptions, consistant en un donné législatif parfois ambigu, sont traversées de profondes divergences doctrinales. Aussi, il sera plus éclairant de prendre comme point de comparaison les conceptions retenues par les différents représentants de la doctrine. Leurs systèmes peuvent offrir une cohérence plus satisfaisante que les dispositions parfois éparses de nos lois, car ils sont le fruit d'une réflexion personnelle et plus aboutie.

9. Le choix prioritaire d'une doctrine confrontée au droit positif. Même si nous ne manquerons pas d'en référer à des auteurs plus anciens, dans ce développement, nous prenons délibérément le parti de fonder la structure de notre exposé sur des thèses émises par leurs auteurs sous le droit positif, c'est-à-dire après le vote de la loi du 11 mars 1957 (ou dans son contexte proche). En effet, il aurait été envisageable de prendre pour point de départ des auteurs anciens et de n'évoquer leurs représentants actuels qu'incidemment. Or, une comparaison équitable de doctrines présentées comme adverses suppose des outils de réflexion communs, au premier rang desquels les mêmes fondements légaux et un paysage jurisprudentiel similaire¹⁸⁵. Au risque d'omissions, notre exposé prendra donc pour point de départ certains auteurs contemporains, quitte à remonter ensuite aux sources plus anciennes

¹⁸² 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, n° 156.

¹⁸³ Sur ce même constat relatif au système allemand, v. J. Raynard, *op. cit.*, n° 163 ; A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité, Etude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002. Du même auteur, Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002, Prop. intell., act. 2005, n° 17, p. 403.

¹⁸⁴ Notant que la distinction légale entre cession et licence reste particulière aux systèmes de copyright : J. Raynard, *op. cit.*, n° 160.

¹⁸⁵ Si l'exercice de qualification contractuelle en droit d'auteur consiste souvent à trouver le nouveau dans l'ancien, juxtaposer les écrits de Renouard aux écrits d'un auteur confronté à l'interprétation de directives de l'UE en vue de la qualification des licences de logiciel nous paraît d'une utilité toute relative, quand bien même la conception et les notions définies par le premier servent à l'exposé du second, et malgré le caractère sans doute attrayant de l'exercice de style.

les ayant inspirés. Nous renverrons à de précédentes études le lecteur attaché avant tout à une perspective historique ou philosophique de ces courants de pensée¹⁸⁶.

10. Le choix exclusif d'une doctrine *complète et univoque* dans le traitement des deux thèmes : la nature du droit et la nature du contrat. L'exposé des conceptions du droit d'auteur d'une part, de ses contrats d'autre part, ayant déjà fait l'objet d'importants travaux, il nous a semblé plus constructif et sans doute plus innovant de nous concentrer sur le *rapport* entre les conceptions retenues pour ces deux thèmes de recherche. Nécessairement alors, parmi ces auteurs, seuls seront étudiés ceux qui consacrent des développements substantiels aux *deux thèmes* : la nature du droit d'auteur et celle des contrats. Le lecteur remarquera donc l'absence d'auteurs, parfois les plus éminents, qui, souvent du fait de l'objet même de leurs écrits, ne prennent clairement position qu'à propos de l'une ou l'autre de ces deux thématiques.

11. Enoncé de l'hypothèse de travail. Ainsi, nous pouvons poser, en l'empruntant aux auteurs précités, l'hypothèse selon laquelle les doctrines qui tendent à assimiler le droit d'auteur à une propriété relativement « banale » souscriraient dans le même temps à la distinction, elle-même « banale », entre cession et licence, celle-ci étant la traduction de la division traditionnelle entre contrats translatifs et contrats de mise à disposition des objets de propriété corporels. Inversement, on pourrait présupposer que les auteurs attachés à démontrer le caractère original du lien d'appartenance entre l'auteur et son œuvre et la spécificité de cette dernière opéreraient consécutivement pour l'originalité des contrats portant sur l'exploitation d'une œuvre. Ainsi pourrait-on avancer que dans l'esprit de ces commentateurs, l'œuvre n'étant pas réductible à une « chose », les contrats dont elle est l'objet ne pourraient aucunement être les simples transpositions des contrats portant précisément « sur les choses » et nommés par le Code civil.

Cette hypothèse selon laquelle la considération de la banalité ou de l'originalité de la chose conduit à considérer la banalité ou l'originalité des schémas contractuels est-elle vérifiée ?

¹⁸⁶ A simple titre d'exemple, on renverra aux travaux suivants : S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur (en droit allemand, français et scandinave)*, P. A. Norstedt et Söners förlag, Stockholm, 1967, t. I ; A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993 ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990 ; M.-C. Dock, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ, 1963. Adde : P. Kamina, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse, Poitiers, 1996, n° 37 et ss., p. 37 et ss. ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, spécialement l'introduction générale.

12. Plan. Comme ce travail le révélera, l'admission ou le rejet de la licence en droit d'auteur par la doctrine prend plusieurs formes. Souvent, on assiste à la remise en cause de la possibilité même de son existence. D'autres commentateurs se prononcent pour son admission de principe, mais remettent en cause l'utilité pratique de la notion. Dans le sens des partisans de l'institution, les postures diffèrent tout autant : l'admission de la licence relève parfois de la pétition de principe, lorsque d'autres ne l'admettent qu'au terme d'une véritable démonstration ou du constat de son usage par la pratique et, conséquence logique, de sa présence dans la jurisprudence. A ces différentes perceptions du *contrat*, viennent se superposer autant de conceptions du *droit* d'auteur, que les grandes catégories (dualismes, monismes, droits intellectuels ...) ne permettent d'appréhender que très partiellement. Une certaine idée de la rigueur scientifique recommanderait d'exposer des *idées* pour elles-mêmes et à faire incidemment mention de leurs auteurs ; cependant, les analyses rencontrées – au sein de grandes catégories – échappent à toute tentative de systématisation¹⁸⁷. Chaque auteur devra donc être cité pour la conception qu'il représente. Le résultat nous permettra de déterminer si la nature du *droit* commande nécessairement, pour le juriste, la nature du *contrat* ou si les deux qualifications peuvent être envisagées distinctement. Enfin, un choix devra être opéré, et sa validité éprouvée tout au long de cette recherche.

Le rejet doctrinal de la distinction entre cessions et licences, d'une part (*Section I – Nature du droit d'auteur et thèses rejetant la distinction entre la cession et la licence*), peut être opposé à la thèse adverse de l'admission de la distinction, et partant de la licence comme formule contractuelle autonome, d'autre part (*Section II – Nature du droit d'auteur et thèses retenant la distinction entre la cession et la licence*).

Section 1 – Nature du droit d'auteur et thèses rejetant la distinction entre la cession et la licence

13. Plan. Les thèses rejetant la dualité de la cession et de la licence au profit de l'admission d'une formule contractuelle unique représentent deux courants doctrinaux bien distincts. Alors qu'un nombre croissant d'auteurs voit dans la « cession » la seule formule contractuelle autorisée (§ 1 – *Les auteurs récusant la distinction entre cession et licence au*

¹⁸⁷ Peut-être la question n'est-elle pas entièrement d'ordre scientifique ?

profit de la qualification de « cession »), d'autres, plus isolés, optent pour la licence comme formule contractuelle unitaire, voire pour des qualifications présentées comme *sui generis*, mais se rapprochant de notre modèle (§ 2 – *Les auteurs récusant la distinction entre cession et licence au profit de la licence*).

§ 1 – Les auteurs récusant la distinction entre cession et licence au profit de la qualification de « cession »

14. Le terme équivoque de « cession ». Nous regroupons ici les auteurs ne retenant que le terme de « cession », celui-ci étant pris dans son sens médian de contrat à « effet réel ». Par commodité, nous reprendrons en effet la terminologie la plus communément employée par les auteurs cités. Ainsi, la « cession » désignera tout autant - strictement - le *transfert* de propriété ou de droit réel que - par analogie - le *démembrement* de propriété ou la *constitution* d'un droit réel sur l'œuvre. Regrouper ces opérations différentes sous un même terme de « cession » pourrait ne relever que de la facilité de langage. Or, cette polysémie attachée à la notion de cession de droit d'auteur ne relève pas de la seule opportunité¹⁸⁸. Ancrée dans la doctrine française du droit d'auteur, elle puiserait ses origines dans une doctrine civiliste allemande du début du XX^e siècle distinguant les « cessions translatives » des « cessions constitutives (ou liées) »¹⁸⁹. Incidemment, il est intéressant de noter que la renaissance de ces schémas dans la doctrine française la plus récente n'innove donc en rien.

¹⁸⁸ Nous aurons l'occasion d'étayer ce constat tout au long de cette recherche.

¹⁸⁹ Nous aurons l'occasion de revenir sur la question lors des développements de cette Partie I, Titre II qui seront entièrement consacrés à la qualification du contrat de licence et à sa distinction avec le contrat de cession.

Mais on peut déjà relever, grâce aux recherches de Mme Lucas-Schloetter, que la notion de cession a pu, assez tôt, recouvrir deux réalités juridiques différentes. La cession peut être « translatrice », le titulaire se dessaisissant totalement de son droit pour en investir un tiers. La cession peut être « constitutive ou liée » : elle consiste alors en une scission de la prérogative qui se trouve décomposée en un « droit-mère » et un « droit-fille », le premier étant conservé par le titulaire et le second étant seul transféré au contractant (A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 598 et s.). L'auteur note également que cette construction doctrinale fut l'une des diverses conceptions proposées par la doctrine pour atténuer l'inaliénabilité du droit moral connue du système allemand. – L'idée de cette double acception de la notion de cession a pour point de départ le droit civil allemand (V. à titre d'exemple la référence la plus ancienne citée par Mme Lucas-Schloetter : A. von Thur, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürger Rechts*, t. II-1, Munich-Leipzig, 1914, éd. Duncker & Humblot, p. 62). L'auteur cite également l'étude plus récente du Pr. Forkel, qui explique les actes de disposition sur les droits de brevet, d'auteur, de la personnalité, etc. au moyen de ce mécanisme de « cession liée » (H. F. Forkel, *Gebundene Rechtsübertragungen. Ein Beitrag zu den Verfügungsgeschäften über Patent-, Muster-, Urheber- und Persönlichkeitsrechte*, Cologne et al., 1977, éd. Heymann, p. 240). Mme Lucas-Schloetter (au n° 598) nous apprend également que si cette doctrine ne semble pas avoir inspiré le Code Allemand (le BGB), elle se retrouve néanmoins aujourd'hui en droit allemand des brevets, où la licence exclusive de brevet est un contrat à effet réel et s'analyse en doctrine comme une « cession constitutive ».

15. Plan. Les auteurs n'admettant que la cession à l'exclusion d'autres formes de mise à disposition du droit d'auteur représentent une grande variété de conceptions du droit d'auteur. Nous synthétiserons notre présentation en trois catégories :

I – Droit sui generis et rejet de la distinction entre la cession et la licence.

II – Dualismes et rejet de la distinction entre la cession et la licence.

III – Monisme – réalisme et rejet de la distinction entre la cession et la licence.

I – Droit sui generis¹⁹⁰ et rejet de la distinction entre la cession et la licence

16. L'appréhension du contrat en droit d'auteur comme relevant d'une forme unique de « cession » est généralement attribuée à Messieurs Lucas, qui en sont présentés aujourd'hui comme les principaux promoteurs. La thèse de ces auteurs sera évoquée plus loin, à la division consacrée aux doctrines dualistes. Si l'on doit à ces auteurs la promotion récente de cette conception, on en retrouve les manifestations assez tôt dans la doctrine spécialisée en droit d'auteur, comme en témoigne ce premier commentaire. Citons en premier lieu l'ouvrage de référence consacré au droit du cinéma¹⁹¹ de **Lyon-Caen et Lavigne**¹⁹². Ces auteurs, qui écrivent cependant que la loi de 1957 n'en est qu'à l'état de projet, évoquent le droit d'auteur ainsi : les droits patrimoniaux constituent le « monopole exclusif d'exploitation », tandis que le droit moral de l'auteur est « destiné à protéger sa personnalité »¹⁹³. Le « film » est un « bien incorporel » et plus précisément « un bien productif de revenus ». Ce bien est objet de « droits intellectuels », même s'il est lourdement insisté sur la double nature du film, également bien corporel en tant que support¹⁹⁴. On note donc le ralliement à la conception des « droits intellectuels ».

Le contrat, quant à lui, fait l'objet de plus amples développements. Cette doctrine devient alors une intéressante illustration de la confusion régnant parfois dans l'emploi des trois termes de « cession, concession, licence ». Selon cette conception, une véritable

¹⁹⁰ Nous regroupons sous cette catégorie les qualifications qui renoncent à rattacher le droit d'auteur à une qualification légale préexistante ; nous y incluons la dénomination de « droits intellectuels » et de « monopole d'exploitation », même si cette dernière notion ne sera étudiée que par les auteurs cités dans la division suivante.

¹⁹¹ Ce n'est donc qu'avec prudence que l'on classera ces auteurs parmi les défenseurs d'une conception « réelle » du contrat sur droit d'auteur, dans la mesure où ils se prononcent sur le contrat appliqué au seul domaine du cinéma.

¹⁹² G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, LGDJ, 1957.

¹⁹³ G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *op. cit.*, t. I, n° 181, p. 187 ; n° 283, p. 285, ils sont « l'émanation de sa personnalité ».

¹⁹⁴ *Ibid.* t. II, n° 425 et 426, p. 6.

« cession » intervient dans certaines situations¹⁹⁵. En revanche, le contrat dit de « cession du droit de représentation »¹⁹⁶ est qualifié de « licence », mais en des termes assez ambigus, tant l'imbrication du support au droit intellectuel est soulignée par ces auteurs : « Licence du droit exclusif de représentation et location de pellicules, tel est le double visage du contrat dit de cession du droit de représentation : véritable contrat innomé qui n'a avec son nom (cession) qu'une fort lointaine ressemblance. »¹⁹⁷. Ailleurs, le « contrat de location de films »¹⁹⁸ est pareillement qualifié de « licence », mais le terme de « location », nous dit-on, relève davantage de l'aspect somme toute accessoire du contrat portant sur le support. L'aspect contractuel principal qui est rattaché au bien intellectuel que constitue l'œuvre est qualifié de « licence ». Pourquoi alors classer ces auteurs parmi les partisans d'une formule contractuelle unique ? C'est bien parce que cette reconnaissance de la licence aux côtés de la cession n'en est pas vraiment une. Tout d'abord, la licence est détachée de la location par des arguments classiques (la chose est incorporelle et productive de revenus), en dépit des ressemblances constatées. Plus étonnant, cette « licence » est rattachée au démembrement de propriété : ainsi, « L'autorisation de représenter le film accordé à l'exploitant est un démembrement du droit patrimonial exclusif de l'auteur, dit droit de représentation. Si une analogie était recherchée, bien plus qu'avec le droit d'un locataire, ce serait avec le droit d'un usufruitier (surtout si l'on admet l'usufruit d'un droit) ou d'un concessionnaire. La cession temporaire et limitée du droit de représentation n'a donc guère de similitude avec une location. »¹⁹⁹. Le contrat dénommé « licence » par MM. Lyon-Caen et Lavigne relève davantage du démembrement du droit intellectuel que de la licence classiquement lue comme le synonyme de la location. Au mieux, si quelques analogies avec le régime du louage sont admises, ce n'est que parce que l'« (...) on applique parfois au contrat de licence (d'exploitation d'un brevet d'invention par exemple) les règles du louage (...) »²⁰⁰.

17. Thèse de Monsieur Renauld. Le souci de qualifier la mise à disposition du droit apparaît également chez un auteur belge contemporain, dont les analyses méritent d'être comparées avec celle des auteurs étudiés ici. Selon M. Renauld, la « cession » serait en fait un

¹⁹⁵ « Parfois » entre l'auteur et le producteur – rappelons que les écrits commentés sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957 – ou entre producteur et distributeur (t. II, n° 286 et ss., p. 288 et ss. V. également : n° 581 et n° 611).

¹⁹⁶ Conclu entre un producteur et un distributeur, *Ibid.* t. II, n° 581 et ss.

¹⁹⁷ *Ibid.* t. II, n° 589.

¹⁹⁸ Conclu entre le distributeur et l'exploitant de salle de cinéma, *ibid.* t. II, n° 611 et ss.

¹⁹⁹ *Ibid.* t. II, n° 612.

²⁰⁰ *Ibid.* t. II, n° 612.

« démembré finalisé du monopole d'exploitation »²⁰¹. C'est un acte constitutif plus que translatif, puisque l'auteur ne perd pas la maîtrise de son droit : « (...) dès l'instant où le droit est démembré, les facultés attribuées au bénéficiaire de l'opération acquièrent, dans une certaine mesure, une existence indépendante. Il n'y a donc pas eu cession, c'est-à-dire simple transfert d'un droit préexistant, mais constitution en un pouvoir autonome de ce qui n'était auparavant que l'attribut d'une puissance complexe. »²⁰². Quant à la qualification retenue pour le droit d'auteur lui-même, après avoir écarté le droit de la personnalité, le droit réel (en partie en raison de l'incorporalité de l'œuvre) et le droit de clientèle, M. Renauld le définit comme « un droit exclusif de diffusion » de nature mixte²⁰³, ce qui ne nous renseigne pas sur sa nature juridique. Au mieux, il s'agirait donc d'un droit *sui generis*. Toutefois, le caractère « réel »²⁰⁴ de l'opération contractuelle est très prégnant, par des références et comparaisons constantes à l'usufruit. L'auteur nous semble alors contredire l'analyse menée dans le même temps sur la nature du droit, de fait *sui generis*, dans la mesure où le contrat, sa nature et ses effets sont clairement inspirés des idées de démembré et d'usufruit conventionnel²⁰⁵.

18. Thèse de Monsieur Laronze. Dans cette famille d'auteurs n'estimant le droit d'auteur digne d'autre formule contractuelle que celle emportant un effet réel, Monsieur Laronze, par un montage astucieux, parvient à résoudre cette difficulté consistant à nier la qualité de propriétaire à l'auteur tout en affirmant le caractère « réel » de son droit ainsi que des contrats. M. Laronze considère que le droit d'auteur (comme les autres droits de propriété intellectuelle) n'est pas une propriété, bien qu'il soit susceptible d'être l'objet d'un usufruit. L'affirmation suppose que soit défait, par la majeure, un syllogisme de Josserand, fondé sur une approche que l'on tiendra désormais pour « classique » de la propriété : l'usufruit étant un démembré de propriété (majeure) et le droit d'auteur connaissant de tels démembrés (mineure), le droit d'auteur est un droit de propriété (conclusion)²⁰⁶. M. Laronze contredit cette déduction par un (autre) postulat selon lequel le droit réel serait déconnecté de la notion

²⁰¹ J.-H. Renauld, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Thèse, éd. Larcier, Bruxelles, 1955. En ce sens : P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 147. L'auteur procédant à la cession exclusive d'un de ces droits « (...) cède en réalité un morceau de sa propriété laquelle révèle alors son caractère d'être une vraie propriété divisible et démembrable ».

²⁰² J.-H. Renauld, *op. cit.*, p. 140. – L'inspiration de Dabin est évidente, v. notamment : J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 179 et s.

²⁰³ J.-H. Renauld, *op. cit.*, p. 281 et ss. et p. 307.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 142.

²⁰⁵ Selon une approche « classique » de la propriété, c'est la qualification du droit d'auteur en droit de propriété qui autorise, justement, le recours à l'usufruit : v. en ce sens Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec, 2009, n^o 293.

²⁰⁶ L. Josserand, *Cours de droit civil français*, t. 1, Sirey, 3^e éd. 1938, n^o 1527, p. 846.

de propriété²⁰⁷, et ne saurait donc en constituer le démembrement. Selon cette lecture, pas plus que sur *l'œuvre*, la propriété ne saurait s'appliquer à des *droits* intellectuels²⁰⁸. Prenant pour point de départ la conception principalement développée par Monsieur Zenati-Castaing d'une propriété distincte du concept de droit réel²⁰⁹, M. Laronze s'en détache pourtant dans la suite de sa démonstration. Craignant que la propriété ne devienne un concept flou, cet auteur refuse l'entrée du droit d'auteur dans cette institution, critiquant à ce titre la thèse de M. Zenati, mais également le rattachement à une vision plus classique de la propriété (l'école de Montpellier²¹⁰). En fait, les droits patrimoniaux de propriété intellectuelle intégrés au sein de la catégorie des meubles par détermination de la loi se trouvent être objets d'une sorte d'usufruit²¹¹. Quant au droit moral, dont l'objet, est en revanche l'œuvre, il n'est pas un bien et ne peut être objet d'usufruit²¹². Au final, cette thèse donne l'impression d'une qualification par abstention : le droit patrimonial d'auteur peut être l'objet de droit réel, mais déconnecté de ses liens avec la notion de propriété. Les droits moraux sont purement et simplement disjoints de cet ensemble... encore que d'importants éléments de régime de l'usufruit (successions, legs) puissent leur être appliqués. Ces droits patrimoniaux de propriété intellectuelle, « biens atypiques »²¹³ auxquels s'ajoutent sans s'y confondre, on l'a vu, les droits moraux sont, même si le terme sans doute péjoratif n'est pas employé, une somme de droits *sui generis*, devant néanmoins une partie de leur régime à l'usufruit, auquel ils ne s'identifient pourtant que très imparfaitement. En dépit de la richesse et de l'ambition des analyses, le lecteur peut éprouver l'impression d'un appauvrissement de sa matière que ne justifie pas, croyons-nous, la crainte affirmée de déformer l'institution de la propriété. En fin de compte, la notion de propriété que l'on a voulu protéger d'une trop grande extension apparaît comme retranchée sur elle-même car tenue à l'écart des valeurs incorporelles, objet de nombreux échanges actuels et à venir. Corrélativement à cette exclusion, le droit d'auteur, réduit à un système original et dérogoire, est laissé sans véritable qualification.

Au stade des qualifications contractuelles, la thèse de M. Laronze est constante dans son originalité. Elle fait de la possibilité bien connue de démembrement des « droits » de propriété intellectuelle la seule et unique figure contractuelle envisageable : « tout contrat

²⁰⁷ B. Laronze, n° 66, p. 49. La propriété est pourtant considérée comme « une technique d'administration de tous les biens ».

²⁰⁸ B. Laronze, *ibid.*, n° 174, p. 93.

²⁰⁹ V. les développements consacrés à cet auteur.

²¹⁰ V. *infra*, not. n° 28 et s., n° 63.

²¹¹ B. Laronze, *ibid.*, n° 332, p. 153.

²¹² *Ibid.*, n° 272 ; n° 286 et ss.

²¹³ *Ibid.*, n° 272, p. 128.

d'exploitation est une cession »²¹⁴. Le contrat transfère la titularité du droit, sans que le cédant perde pour autant le droit transmis²¹⁵. Ce système, cohérent en apparence, est fragile car il repose tout entier sur la croyance en une propriété dissociée de la notion de droits réels et le refus d'assimiler le droit patrimonial d'auteur au droit de propriété, au profit de cette même qualification de « droit réel ». Sur le fond, l'analyse a, nous semble-t-il, deux principaux défauts. Tout d'abord, elle contredit la loi qui depuis 1957 fait de l'auteur le *propriétaire* de son œuvre et non le titulaire d'un (autre) droit réel. Ensuite et surtout, cette thèse utilise les outils de lecture fournis par M. Zenati-Castaing (la dissociation des droits réels de la notion de propriété) pour contester l'un des principaux apports de cette doctrine : l'admission des objets incorporels au rang d'objets de propriété. Au fond, soutenir que l'auteur est propriétaire de son œuvre est cohérent, que l'on adhère à une conception « traditionnelle » du droit de propriété ou que l'on se tourne vers une lecture « rénovée ». Dans tous les cas, le droit d'auteur sort renforcé par le recours à cette notion forte de notre système juridique. En revanche, se servir des outils de réflexion fournis par M. Zenati pour écarter le droit d'auteur de la notion de propriété au profit d'une catégorie certes essentielle, mais moins symbolique et aboutie qu'est le droit réel, ne peut que fragiliser le droit d'auteur²¹⁶. En conclusion, on pourra reconnaître néanmoins une certaine cohésion au système proposé, en ce qu'il fait correspondre une qualification *sui generis* du droit d'auteur à une qualification, si ce n'est *sui generis*²¹⁷, du moins originale du contrat dont il est l'objet.

19. En ce sens, les thèses de ces premiers auteurs n'invalident pas notre hypothèse d'une dépendance entre qualification du droit et qualification du contrat. Il convient à présent de se pencher sur d'autres conceptions du droit d'auteur.

II – Dualismes et rejet de la distinction entre la cession et la licence

20. Le dualisme est majoritairement adopté par la doctrine française lorsqu'elle cherche à décrire le droit d'auteur. Cette conception a laissé une empreinte incontestable dans

²¹⁴ *Ibid*, p. 221, n° 496. L'auteur constate cependant la pratique des licences (v. p. 277).

²¹⁵ Sur ce point, la thèse s'enrichit des apports des travaux de Madame Tosi, v. I. Tosi, *Acte translatif et titularité des droits*, LGDJ, 2006.

²¹⁶ On ajoutera à cela la définition de l'usufruit de l'article 578 du Code civil : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. ». L'usufruit, quand bien même distinct de la propriété, ne suppose-t-il pas que le bien puisse avoir un propriétaire ?

²¹⁷ B. Laronge, *op. cit.*, n° 466, p. 210, pour la qualification du contrat d'édition en contrat *sui generis*.

la jurisprudence²¹⁸. Cette doctrine consiste en une mise en avant des différences essentielles entre les deux catégories de prérogatives, morale et patrimoniale, reconnues à l'auteur comme irréductibles à une nature unique. Les représentants de cette conception étant nombreux, il est naturel que leurs propos s'éclaircissent de nuances. Par exemple, nous aurions pu établir une distinction fonctionnelle entre les thèses laissant prévaloir le droit moral défini par ailleurs comme droit de la personnalité, et un dualisme qui rattache plus définitivement le droit patrimonial d'auteur au droit de propriété et dissocie le droit moral des droits de la personnalité. Mais le nombre assez restreint des auteurs que nous citerons ici ne justifie pas une telle distinction, qui serait inutile à la clarté de l'exposé. Aussi réunissons-nous sous une unique bannière les représentants des différentes sensibilités au sein du dualisme.

21. Souvent premiers commentateurs de la loi de 1957, certains auteurs sont très marqués par une conception dualiste du droit d'auteur et prennent parti contre la distinction cession / licence. Parmi ces auteurs, l'exemple de **Françon** est très représentatif d'un courant peu enclin à reconnaître la licence à côté de la cession : « Qu'en droit français, le droit d'auteur puisse faire l'objet de véritables cessions, tout le monde en est bien d'accord. D'une part la doctrine note que nulle part dans la loi de 1957, il n'est question de licences. D'autre part, dans les termes légaux, le législateur ne craint pas d'utiliser le terme de « cession » des droits pécuniaires. »²¹⁹. L'auteur insiste ensuite sur les limites que la loi apporte à cette « cession », et souligne que celle-ci peut être assortie d'une obligation d'exploitation principalement dans le cadre du contrat d'édition, ce qui ne semble pas devoir affecter sa nature.

Nous pouvons nous permettre de rapprocher cette conception avec celle de **Colombet**, qui prend appui sur le texte de la loi pour écarter de façon liminaire la distinction²²⁰. L'auteur, au demeurant assez indifférent à la question, évoque la cession pour la distinguer du contrat d'édition²²¹. Il retient une conception dualiste du droit d'auteur : « l'idée de propriété paraît

²¹⁸ Arrêt fondateur : Cass. civ. 25 juin 1902, Lecocq, D. P. 1903, I, p. 5, comm. A. Colin, concl. Proc. gén. Baudouin ; S. 1902, I, 305, note Ch. Lyon-Caen.

²¹⁹ A. Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, Chron., p. 55. – Dans le sens de la qualification de cession du contrat conclu par les auteurs adhérents à la SACEM, voir les notes de cet auteur sous : Cass. 1^{re} civ. 24 févr. 1998, TF1 c. Sté Sony Music Entertainment France et autre ; RTD Com. 1998, p. 592 ; D. 1998, 471, note A. Françon : « Y a-t-il un droit d'agir en contrefaçon pour les adhérents de la SACEM ? » ; D. Aff., 26 mars 1998, n° 220, p. 539 ; RIDA, n° 177, p. 213, note A. Kerever.

²²⁰ C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz, 1999, n° 290, p. 237.

²²¹ *Ibid.* n° 330, p. 262 (distinction qui relève pourtant d'un autre niveau de discussion, et qui abordée principalement dans notre Partie II).

suffisante à expliquer la nature des droits patrimoniaux d'auteur »²²². Mais le droit moral, prédominant²²³, est défini comme un droit de la personnalité²²⁴.

22. La doctrine dualiste connaît en son sein des nuances de fond, au premier rang desquelles le rejet par certains de ses représentants les plus récents de l'assimilation pure et simple du droit moral aux droits de la personnalité. Cette différence d'appréciation de la nature du droit ne semble pas pour autant devoir affecter la nature des contrats.

23. Thèse de Messieurs Lucas. Ces auteurs sont souvent et à juste titre cités comme les principaux acteurs du rejet actuel de la notion de licence. Le « monopole d'auteur se démembré à volonté »²²⁵ ; cependant, ses démembrements ne sont pas tant l'exacte transposition des démembrements de la propriété en différents droits réels que l'aptitude de ce droit à se diviser selon les modes d'exploitation, et plus généralement la portée, la durée, etc. Au-delà de considérations de fond sur lesquelles nous reviendrons en procédant au travail de qualification du contrat de licence, ce sont certains points formels de la démarche suivie par ces éminents auteurs que nous croyons devoir critiquer dès à présent. Tout d'abord, les auteurs prennent pour référence, à l'instar des premiers commentateurs de la loi du 11 mars 1957, la lettre de celle-ci. Cette loi s'obstinerait à utiliser le terme de « cession », ce qui autoriserait le rejet de la division cession / licence. Or, l'examen de la lettre de cette loi fondamentale, comme des modifications plus récentes du CPI, nous permettra, dans un développement dédié, de contredire cet argument²²⁶. Ensuite, plus fondamentalement, ces auteurs mettent en avant le peu d'intérêt pratique de la distinction et préfèrent lui en substituer une autre : celle de cession exclusive / cession non exclusive. En un sens, cette considération ne manque pas de force : « *Comment ne pas voir en effet que le sort de l'exploitant qui*

²²² *Ibid.* n° 21.

²²³ *Ibid.* n° 125.

²²⁴ *Ibid.* n° 21 et n° 127.

²²⁵ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006, n° 568, p. 432. Les auteurs suggèrent un rapprochement avec la thèse de Dabin, v. notamment : J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 190 : « L'auteur ou l'inventeur peut aussi « démembrer » son droit en concédant à des tiers des prérogatives qui le constituent. ». Rapp. : P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 147. L'auteur procédant à la cession exclusive d'un de ces droits « (...) cède en réalité un morceau de sa propriété laquelle révèle alors son caractère d'être une vraie propriété divisible et démembrable ».

²²⁶ Constat doctrinal aussi répandu que critiquable... On citera l'art. L. 132-18 du CPI relatif au contrat de représentation, qui emploie la notion d'« autorisation » : étymologiquement « *licencia* » puis « licence ». On relèvera également l'utilisation de la notion de « concession » en matière de dessins et modèles (art. L. 513-2), ce qui suggère également une « concession » de droit d'auteur dans les cas fréquents où le dessin ou modèle est également protégé par le droit d'auteur. (voir *infra* n° 708 sur le « cumul de contrats » de même nature, que nous voyons comme une conséquence nécessaire du « cumul de protection » par les Livres I et V du CPI). – Voir le Chapitre Introductif (*infra* n° 113 et ss.), sur l'emploi des termes de concession et licence par les textes.

bénéficie d'une cession limitée à une brève durée, à un mode d'exploitation précis et à un territoire restreint est moins enviable que celui du licencié exclusif auquel le titulaire des droits a concédé pour toute la durée du monopole tous les modes d'exploitation connus pour le Monde entier ? »²²⁷. Cet exemple oppose à juste titre deux situations contractuelles antagonistes par leur contenu, leur intensité, et en un mot leur économie. Mais oserait-on reprocher à ces auteurs de se laisser influencer par un vocabulaire qu'ils entendent, précisément, remettre en cause ? Car si nous devons restituer l'exacte qualification des opérations contractuelles décrites dans cette citation par MM. Lucas, le contractant présenté comme un « cessionnaire » aux prérogatives si brèves et si limitées est bien un *licencié*. Réciproquement, celui qui est dépeint en « licencié » aux pouvoirs conférés si étendus et surtout définitifs, apparaît comme un *cessionnaire*. Les deux opérations décrites, certes rapprochées par la « chose » exploitée et leur finalité, n'en sont pas moins distinctes par l'essentiel de leur contenu obligationnel, et partant par leur nature. Cet exemple devrait inciter l'interprète à davantage de prudence dans l'interprétation des qualifications que lui soumettent la pratique ou la jurisprudence. Mais il nous paraît impuissant à mettre en cause la diversité des formules contractuelles permises par le droit d'auteur.

Concernant à présent la nature juridique du droit d'auteur, MM. Lucas optent, non sans nuances et précautions, pour la thèse d'une propriété, la notion pouvant être utilisée « autrement que comme une simple commodité de langage »²²⁸. Avec plus de certitude encore, les co-auteurs font leur la conception dualiste de ce droit²²⁹. Encore que le droit moral, pour unitaire qu'il soit²³⁰ et prééminent²³¹, comporte une part d'originalité en ce qu'il n'est pas assimilé aux droits de la personnalité²³². Un autre point essentiel de cette doctrine, et qui la caractérise davantage, réside dans la considération de l'objet sur lequel porte cette propriété ainsi qualifiée. D'après Messieurs Lucas, l'objet approprié se trouve dans le droit constitué sur l'œuvre, et non pas directement dans la chose-œuvre elle-même²³³. Dès lors, on comprend que l'objet de la cession étant un droit et non une chose, c'est avec une plus grande facilité que l'on peut appréhender intellectuellement des cessions non exclusives, partielles ou temporaires. Cette thèse offre ainsi une première illustration de la « non identité » entre d'une part, la démarche de qualification du droit, relativement classique par son rattachement

²²⁷ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 567.

²²⁸ *Ibid.*, n° 25.

²²⁹ *Ibid.*, n° 31.

²³⁰ *Ibid.*, n° 447.

²³¹ *Ibid.*, n° 446.

²³² *Ibid.* n° 442 et ss. MM. Lucas voient dans cette qualification un risque d'affaiblissement de la catégorie. *Contra* : F. Pollaud-Dulian, Droit moral et droits de la personnalité, JCP G, 1994, I, 3780, spéc. n° 12.

²³³ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 27.

mesuré à l'institution de la propriété, et d'autre part celle du contrat, plus originale car présentée comme unitaire et non réductible aux divisions du Code civil. Une autre doctrine mérite d'être rapprochée de celle des professeurs Lucas, sans pour autant lui être confondue.

24. Thèse de M. Gaudrat. M. Gaudrat opte pour un « modèle propriétaire » qu'il associe à la conception dualiste du droit d'auteur, l'auteur critiquant les deux formes de monismes, réaliste et personnaliste²³⁴. Le droit moral est néanmoins rattaché aux droits de la personnalité²³⁵. En matière de contrat, on peut rapprocher cet auteur de la « famille » des thèses du contrat à effet réel et des auteurs que nous leur avons associés. Le contrat d'exploitation du droit d'auteur serait une forme de « cession », encore qu'il s'agisse davantage de la constitution d'un droit réel que d'un transfert, le droit d'auteur étant présenté comme unitaire et incessible entre vifs²³⁶. Ailleurs, l'auteur précise que cette cession relève davantage de la concession. Cependant, le constat de cessions pour la durée du droit d'auteur sans contrepartie et sans obligation d'exploitation nous permet de douter de la réalité de cette proposition. En dépit de ces traits assez communément partagés en doctrine, la conception de M. Gaudrat, telle que nous espérons la comprendre, demeure une construction originale. En effet, cette « cession » s'opérerait en deux temps : une première étape, dite « innommée », consisterait en un acte unilatéral par lequel l'auteur créerait un droit réel à partir de son droit de propriété : « la création de l'attribut à céder » et suspendrait corrélativement son pouvoir d'exclure les tiers ; ce n'est qu'ensuite que ce droit serait cédé : cette étape est alors dite « nommée »²³⁷. Au final, indépendamment de cette lecture originale visant à décomposer l'opération contractuelle, c'est un modèle unitaire qui est défendu, la cession, celle-ci connaissant deux modalités : cession exclusive et cession non exclusive²³⁸. La licence est

²³⁴ Ph. Gaudrat, Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique, Partie I, n° 428. « La présentation *dualiste* procède de la volonté, à la fois synthétique et réaliste, d'intégrer à l'intérieur du modèle propriétaire l'ensemble des intérêts mis en jeu par l'exploitation. Droit moral et droit patrimonial ne sont, en effet, que les deux modalités de la maîtrise qu'exerce le propriétaire sur l'*exploitation de la forme externe* ; modalités qui ne se distinguent que par l'*aspect de la valeur défendue* à l'occasion de l'*exploitation*. ». V. du même auteur, J.-Cl. PLA (2° droits des exploitants) – sept. 2007, fasc. 1242, Droit de représentation.

²³⁵ Ph. Gaudrat, Rép. civ. Dalloz, Partie I, *op. cit.*, n° 439 : « le droit moral est un droit de la personnalité ».

²³⁶ Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 278 : « La *propriété* des créateurs est incessible. Aucune substitution de *propriétaires intellectuels* n'est donc possible *entre vifs*. Le caractère synthétique de la propriété interdit, par ailleurs, absolument d'en soustraire le versant patrimonial pour le transmettre à un tiers, que ce soit à titre « consensuel » ou *a fortiori* par voie de saisie. ».

²³⁷ Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 30 : « L'analyse conduit à une conclusion très nette : 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, innommée dans la loi, de création du *droit-autorisation*, objet actuel de la cession. Là gît l'étape caractéristique de l'exploitation des droits, évoquée de manière seulement allusive par le législateur. ».

²³⁸ Ph. Gaudrat, La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique, RIDA, n° 128 oct. 2/1986, n° 27, p. 181, spéc. p. 273.

exclue, car elle constituerait un moyen d'échapper aux dispositions impératives protectrices de l'auteur – cette affirmation sera démentie plus loin. Plus fondamentalement, la licence apparaît comme inconcevable car son existence supposerait l'existence corrélative d'une véritable cession entendue comme synonyme de vente. Or, cette dernière formule serait elle-même contraire à l'essence du droit d'auteur. D'après cette curieuse dialectique, c'est donc la condamnation de principe d'une cession entendue strictement qui écarterait toute possibilité d'une licence, comprise comme une location²³⁹.

25. Conclusion. Cette doctrine qui ne conçoit la mise à disposition du droit d'auteur que sous une forme unique qualifiée de « cession » supporte donc de sensibles variantes. Certes, le terme de « cession », en ce qu'il est le plus usité du CPI, est tenu comme imposant l'élection d'une véritable nature juridique au contrat du droit d'auteur. Pourtant, l'examen de la doctrine nous montre que la « cession » recouvre en fait différentes qualifications possibles : transfert ou démembrement de propriété, transfert ou constitution d'un droit réel... On peut dès à présent s'interroger sur l'intérêt qu'il y a d'affirmer l'unité d'opérations ne relevant manifestement pas des mêmes réalités contractuelles.

La doctrine ne concevant que la « cession » ainsi largement entendue a fortement influencé d'autres auteurs. Il est alors intéressant de constater que ceux-ci ne partagent pas nécessairement le même postulat quant à la nature juridique du droit d'auteur, ni le cas échéant quant à l'objet véritable de l'appropriation (l'œuvre ou un droit sur l'œuvre).

²³⁹ Ph. Gaudrat, Les modèles d'exploitation du droit d'auteur, RTD Com. 2009, p. 323, v. n° 7 : « (...) la cession produit les effets radicaux que recherchaient déjà les libraires de Paris au XVIII^e siècle quand ils soutenaient la « propriété » de l'auteur. Radicalité tempérée, pour la forme, par la possibilité d'une licence conventionnelle : si l'auteur ne veut pas céder sa propriété, il reste « libre » de ne concéder qu'une licence. Sauf qu'aucun auteur, face aux groupes d'aujourd'hui, ne pourrait négocier une licence si la cession pure et simple était possible. Que se passe-t-il avec les artistes-interprètes que ne protège pas le droit spécial de la cession ? Ils sont dépouillés de leurs droits et ne retrouvent un semblant de participation à l'exploitation qu'à travers les *licences légales*. En bref, selon les principes du néo-libéralisme : tous les pauvres sont « libres » d'être riches. S'ils ne le sont pas, c'est qu'ils n'ont pas su exercer leur liberté... ». – L'auteur, contestant l'existence de la distinction entre cession et licence prend en exemple la situation peu enviable des artistes interprètes, ne bénéficiant pas du régime protecteur de la cession de droit d'auteur. Mais quel rapport avec le débat sur la distinction de la cession et de la licence ? Le régime dont bénéficient les auteurs est globalement protecteur parce que de nombreuses dispositions sont *impératives*, qualité dont le propre est une certaine indépendance de la qualification des contrats qu'ils passent. La position des artistes interprètes n'est pas davantage le résultat de ces qualifications, mais de la carence du législateur, qui les place explicitement dans une situation d'« infériorité » juridique (v. l'article L. 211-1 du CPI : « Les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires. »).

III – Monisme-réalisme et rejet de la distinction entre la cession et la licence

26. *L'indépendance entre la considération de la nature du droit d'auteur et la considération de la nature du contrat s'affirme davantage lorsque l'originalité reconnue au contrat survit à la reconnaissance de la banalité du droit qu'il met en œuvre.*

27. **Thèse de Madame Neirac-Delebecque**²⁴⁰. En matière contractuelle, cet auteur opte pour le modèle unique du contrat à effet réel : l'auteur constitue (plus qu'il ne cède) des droits réels sur son œuvre dans le cadre du contrat d'exploitation²⁴¹. L'auteur écarte la distinction entre licence et cession, mais sur le fondement d'une comparaison, à notre sens infondée, avec une toute autre distinction entre cession partielle et cession totale²⁴² (de peu de portée, en effet). En revanche, lorsqu'il s'agit de qualifier la chose objet de cette cession, Madame Neirac-Delebecque retient une conception moniste-réaliste du droit d'auteur. Le rattachement à la propriété supporte néanmoins une nuance qui, malgré une terminologie particulière, est assez comparable à la position de MM. Lucas²⁴³ : ce sont les droits d'exploitation représentatifs des « utilités » de l'œuvre, et non directement l'œuvre, qui font l'objet du droit de propriété et d'une éventuelle cession²⁴⁴. Toujours est-il qu'ici encore, un droit de propriété, somme toute banal par sa nature, est pourtant présenté comme irréductible aux modes d'exploitation courants des choses appropriées que sont la vente et le louage.

28. Dans une même inspiration « moniste-réaliste » et rejetant pourtant la distinction cession / licence, un autre auteur, **Mme Alma-Delettre**²⁴⁵, nous convainc grâce à l'outil du droit de propriété, du caractère profondément unitaire des propriétés intellectuelles dans leur ensemble. Les droits moraux, dont l'objet « réel »²⁴⁶, l'œuvre, les rend irréductibles à la personne de l'auteur, ne constituent pas un obstacle à la qualification de propriété²⁴⁷. Le rattachement à la propriété est alors concevable en dépit de spécificités de régime des droits

²⁴⁰ C. Neirac-Delebecque, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse dactyl., Montpellier, 1999.

²⁴¹ *Ibid.* n° 537, p. 348 et ss. Cependant, malgré l'affirmation de départ, le cas du contrat portant essentiellement des effets personnels est évoqué en cas de non exclusivité (v. n° 571, p. 366 et n° 579, p. 371).

²⁴² C. Neirac-Delebecque, *op. cit.*, n° 552 et ss. Rapprocher la cession partielle de la cession totale pour dénier la différence de nature entre la licence (droit personnel) et la cession (droit réel) est, de notre point de vue, une confusion entre l'assiette du contrat (la délimitation de la chose mise à disposition ou objet de la prestation du donneur de licence) et son intensité (de laquelle l'on peut induire la nature du titre conféré à l'exploitant).

²⁴³ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 27.

²⁴⁴ C. Neirac-Delebecque, *op. cit.*, n° 442 et ss., n° 523 et ss. ; très clairement, v. : « Chapitre 2 – L'œuvre n'est pas l'objet du contrat d'exploitation ».

²⁴⁵ S. Alma-Delettre, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Thèse, Montpellier, 1999.

²⁴⁶ *Ibid.* n° 648.

²⁴⁷ *Ibid.* n° 622 et s.

moraux²⁴⁸. Quant à l'objet des propriétés intellectuelles – position à rebours des thèses citées plus haut –, ils consistent dans la *création*²⁴⁹ et non dans un droit sur celle-ci. L'auteur s'appuie ainsi sur une analyse dont on trouve les sources dans Jhering²⁵⁰, suivi en France par des auteurs tels que Rigaud²⁵¹ puis Josserand²⁵², et dont on peut voir l'accomplissement en droit positif dans « l'Ecole de Montpellier »²⁵³. Sur ce point, la thèse se distingue alors très nettement de celle de MM. Lucas, mais aussi de celle de Mme Neirac-Delebecque, par exemple.

Dans la sphère des qualifications contractuelles pourtant, cet auteur, après débat, rejette la distinction entre la cession et la licence en droit d'auteur²⁵⁴, la critiquant également, démarche plus rare, en propriété industrielle²⁵⁵. Ainsi, la profonde unité de ces droits de propriété intellectuelle, fruit d'une démonstration des plus convaincantes (unité entre ces droits entre eux, mais également par rapport au modèle de la propriété), se trouve amputée du trait fondamental de leur mise en œuvre qu'est le contrat... nécessairement original.

²⁴⁸ « La construction, pour originale qu'elle soit, s'intègre dans la richesse d'un mécanisme juridique apte à prendre en compte les considérations morales susceptibles d'animer les propriétaires. », *Ibid.*, n° 654.

²⁴⁹ *Ibid.* n° 601.

²⁵⁰ Jhering, *Actio Injuriarum, Des lésions injurieuses en droit romain et en droit français*, Traduit et annoté par O. De Meulenaere, Paris, Maresq Aîné, 1888, spéc. p. 151 et ss.

²⁵¹ Rigaud, *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912, (lu dans la thèse de P. Kamina, préc., n° 54).

²⁵² L. Josserand, *Cours de droit civil français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1938, n° 1527, p. 845 et ss.

²⁵³ Ecole de pensée dont l'acte fondateur est la thèse de Mousseron : J. M. Mousseron, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, LGDJ, 1961. La thèse se conclut par la qualification du droit du breveté en un droit de propriété. Cette qualification s'appuie sur le contenu du droit qui réunit *usus*, *fructus* et *abusus* et sur le rejet des arguments contraires tirés du caractère temporaire du droit et de la nature incorporelle de l'objet. (Version imprimée intitulée : *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, Montpellier, 1960, v. n° 247 et ss. p. 272 et ss.) – V. également les contributions de Messieurs Raynard, et Le Stanc citées *infra* ; S. Alma-Delettre, *op. cit.*, n° 599. – Sur l'emploi de l'expression, v. par ex. M. Vivant, obs. sous Cass. com. 5 janv. 1983, JCP E, 1983, II, 14261, p. 340 ; A. Robin, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUFDCF, 2005, n° 12.

²⁵⁴ L'auteur dit (n° 463, p. 307, note 366) se rallier à la position de MM. Lucas (évoquée *supra*).

²⁵⁵ S. Alma-Delettre, *op. cit.*, p. 306 : « L'on constate alors que l'étendue du droit d'un licencié peut être bien supérieure à celle du droit du bénéficiaire d'une cession partielle. La frontière entre les deux catégories de contrats se révèle ainsi incertaine et l'absence de référence à la licence par le législateur du droit d'auteur n'apparaît plus comme un élément aussi déterminant en faveur d'une disparité des techniques contractuelles entre les deux domaines de la propriété intellectuelle. Que ce soit en propriété littéraire et artistique ou en propriété industrielle, les caractéristiques des contrats opérant transmission – en propriété ou en jouissance – des droits d'exploitation ne répondent pas stricto sensu aux canons des contrats de vente ou de louage du droit civil classique. Quoi qu'il en soit, l'analyse ainsi menée permet de conclure à une certaine analogie dans les techniques contractuelles d'exploitation de la création intellectuelle protégée, que ne vient pas nécessairement contredire la distinction licence/cession expressément envisagée par les régimes de propriété industrielle et pas par celui de la propriété littéraire et artistique. Les particularismes relevés permettent, en effet, de relativiser l'intérêt d'une distinction axée sur la nature juridique du titre de l'exploitant. ».

29. Le rattachement au droit de propriété est également remarquable dans les récents travaux de **Madame Robin**²⁵⁶. En raison d'une certaine continuité avec la thèse précédemment évoquée, on peut rattacher les écrits de cet auteur à l'Ecole de Montpellier, ce que ne contredit pas nécessairement l'influence d'auteurs tels que Monsieur Zenati-Castaing. Ainsi, ce que l'on qualifie de « droits » est en fait l'expression du pouvoir exclusif que constitue la propriété ; mais ils ne sauraient être eux-mêmes l'objet de l'appropriation²⁵⁷. L'auteur échappe ainsi à la facilité de langage, si ce n'est l'artifice, d'une propriété en quelque sorte indirecte de la chose, puisque ne s'exerçant qu'au travers de « droits » : « La création intellectuelle est un bien indépendamment des droits qui pourraient s'exercer sur elle. »²⁵⁸. La chose est donc incorporelle en raison de l'absence de *corpus*, et non parce qu'elle constituerait un droit²⁵⁹. En dépit de cette prise de position, Madame Robin retient en matière contractuelle la qualification de contrat à effet réel (davantage que celle de transfert de propriété)²⁶⁰ et se rapproche encore de la conception actuellement portée par Messieurs Lucas en ce qu'elle fait passer la *summa divisio* des contrats de la matière entre cession exclusive ou non exclusive, plutôt qu'entre licence et cession. En outre, selon une terminologie employée par Mme Neirac-Delebecque²⁶¹, Mme Robin affirme que seules les « utilités » de l'œuvre sont cédées, et non la création elle-même. L'idée n'est pas très éloignée de la cession d'un droit constitué sur l'œuvre ; or, d'après cet auteur, la propriété a pour objet l'œuvre directement et non un droit sur celle-ci.

30. Selon les conceptions présentées par ces derniers auteurs, que nous avons cru devoir rapprocher, l'élection d'une qualification prenant pour modèle le droit de propriété ne se traduit pas comme l'on pourrait s'y attendre dans la mise en œuvre contractuelle « classique » de celle-ci. Le souci de démontrer le rattachement du droit d'auteur à une institution aussi commune que la propriété ne se prolonge pas en termes d'analyse contractuelle, où l'on a le sentiment que le contrat sur droit d'auteur devrait relever, comme par nature, de l'exception.

²⁵⁶ A. Robin, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUFDCF, 2005.

²⁵⁷ *Ibid.*, v. notamment n° 68 et ss., p. 63 et ss. « Chapitre I Droit de propriété sur la création. ». V. également, n° 232.

²⁵⁸ *Ibid.* n° 74.

²⁵⁹ *Ibid. loc. cit.*

²⁶⁰ *Ibid.* n° 254.

²⁶¹ V. *supra* n° 27.

31. Conclusion du paragraphe 1. Pour conclure cette première étape et tirer une synthèse de ces analyses diverses, on peut affirmer que les auteurs récusant la notion de « licence » en tant qu'elle s'opposerait à la « cession », et ne retenant que cette dernière formule, représentent une large diversité des conceptions du droit d'auteur. Ainsi, exception faite du monisme-personnalisme, sont représentées avec une certaine équité les thèses du moniste-réalisme, du dualisme, ou encore de la notion de droits intellectuels, en fait « droits *sui generis* ». Cette première étape laisserait donc présager la possible invalidation de notre hypothèse de départ, en ce qu'elle prouverait une absence totale de lien entre la conception retenue par la doctrine, considérée dans son ensemble, pour qualifier le *droit* d'auteur, et celle retenue pour qualifier le *contrat*. La quête d'une réponse à notre question de départ impose à présent la poursuite de l'examen de ce même rapport entre d'une part nature du droit et d'autre part la nature du contrat. Nous nous pencherons sur d'autres thèses récusant tout autant la dualité des formules contractuelles de la matière. Pourquoi alors opérer une distinction entre ces auteurs ? Parce que, comme nous le montrerons, à un schéma apparaissant similaire sur la forme – l'unité de nature des contrats du droit d'auteur – correspondra ici la conclusion fondamentalement inverse : l'admission de la seule licence à l'exclusion de toute cession.

§ 2 – Les auteurs récusant la distinction entre cession et licence au profit de la licence

32. Plan. Les auteurs que nous identifions ici comme rétifs à la distinction classique entre cession et licence et se prononçant en faveur d'un système unique de concessions (licences), ne reflètent pas la grande diversité de conceptions du droit d'auteur que nous avons notée chez les défenseurs du modèle de l'unique cession. En général, ces commentateurs opteront pour les thèses personnalistes ou *sui generis* du droit d'auteur. Parmi ces thèses qui, s'appuyant sur le droit positif, optent pour une qualification unitaire de concession – licence, deux conceptions relatives à la nature du droit d'auteur émergent : citons tout d'abord la doctrine du monisme-personnalisme (*I*), avant d'examiner la doctrine rattachant le droit d'auteur à la notion de droit intellectuel ou de droit *sui generis* (*II*).

I – Monisme-personnalisme et rejet de la distinction entre la cession et la licence

33. Présentation sommaire des principales références des thèses moniste-personnalistes. Ce n'est qu'avec la plus grande prudence que nous rapprochons certains auteurs contemporains de cette conception du droit d'auteur. Les auteurs que nous nous permettrons de rattacher à cette catégorie se plaisent davantage à mettre en avant l'intérêt explicatif de cette thèse ou le but de protection de l'auteur que l'on peut être tenté de lui attribuer, plutôt que de s'y rallier très explicitement. L'état du droit positif l'explique probablement. En quelques mots, le personnalisme consiste à considérer le droit d'auteur dans son ensemble comme un droit unitaire relevant de la personne de l'auteur (on parlera également de la « nature personnelle » du droit d'auteur). La thèse ne s'oppose pas fondamentalement à la reconnaissance des deux prérogatives : morale et patrimoniale, mais celles-ci se fondent au sein d'un même droit. Or, ce droit procède d'un lien essentiellement extrapatrimonial entre l'auteur et son œuvre : « les prérogatives morales et patrimoniales sont inextricablement liées et forment un tout indissociable »²⁶². La thèse, d'origine allemande, naît des écrits de Kant, avant d'être transposée dans la réalité juridique par des auteurs allemands du XIX^e siècle tels que Gierke²⁶³. Selon cet auteur cependant – et l'analyse est alors nouvelle – la théorie personnaliste ne s'oppose pas à ce que l'œuvre acquière un certain degré d'indépendance autorisant le recours à la notion de « chose incorporelle ». Ces droits n'en demeurent pas moins incessibles, ce qui est la position actuelle du droit allemand, connu pour n'admettre que les « concessions » de droit d'auteur²⁶⁴. En France, les premiers auteurs reconnus pour leur contribution à cette thèse sont, notamment Bertauld, puis Morillot²⁶⁵, qui est considéré comme « l'inventeur » de l'expression « droit moral »²⁶⁶. Saleilles doit également être cité au titre des plus éminents contributeurs à cette théorie moniste, celui-ci relevant pourtant le caractère mixte de ce droit²⁶⁷. Mais nous nous intéresserons plus directement à un représentant actuel de cette conception.

²⁶² A. Lucas-Schloetter, Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002, Prop. intell., act. 2005, n° 17, p. 403.

²⁶³ O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895. Cet auteur est considéré comme le fondateur de l'école moniste-personnaliste. Nous l'avons lu dans les thèses : J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, op. cit., n° 257 et les nombreuses références citées ; P. Kamina, op. cit., n° 70.

²⁶⁴ En ce sens, pour une référence à jour : A. Lucas-Schloetter, article préc.

²⁶⁵ Sur ces auteurs, v. J. Raynard, op. cit., n° 257, p. 229.

²⁶⁶ P. Kamina, op. cit., p. 79.

²⁶⁷ V. note Saleilles, sous CA Paris, 1^{er} févr. 1900 (Aff. Lecocq), Sirey, 1900, II, 121. V. également les notes sous les arrêts suivants : Cass. civ. 25 juin 1902 (Arrêt Lecocq), DP, 1903, I, 5, note A. Colin, concl. Baudoin ;

34. Madame Josselin-Gall, dans son étude internationaliste et comparatiste, accorde une nette préférence à la conception moniste-personnaliste telle qu'adoptée en droit allemand²⁶⁸ ; elle prend finalement acte de la conception dualiste du droit d'auteur français, tout en reconnaissant la « préséance » du droit moral²⁶⁹. On a vu que l'auteur reliait en théorie les systèmes moniste-personnaliste et dualiste à la concession comme contrat unique, et les systèmes monistes-réalistes à la possible dualité des cessions et des licences. Ainsi, « (...) les pays de tradition romano-germanique et la famille des droits soviétiques ne peuvent envisager le transfert du droit d'auteur que dans le cadre d'un contrat de licence, qu'elle soit simple ou exclusive. »²⁷⁰. Le propos, au demeurant nuancé et admettant l'absence d'interdiction explicite de la cession en droit français²⁷¹, est confirmé en d'autres termes : le contrat d'exploitation du droit d'auteur est une concession²⁷². Nous voici donc en présence d'un droit d'auteur relevant, dans une certaine unité, de la personnalité de l'auteur, où le droit moral non seulement prévaut, mais participe de l'essence de ce droit. Seules les licences sont admises, justifiées par la nature personnelle du droit. On pourra faire deux objections au système proposé. D'une part, pour la cession : que ce qui est bel et bien cédé peut n'être que partiel, et ne s'étend pas au droit moral. D'autre part, pour la licence, on a pu remarquer que la qualification de licence, c'est-à-dire de location, suppose elle-même une analyse du droit d'auteur, si ce n'est en termes de droit de propriété, du moins en une qualification, objective, « réelle »²⁷³ de l'œuvre louée. En effet, soit que l'on souscrive au plein rattachement du droit d'auteur au droit de propriété, soit que l'on consente à son rattachement partiel dans une approche dualiste, ou encore que l'on opte pour une qualification en termes de droit réel, dans tous ces cas, la licence, que l'on voudra au moins rapprocher de la location, porte bien sur l'exploitation si ce n'est d'une chose, du moins d'un élément du patrimoine. Quand bien même, un autre argument empêche cet auteur de reconnaître pleinement la cession : l'obligation d'exploitation mise à la charge du concessionnaire²⁷⁴. Or, l'argument pêche à deux titres. Premièrement, nous verrons que cette obligation d'exploitation, quoique

T. civ. de la Seine, 1^{er} avril 1936 (Aff. Jamin c. Dame Canal), D. 1936, II, 65, note M. Nast ; confirmé en appel : CA Paris, 23 févr. 1938, Sirey, 1938, I, 169, note Esmein.

²⁶⁸ 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, n° 2.

²⁶⁹ *Ibid.* n° 6.

²⁷⁰ *Ibid.* n° 155

²⁷¹ *Ibid.*, par ex. n° 47.

²⁷² *Ibid.* n° 156

²⁷³ J. Raynard, Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527, spéc. n° 16.

²⁷⁴ M. Josselin-Gall, *op. cit.*, n° 37 et ss., p. 50 et ss.

fréquente, n'est pas systématique en droit d'auteur²⁷⁵. Deuxièmement, cette idée procède d'une *confusion répandue entre l'autorisation (licence ou cession) et le contrat d'exploitation du droit d'auteur*. Or, nous démontrerons que cette obligation d'exploitation dépend de contrats spéciaux au contenu impératif ou d'une volonté spécialement exprimée dans un contrat. Elle ne peut être recherchée, dans l'état du droit positif, dans le seul transfert (cession) ou la seule mise à disposition (licence) du droit d'auteur. Il est donc incorrect de rejeter par principe la possibilité d'une cession au motif qu'une obligation d'exploitation, compatible, mais nécessairement extérieure à cette cession, viendrait l'accompagner.

Ainsi retrouvons-nous régulièrement cette distinction qui fondera notre lecture des contrats d'auteur : cession et licence ne sauraient porter en elles-mêmes qu'une autorisation d'exploitation ainsi que les obligations que la loi (Code civil ou CPI) associe à cette autorisation (rémunération proportionnelle, obligations de garantie, etc.). La transformation de cette faculté en contrainte nécessite une intervention de la volonté des parties : soit par les instruments privilégiés que constituent les contrats spéciaux du CPI organisant cette obligation d'exploitation, soit par la stipulation de cette obligation, lorsque le contrat se situe en dehors de ce cadre légal impératif.

II – Droit sui generis et rejet de la distinction entre la cession et la licence

35. Thèse de Monsieur Bergé. Dans le cadre de son étude de la protection internationale et européenne du droit d'auteur, cet auteur qualifie l'objet de son étude en puisant ses réflexions dans celles de Picard, l'inventeur de la notion de « droit intellectuel »²⁷⁶. Cette construction fut ensuite enrichie – en ce qui concerne notamment l'analyse du droit moral – des analyses de Dabin²⁷⁷. Suivant la position de ces auteurs éminents, M. Bergé ne peut se résoudre à faire entrer le droit d'auteur dans la catégorie des droits réels ou du droit de propriété : « Le droit d'auteur dispose d'une nature globale

²⁷⁵ Voir *infra* n° 756 et ss.

²⁷⁶ Par ex. Picard, *Embryologie juridique*, *Journal de droit international*, 1883, 10, p. 564 à 585, cité par A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright divergences et convergences, Etude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993, n° 78, p. 102. Pour un exposé de cette thèse, v. J. Raynard, *op. cit.*, n° 263.

²⁷⁷ Dabin, qui rattacha le droit moral à la notion (faculté de modifier ou de supprimer la création), dans une approche que l'on pourra donc qualifier de moniste : J. Dabin, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, LIX, p. 435 ; du même auteur : *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 189 et ss. – Sur ces thèses, voir : A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright divergences et convergences Etude de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 1993, n° 80 et ss. ; P. Kamina, *op. cit.*, n° 63. – M. Bergé cite ensuite : J. Escarra, J. Rault, F. Hepp, *La doctrine française du droit d'auteur. Etude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, Grasset, 1937.

spécifique. »²⁷⁸. Ainsi, « En rapprochant le droit d'auteur de la notion de droit intellectuel, c'est-à-dire d'une nature propre, nous ne sommes plus tenus de procéder, sous couvert d'un choix entre la nature réelle (l'œuvre) ou personnaliste (l'auteur) du droit, à la destruction du lien qui les unit, à savoir le concept de création. »²⁷⁹. La qualification de ce droit semble toute entière déterminée par la spécificité de son objet incorporel, notamment par la contemplation de son mode d'acquisition originaire²⁸⁰, sans doute au détriment de son contenu, reproche fréquemment adressé aux partisans de la thèse des droits intellectuels²⁸¹. Par cette qualification, Monsieur Bergé croit préserver l'importance de l'auteur et des liens spécifiques qui l'unissent à son œuvre. Aussi le sujet auteur apparaît-il comme inséparable de l'objet du droit, la création²⁸². Le rattachement à la théorie des droits intellectuels, qui supposerait justement l'admission d'un certain détachement de l'œuvre, élément objectif, et de la personne de son auteur, est moins marqué dans les écrits de M. Bergé que chez ses illustres prédécesseurs²⁸³. Par ailleurs, encore que les thèses puissent être comparées dans certaines de leurs intentions, M. Bergé, d'un point de vue plus technique, tient à se démarquer de la thèse du monisme-personnalisme²⁸⁴, de sorte que le droit d'auteur est définitivement décrit comme un droit intellectuel original.

Au stade du contrat, M. Bergé évoque l'existence des cessions et des licences en notant les diverses réceptions de ces termes par les différents systèmes juridiques. Mais pour cet auteur, la comparaison se fait davantage entre les pays connaissant des contrats spéciaux d'exploitation tels que la France, la Belgique, l'Italie... et les pays ne les légiférant pas (généralement les pays de *copyright*)²⁸⁵. Le terme de transfert y est systématiquement cerné de guillemets, ce qui suggère une inadéquation de la notion de cession : « (...) la licence volontaire, qu'elle soit exclusive ou simple, est connue de tous ces pays, même si l'on peut regretter que d'un point de vue purement terminologique les termes de concession et de licence soient souvent absents (absence particulièrement remarquée dans la législation

²⁷⁸ J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, n° 130.

²⁷⁹ *Ibid.* n° 128 ; *Adde* : J.-S. Bergé, Entre autres droits, la propriété intellectuelle, Prop. intell., juill. 2002, n° 4, p. 9.

²⁸⁰ *Ibid.* n° 125.

²⁸¹ J. Raynard, thèse préc., n° 285.

²⁸² J.-S. Bergé, *op. cit.*, n° 126.

²⁸³ Ainsi, Dabin, par exemple, sans pour autant nier la conservation d'un lien d'appartenance entre l'œuvre et son auteur, affirmait-il : « Une fois née, et en dehors de toute communication au public, l'œuvre acquiert une existence objective, distincte de la personne de l'auteur, elle devient une chose, une *res* », J. Dabin, Les droits intellectuels comme catégorie juridique, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, LIX, p. 435.

²⁸⁴ J.-S. Bergé, *op. cit.*, n° 126 : « (...) le droit moral de l'auteur n'est pas un droit de la personnalité et le droit d'auteur tout entier n'est pas un droit personnaliste ». (V. également n° 116 et ss.).

²⁸⁵ V. notre Introduction générale, *supra*, n° XIII.

française où l'on préfère parler « d'autorisation de ... » s'agissant du contrat de représentation (art. L. 132-8), alors que le terme de « cession » est maladroitement utilisé pour les contrats d'édition (art. L. 132-1) et de production audiovisuelle (art. L. 132-24). »²⁸⁶. Ailleurs, l'auteur marque sa préférence pour le système *contractuel* allemand : « A l'instar du droit d'auteur allemand, il serait certainement plus judicieux de parler, en droit d'auteur français, de concession du droit d'usage et non de cession pure et simple »²⁸⁷. On peut donc classer cet auteur parmi ceux qui promeuvent un système contractuel fondé sur les seules concessions, à l'instar de Mme Josselin-Gall qui, par un attachement plus complet au système allemand, optait néanmoins pour une conception proche du monisme-personnalisme. Si ce système proposé n'est pas celui pour lequel nous opterons, on peut néanmoins en apprécier la tenue : si le contrat ne peut être ramené à une distinction entre cession et licence, c'est pour partie en raison de l'objet et de la nature originaux du droit qu'il mettrait en œuvre.

36. Conclusion du paragraphe 2. L'état de la doctrine rejetant la distinction entre la cession et la licence de droit d'auteur. Au cours de cette première étape, nous avons pu constater que le rejet de la réception de la licence en tant que formule différenciée de la cession était le fait d'auteurs représentatifs de la plupart des conceptions du droit d'auteur actuellement en débat. Ensuite, cette conception unitaire du contrat en droit d'auteur se réalise selon deux courants bien distincts. Le plus souvent, cette unité se manifestera par l'admission des seuls contrats à effet principalement réel, sous le vocable général de « cession ». Plus rarement, l'idée de toute cession ou démembrement du droit d'auteur sera rejetée, et le contrat de droit d'auteur qualifié de concession, c'est-à-dire de licence. Cette dernière conclusion est souvent rapprochée, par ses promoteurs mêmes, de l'esprit du droit d'auteur allemand. Par ailleurs, on ne pourra que remarquer qu'un tel point de vue semble bien représenté par les auteurs d'études comparatistes²⁸⁸. Il est intéressant de constater, dans le même sens, une diversité comparable des conceptions chez les auteurs qui admettent la réception de la licence en droit d'auteur.

²⁸⁶ J.-S. Bergé, *op. cit.*, n° 56, note n° 2.

²⁸⁷ J.-S. Bergé, *op. cit.*, n° 111.

²⁸⁸ En ce sens, estimant que le terme de « cession » utilisé en droit français est peu adapté et correspondrait davantage à une formule de concession-licence : G. Boytha, Le développement des dispositions législatives relatives aux contrats d'auteurs, RIDA, juil. 1987, n° 133, p. 41 ; du même auteur : La législation nationale relative aux contrats d'auteur dans les pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale, Le Droit d'auteur, oct. 1991, p. 208. *Adde* : M. Markellou, *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, Thèse, Montpellier I, 2009, *passim*.

Section 2 – Nature du droit d’auteur et thèses retenant la distinction entre la cession et la licence

37. Démarche suivie. Nous adopterons ici la même démarche que précédemment, à savoir la confrontation des choix doctrinaux en matière contractuelle avec ceux opérés quant à la nature du droit d’auteur. Nous constaterons à présent que les auteurs reconnaissant la diversité des formules contractuelles de la matière par l’admission de la licence aux côtés de la cession, soutiennent également la plus grande diversité des qualifications couramment attribuées au droit d’auteur. Nous noterons également que si l’admission des cessions et des licences de droit d’auteur s’effectue généralement au moyen d’une *qualification* de ces contrats en vente et en location, tel n’est pas toujours le cas. Reconnaître la diversité des contrats du droit d’auteur n’impose pas, dans l’esprit de certains, un plein rattachement aux contrats nommés du Code civil. Ainsi, nous découvrirons que si la reconnaissance de deux opérations contractuelles distinctes dans la licence et la cession est un préalable nécessaire à l’élection des qualifications respectives de location et de vente, l’entreprise de qualification, quant à elle, n’est pas systématiquement menée à son terme et laisse place à l’analogie. Si l’analyse reste minoritaire, le constat de la dualité des formules contractuelles s’accorde parfois au maintien de la croyance en leur originalité.

38. Plan : Nous progresserons par touches, évoquant tour à tour les **différentes thèses en présence**. L’exposé des vertus et des défauts des différentes théories nous conduira nécessairement à prendre parti pour l’une d’entre elles ; ce choix sera déterminant pour la suite de nos développements.

§1 – *Droit sui generis et admission des cessions et des licences ;*

§2 – *Doctrine proche du monisme – personnalisme et admission des cessions et des licences ;*

§3 – *Dualismes et admission des cessions et des licences ;*

§4 – *Monisme – réalisme et admission des cessions et des licences.*

§ 1 – Droit *sui generis*²⁸⁹ et admission des cessions et des licences

39. Thèse de Mme Durrande. Cette conception d'un droit intellectuel, au fond droit *sui generis*, étudiée au paragraphe précédent, sera ici rapprochée de celle actuellement soutenue par Mme Durrande, qui raisonne en termes de « monopole d'exploitation », qualification au demeurant isolée dans la doctrine française actuelle et qui mérite pour cela d'être évoquée²⁹⁰. La dénomination fut par ailleurs critiquée en ce qu'elle ne constituerait pas une véritable qualification juridique, mais plutôt une description relevant de la science économique²⁹¹. Cet auteur se réfère à Renouard²⁹² et à Roubier comme appui à sa conception. Le droit d'auteur est décrit par Mme Durrande comme un droit certes dualiste, mais détaché de la notion de propriété, y compris dans sa composante patrimoniale : « Malgré son caractère exclusif, le droit d'auteur doit être considéré, non comme un droit de propriété mais comme un monopole d'exploitation. »²⁹³.

En dépit de l'originalité reconnue à ce droit d'auteur, Mme Durrande met pourtant en œuvre au stade des qualifications contractuelles les distinctions les plus classiques, et use d'un vocabulaire qui semble réservé aux contrats sur les choses. Ainsi, dans une étude approfondie à partir du célèbre arrêt « Perrier »²⁹⁴ rendu en 1993 par la Cour de cassation, l'auteur rappelle

²⁸⁹ Nous regroupons à nouveau sous cette expression les qualifications (Droit intellectuel – Monopole d'exploitation – Droit de clientèle) qui ne correspondent à aucune catégorie de droit préexistante (propriété, droit de la personnalité).

²⁹⁰ La notion est employée par Renouard (v. note *infra*), mais sa véritable définition en termes juridiques est attribuée à Roguin, *La règle de droit*, F. Rouge, Lausanne, 1889, p. 309 (cité par P. Kamina, thèse préc., n° 58) : « (...) on ne doit pas dire que la propriété est un monopole, ou renferme un élément de monopole, puisque, en tant qu'exclusive, elle possède simplement un caractère commun à tous les droits, tandis que le monopole est quelque chose d'anormal (...) il est simplement le droit, non pas d'avoir exclusivement tel objet déterminé, mais d'empêcher autrui de posséder des objets semblables ou analogues à ceux du monopoleur, quoique autres concrètement que les siens. » – On relèvera simplement que le terme de « monopole » est destiné à marquer une opposition au concept de « propriété intellectuelle ». Il s'apparente pourtant à une forme de pouvoir d'interdire. Il est alors intéressant de constater que le terme de monopole est employé par d'autres auteurs pour désigner précisément cette propriété intellectuelle (c'est notamment le cas de M. Raynard : voir les notes citées sous cet auteur). – Pour un exposé plus récent de ce concept de monopole, v. : R. Fransceschelli, *Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur*, in *Mélanges Roubier*, Dalloz, 1961, p. 453 et ss.

²⁹¹ J. M. Mousseron, thèse préc., n° 246, p. 272.

²⁹² Renouard, qui raisonne dans les termes, sans doute plus propres à son époque, de « privilège » et de « droit général d'exploitation », note ceci : « Un examen détaillé des droits divers dont l'ensemble constitue le domaine privé conféré par les privilèges d'auteur, conduira à reconnaître que tous ces droits peuvent être ramenés à un droit unique, celui d'exploiter seul les produits vénaux que l'ouvrage est susceptible de procurer. » (A.-C. Renouard *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature les sciences et les arts*, Paris, J. Renouard et Cie Libraires, t. 2, 1839, p. 10, n° 3). – Nous avons également vu que cet auteur retenait une pleine diversité de qualifications contractuelles (vente, louage, etc.), *Ibid.*, n° 158, p. 278.

²⁹³ J.-Cl. PLA fasc. 1310. S. Durrande, *Exploitation des droits. Dispositions générales*, n° 34. Sans préjuger à ce stade de la validité de l'analyse, on pourra cependant regretter que les sources qui la fondent s'arrêtent à 1902 pour la jurisprudence et à 1969 pour la doctrine.

²⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, D. 1994, Jur., p. 166, note P.-Y. Gautier ; RIDA, avril 1995, p. 3, note S. Durrande : L'arrêt « Perrier », un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur ; RTD com. 1994, p. 272, obs. A. Françon ; JCP G, 1991, II, 21682, note A. Lucas.

justement qu'en matière de « cessions pures et simples », emportant « obligation de donner »²⁹⁵ sans obligation d'exploiter, ce l'on appelle les *sous-cessions* ne sont pas à proprement parler des *sous-contrats*, mais des *contrats successifs* : « Bien que tous les contrats portent sur la même chose, en tout cas en partie, il ne s'agit pas de sous-contrats, mais de contrats successifs, en raison du caractère translatif du premier contrat. »²⁹⁶. Allant dans le sens de cette précieuse mise au point terminologique, nous ajouterons que si le terme de sous-cession est communément employé en droit d'auteur, sans doute l'est-il à tort. En effet, si l'on connaît les ventes successives, les reventes, on imagine mal des « sous-ventes »²⁹⁷. Inversement, à l'image de la sous-location, on peut bien sûr parler de « sous-licence de droit d'auteur ». S'agissant de ces dernières, l'auteur les admet, consacrant parfaitement la division classique entre cession et licence : elle en offre même une définition complète : « le contrat de licence s'analyse en un contrat de louage de choses par lequel le titulaire du droit d'exploitation sur l'œuvre concède à un tiers, en tout ou partie la jouissance de son droit d'exploitation moyennant le paiement d'une redevance. »²⁹⁸. L'auteur note également que cette technique est mieux à même de protéger les intérêts de l'auteur que ne l'est la cession. Si l'on ne peut que souscrire aux analyses proposées par cet auteur en termes contractuels, l'on remarquera en revanche une certaine contradiction à refuser la qualification, fût-elle partielle, de propriété au droit d'auteur, pour utiliser ensuite les notions de « chose », de contrat translatif ou d'obligation de donner, notions qui restent très attachées à la notion de propriété. Dans ce cas comme dans les autres, le détachement revendiqué du droit d'auteur d'avec le droit de propriété semble ne pas pouvoir s'abstraire véritablement du champ lexical de la propriété lorsqu'il s'agit de sa mise en œuvre contractuelle. La position de cet auteur récent, en ce qu'il s'appuie sur la notion originale de « droits intellectuels » tout en affirmant la distinction classique entre cession et licence, mérite que l'on s'attarde sur ses origines revendiquées, et en particulier sur les écrits de Roubier.

40. Thèses de Roubier. Nous avons eu l'occasion de traiter d'auteurs qui, tout en retenant une conception de type « *droits intellectuels* » pour le droit d'auteur, souscrivaient dans le même temps à l'originalité et au caractère unitaire des contrats de la matière. Sans

²⁹⁵ Nous soulignons. Mais que « donner » si ce n'est une chose appropriée, un droit privatif apparenté ?

²⁹⁶ S. Durrande, note préc. – Comp. P.-Y. Gautier, Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats, D. 1995, Chron., 262. V. également, pour l'emploi du terme de cession : S. Durrande, La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande, D. S., 1986, Chron. p. 280.

²⁹⁷ Une revente n'est pas un sous-contrat (pas de substitution). En ce sens : J. Néret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979, n° 40 ; D. Mainguy, *La revente*, Litec, 1996, n° 12 (ni une cession de la vente qui la précède, *Ibid.*)

²⁹⁸ J.-Cl. Contrats - Distribution fasc. 4060, S. Durrande, Contrat de merchandising, n° 22.

pour autant souscrire aux raisonnements de ces auteurs, nous notions alors la logique qu'il y a à considérer qu'un droit *sui generis* ne puisse donner lieu à des formules contractuelles banales, *a priori* conçues pour des objets de propriété. Or, l'idée selon laquelle les conceptions des droits intellectuels, monopoles d'exploitation ou droits de clientèle seraient, dans l'esprit de leurs promoteurs, des obstacles à l'adaptation des contrats sur les choses doit être relativisée. C'est donc toute cette hypothèse de départ²⁹⁹ qui semble devoir être remise en cause.

Roubier est l'inventeur de la notion de *droits de clientèle*, envisagée comme un moyen propre à rendre compte du contenu, de la véritable nature des droits intellectuels³⁰⁰ – de leur seule fonction économique, diront ses détracteurs³⁰¹. Cet auteur reconnaissait pourtant la dualité des cessions et des licences qu'il appliquait sans discrimination aux « monopoles industriels, littéraires ou artistiques »³⁰². C'est bien à Roubier que l'on doit une définition de la licence qui n'a cessé de faire référence depuis : « *Le contrat de licence est un contrat par lequel le titulaire d'un monopole d'exploitation concède à une personne en tout ou en partie la jouissance de son droit d'exploitation.* »³⁰³. Cette définition insiste sur l'aspect positif du contrat de licence : il s'agit de concéder un droit d'exploitation et ne se résume pas en une simple obligation passive de renonciation au droit d'agir en contrefaçon³⁰⁴. Roubier s'employait également à démontrer le caractère personnel et non réel³⁰⁵ du droit du licencié. Opérant de nombreuses analogies entre la licence et le louage de choses, Roubier notait « une

²⁹⁹ A savoir l'idée formulée par la doctrine citée en introduction de cette division, selon laquelle à une nature juridique du droit d'auteur devrait correspondre un certain type de qualifications contractuelles.

³⁰⁰ Essentiellement par la distinction, au sein des droits patrimoniaux, entre les droits dits statiques : droit réel et droit de créance, et les droits en mouvement : « droits de clientèle », visant à conférer un monopole vis-à-vis d'une clientèle. A noter que les droits moraux sont explicitement écartés de la notion et rattachés « à la famille des droits qui ont pour objet le respect de la personne humaine. », P. Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, RTD civ. 1935, p. 251. Du même auteur, *Le droit de la propriété industrielle*, Partie Générale, Sirey, 1952, p. 104, n° 23. *Adde* : du même auteur, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005 (réédition de l'ouvrage paru en 1963 aux éditions Sirey). Les droits de clientèle sont évoqués, après l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, pour être intégrés dans une « classification des situations juridiques ».

³⁰¹ J. M. Mousseron, *Le droit du brevet d'invention : contribution à une analyse objective*, LGDJ, 1961, n° 245, p. 271.

³⁰² P. Roubier, *Licences et exclusivités*, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1936, p. 289, spéc. n° 1. L'auteur reprend la distinction déjà posée par un auteur : J. Morel, *De la licence d'exploitation en matière de brevets d'inventions*, Thèse, Lyon, 1926, p. 1 : « Par la cession, il y a abandon, en tout ou partie, du droit de monopole lui-même ; par la licence, il y a simplement concession de la jouissance du droit. ». – Pour une qualification de la cession à titre onéreux en « une véritable vente », v. P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Partie Spéciale, Sirey, 1954, n° 179, p. 250.

³⁰³ P. Roubier, *Licences et exclusivités*, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1936, p. 289, n° 1.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Le caractère non réel du droit du licencié dans la conception de Roubier s'explique également, et peut-être principalement, par le rejet de la nature réelle du droit de clientèle. Pour le rejet du rapprochement déjà fait en son temps de la licence avec l'usufruit : v. art. précité, n° 2.

véritable parenté dans leur physionomie générale »³⁰⁶. Il est vrai que l'auteur optait finalement pour une qualification *sui generis* du contrat de licence. Mais cette originalité tenait principalement au caractère non nécessairement exclusif et à l'obligation d'exploitation méconnue du bail, c'est-à-dire à des points somme toute assez secondaires, et que l'on jugerait aujourd'hui « non caractéristiques »³⁰⁷. Ainsi, l'affirmation de la *summa divisio* contractuelle entre cession et licence par les partisans du « droit intellectuel » est clairement concevable, sinon fréquemment constatée. En revanche, cette reconnaissance des cessions et des licences comme formules distinctes ne se conclut pas nécessairement par un rattachement de ces formules aux modèles du Code civil (vente et louage). Une telle position peut être critiquée, d'une part car elle maintient l'analyse à l'étape de l'analogie, sans oser un véritable rattachement ; d'autre part pour son inutile complexité, la physionomie de ces deux grandes catégories de contrats sur les choses ayant précisément inspiré la distinction entre cession et licence. Si l'on s'éloigne de Roubier, on trouve cette tendance chez un auteur récent dont nous voudrions exposer sommairement les thèses.

41. Thèse de Monsieur Huet. Cet auteur se rallie, dans les mots, à une conception de type « droits intellectuels »³⁰⁸. En matière de qualifications contractuelles du contrat sur droit d'auteur, nous réservons la question très approfondie des « licences » d'utilisation de logiciels³⁰⁹. En matière de qualifications contractuelles, M. Huet, sans occulter les incertitudes de la matière, reconnaît bien la distinction qu'il convient d'opérer entre « les contrats emportant cession, qui s'apparentent à une vente, et ceux consistant en une concession qui relèvent, à première vue, plus de la location. La terminologie utilisée en pratique est souvent floue, *mais les deux termes, de cession et concession, marquent bien l'opposition entre les deux catégories de contrats.* »³¹⁰. La *summa divisio* à laquelle nous souscrivons entre cession et licence est donc affirmée on ne peut plus clairement par cet

³⁰⁶ P. Roubier, Licences et exclusivités, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1936, p. 289, spéc. n° 8.

³⁰⁷ Arguments que le droit positif nous permettra de contredire.

³⁰⁸ Ce qui n'empêche pas l'usage ponctuel du terme de « propriété » : v. J. Huet, Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur, *D.* 1985, Chron. p. 261, spéc. n° 1 ; J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, 1989, n° 43, n° 554, note n° 1.

³⁰⁹ J. Huet, De la « vente » de logiciel, *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 799 ; obs. sous : Trib. com. Paris, 5 juin 1984, *D.* 1985, I.R. p. 44. V. du même auteur : *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 21126 ; J. Huet et H. Maisl, *op. cit.*, n° 54 et ss. et spéc. n° 448 et ss. – Nous verrons plus loin qu'il y a lieu de distinguer ces formules, et partant ce débat, de la question de ces contrats en droit d'auteur, seul siège véritable de la distinction entre cession et licence.

³¹⁰ J. Huet, *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 21125. (Nous soulignons). V. également n° 11113.

auteur³¹¹, et partant la diversité des formules contractuelles³¹². Certes, la distinction est relativisée par l'auteur en raison de la présence du droit moral et d'autres règles impératives du CPI. Il est par ailleurs remarqué que la législation ne reprend pas cette distinction ; mais celle-ci, constate M. Huet, « existe néanmoins par la force des choses »³¹³. Toujours est-il, cette reconnaissance de la *summa divisio* qui conduit tout naturellement au rapprochement avec la vente et la location ne dépasse pas le stade de l'analogie³¹⁴. La position est sur ce point précis comparable à celle de Roubier, évoquée plus haut : le rattachement à la notion de droit intellectuels n'est pas un obstacle à l'acceptation de la dualité des contrats, sur le modèle de la vente et du louage. En revanche, elle s'accompagne du refus d'une pleine qualification. Or, c'est précisément l'argument développé par M. Huet pour récuser l'identité de la licence avec la location et de la cession avec la vente qui se prête à la critique. En effet, ce commentateur considère que le contrat d'édition « se rapproche plus de la location que de la vente »³¹⁵ mais, en raison des nombreuses autres obligations pesant sur l'éditeur, M. Huet, le disqualifie en contrat *sui generis*. Certes, le constat de la difficulté à qualifier les contrats nommés du CPI est en soi pertinent ; en revanche, il lui est donné une portée excessive, en ce qu'il appuie la considération selon laquelle tous les contrats du droit d'auteur seraient par nature originaux. On notera dès à présent la confusion que peut apporter le rapprochement entre les contrats nommés du CPI et les contrats nommés du Code civil³¹⁶. *Cette juxtaposition amène nécessairement à une qualification sui generis des premiers, tant il est évident qu'un contrat d'édition peut difficilement, dans son entier, se ramener à un contrat de location ou de vente. En revanche, comme nous le verrons, tout contrat d'édition – contrat nommé par le CPI – comporte une autorisation ; cette autorisation relève selon nous des formules contractuelles élémentaires du Code civil : vente ou location, donation ou prêt à usage.* L'analyse proposée par M. Huet a donc sur ce point précis un défaut : nous croyons erroné le raisonnement selon lequel la disqualification compréhensible du contrat d'édition emporte avec elle la disqualification des autres formes de mise à disposition du droit d'auteur existant

³¹¹ Ailleurs, la cession est bien présentée comme distincte de la concession, v. *Ibid.* n° 11197 note n° 378, à propos du formalisme contractuel qu'il convient d'appliquer aussi bien aux contrats de « concession » (*sic*) de l'art. L. 131-2 du CPI que les contrats de cession. – V. également, notant la confusion entre ces termes entretenue par le CPI : J. Huet, La mise à disposition gratuite d'œuvres sur les réseaux numériques (ou l'inconsistance d'un certain article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle), *Droit et technique, Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 239, spéc. n° 8. *Adde* : du même auteur, Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur, D. 1985, Chron. p. 261, n° 5 et n° 8.

³¹² J. Huet, *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 11113.

³¹³ *Ibid.*, n° 11113.

³¹⁴ *Ibid.*, n° 21125.

³¹⁵ *Ibid.*, n° 21125.

³¹⁶ Ces rapports complexes entre licence de droit d'auteur et contrats spéciaux d'exploitation, parfois source de confusion dans la compréhension de la matière, seront précisément l'objet de notre seconde partie.

indépendamment des modèles énoncés par le CPI. A une qualification de droits intellectuels correspondent des contrats *sui generis*. Mais ces contrats n'en sont pas moins calqués sur la distinction entre vente louage de choses. Ce système est donc relativement complexe : il consacre l'originalité des formules contractuelles sur le droit d'auteur, qualifiées de *sui generis* ; dans le même temps, il épouse, par la voie de l'analogie, la distinction traditionnelle entre vente et location.

42. Thèses diverses reliées à la notion de droit intellectuel. Deux autres thèses récentes, irréductibles aux précédentes, leur sont néanmoins comparables en ce qu'elles admettent la division fondamentale que nous défendons mais – par le choix de conceptions rattachées à la notion de droit intellectuel – ne la relie pas pour autant de façon constructive à une vision correspondante du droit d'auteur.

43. Thèse de M. Berlioz. Dans sa thèse consacrée à la notion de bien, cet auteur le redéfinit comme une variété de chose présentant la double caractéristique d'être appropriée et – le point est davantage discuté – saisissable³¹⁷. Ainsi, « Toutes les choses appropriées ne sont pas des biens. »³¹⁸. Le droit d'auteur ne peut pour cette dernière raison être un « bien », faute d'être saisissable ; en revanche, nous dit M. Berlioz, il aurait pu être qualifié de « chose appropriée ». En effet, les créations intellectuelles sont « des choses extérieures à leur créateur, elles sont donc, à ce titre, appropriables par principe. »³¹⁹. M. Berlioz écarte pourtant cette qualification, au motif qu'il s'agit de « fausses propriétés »³²⁰ : « La propriété intellectuelle apparaît ainsi, en raison de la spécificité de son objet comme une propriété « affaiblie » par rapport à la propriété de l'article 544 du Code civil telle qu'elle est traditionnellement conçue. »³²¹. Cet affaiblissement est présenté comme une conséquence de la durée limitée du droit et de la présentation de celui-ci en diverses prérogatives, en lieu et place de la maîtrise complète sur une chose que suppose la propriété³²². L'auteur privilégie donc la qualification de « droit intellectuel » dans lequel l'on croit deviner l'esquisse d'une forme de monisme³²³. En ce sens, la thèse est représentative de la notion de droit intellectuel, qui suppose une véritable objectivation du droit d'auteur, ce qui permet de la distinguer des

³¹⁷ P. Berlioz, *La notion de bien*, LGDJ, 2007. V. par ex. n° 1722.

³¹⁸ *Ibid.*, n° 1723.

³¹⁹ *Ibid.*, n° 1448.

³²⁰ *Ibid.* n° 1482 et ss.

³²¹ *Ibid.*, n° 341.

³²² *Ibid.*, n° 341, n° 1483 et ss.

³²³ *Ibid.*, n° 1507.

thèses monistes personnalistes, plus nuancées sur ce point. Mais l'originalité de la thèse est ailleurs. En effet, ces droits intellectuels sont rattachés au concept de droit réel, mais au moyen d'un curieux détour par une référence à la propriété du support de l'œuvre. Les droits intellectuels ne constitueraient alors qu'une sorte de limitation de la véritable propriété, laquelle porterait sur l'exemplaire de l'œuvre³²⁴. Malgré la curiosité suscitée par la proposition, on ne voit pas par quel mystère le droit intellectuel devrait être cantonné au rôle d'une limitation au pouvoir de reproduire la chose, pouvoir censé être détenu par le propriétaire du support matériel³²⁵. En effet, les prérogatives de l'auteur sont attachées à l'œuvre, leur objet ; si des conflits ne manquent pas d'apparaître, elles sont de ce fait étrangères à la considération et *a fortiori* à la diffusion même de ces exemplaires. La sophistication de l'analyse reflète en fait la confusion, profonde et voulue, et l'établissement d'un lien de dépendance artificiel entre la propriété de la création et celle du support. Leur indépendance est pourtant un principe fondateur de notre droit d'auteur depuis la loi du 9 avril 1910. Par ailleurs, l'analyse, d'un matérialisme étonnant car toute entière attachée à la notion d'exemplaire, ne semble se fonder que sur l'étude du droit de reproduction ; l'argumentaire perd son sens pour peu que l'on raisonne en termes de droit de représentation.

Au stade des qualifications contractuelles, la position de M. Berlioz est en revanche des plus classiques. Certes, la « cession » en droit d'auteur consiste davantage en la constitution d'un droit réel au profit de l'exploitant qu'en un véritable transfert³²⁶, ce qui n'est pas contradictoire avec l'acception large de contrat à effet réel auquel on peut associer la cession. Comme nous le ferons plus loin, l'auteur doute de la pertinence de la notion de cession dans le cadre du contrat d'édition, et apparente le contrat de représentation au louage de choses³²⁷. Autant de points de reconnaissance de la division entre cessions et licences.

44. Ces exemples permettent de constater que l'élection d'une qualification du droit d'auteur en termes de droit intellectuel peut se traduire par l'élection d'un système contractuel des plus banals de cessions et de licences. On remarquera à présent avec intérêt la même tendance s'agissant d'une autre conception, qui s'efforce de tenir le droit d'auteur à

³²⁴ « Parce qu'ils constituent ainsi une charge, qui pèse sur une chose et restreint les pouvoirs dont dispose sur elle la personne qui en a la propriété, il semble tout à fait possible de reconnaître à ces droits la nature de droits réels », *Ibid.*, n° 1511.

³²⁵ Comp. F. Zenati, Du droit de reproduire les biens, D. 2004, p. 962. L'argumentaire, repris par M. Berlioz, s'appuie sur un arrêt qui ne relève plus, nous semble-t-il, du droit positif : Cass. civ. 25 juillet, 1887, DP, 1888, I, 5, note Ch. Lyon-Caen.

³²⁶ P. Berlioz, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, n° 1520 et ss.

³²⁷ *Ibid.*, n° 1527.

distance de la propriété tout en revendiquant un certain classicisme lorsqu'il s'agit de qualifier le contrat d'exploitation.

45. Thèse³²⁸ de Monsieur Raimond. Cette thèse présente l'intérêt majeur d'une tentative de relier la problématique de la qualification contractuelle avec la recherche d'une qualification du droit d'auteur³²⁹. Concernant la qualification du droit d'auteur, dans un premier temps, M. Raimond s'applique à rejeter les différentes qualifications concurrentes et connues du droit d'auteur, au motif principal de leur caractère dit « synthétique ». Parmi ces qualifications « synthétiques » : les différentes variantes du monisme-réalisme et du dualisme sont dites « neutres », car elles supportent les qualifications contractuelles du Code civil³³⁰. Ces qualifications sont néanmoins écartées³³¹. D'autres qualifications également rejetées, également « synthétiques », sont dites « influentes », car elles se trouvent être des obstacles à la transposition du modèle vente-louage : monisme-personnalisme, droit intellectuel, droit de créance³³². Que penser de cette présentation de la matière ? Nos pages qui précèdent ne peuvent qu'infirmer le constat de M. Raimond. Ces catégories (monismes, dualismes, droits intellectuels) ne sont pas des données intangibles, mais des constructions doctrinales vivantes, soutenues par des textes et la jurisprudence. Or, nous constatons que, d'une part, les promoteurs de la nature originale du droit d'auteur (droits intellectuels par exemple), sont amenés à reconnaître des qualifications contractuelles si ce n'est pleinement « civilistes », du moins reconnaissant une variété de formules³³³. Nous savons d'autre part que nombre d'auteurs partisans de qualifications supposées « neutres » du droit (propriété ou dualisme) sont appelés à rejeter ces qualifications³³⁴. Certes, nous nous appliquons à souligner les incohérences provoquées par ces qualifications divergentes du droit et du contrat ; néanmoins, on ne saurait nier l'existence de telles lectures. Ensuite, c'est lorsque M. Raimond s'attache à donner sa propre conception du droit d'auteur que sa riche analyse nous paraît critiquable. Ainsi la qualification de droit intellectuel et l'originalité des contrats qu'elle supposerait est-elle critiquée – à juste titre – comme le « renoncement que constitue l'adoption d'une

³²⁸ Nous citerons ailleurs cette importante thèse dans sa version publiée (S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009). Cependant, nous avons lu les éléments qui composent ce paragraphe dans sa version dactylographiée comportant de très légères différences de forme (S. Raimond, *La qualification des contrats d'auteur*, Thèse, Paris 12, 2008). Nous ferons donc référence, dans ce passage, à notre source « originale ».

³²⁹ S. Raimond, *La qualification des contrats d'auteur*, Thèse, Paris 12, 2008, n° 270.

³³⁰ *Ibid.* n° 271.

³³¹ Dans le cadre de cette étude, nous ne pouvons que renvoyer à l'argumentaire de cet auteur. V. *Ibid.* n° 291.

³³² *Ibid.* n° 273 et ss.

³³³ Au premier rang desquels Roubier, v. *supra* n°40.

³³⁴ Par ex. MM. Lucas, v. *supra* n° 23.

qualification *sui generis*. »³³⁵. Or, c'est pourtant bien à un renoncement de même nature que se résout M. Raimond, lorsqu'il qualifie le droit d'auteur de droit *sui generis* ou, davantage encore, comme des *miscellanées* de droits *sui generis*. L'auteur plaide en effet en faveur d'une conception dite « analytique » du droit d'auteur, qui postule l'hétérogénéité – au sein même des catégories des droits moraux³³⁶ et des droits patrimoniaux – de chacune des prérogatives reconnues à l'auteur³³⁷. Cette œuvre de « déconstruction » de la matière suppose donc la démonstration que le droit d'auteur, y compris dans sa branche patrimoniale, ne constitue pas un droit de propriété³³⁸ mais un ensemble hétérogène de « droits réels *sui generis* »³³⁹. Ainsi, le droit de reproduction et le droit de représentation (et non la chose, l'œuvre) constituent « deux *biens* distincts, alors que s'agissant de choses corporelles, le droit de propriété constitue un seul *bien*. »³⁴⁰. Or, à supposer cette conception analytique appliquée à la propriété des choses corporelles, elle imposerait de voir en elle non pas « un seul bien », mais autant que le nombre d'usages que l'on pourrait imaginer ! Ailleurs, l'auteur précise sa vision : « (...) 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 déterminé d'utilités, mais d'un ensemble déterminé de droits : prérogatives morales, droits patrimoniaux obéissant chacun à un régime propre. »³⁴¹. L'opposition paraît ici aller de soi entre le prétendu caractère « analytique » du droit d'auteur et le caractère « synthétique » de la propriété. Or, cette interprétation nous paraît au contraire en complète contradiction avec le droit positif. Nous pensons qu'à l'instar des autres régimes de propriété intellectuelle, le droit d'auteur, pour *synthétique* qu'il soit, obéit en revanche à un principe de *spécialité*. La nature intangible, formalisée mais dépourvue de corps, de la chose immatérielle appropriée impose pour des raisons pratiques la définition légale de ses utilités. Cet énoncé d'utilités est simplement inutile pour les choses corporelles, ces utilités s'imposant d'elles-mêmes à la perception de chacun. Au contraire, en matière d'œuvres de l'esprit et en l'absence de *corpus*, il importe de préciser que la propriété de l'auteur n'existe que pour certains objets et actes : l'acte de

³³⁵ S. Raimond, *op. cit.*, n° 284.

³³⁶ *Ibid.* n° 322 ; n° 344.

³³⁷ *Ibid.* n° 324 et ss.

³³⁸ *Ibid.* n° 316 et ss. Citons comme arguments l'absence d'un droit complet de jouissance (problématique de *l'usus*), et surtout l'absence d'un pouvoir de disposer de la chose.

³³⁹ Sont ainsi désignés le droit de représentation et le droit de reproduction (v. *op. cit.* n° 333) et les différents droits rattachés au droit de reproduction (v. n° 336). En revanche, le droit de suite est « qualifié » de droit *sui generis* absolu : (v. n° 337).

³⁴⁰ S. Raimond, *op. cit.*, n° 315.

³⁴¹ *Ibid.* n° 342.

représentation de l'œuvre par exemple, et non le fait de sa contemplation ; l'acte de reproduction d'un logiciel et non l'utilisation de ses fonctionnalités par un système informatique³⁴². L'énoncé des utilités obéit par ailleurs à d'autres nécessités, à commencer par les droits des « non-proprétaires », par nature exclus de cette propriété : l'intérêt du public, ou les libertés d'informer et de créer, par exemple³⁴³.

En matière de qualifications contractuelles, en revanche, M. Raimond s'applique à rattacher les contrats du droit d'auteur à des formules connues. Mais il lui faut pour cela démontrer que ces qualifications ne sont pas en contradiction avec la qualification *sui generis* proposée préalablement pour le droit d'auteur³⁴⁴. Le droit d'auteur ne peut faire l'objet d'une vente au sens de « transfert de propriété », l'attribut patrimonial n'étant pas globalement cessible³⁴⁵. Par contre, pris isolément, les « droits réels *sui generis* » que constituent les droits patrimoniaux peuvent faire l'objet de véritables transferts (et non seulement de démembrements), étant précisé que la vente du droit commun doit s'entendre de la cession de tous droits patrimoniaux, réels ou personnels, et non du seul transfert de propriété³⁴⁶. Cependant, comment expliquer l'existence de transferts définitifs mais non exclusifs envisagés par le CPI ? Le démembrement d'un droit exclusif devrait l'être également, affirme M. Raimond, à moins de méconnaître la nature du droit démembré³⁴⁷. La difficulté est résolue par l'affirmation selon laquelle le transfert ne porte plus dans ce cas que sur les fruits du monopole : « 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 de représentation conduit en fait à un résultat, une valeur immatérielle qui constitue l'objet d'un droit de propriété (...) »³⁴⁸. Dès

³⁴² Sur la nature de cette « autorisation », v. *infra* n° 83 et ss. (division consacrée à la qualification de la « licence » d'utilisation de logiciel).

³⁴³ Autre critique enfin à cette lecture « analytique » : par sa vision du droit d'auteur en une addition de prérogatives, l'auteur fige dans le marbre la présentation du droit d'auteur en deux grands droits d'exploitation (auxquels s'ajoutent le droit de suite et les droits rattachés au droit de reproduction). Or, nous savons que cette structure, bien qu'inscrite dans la loi, n'est que le fruit de la nécessité technique et d'une époque où l'exploitation d'une œuvre passe par deux moyens distincts : la reproduction et la représentation. On sait que cette présentation est aujourd'hui critiquée. Comme toute construction juridique fortement inspirée par un état donné de la technique, fût-il l'héritage d'un lointain et prestigieux passé, elle n'a pas vocation à demeurer éternellement. Le législateur pourra être amené à préciser l'étendue du monopole conféré à l'auteur, ce qui ne signifie pas nécessairement la naissance de nouveaux « droits » : on songe au droit d'exploitation numérique, au droit de distribution ou à un hypothétique droit d'accès. (Cela nous incitera, suivant d'autres auteurs, à dépasser l'énoncé des prérogatives accordées à l'auteur, qui n'est rendu nécessaire que par la nature immatérielle de la chose, pour en induire leur nature, qui est celle d'une propriété).

³⁴⁴ S. Raimond, *op. cit.*, n° 345 et ss.

³⁴⁵ *Ibid.* n° 321.

³⁴⁶ *Ibid.* n° 346.

³⁴⁷ *Ibid.* n° 389 et n° 425.

³⁴⁸ *Ibid.* n° 425.

lors, « 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 alors concevable de céder à plusieurs personnes une partie des fruits de l'exploitation. »³⁴⁹. La qualification de bail pose moins de problèmes et semble découler *a fortiori* de la possibilité de vendre ces droits. Le bail³⁵⁰ est alors susceptible de porter lui aussi un effet translatif, relatif aux seuls fruits du droit d'exploitation³⁵¹. Cet exemple nous montre qu'une qualification *sui generis* du droit d'auteur peut être conçue pour être associée à une qualification « ordinaire » des contrats. Néanmoins, l'effort explicatif et les nuances apportées au cours de ce rattachement montrent que cette association ne brille certes pas par son évidence.

§ 2 – Doctrine proche du monisme-personnalisme³⁵² et admission des cessions et des licences

46. La conception de Monsieur Gautier est souvent rapprochée par d'autres commentateurs³⁵³ d'une conception moniste-personnaliste, certes très atténuée pour correspondre au droit positif français. Davantage qu'un ralliement très explicite au monisme, pour cet auteur, c'est la conception dualiste qui est critiquée. Certes porteuse d'une valeur explicative en termes de régime, « elle distingue là où il ne faut peut-être pas distinguer »³⁵⁴. Monsieur Gautier décrit ainsi le droit d'auteur comme une prérogative une, composée de deux branches indivisibles³⁵⁵ au sein de laquelle le droit moral prévaut³⁵⁶. Au final, de l'aveu de l'auteur, cette thèse personnaliste « apparaît assez bien rendre compte de la particularité du droit d'auteur, mais elle est sans doute en décalage avec son évolution. »³⁵⁷. En dépit de cette originalité certaine reconnue au droit d'auteur, et alors même que cette prévalence reconnue

³⁴⁹ *Ibid.* n° 424.

³⁵⁰ En qualifiant le contrat d'édition dans son entier de « bail », l'auteur réalise la confusion, certes commune, entre le contrat d'exploitation impératif du droit d'auteur et de la licence (le bail) qui le fonde. Ce rattachement nous semble excessif en ce qu'il ne sert ni le contrat d'édition, qui est ramené à une formule simpliste, ni le modèle du bail, qui se voit affublé d'un contenu obligationnel qui lui est normalement étranger (sur ce débat, v. spéc. *infra* n° 468).

³⁵¹ *Ibid.* n° 362. Mais envisagés séparément, ces droits réels *sui generis* peuvent faire l'objet de cessions ou de « concessions de droit personnel de jouissance ». (v. *Ibid.* n° 410 et ss.).

³⁵² Pour des éléments de définition de cette conception du droit d'auteur V. *supra*, n° 33.

³⁵³ V. par exemple J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, n° 96 ; 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, n° 6, note n° 14. Citant toutefois l'édition de 1991 du Précis de P.-Y. Gautier, plus tranchée, semble-t-il, dans ce rattachement.

³⁵⁴ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 17 (6^e éd., non repris dans l'édition suivante).

³⁵⁵ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 21.

³⁵⁶ *Ibid.* n° 19.

³⁵⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

au droit moral, droit extrapatrimonial, pourrait constituer un obstacle à l'admission de ventes et de baux, M. Gautier reconnaît pleinement la diversité des formules contractuelles de la matière. Ensuite, cet auteur les rattache explicitement aux formules du Code civil. Ainsi, la licence est une « sorte de louage d'œuvre »³⁵⁸ ; « Parfois, de simples concessions/locations seront octroyées, sans transfert de droits réels. L'exploitant n'a pas toujours besoin de devenir propriétaire, surtout lorsqu'il ne se sert que momentanément de l'œuvre. »³⁵⁹. M. Gautier se fait plus précis à propos du contrat de représentation, lui préférant le terme de « concession » (ce qui présente à notre sens le tort de confondre le contrat d'exploitation et la licence ou « concession » qu'il contient, débat que nous traiterons dans notre deuxième partie). Il s'agit pour M. Gautier d'un « curieux mélange de *louage de choses* et d'*usufruit contractuel*, plutôt proche de la catégorie des droits personnels que de celle des droits réels, puisque le monopole d'exploitation n'est ni transféré ni démembré. »³⁶⁰. Lorsque l'auteur a recours à la notion de *contrat innommé* pour qualifier certaines conventions connues de la pratique, ce sont pourtant des formules bien connues qui sont utilisées pour décrire ces opérations : usufruit, louage, commodat³⁶¹. Les concessions sont également reconnues comme telles. Ainsi, le contrat d'édition est quant à lui qualifié de « variété de vente », quoique fortement dérogoratoire au droit commun de ce contrat spécial³⁶².

La doctrine de cet auteur prend une autre portée lorsqu'elle généralise l'opinion émise par Plaisant à propos des sociétés d'auteurs³⁶³ : les contrats du droit d'auteur seraient d'essence fiduciaire³⁶⁴. Il est vrai que l'argument est séduisant : l'un des reproches que l'on fera à la thèse du contrat à effet réel est que la situation d'un auteur et d'un exploitant semble étrangère à la « juxtaposition » du nu-propriétaire et de l'usufruitier que l'on rencontre en cas

³⁵⁸ *Ibid.* n° 560. V. du même auteur : *Droit et Théâtre (Aix-en-Provence, 29 juin 2001)* Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationales, Tome VI PUAM 2003 ; du même auteur : *Du contrat de précaire sur les images de cinéma*, D. 1989, Chron., p. 113.

³⁵⁹ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 262. – Pour une référence aux notions de concession et de licence, v. du même auteur : *L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinieniens*, D. S., 1988, p. 152, spéc. n° 1 et *in fine*.

³⁶⁰ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 616.

³⁶¹ V. en particulier : P.-Y. Gautier, *Du contrat de précaire sur les images de cinéma*, art. préc.

³⁶² P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 561 ; du même auteur : « Sur ce que les logiciels sont bien susceptibles d'être l'objet d'un contrat de vente et des conséquences qui s'en suivent », obs. sous Cass. com. 9 nov. 1993, RTD civ. 1994, p. 373.

³⁶³ R. Plaisant, J.-Cl. PLA, (ancien) fasc. 12 (Sociétés d'auteurs), n° 22, p. 8, (lu dans : A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971, n° 155, p. 140). – En ce sens, opérant une véritable tentative de qualification : Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993. – L'idée d'un « transfert fiduciaire » ne semble pas limitée au droit français : v. G. Kourmantos, *Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique*, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz 1995, p. 311, spéc. p. 320

³⁶⁴ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.* n° 473.

de démembrement de propriété³⁶⁵. La fiducie, tout en utilisant le mécanisme du transfert de propriété, nous semble devoir remettre en cause cette lecture, le transfert étant finalisé. Il nous est cependant permis de soutenir que le terme de fiducie semble plutôt employé par l'auteur à titre d'analogie, voire à titre pédagogique, qu'en vue d'une qualification juridique destinée à recevoir un régime précis, autre que celui que fournit déjà le Code de la propriété intellectuelle. En effet, l'argument d'une inadéquation de régime n'est certes pas péremptoire, en raison des évolutions que pourrait connaître cette formule contractuelle nouvellement introduite dans notre droit. Nous relèverons toutefois qu'en droit positif, un contrat d'auteur régulièrement conclu auquel l'on tenterait d'appliquer le régime de la fiducie-gestion tel que consacré aux articles 2011 et ss. du Code civil³⁶⁶ encourrait la nullité à de trop nombreux chefs³⁶⁷.

Ces considérations mises à part, la banalité des contrats du droit d'auteur réduits à des ventes et des louages³⁶⁸, souffrant certes des dérogations, est à mettre en relation avec la réticence de l'auteur à relier le droit d'auteur dans son ensemble au droit de propriété. Si on lit bien dans les écrits de M. Gautier la volonté affirmée de replacer la propriété littéraire et artistique dans le giron du droit civil³⁶⁹, cette appartenance passerait davantage par divers éléments de régime, dont l'outil contractuel, que par la nature du droit lui-même.

47. Thèse de Monsieur Montels. L'idée d'un rapprochement des contrats d'auteur avec les notions de fiducie ou d'intérêt commun est suivie et davantage précisée en termes de régime par M. Montels dans sa thèse. Cet auteur exprime fortement le caractère personnel du droit d'auteur, et notamment de ses prérogatives pécuniaires, en des termes comparables à ceux de M. Gautier. Quoique prudemment, il opte pour une conception moniste personnaliste du droit d'auteur³⁷⁰. En revanche, en matière contractuelle, il reconnaît

³⁶⁵ L'argument est soulevé par M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n°642, note n° 2.

³⁶⁶ Articles 2011 à 2030 du Code civil, issus de la loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007, instituant un titre « De la fiducie » en lieu et place des articles anciennement occupés par le cautionnement. – Notons que la fiducie a vu son régime plus récemment complété par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janv. 2009, aux articles 2488-1 et ss., mais ce complément de régime prend place dans un chapitre « De la propriété cédée à titre de garantie » et ne concerne que ce que l'on désigne comme étant la fiducie-sûreté.

³⁶⁷ Art. 2013 C. civ. sur l'intention libérale exclue de l'opération, rare, mais à ne pas exclure en droit d'auteur ; art. 2015 sur la qualité du fiduciaire ; art. 2018 portant exigence d'un écrit *ad validitatem* et limitant la durée du transfert à 99 ans, ou encore art. 2019 imposant un enregistrement à peine de nullité.

³⁶⁸ Par ex. P.-Y. Gautier, Sur ce que les logiciels sont bien susceptibles d'être l'objet d'un contrat de vente et des conséquences qui s'en suivent, v. obs. préc.

³⁶⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, 6^e éd., non repris dans l'édition suivante, v. « Avant-propos », p. 11.

³⁷⁰ B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 28, note n° 97.

et met en pratique la distinction entre cessions et licences³⁷¹. La licence apparaît même comme une nécessité, le terme de cession, utilisé pour les éditeurs et les producteurs, ne traduisant pas la nature juridique des sous-contrats (contrats de représentation), notamment des télédiffuseurs d'œuvres audiovisuelles³⁷². Le constat de Monsieur Montels est à ce titre des plus éclairants : « Les praticiens – à l'inverse de ce qui est généralement constaté – n'ont pas imaginé pour la diffusion des œuvres audiovisuelles une nouvelle formule contractuelle caractérisée par sa complexité. Ils ont seulement contribué à l'enrichissement du contenu du louage de choses du Code civil étendu ainsi aux droits d'auteur. »³⁷³. Selon cet auteur, la cession, quoique reconnue³⁷⁴, reste néanmoins assez éloignée du transfert pur et simple en raison du lien maintenu entre l'auteur et l'exploitant. Le constat se fonde principalement sur l'analyse des rapports entre l'auteur et le producteur. Ce dernier se voit attribuer une propriété, mais une « propriété-fonction », c'est-à-dire finalisée, fiduciaire³⁷⁵, destinée à être exploitée et au final, différente du monopole de l'auteur³⁷⁶. Une critique que l'on peut formuler au tableau de M. Montels est que cette division entre cession et licence est calquée en partie sur la division droit de reproduction – droit de représentation³⁷⁷, rapprochement traditionnel que nous aurons l'occasion de critiquer plus loin.

48. Conclusion. A une approche du droit d'auteur empreinte de personnalisme, la doctrine développée par ces auteurs joint donc une admission de principe des ventes et des locations. Elle offre en ce sens une illustration supplémentaire de non-adéquation de la conception retenue pour le droit avec la conception retenue pour qualifier sa mise en œuvre contractuelle. La démarche peut être rapprochée, mais *a contrario*, des analyses de Mmes Robin, Neirac-Delebecque ou Alma-Delettre, qui avec des variantes, admettent la qualification de propriété, mais consacrent une certaine originalité du système contractuel en le rattachant exclusivement à la formule de « cession » prise au sens large de contrat à effet réel.

³⁷¹ La distinction et le recours à la notion de licence apparaissent à de nombreuses reprises dans cet ouvrage. V. notamment *Ibid.* n° 25 et n° 98 et ss.

³⁷² B. Montels, thèse préc., n° 224 et ss.

³⁷³ *Ibid.* n° 102.

³⁷⁴ *Ibid.* n° 99.

³⁷⁵ *Ibid.* n° 29 et ss.

³⁷⁶ *Ibid.* n° 32.

³⁷⁷ *Ibid.* n° 100.

§ 3 – Dualismes et admission des cessions et des licences

49. Variété des thèses dualistes. La thèse dualiste déjà observée n'est pas unie, et connaît d'importantes variantes, qui portent nous semble-t-il sur deux niveaux d'appréciation. D'une part, selon les conceptions retenues, l'une des prérogatives (souvent le droit moral) aura tendance à prévaloir sur l'autre ; d'autre part, la nature exacte de ces prérogatives sera sujette à discussion (authentique droit de propriété et de la personnalité ou ersatz de ces grandes catégories). Deux catégories émergent cependant, selon que prime l'aspect « personnalité » ou l'aspect « propriété », qualifié comme tel. Nous ne saurions cependant entrer dans ces nuances, car la catégorisation serait excessive et n'apporterait que peu au débat.

50. Thèse de Desbois. Desbois peut être rattaché à la conception dualiste du droit d'auteur « qui correspond à la réalité des choses »³⁷⁸. Néanmoins, l'auteur assortit ce ralliement d'un certain nombre de critiques, et l'on a pu souligner son intérêt pour la notion de droits de clientèle, promue par Roubier³⁷⁹. Desbois défend par ailleurs la possibilité d'une licence (concession) en droit d'auteur et consacre d'importants développements à la notion. Mais il souligne tout autant le fait que cette notion et la distinction qu'elle suppose entre deux formules opposées (cession et licence) n'est pas voulue par le législateur³⁸⁰. La dernière position de Desbois, avant tout marquée par le doute sur la question, nous paraît donc devoir être utilisée avec précaution. Des arguments et analyses en faveur des deux conceptions contractuelles peuvent y être relevés. Il est d'ailleurs révélateur de constater que chacun tend à s'autoriser de l'éminent auteur dès lors qu'il s'agit de défendre une thèse ou l'autre³⁸¹. Comme cela semble être le cas chez ses contemporains, la *summa divisio* mise en avant passe avant tout entre « cession pure et simple » et cession assortie d'une obligation d'exploitation. C'est dans ce cadre que Desbois opposera, dans ses premiers commentaires de la loi de 1957, la « cession pure et simple » au contrat d'édition portant « une simple concession du droit de reproduction »³⁸². La position de l'auteur évoluera ensuite, pour voir dans le contrat d'édition

³⁷⁸ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 211, p. 265. Il est aussi souligné que la conception dualiste est retenue par la loi du 11 mars 1957 : v. n° 216 et ss., p. 273 et ss.

³⁷⁹ V. la 1^{re} édition de son traité (1950, p. 297 et ss.)

³⁸⁰ H. Desbois, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, D. 1957, lég. 357 ; du même auteur, traité préc., 3^e éd., 1978, n° 492, p. 606 et ss.

³⁸¹ Il est également fréquent chez les auteurs actuels de renvoyer à Desbois pour l'exposé de la distinction entre cession et licence, sans qu'aucune référence ne soit faite à l'opinion de l'auteur sur la question.

³⁸² H. Desbois, Commentaire, préc. On peut cependant douter que le terme de concession soit l'exacte transposition de celui de licence. En effet, l'auteur ajoute immédiatement : « (...) en qualité de concessionnaire,

la manifestation d'une cession et non d'un droit personnel ; il tâchera de démontrer que l'œuvre du législateur doit être lue comme condamnation de principe de la « cession pure et simple »³⁸³. Cette distinction est en fait calquée sur les différences de régime entre contrat de représentation et contrat d'édition, c'est-à-dire des contrats spéciaux d'exploitation desquels l'analyse a toujours peiné à s'affranchir, ce que nous critiquerons dans la seconde partie de cette thèse.

Ce mode de présentation de la matière est très répandu et l'on reconnaît volontiers le rôle fondateur de la doctrine de Desbois. On peut par exemple le lire plus récemment chez **M. Kerever**³⁸⁴. Cet auteur, à l'occasion du commentaire d'une décision de la Cour de cassation, va dans le sens de la distinction cession / licence. Mais l'on notera que si la décision commentée consacre bien la notion de « licence », en l'espèce il s'agissait plutôt de différencier la licence d'un prétendu contrat d'édition que de distinguer entre licence et cession. Ces positions « historiques » peuvent être comparées à celles d'autres auteurs ; il est intéressant de constater que des auteurs favorables à la conception dualiste du droit d'auteur admettent la licence, mais assortissent leurs développements d'un certain nombre de nuances.

51. Thèse de M. Pollaud-Dulian. Après avoir souligné l'unité du concept de droit d'auteur et les relations existant entre ses deux prérogatives³⁸⁵, cet auteur n'en exprime pas moins avec vigueur un attachement à une conception résolument dualiste du droit d'auteur. Dualisme au sein duquel le droit moral prévaut néanmoins³⁸⁶. Le recours à la seule notion de propriété et, dans un sens opposé, le monisme-personnalisme, présentent certes des intérêts fonctionnels aux yeux de l'auteur. Cependant, ils ne recouvrent pas l'ensemble de cette notion, et sont nécessairement réducteurs³⁸⁷. Ainsi le droit d'auteur est-il irréductible à l'une de ces deux composantes. Le droit moral est un droit de la personnalité, certes spécifique³⁸⁸, et quant au droit patrimonial, « il n'est pas interdit d'y voir un droit réel incorporel ou une

il a qualité pour agir en contrefaçon. ». Or, nous verrons que si la qualité de licencié n'exclut pas la titularité de l'action en contrefaçon, cette qualité ne fonde aucunement ce droit à agir, normalement imparti au cessionnaire.

³⁸³ L'auteur manifeste cependant la crainte que la loi soit lue ainsi, et cherche à démontrer que l'esprit du législateur n'a pu être cette opposition entre cession - dont il relève les dangers pour l'auteur - et concession (licence), H. Desbois, *op. cit.*, n° 392, p. 608.

³⁸⁴ Note sous : Cass. 1^{re} civ. 18 oct. 1994, soc. Polygram c. Jean Mariani, Bull., n° 296, p. 216 ; D. IR, 1994 p. 249 ; RIDA, n° 165, juill. 1995, p. 271, obs. A. Kerever, p. 249.

³⁸⁵ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 54.

³⁸⁶ F. Pollaud-Dulian, Droit moral et droits de la personnalité, JCP G 1994, I, 3780 (par ex. n° 5).

³⁸⁷ « Parmi ces droits *sui generis*, le droit d'auteur, pris comme un tout, ne peut pas non plus être assimilé à un autre droit et le qualifier d'après une de ses composantes (droit moral et droit patrimonial) est réducteur. », F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 55.

³⁸⁸ *Ibid.*, n° 58. F. Pollaud-Dulian, Droit moral et droits de la personnalité, JCP G 1994, I, 3780.

forme très particulière de propriété. »³⁸⁹. C'est en raison de cette dernière assertion que nous préférons classer ces écrits parmi les représentants du dualisme, malgré, il est vrai, l'utilisation de la notion de droit *sui generis*. Rappelons que toute thèse connaît des degrés et que le dualisme n'exclut pas la reconnaissance d'une certaine unité du droit d'auteur, tout comme nous avons constaté que le monisme-personnalisme concevait une distinction fonctionnelle entre éléments à connotation patrimoniale et éléments strictement moraux. En matière de qualifications contractuelles, l'auteur prend parti en faveur de la distinction entre licence et cession³⁹⁰. L'auteur ne cache pas ses doutes sur la pertinence de la distinction et suggère de voir dans ces formules des contrats *sui generis*³⁹¹. La notion de concession est pourtant bien utilisée par M. Pollaud-Dulian, notamment pour le contrat de représentation³⁹², et l'on reste bien en présence de deux types de conventions : cession / licence ou concession, assez distinctes chez cet auteur. Nous retrouvons là une situation déjà décrite plus haut et illustrée par les écrits de Roubier : la reconnaissance de la dualité des contrats (cession et licence) n'implique pas nécessairement un plein rattachement à leurs modèles respectifs (vente et location). D'autres auteurs attachés à une conception dualiste du droit d'auteur affirment plus nettement l'existence de la licence comme formule différenciée de la cession.

52. Ainsi, **Linant de Bellefonds** considère le droit d'auteur comme un droit « binaire »³⁹³ qui « emprunte au droit de propriété classique (...) ses éléments fondamentaux »³⁹⁴. Le droit moral est quant à lui rattaché aux droits de la personnalité. Par le contrat d'édition, l'auteur démembré son monopole, contrairement au contrat de représentation qui n'est qu'une concession³⁹⁵ : « Il s'agit d'une autorisation de représenter une œuvre de l'esprit, ce qui exclut toute cession de droits »³⁹⁶. Au dualisme du droit répond ici un tout autre dualisme, celui des contrats.

³⁸⁹ *Ibid.*, n° 58

³⁹⁰ F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 975, p. 435, pourtant avant la réforme de 2001 instituant la notion de concession dans la législation des dessins et modèles. La distinction est reprise, *a fortiori*, dans la nouvelle édition de son traité à jour des textes : F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle - La propriété industrielle*, Economica, 2011, n° 1119. *Adde* : obs. sous : TGI Paris, 5 nov. 2003, RTD com. 2004, p. 277 : « Bien que le Livre 1^{er} du Code n'emploie que le terme de « cession », il est admis que l'auteur peut aussi bien céder que concéder le droit d'exploiter son œuvre (licence d'exploitation) : « qui peut le plus peut le moins » ... ».

³⁹¹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 940.

³⁹² *Ibid.*, n° 1069

³⁹³ X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, n° 13, p. 4.

³⁹⁴ *Ibid.*, n° 370.

³⁹⁵ *Ibid.* n° 792.

³⁹⁶ *Ibid.* n° 859.

53. Monsieur Sirinelli, s'agissant de la question de la nature des contrats, intègre à son vocabulaire la distinction que nous défendons : ces droits peuvent être « cédés » ou « concédés ». Mais la distinction entre les deux formules diffère de la nôtre par le fond : elle tient en effet à l'exclusivité ou non du droit d'usage accordé³⁹⁷. L'auteur ajoute à sa présentation : « (...) mais la vérité oblige à dire que le plus grand flou règne en la matière »³⁹⁸. En termes de droit, M. Sirinelli reconnaît également la nature dualiste du droit d'auteur³⁹⁹.

54. En restant dans la famille doctrinale rattachée à une conception dualiste du droit d'auteur, penchons-nous à présent sur les écrits des commentateurs attachant plus explicitement au droit patrimonial la valeur d'un droit de propriété.

55. Chez **Plaisant**, l'admission de la licence en droit d'auteur est plus franche. Elle est évoquée sous le jour éclairant de la liberté contractuelle : « La question des licences ayant pour objet la propriété littéraire et artistique devrait être revue en droit français. A tout prendre, la loi du 11 mars 1957 ne les réglemente pas mais ne les interdit pas. »⁴⁰⁰. Assez tôt, on constate donc que la doctrine a pointé cette curieuse habitude consistant à attendre, pour la création des contrats du droit d'auteur, l'inutile permission du législateur. L'auteur, partisan de la conception dualiste du droit d'auteur, rattache par ailleurs et plus explicitement que ses contemporains le droit patrimonial au droit de propriété⁴⁰¹.

56. Thèse de Monsieur Vivant. Monsieur Vivant rattache plus nettement que les représentants des analyses dualistes précédemment cités le droit d'auteur à la propriété. Dans le précis coécrit avec **Monsieur Bruguière**, le « droit d'auteur » est présenté – dans son ensemble donc – comme une « Forme particulière (plutôt que *très* particulière) de propriété »⁴⁰². Autre point de rattachement plus caractéristique de ce courant de pensée :

³⁹⁷ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2^e éd. 2003, v. p. 68 et p. 112.

³⁹⁸ *Ibid.* p. 112. – Comp. : P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris II, 1985. p. 169, note n° 1. Reprenant Plaisant (J.-Cl. PLA, fasc. 9, n° 33, Ancien), M. Sirinelli considère que « l'autorisation gratuite d'exécution » doit être qualifiée de « cession limitée » et non de « licence », le droit français ignorant ce terme.

³⁹⁹ P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.* p. 54. Les termes sont comparables à ceux des auteurs cités plus haut : « on peut constater que le droit d'auteur a une nature hybride : droit de la personnalité pour l'aspect intellectuel et moral (...) ; droit proche d'un droit de propriété pour l'aspect patrimonial ».

⁴⁰⁰ R. Plaisant, J.-Cl. PLA, fasc. 320 (Ancien), *Exercice des droits des auteurs, droit pécuniaire, règles générales*, n° 48. (Cité par P. Kamina, thèse préc., n° 537).

⁴⁰¹ R. Plaisant, *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Delmas, 1970, p. 4.

⁴⁰² M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 375.

l'objet de la propriété est la création intellectuelle, et non un droit constitué sur celle-ci⁴⁰³. En dépit du rattachement partagé à la notion de propriété, la thèse se démarque alors fondamentalement de celle de MM. Lucas étudiée plus haut. Ensuite, l'auteur rappelle justement que le recours à la notion de propriété n'amène pas à réduire le droit moral, celle-ci n'étant pas nécessairement étrangère à la défense d'intérêts extrapatrimoniaux⁴⁰⁴. Mais ce rattachement ne va pas sans nuance, et la dernière doctrine de M. Vivant semble laisser volontairement le débat ouvert. Il est vrai que l'auteur se rattache nettement à un dualisme assez communément partagé⁴⁰⁵. Mais cette option finale n'empêche pas la suggestion prudente d'un dualisme très affirmé évoquant l'existence de « deux droits parallèles »⁴⁰⁶.

Sur le plan contractuel, l'auteur défend d'une manière constante l'idée d'une variété de formules contractuelles en droit d'auteur. Cette variété ne se conçoit pas comme une originalité de ces contrats, mais au contraire comme la conséquence de leur rattachement aux modèles du Code civil⁴⁰⁷. C'est d'abord le trouble laissé par l'imprécision de la loi qui est mis en avant, particulièrement à l'occasion de l'entrée du logiciel dans le droit d'auteur, en 1985, l'auteur notant alors : « Le contrat n'a guère inspiré le législateur » ; « (...) quand le législateur de 1957 emploie l'expression de cession qui évoque le transfert de propriété, c'est à tout autre chose qu'un transfert qu'il se réfère en règle générale »⁴⁰⁸. Rejoignant le constat de Desbois, M. Vivant rappelle que la loi s'est davantage attachée à des contrats correspondant à certains modes d'exploitation⁴⁰⁹, imposant une obligation d'exploitation ou indiquant une simple faculté, « (...) chose étrangère aux pseudo-catégories de cession et de licence ». Ces doutes profonds exprimés sur la notion de licence et la pertinence de l'emploi de la notion de « cession » n'empêchent pas l'auteur de recourir fréquemment aux deux concepts⁴¹⁰. *Nous pouvons aussi voir dans ces lignes les prémices de la distinction fondamentale entre la mise à disposition du droit d'auteur et le contrat impératif d'exploitation, distinction que nous approfondissons dans notre seconde partie. Après*

⁴⁰³ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.* n° 40 ; M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, v. notamment p. 7.

⁴⁰⁴ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 26.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, n° 25 ; les auteurs disent agréer à la conception dualiste.

⁴⁰⁶ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 27. L'auteur se réfère sur ce point aux écrits de l'auteur allemand Kohler.

⁴⁰⁷ V. spéc. M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, p. 25.

⁴⁰⁸ M. Vivant, Le logiciel au pays des merveilles, JCP, 1985, I, 3208 (n° 16).

⁴⁰⁹ V. en ce sens : J. Raynard, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 nov. 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8. « (...) la loi ne distingue pas selon la nature juridique du titre d'exploitation mais selon les modalités pratiques ou le contexte de l'exploitation. »

⁴¹⁰ M. Vivant, L'informatique dans la théorie générale du contrat, D. Chron., p. 117. Quoique traitant surtout de la licence d'utilisation de logiciel que nous séparerons de la qualification de licence de droit d'auteur.

reconnaissance de la notion de cession (celle-ci ne portant que sur les droits cessibles et non sur le droit d'auteur dans son ensemble), l'auteur admet la dualité de contrats, et partant le concept de licence : « (...) la plupart des contrats ne se traduisent pas par un tel « abandon » de droits. Ils se bornent à une permission. L'auteur *autorise*. Ce qui – retour fait à l'étymologie – est bien le sens premier du mot « licence »⁴¹¹. Licence, concession comme disait Desbois, terme spécifique pris dans la nomenclature propre du Code : le point importe peu. Ce qui importe est bien de voir qu'à côté des cessions, il y a des contrats qui n'ont d'autre objet que de permettre au partenaire d'« user » de l'œuvre (quitte parfois à l'obliger à le faire). »⁴¹². La licence apparaît alors sous la forme d'une consécration dans sa dernière doctrine, sous le titre d'une « Pleine reconnaissance de la liberté contractuelle »⁴¹³. Cette thèse peut être rapprochée de celle qui suit sur de nombreux points.

57. Thèse de Monsieur Caron. Cet auteur porte une réflexion sur la propriété intellectuelle dans son ensemble qui, par l'entremise du droit commun des biens, relève d'une certaine unité, avant tout conceptuelle : « la personne est susceptible d'exercer un pouvoir sur une chose appropriée qui sera immatérielle »⁴¹⁴. Monsieur Caron prend parti pour une conception dualiste du droit d'auteur⁴¹⁵ : tout d'abord, « Le droit moral est un droit de la personnalité, mais un droit de la personnalité spécial »⁴¹⁶, notamment en raison de son objet qui est non pas directement une personne, mais un bien meuble incorporel. Ensuite, les droits patrimoniaux sont quant à eux qualifiés de droit de propriété⁴¹⁷. Au stade contractuel, M. Caron tranche avec clarté : « (...) la licence existe bel et bien en droit d'auteur, notamment dans le domaine des logiciels. »⁴¹⁸. Et l'auteur de regretter les insuffisances de la législation⁴¹⁹. Au-delà de ces constats, il distribue les qualifications : la licence est tantôt une location, tantôt un prêt⁴²⁰. Ainsi, l'éditeur est titulaire d'un véritable droit de propriété, bien qu'il s'agisse de droits patrimoniaux à caractère personnel : « le droit de propriété de l'éditeur

⁴¹¹ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 642. – v. *supra* n° XI (Introduction générale).

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ *Ibid.*, n° 642.

⁴¹⁴ Ch. Caron, Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, JCP G 2004, I, 162. L'auteur met cependant en garde contre une transposition irraisonnée de tous les mécanismes du droit commun des biens.

⁴¹⁵ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec, 2009, n° 243.

⁴¹⁶ *Ibid.*, n° 248.

⁴¹⁷ *Ibid.*, n° 293.

⁴¹⁸ *Ibid.*, n° 398.

⁴¹⁹ *Ibid.*, « Il est dommage que le Code de la propriété intellectuelle ne reconnaisse pas officiellement cette distinction en droit d'auteur qui est fondamentale en pratique et qui a les honneurs de la jurisprudence. ».

⁴²⁰ *Ibid.*, n° 297.

doit se teinter d'altruisme à l'égard de l'auteur. »⁴²¹. En revanche, ce rattachement est plus critiquable lorsque M. Caron fait du transfert de propriété un élément essentiel du contrat d'édition : « (...) 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 d'édition. »⁴²². Cette analyse n'échappe pas à la critique. En effet, *la licence comme la cession ne sont que des modalités d'autorisation d'exploiter l'œuvre, destinées à assurer la licéité des actes de reproduction accomplis par l'éditeur. Le choix pour l'une ou l'autre des formules, quoique d'une importance économique de premier plan, n'a pas vocation à qualifier ou disqualifier le contrat d'exploitation. Nous verrons dans le second temps de notre étude qu'il s'agit de deux objets juridiques nécessairement associés, mais fondamentalement indépendants*. Par ailleurs, le contrat de représentation et le contrat général de représentation sont définis comme des licences conférant un simple droit de jouissance⁴²³. L'auteur mentionne les contrats innommés du droit d'auteur, parmi lesquels différents types de licence de droit d'auteur⁴²⁴. Pour conclure, à la qualification partielle de droit de propriété attribuée par M. Caron au droit d'auteur correspond la reconnaissance de la pleine diversité des qualifications des contrats sur le droit d'auteur, parmi lesquels la licence.

58. Thèse de Monsieur Becquet. Dans son étude consacrée à la notion de spécification et à sa possible application au droit d'auteur notamment, M. Becquet se rattache à une conception typiquement dualiste du droit d'auteur, au sein de laquelle le droit patrimonial est identifié comme « renvoyant à l'idée de propriété »⁴²⁵. Dans un rapport d'œuvre première à œuvre dérivée, justement désigné par le titre : « Gestion de la dépendance en droit d'auteur »⁴²⁶, « l'autorisation » de l'auteur premier doit être obtenue par l'auteur second. Ayant noté que le code ne raisonnait qu'en terme de « cession » (constat que nous discuterons par ailleurs), l'auteur opte néanmoins pour la qualification de licence, concernant ce type d'opérations. On admettra aussi que l'auteur accorde une valeur surtout explicative à cette distinction entre cession et licence⁴²⁷.

⁴²¹ CA Paris, 12 févr. 2003, comm. Ch. Caron, « De l'esprit altruiste du contrat d'édition », CCE juin 2003, p. 23. (Nous pensons que cet « altruisme », ou du moins cet esprit de collaboration, découle du contrat d'édition et des obligations réciproques qu'il suscite, de leur durée et de l'objectif poursuivi par les parties, plus que de la nature du droit mis à disposition).

⁴²² Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 434.

⁴²³ *Ibid.*, n° 449.

⁴²⁴ *Ibid.*, n° 464.

⁴²⁵ S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, 2005, n° 132.

⁴²⁶ *Ibid.*, n° 176.

⁴²⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

59. Thèse de Madame Blanc. La conception du droit d'auteur évoquée par Mme Blanc se rapproche foncièrement de celle actuellement représentée par MM. Lucas sur un point précis : la chose appropriée n'est pas l'œuvre, inaliénable, mais des droits d'exploitation. Pour le reste, et en dépit de ce recours à la notion de propriété, cet auteur emprunte au vocabulaire de la doctrine personnaliste : « Ainsi, alors même que l'œuvre n'est pas assimilable à un bien en ce qu'elle est à la frontière des personnes et des choses, ses utilités économiques, que sont les différents droits d'exploitation, parce qu'elles sont insérées dans les relations patrimoniales, deviennent elles-mêmes des biens autonomes. »⁴²⁸. Cette structure donnée au droit d'auteur est présentée comme devant garantir le caractère unitaire de la propriété : « nul droit de propriété n'est en effet divisé en ce que chaque utilité fait l'objet d'un droit exclusif distinct. »⁴²⁹. L'adhésion à cette théorie est présentée comme gage de l'application au droit d'auteur d'une conception classique de la propriété résultant de l'article 544 du Code civil. On pourra aussi se risquer à classer cette conception comme relevant du dualisme.

Au stade contractuel, on remarquera ici la pleine reconnaissance de la diversité des formules contractuelles du Code civil. Par exemple, le contrat d'édition, comme le contrat de production ou de commande pour la publicité, sont des « variétés de ventes »⁴³⁰. Mais rien n'empêche, selon les stipulations convenues, que l'un de ces mêmes contrats puisse être « rattaché civilement à un louage de choses, une vente, un prêt, voire à une fiducie. »⁴³¹. L'auteur rappelle ainsi le point de vue exposé par M. Gautier, que notre seconde partie nous amènera à critiquer en ce qu'il tend à confondre le contrat spécial d'exploitation du droit d'auteur et la cession ou la licence qu'il accueille. Cette critique formulée, on approuvera l'argumentation de Mme Blanc en ce qu'elle permet la pleine reconnaissance de la distinction entre cessions et licences et propose un contenu à ces notions. Tout d'abord, les cessions réalisent selon cet auteur un véritable transfert de propriété des droits patrimoniaux⁴³², et non pas un simple démembrement. Les contrats de cession des droits patrimoniaux font ensuite l'objet de différentes qualifications selon la présence d'une contrepartie pécuniaire (vente) ou autre (innommés). La gratuité de la cession emporte qualification de donation, donation avec

⁴²⁸ N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 279.

⁴²⁹ *Ibid.*, n° 280.

⁴³⁰ *Ibid.*, n° 300.

⁴³¹ *Ibid.*, n° 323. (Sur le possible rattachement du contrat d'édition à la licence en cas de mise à disposition temporaire : V. également n° 309)

⁴³² *Ibid.*, n° 277.

charge en cas d'obligation d'exploitation⁴³³. Ensuite, les licences de droit d'auteur sont rattachées, assez classiquement, aux formules connues du Code civil⁴³⁴. La licence n'est cependant pas réduite au strict synonyme de location. Ainsi devient-elle prêt à usage en cas de gratuité, et contrat innommé lorsque, selon une problématique juridique bien connue née hors du droit d'auteur, le prêt devient « intéressé »⁴³⁵. Une difficulté demeure : la licence consentie pour la durée du monopole, réduite par l'auteur à la question des « licences libres », est renvoyée à l'innommé en cas de non exclusivité⁴³⁶. La même formule associée à une exclusivité est en revanche très justement requalifiée en cession⁴³⁷.

60. Conclusion. Au sein de cette catégorie d'auteurs que nous avons rattachés, non sans précautions et nuances, à la théorie dualiste, on ne peut que constater une étonnante diversité d'analyses quant à la question contractuelle. Certes, la chose appropriée pour être l'objet du contrat d'auteur sera tantôt l'œuvre en tant que chose, tantôt un droit d'exploitation constitué sur celle-ci ; mais l'admission d'une pleine variété de formules contractuelles ne semble pas souffrir de ces différentes conceptions.

§ 4 – Monisme-réalisme et admission des cessions et des licences

61. Réalismes. Cette doctrine relie le droit d'auteur au droit de propriété. Mais contrairement aux thèses dualistes, ce rattachement englobe la totalité du droit et le recours à la notion de propriété ne se résume pas à un outil de description des seuls droits patrimoniaux. Cette thèse, avec les nuances qu'on lui connaît, nous semble être la mieux à même d'accueillir un système contractuel admettant les licences à côté des cessions de droit d'auteur. Se trouve ainsi réalisée la correspondance recherchée entre la qualification du droit, une chose appropriée, et celle du contrat, le plus large choix des contrats portant sur les choses. Cependant, le simple fait de constater qu'une doctrine rattache le droit d'auteur dans son ensemble au droit de propriété ne suffit plus à la caractériser, dans la mesure où le droit de propriété est lui-même objet de conceptions divergentes. On assiste en droit positif à l'émergence de deux monismes-réalistes, l'un rattaché à une lecture rénovée de la propriété et

⁴³³ *Ibid.*, n° 281 à 303.

⁴³⁴ *Ibid.*, n° 304 et ss. L'auteur reprend d'ailleurs la définition de la licence formulée par Roubier qui la rapprochait nettement d'une location.

⁴³⁵ *Ibid.*, n° 307 et 308.

⁴³⁶ *Ibid.*, n° 319 et ss.

⁴³⁷ *Ibid.*, n° 318.

se voulant conforme au Code civil, l'autre rattaché à une conception plus traditionnelle, prétendant à la même authenticité.

62. Thèse de Messieurs Zenati-Castaing et Revet. Ces auteurs, dans le dernier état de leur doctrine⁴³⁸, admettent la distinction entre cession et licence : « le droit d'exploiter n'est, en toute circonstance, qu'une autorisation portant, selon les cas, concession d'un droit réel ou d'un droit personnel. »⁴³⁹. Toutefois, il faut voir dans le terme de cession le synonyme de ce que l'on appelle couramment contrat à « effet réel », et non celui de vente, contrat translatif⁴⁴⁰. En effet, en raison du rattachement du droit moral à la propriété, toute idée d'un transfert complet de l'œuvre est écartée⁴⁴¹. En revanche, le contrat peut constituer un droit réel au profit de l'exploitant, sur la chose (l'œuvre) appartenant à autrui, en l'occurrence à l'auteur. Ce choix s'explique par la conception d'un droit de propriété appréhendé comme « prérogative non patrimoniale »⁴⁴², distincte de la notion de droit réel et envisagée comme le pouvoir exclusif permettant le lien entre les personnes et les choses : « le rapport juridique grâce auquel les choses deviennent des biens »⁴⁴³. La propriété, que la doctrine dualiste cantonne aux droits patrimoniaux de l'auteur, s'étend dans cette doctrine aux droits moraux de ce dernier. Le droit moral n'est pas non plus perçu comme une exception, une dérogation ou l'accessoire d'un droit de propriété que seraient les seules « utilités » patrimoniales de l'œuvre⁴⁴⁴. Au contraire, le droit moral est décrit comme l'expression même de cette

⁴³⁸ Dans sa thèse (F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon 3, 1981, n° 127, p. 176), M. Zenati affirme que la cession ne se distingue pas de la concession. C'est avant tout pour affirmer l'impossibilité d'un véritable transfert. Nous croyons qu'il s'agit davantage d'une disqualification de la cession comme contrat translatif que d'un rejet de l'idée de concession-licence.

⁴³⁹ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 73, p. 122.

⁴⁴⁰ D'ailleurs, l'idée même d'un transfert de propriété est écartée. La propriété n'étant pas un bien, elle ne saurait faire l'objet d'un transfert. La vente s'analyse donc en l'extinction de la propriété du vendeur et la naissance corrélative de la propriété de l'acheteur. C'est la chose, « propriété » au sens objectif, qui est transférée, non la propriété. F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon 3, 1981, n° 535 et n° 550. Voir aussi : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 176, p. 279.

⁴⁴¹ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n°71, p. 120. Aussi, la phrase : « C'est l'œuvre elle-même qui est aliénée, non le droit d'auteur. » (F. Zenati, thèse préc., n° 526), suggère que l'objet du contrat est l'œuvre et non un droit constitué sur celle-ci, l'œuvre étant un bien et non la propriété elle-même. L'idée rejoint, par un chemin différent, celle de « L'Ecole de Montpellier » voyant la « chose » dans l'œuvre et non dans un « droit » constitué sur elle. Cette phrase exprime également l'idée plus générale de l'auteur selon laquelle ce n'est pas la propriété que l'on doit considérer comme transférée, mais la chose.

⁴⁴² F. Zenati, Thèse préc., v. par ex. n° 526, p. 721.

⁴⁴³ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 164.

⁴⁴⁴ Ce qui constitue la thèse de J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990. V. par ex. n° 349 et 357 ; V. également : J. M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, De la propriété comme modèle, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

propriété⁴⁴⁵. Le lien entre l'auteur et l'œuvre est bien un lien d'appropriation. Cette conception peut être qualifiée de moniste, unitaire, en ce que le droit moral fait partie intégrante de ce rapport. Cette thèse est présentée comme une innovation importante, notamment en ce qu'elle distingue le droit de propriété des droits réels, alors que l'on enseigne traditionnellement que les seconds sont des démembrements (donc des composantes) de la première. Mais à tout considérer, le parti pris de rattacher le droit d'auteur et ses contrats à une forme de « normalité », par une institution aussi commune que la propriété, signe le rattachement à un courant auquel il est permis de souscrire.

63. Thèse de Monsieur Raynard. La conception du droit d'auteur défendue par Monsieur Raynard se singularise de celle précédemment étudiée, bien qu'elles relèvent toutes deux d'une appartenance au même courant moniste-réaliste. On a vu que selon la conception de Monsieur Zenati-Castaing, le droit moral est une composante essentielle, une expression même de la propriété de l'auteur, ce qui suppose qu'un domaine étendu, détaché d'intérêts patrimoniaux, soit assigné à cette institution. La conception développée par M. Raynard diffère en ce que le droit moral, au lieu de se situer au cœur de la construction, se trouve au contraire lié par une relation d'accessoire au monopole d'exploitation. Ce monopole d'exploitation relève d'une même nature d'objet de propriété, ce qui permet par ailleurs de réunir l'ensemble des droits de propriété intellectuelle autour d'un même objet et d'une commune nature⁴⁴⁶. M. Raynard⁴⁴⁷ invite à distinguer la fonction explicative ou l'origine du droit moral – selon laquelle le droit moral a pour objet l'œuvre en tant qu'elle est l'expression de la personnalité de l'auteur – de sa signification technique et de sa structure, celle-ci partageant le même objet que le droit patrimonial, c'est-à-dire la création. Alors, « De fait, si l'on se préoccupe seulement de la structure du droit moral, il faut bien considérer que l'objet du droit moral ne s'assimile pas à la personnalité de l'auteur, mais à la seule œuvre de l'esprit, valeur économique objet du monopole d'exploitation économique. »⁴⁴⁸. Ce faisant, c'est l'étude du contenu et de la fonction du droit moral qui autorise à le considérer comme « un corps de règles destinées à déroger au régime normal du monopole d'exploitation et à permettre à l'auteur d'interdire au cessionnaire du droit patrimonial certains actes auxquels sa

⁴⁴⁵ « L'ensemble de ces prérogatives, que l'on dénomme droit moral, n'est en fait que la traduction du pouvoir d'exclusivité que le droit commun attache à la propriété. » F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 73.

⁴⁴⁶ J. Raynard, Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527. n° 25.

⁴⁴⁷ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 350 et ss., n° 367 et ss. et *passim*.

⁴⁴⁸ J. Raynard, note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993, « La fraternité blanche universelle », JCP G 1993 II, 22161, n° 9 ; J. M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, art. préc., spéc. n° 25.

qualité lui permettrait de prétendre. »⁴⁴⁹. Se pose alors la question de la qualification du droit d'auteur. Tout d'abord le constat est fait selon lequel le droit moral ne se manifeste qu'à l'occasion d'actes d'exploitation de l'œuvre. De la sorte, si le droit moral ne saurait se concevoir sans monopole, la réciproque est erronée⁴⁵⁰. Le droit moral apparaît alors comme un accessoire du monopole d'exploitation. Par suite, un droit se qualifiant en considération du principal et non de l'accessoire, le droit d'auteur se définit par ce monopole d'exploitation et revêt dans son entier la qualification de propriété⁴⁵¹.

Intéressons-nous aux choix opérés par M. Raynard en matière de contrats. D'abord conçue comme l'instrument du choix d'une règle de conflit dans un contexte international⁴⁵², l'intérêt que nous trouverons à la qualification du droit d'auteur en droit de propriété est de permettre une adaptation quasi-parfaite des schémas contractuels du Code civil au droit d'auteur. Par exemple, l'argument de l'incessibilité de l'œuvre, commun aux autres doctrines monistes réalistes, pourrait être écarté par le constat du caractère accessoire du droit moral et son appartenance maintenue chez l'auteur. Cette conclusion ne peut être soutenue si l'on adhère au monisme proposé par M. Zenati-Castaing. A noter que ces schémas sont déjà adoptés par la propriété industrielle, pour laquelle la nature de propriété est davantage acquise⁴⁵³. En matière contractuelle, M. Raynard admet donc la banalité, et partant, la diversité des formules contractuelles du droit d'auteur en souscrivant à la distinction entre cession et licence⁴⁵⁴. Ce rattachement apparaît d'ailleurs comme un élément du débat mené sur la nature juridique du droit d'auteur. L'admission des formules contractuelles conçues pour les choses apparaît dès lors comme l'une des conséquences de la conception de droit de propriété retenue pour le droit d'auteur. Le raisonnement est donc au départ déductif ; mais sa vérification n'empêche pas sa présentation sous la forme d'une induction : l'adhésion

⁴⁴⁹ J. Raynard, note préc. n° 12. ; J. Raynard, note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1991, « Huston », D. S., 1993, Jur., p. 197, spéc. n° 29 ; J. M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, art. préc., spéc. n° 25. *Adde* par ex. : J. Raynard, Le droit à la paternité de l'auteur de l'œuvre de l'esprit, JCP 1989, Cahiers du Droit de l'entreprise, n° 2, p. 33 ; du même auteur, la thèse préc. n° 379.

⁴⁵⁰ Par ex. J. M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, art. préc., n° 25 ; J. Raynard, note préc. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993, n° 12.

⁴⁵¹ J. Raynard, note préc., *loc. cit.*

⁴⁵² J. Raynard, thèse préc., pour l'exposé de la démarche, v. n° 23.

⁴⁵³ L'adoption des cessions-ventes et des licences-locations par le droit des brevets et des marques est plus ancienne et plus profonde. L'absence de contrariété tenant au droit moral participe sans doute de l'admission assez aisée de ces qualifications. Sans prétendre entrer dans l'analyse à ce stade, l'on citera toutefois M. Mathély comme l'un des rares auteurs récents à voir dans les licences de brevet ou de marque des contrats *sui generis*. Pour la licence de brevet : « En vérité la licence est une convention *sui generis*, qui tient de son objet et de son but un caractère original », P. Mathély, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Editions J.N.A., 1991, p. 322. Pour la licence de marque : « La licence est une convention *sui generis*, qui s'apparente au louage de choses », *Le droit français des signes distinctifs*, Editions J.N.A., 1984, p. 265.

⁴⁵⁴ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007. Pour le rattachement de la cession à la vente : n° 122 ; pour le rattachement de la licence au bail : n° 297.

pratique, doctrinale, jurisprudentielle, à un système de cessions et de licences est un élément contribuant au rejet de l'idée d'une nature particulière du droit d'auteur, objet de ces contrats⁴⁵⁵.

Cette admission des licences et des cessions n'occulte pourtant pas de réelles difficultés, tenant essentiellement à l'état de la législation française, mais aussi au caractère incorporel et ubiquiste de la chose⁴⁵⁶. Ainsi M. Raynard propose-t-il dans un premier temps de voir dans la distinction entre contrat d'édition et contrat de représentation un indice d'une distinction entre cession et licence. Néanmoins l'analyse ne convainc pas l'auteur et son constat rejoint finalement celui de Desbois⁴⁵⁷ : le législateur, en 1957, s'est plutôt préoccupé de façon pragmatique de la mise en œuvre du droit d'auteur par l'instauration de contrats d'exploitation – « de la forme matérielle de l'exploitation de l'œuvre »⁴⁵⁸ – que de la nature du droit qui serait acquis par le contractant de l'auteur⁴⁵⁹. N'en reste pas moins le constat de l'impropriété du terme cession tel que parfois utilisé dans la loi⁴⁶⁰. Ailleurs, dans une démarche de localisation du contrat en droit international, l'auteur note que la prestation caractéristique du contrat d'auteur ne saurait être utilement recherchée dans la nature du « transfert » au sens générique du terme, mais dans les obligations des contractants. Ces obligations sont principalement dictées par les régimes des contrats spéciaux de la loi du 11 mars 1957⁴⁶¹. Ainsi, c'est l'obligation d'exploiter qui caractérise les contrats qui la comportent⁴⁶², les contrats ne la stipulant pas étant caractérisés par l'obligation de l'auteur, à savoir « la mise en jouissance » du droit, celle-ci se manifestant dans l'obligation de délivrance⁴⁶³. Or, cette obligation de délivrance étant commune à la vente et au louage, et l'obligation d'exploitation n'étant pas quant à elle l'apanage de la licence, cette solution atténue certains effets de la distinction entre cession et licence. Elle nous semble pourtant devoir être approuvée, dans la mesure où notre démarche consiste précisément à replacer la

⁴⁵⁵ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 167.

⁴⁵⁶ Dernièrement : J. Raynard, Une théorie générale des contrats spéciaux ?, *Débats*, RDC, 2006/2 p. 597, spéc. n° 3.

⁴⁵⁷ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, p. 608 et s.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 565, n° 633. – Sur ce constat, voir également : J. Raynard, Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, *op. cit.*, spéc. n° 16 ; Les accords de transfert de technologie : Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie. Avant-propos : J. Raynard, Litec, 2005, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise n° 23, spéc. p. 12.

⁴⁵⁹ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 162, p. 147 et s.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, n° 633, note n° 231 : « (...) le législateur français abuse de la dénomination de « cession » sans conférer à celle-ci le sens qui lui est attribué dans le droit des brevets. ».

⁴⁶¹ *Ibid.*, n° 636.

⁴⁶² *Ibid.*, n° 645 et n° 649.

⁴⁶³ *Ibid.*, n° 649.

fonction de ces qualifications à leur niveau. Car on le verra : *la licence comme la cession - pour essentielle que soit la distinction - ne constituent que les moyens, les outils juridiques permettant d'assurer la légalité de l'exploitation de l'œuvre par un tiers et d'en moduler les modalités, notamment dans le temps. Certes, ces opérations existent en tant que telles, à l'état de contrats spéciaux à part entière. Cependant, licence ou cession n'ont pas vocation à caractériser ou à qualifier le contrat d'exploitation dans lequel elles ont souvent vocation s'insérer, celui-ci faisant déjà l'objet d'une qualification par le CPI.*

Au demeurant, ces analyses apparaissent davantage comme une mise en exergue des insuffisances d'une loi occultant la réflexion sur la nature du titre de l'exploitant⁴⁶⁴, qu'une remise en cause de l'existence constatée des deux formules à l'économie bien distincte que sont les cessions et les licences. Comme souvent, c'est à la marge du droit d'auteur que l'on trouve une illustration de cette conviction. Les licences d'exploitation de logiciels, justement peu propices à l'application des contrats spéciaux du CPI pour lesquelles ils n'ont pu être pensés, sont une occasion de reconnaître le rattachement des contrats sur droit d'auteur aux formules élémentaires du droit civil : *« Ainsi, le caractère temporaire du droit de propriété intellectuelle ne suffit pas à évincer la distinction fondamentale qui, au sein des contrats de mise à disposition d'une chose, distingue ceux qui comportent espoir de retour de ceux qui emportent transfert définitif des avantages de la chose dans le patrimoine du contractant. Et cette distinction qui renvoie à l'opposition fondamentale des cessions de droit réel et des concessions de droit personnel doit naturellement pouvoir être retranscrite au sein du domaine des contrats de mise à disposition des prérogatives nées de monopoles intellectuels, contrats d'exploitation de logiciels spécialement. »*⁴⁶⁵. C'est précisément cet « esprit de retour » qui constituera l'élément de partage des contrats du droit d'auteur.

64. La thèse de Monsieur Kamina rattache le droit d'auteur au droit réel de propriété (donc selon une approche classique de ce dernier) et plaide avec insistance son adhésion à la thèse du monisme – réalisme, selon laquelle ce droit d'auteur trouve son objet directement dans l'œuvre, la chose⁴⁶⁶. Par ailleurs, « Le droit moral est un élément du droit réel »⁴⁶⁷, ce dernier étant tout à fait apte à protéger des intérêts moraux⁴⁶⁸. L'auteur invite à

⁴⁶⁴ *Ibid.*, n° 633.

⁴⁶⁵ J. Raynard, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 novembre 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8. Notons bien qu'il s'agit de contrat d'exploitation de logiciel – comparable à tout autre contrat de droit d'auteur – et non de contrat d'utilisation, que nous séparerons plus loin de la notion de contrat sur droit d'auteur.

⁴⁶⁶ P. Kamina, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse, Poitiers, 1996. V. par ex. n° 111.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, n° 113.

distinguer la « présentation dualiste » du droit d'auteur de sa nature, qui est celle d'un même droit de propriété⁴⁶⁹. Par ailleurs, précision à laquelle on ne peut qu'adhérer : « (...) on ne saurait confondre la nature juridique d'un droit avec son fondement philosophique. »⁴⁷⁰. Au-delà de la démonstration juridique, le rattachement du droit d'auteur au droit de propriété est perçu comme un renforcement de celui-ci, dans ses différentes fonctions.

En termes de qualifications contractuelles, l'auteur, admettant l'existence de contrats à effet réel,⁴⁷¹ défend également l'existence des licences de droit d'auteur. M. Kamina est d'ailleurs l'un des rares auteurs à employer l'expression « licence de droit d'auteur » dans son entier. Il fait sienne la définition de Roubier : « un contrat par lequel le titulaire d'un monopole d'exploitation concède à une personne en tout ou partie la jouissance de son droit d'exploitation. »⁴⁷². L'étude prend pour point de départ le logiciel⁴⁷³, mais elle est parfaitement généralisable au droit d'auteur dans son entier. C'est d'abord la liberté contractuelle qui justifie l'admission de la licence. M. Kamina montre l'actualité des remarques de Plaisant⁴⁷⁴ : le fait que la loi n'évoque pas directement une opération ne postule pas – dans notre système juridique – son interdiction, mais au contraire son admission. Les règles d'ordre public restant parfaitement applicables à ces licences et l'intérêt que procure à l'auteur la conservation de sa pleine propriété sont autant d'arguments exposés par l'auteur : « De manière plus générale, il ne fait aucun doute que les licences sont le support idéal d'un contrôle de l'exploitation de l'œuvre. »⁴⁷⁵. Enfin, un utile témoignage d'ordre pratique vient conclure la démonstration : « La pratique ne s'y est pas trompée, puisqu'elle connaît depuis longtemps les licences de droit d'auteur : elles sont concédées tous les jours par les sociétés d'auteurs à leurs utilisateurs, et les licences sont monnaie courante en matière de *merchandising* et dans le domaine de l'art appliqué. »⁴⁷⁶. Ici encore, c'est à l'observation des

⁴⁶⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, n° 118.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, n° 115.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, *op. cit.*, n° 119.

⁴⁷¹ « le droit de l'auteur se démembré lors de la cession, les prérogatives morales restant attachées à l'auteur. » *Ibid.* n° 114 ; n° 536 et s. – La « cession », dans le contrat de production audiovisuelle, est analysée en termes de vente, en dépit « d'éléments qui la rapprochent fortement d'une licence de propriété intellectuelle ». J.-Cl. PLA fasc. 1340, P. Kamina, *Contrat de production audiovisuelle*, n° 19. En revanche, « (...) à la différence des droits d'édition littéraire et de représentation (théâtrale), les droits issus du contrat de production audiovisuelle ont vocation à être concédés à de nombreux intervenants chargés de formes d'exploitation très diverses sur de nombreux territoires. » (*Ibid.*, n° 80).

⁴⁷² P. Roubier, *Licences et exclusivités*, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1936, p. 289.

⁴⁷³ Dont la qualification prête à d'autres controverses : v. *infra* n° 83 et ss.

⁴⁷⁴ P. Kamina, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse, Poitiers, 1996, n° 537. V. Plaisant précité à l'entrée correspondante.

⁴⁷⁵ P. Kamina, *op. cit.*, n° 537.

⁴⁷⁶ P. Kamina, *op. cit. loc. cit.*

limes de la propriété littéraire et artistique que l'on doit la reconnaissance des licences. Il nous appartiendra de démontrer que le cœur du droit d'auteur les connaît également⁴⁷⁷.

65. Thèse de Monsieur Le Tourneau. Cet auteur reconnaît et met en œuvre la distinction entre cession et licence, et se prononce pour une assimilation de ces formules à la vente et au louage⁴⁷⁸. Cependant, il convient de manier ces positions avec précaution, car elles tendent à assimiler « licence » d'utilisation (qui ne porte pas sur le droit d'auteur, comme nous le verrons) et licence d'exploitation, qui ne peut être qualifiée ainsi que lorsque le contrat donne prise à des actes d'exploitation du droit d'auteur⁴⁷⁹. Plus intéressant, M. Le Tourneau relie explicitement sa conception du droit d'auteur et celle du contrat, construisant ainsi un système cohérent : « Dans la mesure où le logiciel donne lieu à un droit privatif (brevet ou droit d'auteur), le droit conféré par son titulaire pourra, selon les cas, recevoir différentes qualifications. [...] En effet, les traits fondamentaux de la propriété se retrouvent dans les biens incorporels, dont les logiciels et progiciels (...) »⁴⁸⁰.

66. Thèse de Monsieur Le Stanc. Le ralliement à cette thèse, sur le terrain des principes, appellera aussi la critique : « A considérer le logiciel comme pouvant faire l'objet d'un droit privatif, de brevet, rarement, ou d'auteur, plus plausiblement, les conventions qui en assurent la mise à disposition peuvent alors retrouver aisément les qualifications déjà rencontrées pour les matériels, à la différence cependant que l'objet est ici purement incorporel. Mais, cette considération n'écarte pas *a priori* l'application du régime de la vente ou du louage, voire de contrats autres, comme le prêt, nous semble-t-il. »⁴⁸¹. Faute de transfert de propriété, la mise à disposition de logiciel sera qualifiée de licence, *louage de meuble incorporel*⁴⁸². Ces deux doctrines, divergentes sur bien d'autres points, convergent ici : au

⁴⁷⁷ P. Kamina, *op. cit.* n° 541. – Il est à noter que M. Kamina évoque également la possibilité d'autorisations, sortes de formes atténuées de licence se situant entre la licence proprement dite et la renonciation. Elles constitueraient des actes juridiques conventionnels, éventuellement unilatéraux, mettant en jeu un droit personnel. Cette notion ne nous paraît pas à distinguer de la licence qui, en tant que bail, connaît différentes intensités.

⁴⁷⁸ Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd., Dalloz, 2010, n° 4.18 (vente) et 4.19 (Prêt ou louage). Cependant, sur le caractère artificiel de la cession lorsque « l'objet transmis est indéfiniment reproductible », v. le même auteur, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd., Dalloz, 2010, n° 5820.

⁴⁷⁹ C'est-à-dire, pour un logiciel : au-delà de l'utilisation de « l'outil » logiciel et de la copie de sauvegarde, qui ne font pas l'objet d'un pouvoir d'interdire.

⁴⁸⁰ Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, *op. cit.*, n° 4.17.

⁴⁸¹ Ch. Le Stanc, in *Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux*, éd. 2003, n° 853 : « Vente, louage (licence), prêt de logiciel. » ; Ch. Le Stanc, S. Carre, Fasc. 1250. PLA. – Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Logiciel (CPI, art. L. 122-6 à L. 122-6-2).

⁴⁸² Ch. Le Stanc, Lamy, 2003 préc., n° 1263 : « (...) la mise à disposition du progiciel n'est pas une vente, mais sans doute un louage de meuble incorporel, qualification souvent dissimulée sous le terme plus générique, mais

droit de propriété que constitue le droit d'auteur correspondent les principaux contrats mis à disposition par le Code civil pour l'exploitation de celui-ci. La cohérence entre la nature du droit d'auteur et la nature des contrats en permettant l'exploitation est ici achevée, et apparaît dans sa relation la plus épurée et sans doute la meilleure.

67. Conclusion du Chapitre 1. Invalidation de l'hypothèse de la correspondance des conceptions doctrinales du droit d'auteur et des qualifications du contrat. En introduisant ce chapitre, nous avons émis une hypothèse relative au contexte de la réception de la licence de droit d'auteur par la doctrine : les auteurs retenant une conception du droit d'auteur s'approchant du droit de propriété devaient faire preuve d'un même « classicisme » dans l'élection des qualifications contractuelles. En effet, l'œuvre étant considérée comme une chose pouvant être réservée par un mécanisme aussi commun que l'est le droit de propriété, les contrats permettant la circulation de cette chose devaient emprunter les mêmes voies : celles du Code civil et de ses principaux contrats portant sur les choses appropriées (vente, donation, bail, prêt à usage). A l'inverse, les conceptions autres du droit d'auteur, subissant davantage l'attraction des droits de la personnalité ou *sui generis*, devaient se trouver plus propices à l'admission de modèles contractuels originaux. Nous pouvions nous attendre à ce que la circulation de l'œuvre ne puisse, selon ces conceptions, être réduite à la circulation d'une chose appropriée. Or, l'étude de la doctrine, à la recherche de ce lien présupposé entre la nature de l'œuvre et celle du contrat, nous conduit à invalider cette hypothèse. Après ce panorama nécessairement sélectif, il ne semble pas exister de lien systématique entre ces deux démarches de qualification. Des auteurs insistant sur la dimension personnelle du droit d'auteur admettent la distinction entre cession et licence et la mettent en œuvre dans leurs écrits. Au contraire, nombre d'auteurs optant pour la thèse du droit de propriété (monistes ou ne serait-ce que pour le droit patrimonial dans le cadre d'une conception dualiste), récusent cette distinction au profit d'une conception purement « réelle » du contrat. Naturellement, une part non négligeable de la doctrine, à laquelle nous nous joignons, accorde son travail de qualification du droit d'auteur, essentiellement caractérisé par la notion de propriété, à celui de la qualification du contrat.

non contradictoire, de « licence ». ». – Sur la qualification de la « licence » d'utilisation de logiciel, v. *infra*, n° 85 et ss.

68. La nécessité d'élire un système assurant la cohérence entre la nature de la chose et celle du contrat. L'étude de la nature juridique du droit d'auteur a pu être critiquée au regard de son aspect purement académique. Or, quand bien même cet académisme n'ôte pas son intérêt au débat⁴⁸³, l'affirmation est critiquable car on sait que la recherche de cette nature a été motivée par les conclusions concrètes qu'elle pouvait avoir en termes de régime. Ce paysage doctrinal est peu satisfaisant. On retient une conception réelle du droit d'auteur sans l'accorder à une construction contractuelle conçue pour les objets de propriété ; et réciproquement, on dénie à l'auteur la propriété de son œuvre, mais pour admettre ensuite qu'il puisse la vendre ou la louer. *Ces positions contribuent à défaire le lien qui devrait logiquement exister entre le statut d'un bien et sa mise en action par un contrat. Elles participent à l'image d'un droit d'auteur peu cohérent dans sa structure et parfois abscons dans la perception que l'on peut en avoir.* Déconnecter ces deux questions – nature du droit et nature du contrat – ne nous semble pas être le choix le plus cohérent pour la description et la compréhension du droit d'auteur dans son ensemble. Par ailleurs, l'académisme reproché aux disputes sur la nature du droit d'auteur pourrait bien se voir confirmé, si cette nature ne devait avoir aucun lien avec cet élément fondamental de sa mise en œuvre qu'est le contrat. C'est pourquoi il nous semble nécessaire de proposer une lecture, que nous estimons la plus cohérente : le droit d'auteur s'analyse comme une propriété, mode par excellence de réservation des choses. Cette hypothèse, plus qu'une démonstration, est suggérée par les mots de la loi. Elle est surtout vérifiée par l'examen des principales caractéristiques de ce droit : caractère exclusif et absolu (opposable à tous), le caractère temporaire étant indifférent (et comme on le verra, non acquis théoriquement⁴⁸⁴). A relier à tout prix ce droit aux prérogatives auxquelles on résume classiquement la propriété : *usus, abusus, fructus*, nous constaterons en cours d'étude qu'on les retrouve dans le droit d'auteur. Quant aux droits moraux, soustraits au contrat, nous constaterons que l'intérêt idéaliste qui anime leur reconnaissance légale⁴⁸⁵ et assure leur force dans la jurisprudence⁴⁸⁶ se traduit par des dérogations à la force obligatoire des contrats qui, loin de constituer des aberrations juridiques, s'intègrent dans les mécanismes

⁴⁸³ Si la question ne devait emporter aucune conséquence en matière de régime, il nous semble tout de même essentiel pour la cohérence d'un système juridique de s'accorder sur la nature de valeurs au fondement d'une économie toujours plus importante. Le statut de l'auteur est également, dit-on, le fruit de la considération de la vigueur du lien qui le rattache à sa création.

⁴⁸⁴ V. *infra* n° 366.

⁴⁸⁵ Par exemple : H. Desbois, Le droit moral, RIDA, avril 1958, XIX, p. 121.

⁴⁸⁶ Pour un exemple récent : Cass. 1^{re} civ. 2 avril 2009, CCE 2009, comm. 52, obs. Ch. Caron : « Attendu que l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder ; Attendu qu'après avoir exactement retenu (...) qu'elle emportait un tel abandon la clause de cession litigieuse était inopposable à MM. X... et Y... ».

reçus du droit privé. Si le droit d'auteur est un droit de propriété, rien n'impose que les contrats qui le mettent en œuvre empruntent des voies différentes, dérogoires des autres contrats portant sur les choses ; tels sont les éléments que nous souhaiterions faire apparaître au cours de notre étude.

Si la nature du contrat dépend de la seule volonté des parties, encore faut-il que les conditions consistant en la nature de la chose, objet de la prestation caractéristique du contrat, le permettent.

Chapitre 2 – Qualification négative de la chose : les objets étrangers à la qualification de licence

69. Les valeurs non appropriées : d'impossibles objets pour la licence de droit d'auteur. L'étude des rapports entretenus entre le choix de la qualification du droit et celui de la qualification du contrat nous a amené à l'hypothèse suivante, que nous souhaiterions voir vérifiée dans ces lignes : la propriété est la notion la mieux à même de décrire le droit d'auteur, d'une part ; la plus adaptée à la transposition des schémas contractuels des contrats sur les choses, d'autre part. Certes, l'admission de la licence comme figure opposée à la cession n'est pas nécessairement l'apanage des analyses « réalistes » du droit d'auteur. Mais cette construction, en ce qu'elle identifie le droit d'auteur au droit de propriété, est la plus susceptible de se voir transposer les schémas contractuels conçus à l'origine pour des biens, objets de propriété.

70. Dans cette section, nous proposons d'adopter la démarche inverse, mais complémentaire, consistant à appréhender « négativement » la chose. Il s'agira ici de déterminer les valeurs qui, faute d'appropriation, ne pourront connaître pareil schéma contractuel. En effet, l'identification d'un objet, le dessin de ses contours, passe en premier lieu par l'analyse de ses caractères propres permettant d'en induire la nature. Mais cette définition « positive » doit être complétée par la prise de conscience de ce qu'il n'est pas⁴⁸⁷. Illustrer, concrètement, « ce que n'est pas une œuvre » au sens du droit de la propriété littéraire et artistique nous permettra de délimiter le domaine, les frontières de la chose objet de la licence de droit d'auteur, plus précisément, objet de la prestation du donneur de licence. Comme précédemment, lorsqu'il s'est agi de définir positivement la nature de l'œuvre, nous ne la traiterons qu'en tant qu'objet possible d'un contrat sans prétendre épuiser le débat de droit des biens qu'elle soulève. Le but de cette étude est de démontrer que certains contrats, en ce qu'ils ne portent pas directement sur une œuvre protégée, doivent être exclus de la qualification de licence⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Rapp. par ex. : E. Bertrand, Le rôle de la dialectique en droit privé positif, D. 1951, Chron. p. 151.

⁴⁸⁸ Il est à noter que l'on aurait pu exclure dès l'introduction ces hypothèses, s'agissant précisément d'illustrer ce que n'est pas la licence de droit d'auteur. Deux objections à cette possible critique : d'une part, ces points font débat, et l'exclusion de la qualification de licence à leur propos doit faire l'objet d'une démonstration et non d'une exclusion de principe. D'autre part et surtout, l'étude de formules voisines de la licence de droit d'auteur

71. Choix des objets d'étude pertinents. Nous étudierons dans cette section certains objets ou « valeurs » concernés par des conventions non dénuées de ressemblances avec la licence, et parfois désignées comme telles par la pratique, la jurisprudence et la doctrine. Ces valeurs font l'objet de contrats. Mais ces conventions ne pourront recevoir la qualification de licence, faute d'organiser la mise à disposition d'une œuvre appropriée en vue de son exploitation. Nous aurions pu traiter ici les contrats voisins de la mise à disposition d'une œuvre, classiquement distingués des cessions et licences en raison de leur objet. Plusieurs catégories peuvent être néanmoins rapidement évoquées. Tout d'abord, il s'agit des contrats « de création », par opposition aux contrats « sur une création », louages d'ouvrage ou de services, contrats de commande⁴⁸⁹ – à moins que ces derniers ne s'accompagnent, fut-ce implicitement d'une licence, comme nous le verrons⁴⁹⁰ – par opposition aux cessions et licences. On peut également citer le mandat⁴⁹¹. Pourraient être traités les contrats de distribution des exemplaires dès lors qu'ils ne mettent pas en jeu le droit d'auteur, et plus généralement, les contrats relevant du seul support matériel de l'œuvre. Encore que, ce dernier point devra être discuté lorsque, par le biais de nouveaux modes de communication, ce support disparaît et cesse d'être le mode nécessaire de la rencontre de l'œuvre avec son public. Le traitement complet de ces exemples se heurterait à deux écueils : soit une exhaustivité inutile, tant ces thèmes sont connus et ont fait l'objet des travaux les plus complets⁴⁹², soit le risque d'un traitement superficiel.

par leur objet ou leur économie ne constitue pas une simple comparaison, mais participe pleinement à la définition de l'objet étudié, celui-ci ne pouvant être qualifié que par l'étude conjointe de ses caractères propres et de ses frontières extérieures.

⁴⁸⁹ Cette exclusion du contrat de commande des contrats portant sur les droits patrimoniaux est classique. Elle est vigoureusement formulée par Desbois p. 602 et s., n° 490. – Pour quelques références non exhaustives, voir : A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, n° 49, p. 33 ; A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 566 ; S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*. Litec. Coll. Le droit des affaires. 1999, n° 91 ; N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 191 et ss. – *Contra* : R. Savatier, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398, n° 71, pour qui ces deux contrats relèvent du droit de la propriété littéraire et artistique. – Le contrat de commande est généralement assimilé à un contrat d'entreprise spécial lorsqu'il se limite à la réalisation et à la livraison d'un support matériel. Il en va différemment lorsqu'à cet élément, correspondant à la commande à proprement parler, se joint une mise à disposition du droit d'auteur. Cette mise à disposition relève alors des qualifications de cession ou de licence. C'est à propos de la discussion sur le formalisme que se révélera le lien entre ces contrats.

⁴⁹⁰ V. *infra* n° 701 et ss.

⁴⁹¹ Sur ces contrats, voir : P.-Y. Gautier, Le mandat en droit d'auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 223 ; X. Skowron-Galvez, La relation entre l'auteur et son agent littéraire, *Légipresse* n° 234, sept. 2006, II, p. 101.

⁴⁹² V. les références précitées.

72. Nous prenons donc le parti de nous concentrer ici sur deux exemples plus pertinents et pour lesquels nous pouvons encore prétendre à un quelconque apport. Il est possible de dégager deux axes de cette appréhension « négative » de l'œuvre. Tout d'abord, un contrat ou une clause d'un contrat peut être conclu « à propos d'une œuvre », au sens où l'entend le droit d'auteur, celle-ci n'étant pas étrangère à l'économie du contrat, mais sans pour autant que l'œuvre soit l'objet de ce contrat. Ensuite, l'étude de la propriété littéraire et artistique nous invite à distinguer l'œuvre en tant que réalité perceptible par les sens de l'œuvre définie par la loi comme objet de propriété et objet possible d'obligations contractuelles. Deux objets d'étude apparaissent à ce stade. Très différents par leur nature, leur importance pratique et leur traitement doctrinal, ils doivent être rassemblés ici en raison de leur intérêt dans la démonstration. Ces deux formules contractuelles sont issues de la pratique, une pratique ponctuelle pour la première, une pratique aux répercussions déjà considérables et en pleine expansion pour la seconde. Ainsi, nous traiterons tout d'abord de l'organisation de la non-exploitation de l'œuvre par le biais du contrat (*Section 1 – L'organisation de la non-exploitation de l'œuvre, objet étranger à la licence de droit d'auteur*), puis du contrat portant sur l'utilisation, au sens strict, d'une œuvre. Le contrat dit de « licence » d'utilisation de logiciel nous servira de point de départ à cette réflexion, qui pourrait concerner de fait toute sorte d'œuvres (*Section 2 – L'utilisation d'un logiciel, objet étranger à la licence de droit d'auteur*).

Section 1 – L'organisation de la non-exploitation de l'œuvre, objet étranger à la licence de droit d'auteur

L'exposé et l'illustration de la notion (§1) ouvrent la voie à une qualification (§2).

§ 1 – Variété des clauses organisant la non-exploitation de l'œuvre

73. Le traitement contractuel de l'œuvre recouvre des modalités diverses, dont certaines ne sont pas réductibles à des contrats d'exploitation, voire à des contrats sur les choses, donc à des licences. Le contrat ou la clause par laquelle l'auteur s'interdit d'exploiter

son œuvre doit être distingué de la situation voisine dans laquelle l'auteur s'interdirait de la divulguer. Cette dernière clause appellerait la nullité⁴⁹³.

74. Comparaison avec la pratique de la propriété industrielle. On connaît, dans le domaine voisin de la propriété industrielle, les pratiques consistant à « geler » des droits de brevet ou de marque. Deux moyens juridiques sont employés à cette fin.

Le premier est de consentir une cession ou une licence exclusive dans le but précis pour le cessionnaire de ne pas exploiter la création. Le procédé est pour le moins critiquable : tout d'abord, sur le plan de l'esprit de la propriété intellectuelle, qui est d'assurer une protection au créateur et de permettre la diffusion de sa création, on pourrait y voir un détournement de la finalité de cette protection. Ensuite, sur le plan strictement juridique, la solution n'est sans doute pas la plus opportune, la non-exploitation du brevet par le licencié étant une cause de résiliation⁴⁹⁴. De même, la non-exploitation de la marque par le licencié est sanctionnée, comme toute inexécution d'une obligation principale⁴⁹⁵. Cependant, si la jurisprudence témoigne de l'utilisation de ces moyens, de telles menaces n'ont pas nécessairement la portée pratique que l'on pourrait attendre.

La seconde technique peut résulter de conventions au contenu purement « négatif », ne faisant pas l'objet d'une mise à disposition, dans l'esprit des conventions de non opposition ou accords de coexistence pratiqués en droit des marques et en droit des brevets⁴⁹⁶. L'accord, ou la clause en question, n'a pas pour objet la mise à disposition de la création, mais l'un (qu'il soit propriétaire ou titulaire de droits sur le titre) s'interdit de revendiquer son propre

⁴⁹³ Sur l'impossibilité de donner en licence le droit moral, v. *infra* n° 290.

⁴⁹⁴ V. *infra* n° 784 et ss., sur l'obligation d'exploitation de l'œuvre et les réf. citées en propriété industrielle. – F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 652 ; J. Schmidt-Szalewski, J. L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007, n° 293. – On préférera opérer une cession pure et simple. Mais encore faut-il que le nouveau propriétaire de l'invention ne fasse pas l'objet d'une demande de licence obligatoire, conçue comme une sanction de l'obligation d'exploiter pesant sur le breveté (art. L. 613-11 à L. 613-14 du CPI).

⁴⁹⁵ En cas de cession, la mise en sommeil du signe distinctif par le nouveau propriétaire peut être sanctionnée d'une action en déchéance pour défaut d'exploitation (art. L. 714-5 du CPI). V. par ex. F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1258 et ss. ; J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *op. cit.*, n° 549 et ss.

⁴⁹⁶ Ces figures, souvent utilisées en droit des marques, sont définies comme les contrats par lesquels « les titulaires de deux marques proches ou identiques conviennent de délimiter le rayon d'action respectif de chacun, afin de ne pas se gêner mutuellement et de ne pas engager d'actions en contrefaçon l'un contre l'autre. » F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 1352. (pour les brevets : v. n° 671, l'auteur invite à ne pas confondre la notion avec la concession de licence et suggère la qualification de transaction). Dans le même sens : J. Azéma, *Lamy Droit Commercial*, n° 2115. Définition reprise par : A. Chavanne, J.-J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz 5^e éd. 1998, n°1145, p. 674 et leurs continuateurs : J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd. Dalloz, 2006, n° 912 ; E. Tardieu-Guigues, J.-Cl. Marques, fasc. 7400, 1994, n° 58 ; P. Mathély, *Le nouveau droit français des marques*, Editions J.N.A., 1994. p. 218. Voir tout particulièrement la note de M. Vivant sous Cass. Com. 5 janv. 1983, JCP E, 1983, II, 14261, p. 340.

droit à l'encontre de l'autre⁴⁹⁷. Dans le même esprit, l'un peut s'interdire d'exploiter son propre droit dans un certain sens défini contractuellement sans pour autant le concéder. La formule ne peut donc être qualifiée de licence, faute de chose mise à disposition, et faute d'acte positif de mise à disposition. Cependant cette famille de conventions portant obligation de ne pas faire peut être rapprochée de la licence par son économie⁴⁹⁸.

75. Quel est le traitement juridique de ces conventions ? Certains de ces accords font l'objet d'un traitement par le droit de la concurrence de l'Union Européenne : le règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81 § 3 du Traité instituant la Communauté européenne (devenu article 101 TFUE)⁴⁹⁹ à des catégories d'accords de transfert de technologie. Ce texte formule des exemptions permettant de valider certains de ces accords normalement sanctionnés par le traité, lorsque leurs apports positifs (amélioration de la production ou de la distribution de produits et services, ou encore promotion du progrès technique ou économique) l'emportent sur leurs aspects négatifs restrictifs de concurrence⁵⁰⁰. Sans entrer dans le fond de ces dispositions, qui relèvent du droit de la concurrence et donc pas directement de la présente étude, l'on peut s'intéresser, pour eux-mêmes, aux mécanismes contractuels traités par ce droit, bien qu'ils soient davantage

⁴⁹⁷ En droit des marques, l'accord est généralement conclu entre titulaires de deux marques dont les formes sont proches, en particulier lorsque le domaine réservé par chaque signe est incertain. Une comparaison peut être faite avec les contrats sur signes distinctifs autres, et plus précisément sur les marques d'usage, non appropriées, faisant l'objet de réservations par contrats portant obligation de ne pas faire (renoncations à agir, transactions) : « La marque d'usage peut comme la marque déposée faire l'objet d'une convention visant à autoriser son utilisation par un tiers. La spécificité de la protection accordée à la marque d'usage explique que ce contrat, aux effets proches de ceux de la licence de marque déposée, utilise une démarche juridique distincte. Cette convention s'organisera autour de la *renonciation contractuelle* par l'usager initial à exercer une action en concurrence déloyale à l'encontre du « licencié ». », E. Tardieu-Guigues, *La licence de marque*, Thèse, Montpellier, 1991. p. 11.

⁴⁹⁸ E. Tardieu-Guigues, *Ibid.* – Remarque à comparer avec celle de M. Raynard qui note, entre le contrat de communication de savoir-faire et la cession ou licence de brevet, « l'identité des résultats opérés, en dépit de situations juridiques respectives de départ radicalement contraires » J. Raynard, *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier*, *Mél. offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527, n° 16. – D'où cette image proposée par M. Vivant : « De l'autorisation à la non-interdiction (la non opposition du brevet, puisque « opposer » le brevet c'est interdire), il n'y a que l'épaisseur d'une litote (Va, je ne te hais point...) », note M. Vivant sous Cass. Com. 5 janv. 1983, JCP E, 1983, II, 14261, p. 340.

⁴⁹⁹ Article 81 (art. 101 TFUE) : « 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à : (...) b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ».

⁵⁰⁰ Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie [Journal officiel n° C 101 du 27.04.2004]. V. Les accords de transfert de technologie : Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie. Avant-propos : J. Raynard. Litec 2005, FNDE, *Actualités de droit de l'entreprise* n° 23, p. 149 et ss. V. A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 680, p. 355.

évoqués en termes économiques ou en vue de leurs finalités qu'en termes de technique contractuelle.

Ainsi est visé le cas dans lequel le « licencié »⁵⁰¹ d'un transfert de technologie se voit privé du droit d'exploiter « sa propre technologie » (article 4 paragraphe 1, d). L'accord est condamnable en tant que « restriction caractérisée », lorsque les entreprises parties sont concurrentes au sens du règlement. Lorsque les entreprises ne sont pas concurrentes, en vertu de l'article 5, la clause considérée est qualifiée de « restriction exclue ». En effet, le licencié doit demeurer libre d'exploiter lui-même ou de concéder ses propres droits à des tiers. Pensée en considération du droit des brevets et du savoir-faire, la règle intéresse aussi directement le droit d'auteur, puisque ce terme de « technologie », jusque là non juridique, inclut des logiciels protégés par le droit d'auteur. De plus, le règlement vise explicitement la « licence de droits d'auteur sur logiciels »⁵⁰² et reconnaît ainsi cette pratique préexistante, qu'elle soit ou non consacrée par les différents systèmes juridiques des états de l'Union européenne.

76. La pratique du « gel des droits » d'auteur au moyen de licences exclusives sans obligation d'exploitation. Connaît-on de pareils mécanismes dans un droit d'auteur plus « traditionnel » ? Le schéma sera ici le même que celui que nous venons de présenter sommairement pour la propriété industrielle et le droit d'auteur sur les logiciels, rassemblés sous la bannière du « transfert de technologie ». De fait, comme en propriété industrielle, certaines cessions ou licences exclusives, lorsqu'elles ne sont pas assorties d'obligation d'exploitation, peuvent aboutir au « gel » d'une œuvre. Cette non-exploitation est le plus souvent due à la négligence de l'exploitant. Elle peut aussi résulter d'un choix délibéré de ce dernier, et peut concerner certains modes d'exploitation de l'œuvre. Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de sanctionner de telles clauses parfois stipulées dans le domaine

⁵⁰¹ Le terme de licence est employé par le règlement, relayant ainsi la pratique contractuelle. Au regard du droit des contrats, cet usage est fait à raison lorsqu'il s'agit de licence de droits de propriété intellectuelle (brevets, droit d'auteur sur logiciel, etc.) ; mais à tort lorsque le « transfert » porte sur une valeur ne faisant pas l'objet d'un droit privatif : savoir-faire non breveté ou utilisation d'un logiciel sans actes d'exploitation (sur ce point, voir le § suivant.).

⁵⁰² Article I « Définitions » (...) b) « accord de transfert de technologie », un accord de licence de brevet, un accord de licence de savoir-faire, *un accord de licence de droits d'auteur sur logiciels* ou un accord mixte de licence de brevet, de savoir-faire ou de droits d'auteur sur logiciels, y compris tout accord de ce type contenant des dispositions relatives à la vente et à l'achat de produits ou à la concession d'une licence pour d'autres droits de propriété intellectuelle ou à la cession de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et qu'elles soient directement liées à la production des produits contractuels. Les cessions de brevets, de savoir-faire, de droits d'auteur sur logiciels ou d'une combinaison de ces éléments, sous réserve qu'une partie du risque lié à l'exploitation de la technologie soit supportée par le cédant, notamment lorsque le montant dû au titre de la cession dépend du chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire avec les produits qui sont produits à l'aide de la technologie cédée, de la quantité de produits fabriquée ou du nombre d'opérations réalisées à l'aide de la technologie concernée, sont également considérées comme des accords de transfert de technologie » (nous soulignons).

de la télédiffusion d'œuvres audiovisuelles, décisions ensuite confirmées par la Cour de cassation. L'application du droit interne de la concurrence est remarquable dans l'une de ces espèces. Une chaîne de télévision, Canal +, se faisait consentir auprès de producteurs des exclusivités portées jusqu'à 45 mois sur un mode d'exploitation secondaire (la diffusion du film par paiement à la séance⁵⁰³). Or, la chaîne souhaitait non pas exploiter cette utilité, mais au contraire en freiner le développement. Le Conseil, dont la décision fut confirmée en appel puis en cassation, sanctionne le diffuseur sur le fondement de l'abus de position dominante (article L. 420-2 C. com.)⁵⁰⁴. Nous verrons aussi que les arguments destinés à contrer ces pratiques visant à détourner la finalité de la licence que devrait être l'exploitation de l'œuvre, existent dans d'autres sphères du droit d'auteur, bien que leur réception par la jurisprudence récente soit généralement décevante⁵⁰⁵.

77. Pratique des clauses stipulant l'obligation de ne pas exploiter l'œuvre. Un autre moyen juridique existe pour organiser contractuellement la non-exploitation d'une œuvre ou de certaines de ses utilités. Il fait appel à des obligations de ne pas faire et se distingue à ce titre radicalement de la licence⁵⁰⁶. Ce procédé peut sembler tout aussi critiquable que le précédent au regard du but poursuivi par l'institution du droit d'auteur. Il est cependant des cas dans lesquels il pourrait s'inscrire dans l'économie d'un contrat sans nuire pour autant à l'intérêt pécuniaire de l'auteur, ni à l'intérêt moral de voir son œuvre largement diffusée. La clause consiste en l'engagement pour le propriétaire, éventuellement auteur, de

⁵⁰³ Il s'agit de la V&D (vidéo à la demande). Sur ce nouveau mode de diffusion, v. : F. Balle, *Médias & sociétés*, 14^e éd., Montchrestien, 2009, n° 134 et ss. (V. notre introduction, *supra*, n° II).

⁵⁰⁴ Décision « Canal + », Conseil de la concurrence, 24 nov. 1998. BOCC 1999, p. 7. V. : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 110. La décision a fait l'objet d'un appel puis d'un pourvoi en cassation, elle fut confirmée dans les deux cas : v. CA Paris, 15 juin 1999, BOCC 1999, p. 439 ; D. 2000, p. 202, obs. Th. Hassler et V. Lapp; CCE 1999, comm. 48, note G. Decocq ; Légipresse 1999, III, p. 94, note Ch.-E. Renault ; Cass. com. 30 mai 2000, CCE 2000, comm. 82, note G. Decocq ; Légipresse 2000, III, p. 164, note E. Derieux.

Pour la sanction sur le fondement du droit de la concurrence d'autres exclusivités consenties sur des droits secondaires sans obligation d'exploitation : v. par ex. la décision « TF1 », Conseil de la concurrence, 22 déc. 1999, CCE 2000, comm. n° 69, note G. Decocq, et Petites affiches, 2000, n° 228, p. 14, note M. Malaurie-Vignal. V. B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, op. cit.*, n° 110. Il s'agissait d'exclusivités de 10 à 18 ans sur des droits secondaires que la chaîne TF1, via l'une de ses filiales, exigeait des producteurs sans obligation d'exploitation pour ces modes d'exploitation. En l'espèce, si une entente illicite (art. L. 420-1 du C. com.) était caractérisée, les producteurs échappèrent à la condamnation à une amende car ces derniers s'étaient vus contraints de souscrire ces clauses types auxquelles le télédiffuseur subordonnait son engagement, et donc le financement de l'œuvre. De la même manière, cette décision du Conseil de la concurrence fut confirmée par les tribunaux : CA Paris, 21 nov. 2000, Légipresse 2001, I, p. 35 ; Cass. com. 26 nov. 2003, « TF1 », Bull. IV, n° 178 ; RTD com. 2004, p. 461, obs. E. Claudel ; CCE 2004, comm. 20, note G. Decocq ; Petites affiches 2004, n° 132, p. 3, concl. M.-A. Lafortune. – *Adde* : B. Montels, Pratique des contrats audiovisuels, CCE juill.-août 2003, p. 13, soulignant le peu d'applications ces dispositions « faute de combattant », en raison de l'état des relations entre producteurs et diffuseurs.

⁵⁰⁵ V. *infra*, n° 771 et ss.

⁵⁰⁶ Ce procédé ne dispose pas, à notre connaissance, de qualification spécifique, légale ou pratique.

ne pas exploiter ou faire exploiter son œuvre, dans son entier ou pour certaines utilités, et pour un temps déterminé. Comme précédemment, il ne saurait s'agir d'une licence car la clause ne comporte pas en elle-même d'autorisation, ni de mise à disposition. Parfois associée à une licence, elle procède d'une technique opposée et poursuit l'objectif inverse : la « non-mise à disposition » et la non-exploitation de l'œuvre. Le parallèle avec les situations visées par le Règlement n° 772/2004 précité prend tout son sens, à condition de s'abstraire de son domaine d'application et de son vocabulaire : ici, l'auteur s'interdit d'exploiter non pas sa « technologie », mais son œuvre. De plus, si le mécanisme d'interdiction d'exploiter est comparable d'un point de vue de la technique juridique, la situation des parties s'inverse : dans le cas présent, c'est le donneur de licence (l'auteur par exemple), qui se voit interdire l'exploitation de son propre droit, et non le licencié. Toutes choses égales par ailleurs, d'un point de vue juridique, ces schémas participent du même mécanisme.

78. Illustrations. Faute d'identifier une manifestation significative de ces clauses dans la jurisprudence, il convient de s'alimenter à la source première qu'est la pratique contractuelle. Cette pratique est évoquée par M. Montels dans son ouvrage : la clause, stipulée en faveur des chaînes de télévision, y est désignée sous le nom de « clause d'interdiction de cession des droits secondaires à des tiers sans (...) accord préalable »⁵⁰⁷. La clause est contenue dans les contrats de « préachat » utilisés par les télédiffuseurs qui financent ainsi une partie de la production des œuvres qu'ils diffuseront. L'auteur note d'ailleurs à leur propos que la « faculté de blocage » que permet cette clause est en contradiction avec le droit de la concurrence⁵⁰⁸. En effet, leur finalité de « gel des droits » est similaire à l'usage controversé des licences exclusives sans obligation d'exploitation, lorsqu'elles sont destinées à entraver certains modes d'exploitation. On peut citer l'extrait de clause qui correspond assez précisément à cette situation « - Exclusivité : Le Contractant garantit que le film, en tout ou partie, *ne fera l'objet d'aucune exploitation* en France (DOM TOM inclus) *avant le début des droits réservés à La Chaîne* au titre du paragraphe... [...] »⁵⁰⁹. Ici, le titulaire d'un droit (producteur) s'interdit d'exploiter un droit exclusif dont il ne s'est pas encore défait. La prise d'effet de la licence est retardée par un terme suspensif. Néanmoins, durant cette période, le titulaire se trouve empêché d'exploiter son droit, ce qui n'est pas en soi condamnable, pour garantir les intérêts du diffuseur.

⁵⁰⁷ B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, op. cit.*, n°112.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, n° 216.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, n° 113 (nous soulignons).

Ailleurs, nous avons pu relever dans un contrat de production audiovisuelle la présence d'un engagement par lequel l'auteur, titulaire d'un droit d'exploitation, s'engageait à ne pas exploiter son œuvre pour certains usages pourtant non concédés. La clause se présente comme l'accessoire d'un engagement principal d'exploitation. On peut trouver une clause d'un contrat de production audiovisuelle rédigée ainsi : « *Dans l'hypothèse où une œuvre d'animation de long métrage ayant comme thème « ... » viendrait à être produite par tout tiers, elle ne pourrait faire l'objet d'aucune exploitation avant l'expiration d'une période de 4 (quatre) années à compter du 09 septembre 1998.* ». Comment interpréter cette clause ? En l'espèce, le droit d'auteur correspondant à la production d'un film long métrage portant sur les aventures d'un célèbre personnage de la littérature fantastique populaire est « cédé ». Comme dans tout contrat de production audiovisuelle et en dépit de la présomption de cession, sont cités avec précision tous les droits nécessaires à l'exploitation d'un film⁵¹⁰ ainsi que divers droits exclus de la présomption, qu'il est d'usage de céder ou concéder dans ce type de contrats : les droits graphiques et théâtraux et divers droits dits « dérivés »⁵¹¹. L'engagement est somme toute assez banal. La mise à disposition qui le fonde peut être qualifiée de licence en raison de sa durée limitée. Sa particularité est qu'elle se double ici d'un engagement du cédant, auteur, *de ne pas exploiter* l'œuvre sous la forme de film d'animation (dessin animé), c'est-à-dire sous une forme autre, qui n'a pourtant fait l'objet d'aucune mise à disposition. En effet, l'auteur ne « cède » pas les droits de faire un dessin animé, mais de faire un film, et ne « cède » donc que les droits utiles à cette fin. L'auteur cependant s'interdira d'exploiter (faire produire par un tiers) son œuvre sous une autre forme, pourtant exclue du champ de la mise à disposition. Point important : le calcul de la rémunération proportionnelle de l'auteur ne prend en considération que l'utilité concédée pour un film et non celle du mode d'exploitation dont il est pourtant privé, contrariant ainsi sans obstacle réel l'esprit de la législation impérative, protectrice des intérêts de l'auteur⁵¹².

§ 2 – Essai de qualification des clauses organisant la non-exploitation de l'œuvre

79. Quels moyens juridiques pourrait-on mettre en œuvre pour atteindre l'objectif de ce type de clause ? On pourrait envisager, pour atteindre le même but de non exploitation d'une utilité de l'œuvre, l'adjonction d'une licence de droit d'auteur circonscrite

⁵¹⁰ Les « droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle », art. L. 132-24 du CPI.

⁵¹¹ V. *infra* n° 686 (et n° 672).

⁵¹² Art. L. 132-25 al. 1^{er} du CPI : « La rémunération des auteurs est due pour chaque mode d'exploitation. ».

à l'exploitation non désirée et non assortie d'une obligation d'exploitation. Le procédé semble envisageable, mais n'est pas dénué de risques pour le licencié. D'une part, nous avons déjà mentionné le traitement réservé par le droit de la concurrence, spécialement dans le domaine de l'audiovisuel et de la télévision en particulier. D'autre part, en raison du dispositif impératif du CPI, la principale crainte avancée serait le risque de voir attachée à cette licence une rémunération proportionnelle. Certes, on nous objectera que cette obligation d'exploitation par le licencié n'est pas de droit positif en droit d'auteur, qui ne connaît pas d'obligation générale en ce sens⁵¹³. Mais s'il est vrai que la licence de droit d'auteur ne porte pas en elle d'obligation pour le licencié d'exploiter l'œuvre, néanmoins, le régime impératif contrat de production audiovisuelle impose cette obligation⁵¹⁴. Or, celle-ci est doublée par l'obligation de prévoir une rémunération proportionnelle pour chaque mode d'exploitation⁵¹⁵. Dans ce cas, la licence en question serait considérée comme l'accessoire, voire une composante de la mise à disposition « principale », et pourrait donc se voir appliquer le même régime résultant de ce contrat spécial. Ce risque est-il encouru si la clause est insérée dans un contrat de représentation ou un autre contrat ne faisant pas de l'exploitation de l'œuvre une obligation ? Ce risque serait alors très limité, même si l'on comprend que le praticien souhaite s'en prémunir. L'état du droit positif, comme nous le verrons, n'étant peut-être pas définitivement arrêté.

80. Qualification proposée : la clause de garantie contre l'éviction. Pour échapper à ce risque, la clause pourrait-elle être justifiée comme portant aménagement d'une obligation de garantie contre l'éviction ? Effectivement, cette obligation existe en droit d'auteur⁵¹⁶. L'auteur doit s'abstenir de tout fait personnel de nature à porter atteinte à la jouissance paisible du droit, qu'il soit réel pour le cessionnaire ou personnel pour le licencié. Nous verrons que contrairement à ce que suggère la loi spéciale, elle trouve sa source principalement dans l'acte d'autorisation d'exploiter l'œuvre et non dans le contrat organisant

⁵¹³ V. *infra* n° 756 et ss. sur l'obligation d'exploitation.

⁵¹⁴ Art. L. 132-27 du CPI. V. par ex. Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, p. 345 et ss., n° 512 et ss. ; A. Françon, *Le contrat de production audiovisuelle*, RIDA, 1986, n°65, p. 71 ; du même auteur, *Le contrat de production audiovisuelle, Droit d'auteur et droits voisins*, La loi du 3 juillet 1985, Colloque de L'IRPI Paris 21 et 22 nov. 1985, Librairies Techniques, 1986. p. 88 ; R. Plaisant, *L'œuvre audiovisuelle, Le contrat de production audiovisuelle*, Petites affiches, n° 7, janv. 1987 p. 14 ; cette obligation comprend deux étapes principales : la réalisation et la diffusion. – Sur le premier point, v. : A. Singh, et C. Marinetti, *L'obligation du producteur d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle*, Légipresse 2005, II, p. 16.

⁵¹⁵ B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, op. cit.*, n° 99 et ss. ; A. Françon, *La rémunération des auteurs dans le contrat de production audiovisuelle, Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 118.

⁵¹⁶ La question de la garantie due par le donneur de licence sera évoquée en seconde partie, *infra* n° 808 et ss.

cette exploitation⁵¹⁷. Il est entendu que s'agissant du fait des tiers, seuls les troubles de droit et non de fait donneraient lieu à garantie⁵¹⁸. La clause commentée serait donc une forme très particulière d'extension conventionnelle de garantie⁵¹⁹. Mais quel serait le fait personnel mis en exergue par cette clause ? Vraisemblablement la mise à disposition du droit non cédé au producteur (dessin animé), à un tiers exploitant, mais qui empêcherait une pleine jouissance des modes d'exploitation concédés au licencié (film). La simple exploitation par un tiers n'engagerait la responsabilité de l'auteur que si ce dernier lui avait fautivement concédé son droit sur les dessins animés⁵²⁰. En effet, on peut raisonnablement penser que le tiers exploitant sans autorisation de l'auteur commettrait une contrefaçon, trouble de fait ; il appartiendrait justement à l'exploitant légitime de veiller au respect de ce droit⁵²¹.

Cette qualification est-elle convaincante ? Pas pleinement, et ce en raison de la fonction même de la garantie d'éviction. Celle-ci empêche le vendeur comme le bailleur d'invoquer un droit sur la chose⁵²² ou de se rendre auteur de faits de nature à entraver la jouissance de l'acquéreur ou du preneur : « qui doit garantie ne peut évincer ». Or, l'exploitation d'une œuvre sous une forme (celle du dessin animé dans notre exemple) n'entrave pas nécessairement la jouissance de l'utilité concédée (l'exploitation sous forme de film). Les actes d'exploitation d'un tiers, permis par le donneur de licence (l'auteur), ne porteraient pas sur la même chose mise à disposition, étant rappelé que cette chose mise à disposition est délimitée par le principe général du droit d'auteur, d'interprétation stricte des « cessions »⁵²³. Aussi, en dehors des cas d'« autoplagiat »⁵²⁴, « double cession »⁵²⁵ ou

⁵¹⁷ Sur la source de l'obligation de garantie, nous démontrerons (v. *infra* n° 812), qu'elle est à chercher dans la licence et non dans le contrat spécial d'exploitation. Ce sera un élément de plus pour opérer la distinction nécessaire entre la mise à disposition de l'œuvre (la licence ou la cession) et le contrat d'exploitation qu'elle a vocation à intégrer.

⁵¹⁸ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006. Pour le contrat d'édition : n° 664. Pour le contrat de représentation, la solution se fonde nécessairement sur le droit commun : *Ibid.* n° 709. Pour le contrat de production audiovisuelle : *Ibid.* n° 732.

⁵¹⁹ Art. 1627 C. civ. pour la vente. Le mécanisme est traité notamment à propos des licences de propriétés intellectuelles, in : J. M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4^e éd. par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, 2010, n° 1021 et ss.

⁵²⁰ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 568 : « Attention : l'auteur n'est normalement pas responsable du fait d'autrui, sauf s'il lui a délégué tout ou partie de ses attributions. ».

⁵²¹ La sanction attachée à cette interdiction proférée à l'encontre des tiers ne saurait évidemment les lier et ne saurait se traduire, au mieux, que par la responsabilité contractuelle de l'auteur. Si la clause devait jouer alors que l'auteur n'a pas commis la faute consistant à concéder le droit « bloqué », le comportement de l'auteur étant étranger à ce fait des tiers, la responsabilité ainsi stipulée serait objective, ce qui est assez difficilement concevable, car étranger à l'esprit comme à la pratique du droit d'auteur.

⁵²² P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, vente : n° 194 ; bail : n° 319 et ss.

⁵²³ V. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 535 et s.

⁵²⁴ P.-Y. Gautier, *Ibid.*, n° 569, par lequel l'auteur crée une œuvre similaire à l'œuvre cédée.

⁵²⁵ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1051.

« cession parallèle »⁵²⁶ qui relèvent clairement de la contrefaçon et rendent la clause inutile, la démonstration que l'exploitation concédée au tiers trouble la jouissance de l'exploitation première serait délicate. Certes, on peut craindre que cette exploitation, quoique différente de celle convenue au contrat, ne gêne cette exploitation principale, et donc qu'une éviction soit caractérisée, à charge pour le licencié d'en faire la démonstration. Mais l'analogie nous est permise avec le cas d'un bailleur qui louerait un second local commercial au voisin d'un premier preneur, pour un commerce similaire ou concurrent. L'opération est en principe valable⁵²⁷, et ne met pas nécessairement en jeu l'idée d'éviction. Dans le même esprit, en matière de brevet, la Cour de cassation admet que donneur de licence, même exclusive, puisse se livrer à une activité concurrençant celle du licencié, étant entendu que cette activité ne consiste pas en l'exploitation de ce brevet⁵²⁸. Pour en revenir au droit d'auteur, il est aussi généralement admis, sur le fondement du principe de la liberté de création, que l'auteur, dans une même inspiration, puisse réaliser une œuvre sur le même thème que celui de l'œuvre concédée ou cédée, pourvu que la forme en soit différente. Le fait que l'œuvre vise un public différent est un élément d'appréciation⁵²⁹. L'esprit de l'éviction n'est sans doute pas caractéristique de ces clauses qui ne devraient donc pas être considérées comme des extensions conventionnelles de cette garantie légale. On pourrait toutefois admettre que la clause de garantie d'éviction porte sur un objet autre que l'objet de la prestation promise. La garantie portant sur un mode d'exploitation non concédé par le donneur de licence dépasserait l'objet de son obligation. Autrement dit, cela reviendrait à garantir autre chose que le bien loué ou vendu : on songe donc plus volontiers à une autre qualification.

81. Qualification retenue : la clause de non-concurrence. De ce qui précède, on privilégiera, pour donner un cadre juridique à ces formules, le recours au mécanisme de la clause de non-concurrence. Peu traitée en droit d'auteur, celle-ci peut être assimilée aux clauses que l'on rencontre à propos de l'exploitation de brevets ou de marques, quoique ces dernières interdisent généralement au *licencié* la commercialisation de produits concurrents à ceux du *concedant* et non l'inverse⁵³⁰. En droit d'auteur, on rappellera la possibilité ainsi que les conditions de validité qui répondent à celles du droit commun : « L'éditeur peut se faire

⁵²⁶ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 735.

⁵²⁷ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 321. La solution est différente lorsque le bail ne porte plus sur « les murs » mais sur le fonds de commerce, c'est-à-dire la clientèle.

⁵²⁸ Cass. com. 26 févr. 2002, Prop. ind., févr. 2003 p. 18, n° 8, obs. J. Raynard et P. Vigand.

⁵²⁹ Par ex. : Ch. Caron, *op. cit.* 2^e éd., n° 434 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 735 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1052.

⁵³⁰ A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 679, pour leur traitement par le droit de la concurrence.

consentir une clause de non-concurrence, plus étendue que la prévention des autoplagiat (ex. l'auteur s'interdit de publier ailleurs des ouvrages voisins), mais proportionnée dans le temps et l'espace – et peut être rémunérée. »⁵³¹. Si la seconde licence, portant sur une utilité autre que la première licence, n'évince pas nécessairement le premier licencié de la jouissance de son droit, elle peut en revanche le concurrencer. Cette concurrence n'étant pas en elle-même déloyale, il y a tout intérêt à en stipuler l'interdiction par une clause. Un dernier point pourrait remettre en cause la validité de ces clauses : l'absence de cause objective. Mais ce grief ne semble pas les atteindre si elles s'intègrent de manière indivisible à un projet d'exploitation, c'est-à-dire si elles sont associées à une véritable licence comportant une contrepartie.

82. Conclusion de la section 1. Pour conclure sur ce type de clause, on peut avancer que, se bornant à limiter l'usage de sa propriété au titulaire du droit d'auteur, elles relèvent des obligations de ne pas faire. Elles s'écartent définitivement de la qualification de licence, faute de mise à disposition d'une chose. La qualification la plus adaptée doit être la clause de non-concurrence. Pour cette raison, on doit conclure à leur validité à certaines conditions : la durée devrait en être limitée, et une contrepartie même indirecte devrait leur être prudemment associée, non pas en raison de la qualification de licence que nous venons d'écarter, mais en raison du rapprochement avec l'obligation de non-concurrence.

Section 2 – L'utilisation d'un logiciel, objet étranger à la licence de droit d'auteur

83. Plan. Tout travail de qualification comporte un aspect « positif » auquel répond un aspect « négatif », de telle sorte que définir la licence de droit d'auteur implique nécessairement de définir ce qu'elle n'est pas. Cette tâche exige que l'on démarque la licence de droit d'auteur de contrats voisins par certains effets comme par l'esprit, mais empruntant

⁵³¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 570. – L'essentiel du débat sur les conditions de validité de ces clauses a trait au droit du travail. Y compris en dehors de ce domaine, l'exigence traditionnelle d'une limitation dans l'espace et le temps est complétée par un contrôle de la proportionnalité aux intérêts légitimes qu'elles protègent (v. par ex. Cass. com. 16 déc. 1997, CCC 1998, n° 39, obs. L. Leveneur).

d'autres voies juridiques. Le contrat par lequel le propriétaire d'une œuvre logicielle⁵³² autorise l'utilisation du logiciel à un tiers est de ceux-là. Ce point doit être traité au sein de l'étude de l'objet de la prestation du donneur de licence (l'œuvre), et non pour illustrer, comme nous le ferons, la qualification du contrat de licence, précisément parce que ce qui distingue la licence à proprement parler du contrat étudié ici consiste en une discussion en amont sur la nature de la chose. En admettant que le logiciel, en tant qu'œuvre de l'esprit, ait vocation à tenir le rôle de la *chose* dans une licence de droit d'auteur, nous ne considérons qu'un aspect de l'usage qui peut être fait d'un logiciel et des conventions auxquelles il peut se prêter. L'identification de l'objet logiciel est un préalable à la qualification de la « licence » d'utilisation de logiciel (§ 1). Ce premier développement nous permettra de proposer une qualification à ce contrat (§ 2).

§ 1 – L'identification de l'objet logiciel, préalable à la qualification de la « licence » d'utilisation de logiciel

84. Le préalable nécessaire de l'identification de la chose. Les débats les plus nourris en doctrine et en jurisprudence se concentrent depuis plus de vingt-cinq années sur la question de savoir quelle formule contractuelle, de la vente ou du louage, correspond le mieux au contrat de licence de logiciel⁵³³. Ces discussions ont le défaut majeur de se situer trop en

⁵³² Protection accordée au titre du droit d'auteur, v. l'article L. 112-2 du CPI : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : (...) 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ». Sur le principe de cette protection du logiciel par le droit d'auteur (et non par le droit des brevets par ex.), v. spécialement, parmi une doctrine pléthorique : Ch. Le Stanc, *Logiciel : Trente ans entre droit d'auteur et brevet. Bilan ?*, *Droit et technique, Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 271.

⁵³³ La « controverse doctrinale » sur « la nature du contrat portant sur un progiciel » résumée par M. Le Tourneau ne se fonde guère que sur la comparaison des régimes des contrats envisagés pour la qualification. Ne pouvant trancher entre vente et location, l'auteur opte le cas échéant pour une qualification *sui generis*. V. Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd., Dalloz, 2010, n° 4.24.

– De même, quoique très nuancée, l'évocation du contrat d'entreprise, du louage de choses et de la vente s'achève dans le constat de l'ambiguïté de la notion de licence et de la difficulté persistante à la qualifier : Ch. Le Stanc, in : M. Vivant (dir.), *Lamy Informatique et réseaux*, éd. 2003, spéc. n° 854 et 2063. L'auteur tranchera comme nous l'avons vu, en faveur de la qualification location de meuble incorporel – Voir également : M. Vivant, *L'informatique dans la théorie générale du contrat*, D. Chron. p. 117. spéc. n° 3 ; E. M. Bey, *Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ?*, *Gaz. Pal.*, 1985, doctrine p. 396. Supposant l'existence d'un droit d'usage sur le logiciel fondé sur les dispositions de la loi du 11 mars 1957, avant même l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1985, l'auteur situe la discussion de « la véritable nature juridique du droit transmis » sur le choix entre licence (bail) et vente. – H. Croze et Y. Bismuth, *Le contrat dit de licence de logiciel*, *JCP E*, 1986, II, 14659. Les auteurs marquent explicitement la différence de nature entre la licence passée avec l'utilisateur final (utilisation) et celle passée avec un distributeur (exploitation). Ainsi, indépendamment des prérogatives de propriété littéraire et artistique, « le logiciel lui-même » est objet du contrat. A ce titre, le logiciel considéré en dehors de la propriété littéraire et artistique est un

aval dans la problématique de la qualification du contrat sur logiciel. Car si des éléments tels que la durée de la mise à disposition, le mode de paiement instantané ou successif, les droits conservés par le titulaire du droit d'auteur sur le logiciel sont fondamentaux, leur confrontation en vue du choix d'une qualification risque d'aboutir à une impasse intellectuelle si l'on omet de se pencher sur la teneur juridique de la « valeur », de la prestation, autour de laquelle se construit un rapport d'obligations réciproques. Si nous convenons que la nature de la chose (matérielle ou immatérielle, le type ou la finalité de logiciel etc.) n'a pas vocation à bouleverser la qualification du contrat dont elle est l'objet⁵³⁴, encore faut-il que ce contrat soit organisé autour d'une *chose*, et qu'il en prévoie le transfert ou la mise à disposition. Comment qualifier la licence d'utilisation de logiciel ? Est-elle une licence de droit d'auteur, un contrat nommé, ou à défaut un contrat *sui generis* ? La prestation (ou l'effet) caractéristique du contrat, à savoir le transfert ou la mise à disposition d'une chose ou encore un service, devrait déterminer la famille de rattachement du contrat (contrat sur les choses / contrat de service). Ensuite seulement, au sein de ces familles, la qualification proprement dite devra intervenir. Si *l'exploitation* d'un logiciel met en jeu un véritable droit de propriété intellectuelle, son *utilisation*, quant à elle, ne se fait en vertu d'aucun monopole, aucun droit d'usage, ni aucune propriété. La qualification de la licence d'utilisation de logiciel devra ensuite émerger de ce constat. Mais nous devons à cette fin poursuivre l'étude de la « chose ».

85. Principes élémentaires sur l'« appropriation intellectuelle ». La propriété des choses corporelles se caractérise aux termes de l'article 544 du Code civil par un double « universalisme » : celui des prérogatives du propriétaire (« de la manière la plus absolue ») d'une part ; celui des objets corporels appropriables (« des choses ») d'autre part. Les choses appropriables sont la norme, quand les choses non appropriables sont l'exception. La propriété intellectuelle pose quant à elle le postulat inverse : seules peuvent s'extraire du domaine public les valeurs intellectuelles que la loi désigne comme possibles objets de propriété. Ce principe s'est élevé au rang d'adage, depuis « Les idées sont de libre

service plus qu'une chose. Mais l'analyse est – ce qui est compréhensible pour l'époque – « infectée » de considérations sur le support matériel, ce qui amène les auteurs à conclure leur étude par l'admission d'une « vente de logiciel ». – Plus récemment, pour le principal et encourageant la même critique : J. Huet, De la « vente » de logiciel, *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 799. – Rapp. M.-A. Lédieu, Et si la licence de logiciel était une location ?, CCE nov. 2003, p. 12 ; E. Mackaay, Le marché du logiciel – licence ou vente ?, *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 1994, vol. 6, n° 3, p. 401.

⁵³⁴ Par ex. J. Raynard, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 novembre 2001), *Prop. ind.*, oct. 2002, Chron. 8.

parcours »⁵³⁵, jusqu'à la représentation des propriétés intellectuelles en un archipel de propriété dans un océan de liberté⁵³⁶. L'idée d'une véritable propriété intellectuelle ne semble pas se départir de la considération de sa spécialité⁵³⁷. Cette « spécialité » de la propriété intellectuelle est, croyons-nous, la plus intense de ses spécificités⁵³⁸ (davantage que l'incorporalité de son objet, son caractère temporaire ou son contenu souvent banal). Elle se manifeste au travers de ses différents régimes : car tout objet intellectuel, toute création immatérielle n'est pas appropriable. La chose immatérielle doit requérir certains *caractères légaux* plus ou moins objectifs (selon les régimes : activité inventive et nouveauté, caractère distinctif, caractère propre, originalité ou du moins la marque d'un apport intellectuel etc.) permettant son élévation au rang de chose appropriable. Ensuite, au sein de chacun de ces régimes, l'objet intellectuel n'est objet de propriété intellectuelle que dans les limites des *fonctions* que cette propriété permet de réaliser. Ce lien de droit unissant directement le propriétaire et la chose immatérielle n'est jamais tissé que pour les usages définis par la loi⁵³⁹. Ainsi, l'œuvre originale est appropriable, mais elle ne l'est que sous réserve de conditions spécifiques instituées pour sa constitution. Appropriable, elle ne l'est qu'en tant qu'œuvre, mais non en tant que signe distinctif, en tant qu'information, en tant qu'outil ou que produit.

Dans ces circonstances, reconnaître en l'absence de disposition législative univoque un monopole d'usage de l'œuvre, entendu comme un droit d'utilisation et pouvant faire l'objet d'un transfert ou d'une mise à disposition est *a priori* étranger au droit positif de l'appropriation du logiciel. Cette reconnaissance serait aussi contraire à l'économie de la propriété intellectuelle dans son ensemble⁵⁴⁰. L'utilisation, entendue comme la jouissance d'une œuvre, ne s'entend que de son exploitation⁵⁴¹. Par exemple, si l'acte de diffusion opéré

⁵³⁵ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 17, p. 22.

⁵³⁶ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 9 ; M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses 1997. p. 22.

⁵³⁷ Notamment : J. M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, De la propriété comme modèle, *Mélanges Colomer*, Litec 1993, p. 281 ; M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, *op. cit.*, p. 9 et ss. ; du même auteur : « Touche pas à mon filtre ! », JCP E, 1993, I, p. 275, n° 25.

⁵³⁸ C'est bien cette qualité qui fonde les thèses concevant le contrat de droit d'auteur comme un démembrement plus ou moins étendu de ce droit.

⁵³⁹ Distinguer produits ou services, représenter et reproduire une œuvre de l'esprit, fabriquer et mettre sur le marché des produits ou procédés mettant en œuvre une invention brevetée...

⁵⁴⁰ Dans le même ordre d'idées, on a fait valoir que la propriété intellectuelle supposait un libre accès intellectuel à l'œuvre, l'opposant ainsi aux techniques de réservation par le secret : J. M. Mousseron et M. Vivant, Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit, *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1988, n°1, p. 2 ; M. Vivant, La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, *RIDE* 2006/4, t. XX, 4, p. 361, spéc. n° 5. – Libérer l'accès intellectuel à une création en contrepartie de son appropriation nous paraît donc antinomique de la notion de « droit d'utilisation » de l'œuvre.

⁵⁴¹ En effet, faire usage d'un objet de propriété intellectuelle n'est autre chose qu'en recueillir les fruits en l'exploitant... encore que la reproduction et la représentation d'une œuvre sans recherche de profit constitue également un exercice du monopole. Comp. « Bénéficiaire de l'usage économique exclusif, le breveté a donc l'« usus » caractéristique du droit de propriété : J. M. Mousseron, *Le droit du breveté d'invention : contribution*

par le titulaire du droit d'auteur se fait en direction d'un public, seul cet *acte* de diffusion relève de l'exploitation de l'œuvre ; la réception de cette dernière par les sens du public relève, au mieux, du *fait*⁵⁴².

Préalable nécessaire à la qualification de la licence de logiciel, cette position ne heurte en rien la reconnaissance d'une véritable propriété intellectuelle. Au contraire, elle préserve la légitimité d'une véritable appropriation utile socialement en veillant à la maîtrise de ses contours, propre à en freiner la dilution conceptuelle⁵⁴³. Car on ne doit pas inférer de la capacité de notre droit à admettre au rang de bien, puis de droits, les valeurs les plus diverses par leur nature ou leur utilité, que toute valeur soit appelée à être appropriée⁵⁴⁴. Il apparaît que notre système juridique désigne à ce titre le législateur, seul fondé à créer des régimes de propriété⁵⁴⁵. Certes, « Il n'y a pas de propriété intellectuelle sans reconnaissance du bien-information. »⁵⁴⁶, car si l'invention préexiste à l'invention brevetée, si le signe distinctif préexiste à la marque déposée, c'est bien qu'ils constituent des valeurs que le droit n'ignore pas. Mais de ce que la valeur intellectuelle, voire le « bien-information »⁵⁴⁷ suggère une

à une analyse objective, LGDJ, 1961. n° 249, v. également : *Inventer*, Centre du Droit de l'Entreprise, Montpellier, 2001, p. 283.

⁵⁴² Cpdt. incluant désormais la « captation » d'une œuvre audiovisuelle « en salle de spectacle cinématographique » dans le champ des actes de contrefaçon : art. L. 335-3 *in fine* du CPI.

⁵⁴³ On comparera les prétentions de beaucoup d'auteurs à admettre la vente ou la location d'un « droit d'usage » de logiciel avec cette proposition abandonnée sur les « créations réservées » : Ch. Le Stanc, La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », D. 1993, Chron., p. 4. Si tout objet incorporel, toute valeur, est théoriquement apte à faire l'objet d'un droit de propriété, encore faut-il que la loi, c'est-à-dire la communauté, le désigne apte à revêtir cette qualité. Ce n'est plus le cas des logiciels, du moins pour ce qui est de leur simple usage, leurs fonctionnalités. Ensuite, si tout objet appréhendable par l'intelligence et représentant une valeur peut être approprié, quel avenir pour nos régimes de propriété intellectuelle ?

⁵⁴⁴ Selon le sens attaché à ces termes par : J. M. Mousseron, Valeurs, biens, droits, *Mélanges Breton A. – Derrida F.*, Dalloz, 1991, p. 277.

⁵⁴⁵ J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Cours, Dalloz 2^e éd. 2003, n° 26 ; Ch. Le Stanc, Logiciel : Trente ans entre droit d'auteur et brevet. Bilan ?, *op. cit.* – La doctrine majoritaire considère que la propriété est un instrument d'exception de la réservation. Elle doit à ce titre être consacrée par la loi. En ce sens, voir par ex. : J. M. Mousseron art. préc. § 11 ; J. Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, IRPI 1997, v. n° 78 et s. ; A. Chavanne, J.-J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 5^e éd., n° 618 ; J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 4^e éd., 2007, n°1. *Adde* : D. Mainguy note sous : Cass. com. 22 oct. 2002 (Métro c. Go Sport), JCP G, II, 10 038.

⁵⁴⁶ M. Vivant, A propos des « biens informationnels », JCP, 1984, I, 3132.

⁵⁴⁷ Pour une synthèse des vues doctrinales sur la définition de l'œuvre et des rapports de celle-ci avec la notion d'information, v. notamment : A. Lebois, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droit voisins*, LGDJ, 2004, p. 29 et ss. L'auteur constate aussi très justement l'impossibilité de s'approprier l'information, employant une argumentation non dénuée d'intérêt : « Ce n'est pas le caractère immatériel de l'information qui s'oppose à son appropriation, mais le fait que l'information est communicable, autrement dit destinée à être partagée entre êtres humains. ». Ne pouvant être objet de rapports d'exclusivité, l'information ne peut être ni appropriée ni vendue. Il nous semble plus juste de souligner que la non-appropriation par principe des informations tient davantage d'un choix législatif, d'une convention nécessaire à la liberté des échanges, que de la nature spécifique de cette information (le droit *sui generis* protégeant, sous certaines conditions, le contenu d'une base de données, pourrait être vu comme une dérogation légale à ce principe). Nous ajouterons à cela qu'une exclusivité « de fait » peut néanmoins être construite autour d'une information, mais par une réservation : soit contractuelle, faisant intervenir des obligations de ne pas faire (secret, communication de savoir-faire, etc.)

démarche d'appropriation et la rend concevable intellectuellement, on doit conclure qu'il ne se confond donc pas avec elle et n'en est, au mieux, que le prérequis⁵⁴⁸.

86. Valeur-usage et valeur-exploitation : Différents objets, différentes « choses » dans un logiciel. De ce fait, le logiciel, que l'on a pu présenter comme un « bien informationnel », ne présente pas – à ce titre – de réelle unité au regard du droit. Il est composé de deux utilités, de deux valeurs, – l'outil incorporel et l'objet de propriété intellectuelle – susceptibles d'être utilisés par des personnes différentes, dans des buts différents, donnant lieu à deux formes de réservations et deux familles de contrats. L'un portera sur l'utilisation de l'information, des fonctionnalités de l'outil logiciel, constituant une sorte de « *valeur d'usage* » ; l'autre portera sur la réservation de prérogatives exclusives, opposables *erga omnes*, constituant le droit de propriété intellectuelle, et naturellement sur les usages bien connus que l'on peut faire de telles prérogatives (licence, voire cession de droit d'auteur), sorte de « *valeur d'exploitation* ».

§ 2 – Qualification de la « licence » d'utilisation de logiciel

87. Plan. Ces principes exposés, nous pouvons désormais tenter de qualifier le contrat dit de « licence d'utilisation de logiciel ». La « licence » portant sur l'utilisation d'un logiciel n'est pas la licence portant sur l'œuvre logicielle, objet de droit de propriété intellectuelle. Mais, reposant sur une simple valeur, elle n'est pas davantage une vente ou une location d'une chose incorporelle. Ces constats nous amènent à évincer les qualifications du contrat d'utilisation de logiciel méconnaissant ces principes (*I*). La qualification, très accueillante certes, mais la plus correcte juridiquement, celle du contrat d'entreprise, prendra

soit extracontractuelle. – Pour un panorama de ces vues, voir, entre autres : M. Vivant, La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, RIDE 2006/4, t. XX, 4, p. 361, spéc. n° 13 : « La construction faite dans de nombreux États européens continentaux à propos des pratiques parasitaires n'instaure certainement pas, *techniquement parlant*, une nouvelle propriété, et pour ce qui nous intéresse, une propriété de l'information. Mais elle produit un indiscutable effet de réservation. Et quand telle ou telle décision a directement pour objet l'information, elle assure de fait une monopolisation de cette information. C'est bien une sorte de « métapropriété » de l'information qui est ainsi mise en place. ». –

En s'appuyant sur les développements de MM. Lucas, Mme Lebois s'éloigne en suite, croyons-nous, du sujet, en prétendant que cette non-appropriation des informations corroborerait la thèse d'une propriété intellectuelle portant sur un droit et non sur l'œuvre elle-même, celle-ci étant exclue de la qualification de « bien ». Mais cette périphrase ne sert en rien l'argument de l'auteur et l'on peut considérer tout autant que la propriété, quoique attachée directement à l'œuvre, n'a été conçue que pour certains actes d'exploitation et dans une certaine finalité, excluant notamment la simple utilisation.

⁵⁴⁸ *Contra* : Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, *op. cit.*, n° 4.14.1, regrettant l'impossibilité de s'approprier les idées.

acte de cette absence de transfert de droit ou de mise à disposition. Elle fait du service constitué par le logiciel la caractéristique de l'opération (II).

I – Eviction de qualifications inadaptées au contrat d'utilisation de logiciel

88. Plan. L'utilisation d'une œuvre, fût-elle logicielle, ne donne pas de prise à un droit privatif, que cet usage soit étranger à la propriété littéraire et artistique ou qu'il soit étranger au droit de propriété tel qu'on l'entend des choses corporelles. Considérant le premier cas, la « licence » d'utilisation de logiciel ne saurait être une licence de droit d'auteur (A) ; considérant le second, elle ne saurait être non plus un contrat sur une chose incorporelle (B).

A – La « licence » d'utilisation de logiciel n'est pas une licence de droit d'auteur

89. La licence d'utilisation de logiciel était une licence de droit d'auteur, car le droit d'utilisation de logiciel était une prérogative du droit d'auteur. Une large partie de la doctrine ainsi que de la jurisprudence transpose les formules « cession – vente ; licence – louage » aux contrats portant sur l'utilisation d'un logiciel. Or, l'analyse, pour n'être plus de droit positif, n'en est pas pour autant devenue obsolète ; elle révèle les virtualités du droit d'auteur. Elle trouvait ses fondements dans l'état antérieur du droit du logiciel : la loi du 3 juillet 1985 ensuite intégrée au CPI. L'utilisation du logiciel pouvait alors être interdite ou autorisée par son propriétaire⁵⁴⁹. Dans sa rédaction antérieure à 1994, l'article L. 122-6 du CPI disposait : « *Par dérogation au 2° de l'article L. 122-5 lorsque l'œuvre est un logiciel, toute reproduction autre que l'établissement d'une copie de sauvegarde par l'utilisateur ainsi que toute utilisation d'un logiciel non expressément autorisée par l'auteur ou ses ayants droit, ou ayants cause, est illicite.* ». L'utilisation même du logiciel était alors une composante du droit d'auteur (1). La suppression de ce droit a eu pour effet de faire basculer la réservation de cet usage de la technique de la propriété à celle du contrat (2) ; aussi, ne pouvant plus désormais se prétendre d'un quelconque droit d'auteur, les contrats d'utilisation ne peuvent plus être considérés comme des contrats de droit d'auteur (3).

⁵⁴⁹ Par ex : M. Vivant, *Le logiciel au pays des merveilles*, JCP, 1985, I, 3208 : « il faut désormais se faire à l'idée que l'« usage privé » n'est plus toléré ». Un quart de siècle plus tard, dans le même sens, mais plus nuancé : M. Vivant, *Lamy Informatique et réseaux*, 2011, n° 198.

1 – La nature contestée de l’ancien droit d’utilisation du logiciel

90. Le droit d’« autoriser et d’interdire » l’utilisation d’un logiciel était donc un véritable *usus* dans la propriété intellectuelle, et à ce titre la manifestation d’un droit de propriété. Cette notion démontrait que l’*usus*, contrairement à une idée répandue, est parfaitement concevable en matière de propriété littéraire et artistique. Il est d’ailleurs intéressant de constater que le droit d’auteur appliqué au logiciel, et que l’on tient comme le plus éloigné d’un droit d’auteur classique, trouvait corrélativement les indices de son rattachement au droit de propriété le plus ordinaire au travers de ce que la tradition considère comme des composantes : *usus*, *fructus* et *abusus*. Mais si la propriété intellectuelle est théoriquement apte à recevoir les attributs de la propriété corporelle, le droit positif les lui accorde avec plus ou moins d’intensité selon les utilités que la collectivité est susceptible d’en retirer. En fait, l’*usus* du propriétaire du logiciel a pu apparaître comme l’outil le plus apte à permettre à ce dernier le contrôle des utilisations de sa création. Outil opposable à tous, absolu, émanant du rapport d’appropriation et rendant inutile toute clause, la propriété se suffisait à elle-même, synonyme d’exclusion et d’interdiction.

91. Cette prérogative d’usage faisait-elle partie intégrante du droit d’auteur, ou lui était-elle au contraire étrangère ? L’utilisation du logiciel a pu, dans un premier temps, être rattachée par M. Gaudrat au droit de reproduction en tant que manifestation, attribut du droit de destination⁵⁵⁰, ce dernier étant lui-même né du droit de reproduction⁵⁵¹. Il est vrai que ce droit d’utilisation se confondait avec certaines des fonctions du droit de destination : le contrôle de l’utilisation d’un logiciel supposait *a fortiori* le contrôle de sa distribution⁵⁵². La doctrine majoritaire a pu soutenir, à l’inverse, une certaine autonomie conceptuelle du droit d’utilisation du logiciel. Monopole additionnel d’utilisation selon

⁵⁵⁰ Ph. Gaudrat, Les contrats de fourniture de logiciel : conséquences de la loi française du 3 juillet 1985, *Droit de l’informatique*, 1986, 2, p. 55. Voir, du même auteur, La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique, *RIDA*, n° 128 oct. 2/1986, n° 27, p. 181.

⁵⁵¹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d’auteur*, LGDJ, 1989. spéc. p. 187, n° 191 : « il nous semble clair que le droit de destination de situe au cœur du droit d’auteur, car il participe de la définition du droit de reproduction. » ; et p. 184, n° 190, citant Desbois, *op. cit.*, n° 288 : le droit de destination est dans « l’orbite du droit d’auteur ».

⁵⁵² Sur cette question largement débattue, voir : P. Kamina, *L’utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse, Poitiers, 1996, n° 242. – M. Gaudrat note néanmoins une inversion des mécanismes qui contribue à différencier les deux notions, les deux régimes : alors que dans le cadre du droit de destination (distribution art. 31 al. 3 de la loi de 1957) l’auteur mentionne les utilisations interdites ; le régime du droit d’utilisation (art. 47 issu de la loi de 1985) suppose l’interdiction de principe de toute utilisation non expressément autorisée. Ph. Gaudrat, La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique, *RIDA*, n° 128, oct. 2/1986, n° 27, p. 181.

Messieurs Lucas⁵⁵³, il était distinct du droit de reproduction et du droit de représentation, « étranger au droit d'auteur »⁵⁵⁴ en somme. Le droit d'usage ne pouvant être rattaché au droit de reproduction comme l'est par ailleurs le droit de destination, il s'agissait bien d'une autre prérogative *dans* le droit d'auteur. Ainsi M. Pollaud-Dulian constatait-il, à propos de ce nouveau droit d'autoriser ou d'interdire l'usage du logiciel : « cette prohibition va plus loin que le droit de destination, puisqu'elle ne donne pas à l'auteur une faculté de retenir certaines utilisations, mais prohibe, en principe, toute utilisation non expressément autorisée, quelle que soit la nature de cette utilisation. En somme, faute de précision écrite lors de la cession, on paraît aboutir au résultat que l'acquéreur ne peut ni utiliser, ni revendre le logiciel... »⁵⁵⁵. L'auteur, qui détache clairement cette prérogative du droit de destination, l'écarte par là même du droit de reproduction, et de ce fait du droit d'auteur. Enfin, nous ajouterons que le droit de distribution, traditionnellement (quoique non unanimement) rattaché au droit de destination, ne vise que les exemplaires du logiciel⁵⁵⁶, ce qui n'est pas sans poser problème lorsque des formes de distribution sans support d'œuvres sont les vecteurs d'avenir de leur utilisation.

Le droit d'utilisation du logiciel fut donc majoritairement perçu comme un corps étranger à la tradition du droit d'auteur. Déconnecté du droit de représentation comme du droit de reproduction, ce nouveau droit était étranger aux techniques de la propriété littéraire et artistique. Une issue possible d'un tel débat serait de considérer de la manière la plus positiviste qui soit que la seule insertion de cette prérogative au sein de la loi du 11 mars 1957, puis du Livre 1^{er} du CPI, a suffi à faire du droit d'utilisation une prérogative de droit d'auteur, et à ce titre une composante du droit de propriété littéraire et artistique⁵⁵⁷. Les contrats dont l'objet était la mise à disposition ou le transfert de cette composante de la propriété littéraire et artistique devenaient de ce fait, sous réserve des critères de qualification de ces contrats, de véritables licences ou cessions de droit d'auteur. Dans la même logique, l'ablation de cette prérogative de la même loi en 1994 nous amène à conclure à la déchéance de cette qualité⁵⁵⁸.

⁵⁵³ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 216, p. 248, 1^{re} éd. de 1994, lue in : P. Kamina, *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse, Poitiers, 1996, n° 241.

⁵⁵⁴ Selon MM. Lucas (*Ibid.*, *loc. cit.*) ; voir aussi P. Kamina, thèse préc., n° 243. Les auteurs soulignent ainsi les risques d'abus par les éditeurs de cette prérogative nouvelle. V. J. Huet, Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur, D. 1985, Chron., p. 261, n° 8.

⁵⁵⁵ J. Huet, *Ibid.*

⁵⁵⁶ Art. L. 122-6 3° du CPI

⁵⁵⁷ On pourrait dire de même du droit de suite, troisième prérogative du droit patrimonial de l'auteur.

⁵⁵⁸ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 776 : « La directive de 1991 et la loi de transposition de 1994 ont rompu avec cette approche ».

2 – De la propriété au contrat, le nouveau mode de réservation de l'utilisation du logiciel

92. Un droit d'utilisation contractualisé : une réservation sans propriété ? La suppression de cette prérogative du champ du droit d'auteur a pu être considérée comme l'un des apports principaux de la réforme de 1994⁵⁵⁹. Le retour à un droit commun du droit d'auteur sur ce point n'est cependant pas acquis. Ainsi, nous pourrions être tentés de conclure que depuis 1994, « si l'on peut affirmer que l'utilisation du logiciel demeure interdite, elle ne l'est plus en vertu d'un droit exclusif d'utilisation, mais du droit de reproduction »⁵⁶⁰. Une objection possible serait que la reproduction provisoire du logiciel en mémoire vive, nécessaire à son utilisation, est soit couverte par une exception, soit étrangère au monopole⁵⁶¹. On pourrait cependant nous opposer encore que ce droit d'utilisation n'a pas totalement disparu du droit positif. A cet effet, le CPI mentionne toujours à l'article L. 122-6-1 « la personne ayant le droit de l'utiliser »⁵⁶². Cette formule pourrait nous suggérer que ce « droit » lui ait été accordé par le titulaire des droits sur le logiciel, à moins encore qu'il ne s'agisse que d'un usage légalement autorisé, c'est-à-dire tout simplement non contrefaisant⁵⁶³. La formule ainsi comprise reste bien éloignée de la reconnaissance nette d'un droit d'accès⁵⁶⁴.

Enfin et surtout, la notion d'utilisation du logiciel proprement dite ne disparaît pas de la loi. Ainsi, peut-on lire à l'article L. 122-6-1 du CPI : « l'auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6, nécessaires pour permettre

⁵⁵⁹ P. Kamina, thèse préc., n° 234, n° 240.

⁵⁶⁰ P. Kamina, *Ibid.*, n° 247. En ce sens : M. Vivant, *Lamy Informatique et réseaux*, 2011, n° 198 « Droit de reproduction et usage réservé ». Tout en restant mesuré, l'auteur considère que le droit d'usage ne disparaît pas pour autant du droit positif, et subsiste via le droit de reproduction.

⁵⁶¹ Art. L. 122-6 du CPI al. 1^{er} (Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 art. 5 I, JORF 11 mai 1994) : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser : 1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ». Cependant (nous soulignons), v. art. L. 122-6-1 du CPI : « I. Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs. ».

⁵⁶² Formule censée transposer la notion d'acquéreur légitime du logiciel de l'art. 5-1 de la directive du 14 mai 1991.

⁵⁶³ S. Dusollier, L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?, CCE novembre 2005, 38.

⁵⁶⁴ *Contra* : Ch. Le Stanc, S. Carre, Fasc. 1250. PLA. – Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Logiciel (CPI, art. L. 122-6 à L. 122-6-2), n° 8.

l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser. ». Mais s'agit-il encore d'un droit exclusif et absolu, d'une propriété dont l'objet serait l'usage du logiciel ? Une réponse négative s'impose. Cette possibilité laissée aux contractants de prévoir les modalités d'usage d'un logiciel ne peut être assimilée au droit exclusif et absolu d'autoriser et d'interdire qui caractérise le droit d'auteur et le droit de propriété en général. D'après la lettre de la loi, le contrat intervient ici pour limiter l'utilisation du logiciel : « *l'auteur est habilité à se réserver par contrat...* ». Si cette utilisation faisait l'objet d'un droit privatif absolu et opposable à tous, le contrat ne mettrait pas l'accent sur la réservation donc l'interdiction *stipulée* par l'auteur, mais au contraire sur l'autorisation qu'il pourrait concéder ou le transfert qu'il pourrait consentir. Cette réservation permise au titulaire du logiciel n'a rien d'un droit de propriété intellectuelle, et l'explication en est simple. En droit d'auteur, les prérogatives qui ne sont pas cédées par contrat sont retenues. Ici, les prérogatives qui ne sont pas retenues par contrat sont libérées. La démarche d'« appropriation » est donc inversée, et la technique législative originale : la loi ne reconnaît aucune propriété quant à l'utilisation du logiciel, mais elle autorise une forme de réservation⁵⁶⁵ contractuelle, « imitant » cette propriété. Aussi convient-il d'être attentif aux termes choisis par le législateur ainsi que par ses commentateurs. Un auteur analyse justement que « se confirme le glissement du terrain de l'exploitation vers celui de l'utilisation de l'œuvre [...] l'on admet que des *clauses* puissent réserver à l'auteur certaines opérations : correction des erreurs, modification du logiciel, maintenance... »⁵⁶⁶. Mais ce glissement perceptible dans les faits et par son importance économique ne se réalise pas pleinement en termes juridiques. Cette réservation, autorisée par la loi, est fondée sur des obligations de faire ou de ne pas faire, et non sur une propriété littéraire et artistique, son transfert ou sa mise à disposition, et donc en aucun cas sur la licence de l'œuvre appropriée grâce au droit d'auteur⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Sur cette notion : J. M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, De la propriété comme modèle, *Mélanges Colomer*, Litec 1993, p. 281.

⁵⁶⁶ J. Huet, De la « vente » de logiciel, *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 799., spéc. p. 811. Nous soulignons. – Plus généralement, sur l'« économie de l'usage » tendant à supplanter l'acquisition de supports, v. G. Gomis, Réflexions sur l'impact des mesures techniques de protection des œuvres, *RLDI*, n° 162, octobre 2003, p. 1.

⁵⁶⁷ En ce sens : A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 2001, n° 743.

3 – L'éviction de la licence d'utilisation de logiciel du contrat d'auteur, conséquence de la contractualisation du « droit d'utilisation du logiciel »

93. La « licence » d'utilisation n'est pas *a priori* un contrat d'auteur.

L'usage du logiciel n'est pas - n'est plus - attribué par le titulaire du logiciel à l'utilisateur en vertu d'un droit de propriété littéraire et artistique. En dépit des confusions relevées sur la nature de la « licence » d'utilisation de logiciel, ce point semble néanmoins clarifié par la doctrine⁵⁶⁸. La distinction entre les contrats mettant en œuvre le droit d'auteur et les autres semble acquise⁵⁶⁹. Un auteur note ainsi : « En raison de la suppression du monopole d'utilisation et de l'aménagement d'exceptions pour usage privé dans la réforme de 1994, (...) les licences d'utilisation de logiciel ne sont plus systématiquement assimilables à des concessions de droits intellectuels. »⁵⁷⁰. Cela exclut de la licence de logiciel : la reproduction temporaire nécessaire à l'utilisation, la copie de sauvegarde. Seront en revanche soumises à l'autorisation de l'auteur : la modification des erreurs, la prévision de modalités particulières d'utilisation (1^o et 2^o de l'article L. 122-6 du CPI), les copies autres que de sauvegarde, etc.⁵⁷¹. Exceptées ces dernières hypothèses, nous concluons avec

⁵⁶⁸ Voir notamment : J. Huet, art. préc. ; A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, *op. cit.*, n° 750 ; H. Bitan, *Contrats informatiques*, Litec, 2002, n° 130 et s. ; E. Arfi, *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec IRPI, 2005, n° 540. Si la qualification retenue pour la licence d'utilisation semble erronée, Mme Arfi insiste justement sur le fait que la mise à disposition d'un logiciel ne met pas toujours en jeu le droit d'auteur sur le logiciel et qu'« une telle appréciation dépend du point de savoir si les prérogatives accordées par le contrat à l'utilisateur excèdent celles que le législateur lui confère déjà de plein droit. ». *Ibid.* n° 544 : « En suivant cette évolution législative, on doit pouvoir considérer que les contrats de licence sont sans pertinence au regard du droit d'auteur lorsqu'ils se limitent à accorder un droit d'usage personnel et individuel sur l'œuvre, que la loi reconnaît déjà de plein droit à l'utilisateur. » (...) « Seuls méritent la qualification de licence les contrats conférant à l'utilisateur le droit d'utiliser l'œuvre dans des conditions qui excèdent les exceptions au monopole de l'auteur, comme c'est par exemple le cas pour les licences collectives, qui organisent une utilisation publique de l'œuvre dans les entreprises ou les collectivités. ».

⁵⁶⁹ D'autres intègrent la distinction mais ne la traduisent pas de façon entièrement cohérente. D'après un auteur, la « cession » porterait sur les droits patrimoniaux et la licence sur l'usage du logiciel. S'en suit une comparaison des différences de régime : respect du formalisme pour la cession, mais non pour la licence, etc. Or, la distinction à opérer n'a pas de rapport avec la distinction entre cession et licence, qui relève d'un autre débat ; il ne s'agit que de la distinction entre contrat d'auteur et les autres contrats. On retrouve ici comme ailleurs l'écueil consistant à débattre dans le détail des régimes et des qualifications, sans avoir préalablement tranché sur la question de la nature de la « chose ». M.-A. Ledieu, *Et si la licence de logiciel était une location ?*, CCE nov. 2003, p. 12.

⁵⁷⁰ P. Kamina, thèse préc., n° 542 ; E. Arfi, *op. cit.*, p. 225. – Comp. en droit québécois : E. Mackaay, *Le marché du logiciel – licence ou vente ?*, Les cahiers de propriété intellectuelle 1994, vol. 6, n° 3, p. 401. D'après cet auteur, « Les écrits intitulés « licence », que l'on trouve dans les boîtes de logiciel, ne constituent alors que de simples avis rappelant le droit d'auteur du fabricant ou de l'éditeur, ainsi que des droits limités d'utilisation de l'acheteur. ».

⁵⁷¹ Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd., Dalloz, 2010, n° 4. 61 et ss.

Messieurs Lucas qu'« une stipulation contractuelle autorisant le client à utiliser le logiciel n'a plus d'objet. »⁵⁷².

94. Difficultés subsistantes à établir le champ du droit d'auteur sur le logiciel et qualification des contrats d'utilisation. La clarté de la distinction théorique entre contrat d'auteur et contrat d'utilisation de logiciel repose sur l'existence ou non d'une chose appropriée. Son application est singulièrement plus ardue, et ce pour deux séries de raisons, les unes relevant de considérations théoriques, les autres de la pratique contractuelle.

95. Difficultés théoriques à distinguer les licences. Il ne fait pas de doute que l'exercice par un tiers des prérogatives que la loi confère au titulaire du logiciel est soumis à l'autorisation de ce titulaire. La solution est celle du « droit commun » d'auteur. Mais en matière de logiciel, la difficulté est que le titulaire a la faculté de déterminer par contrat certaines prérogatives qu'il entend se réserver. Là où la propriété, fût-elle intellectuelle, dispose l'interdiction et permet de stipuler une certaine liberté « *licencia* », *a contrario*, le régime de l'utilisation du logiciel dispose une certaine liberté et permet de stipuler l'interdiction.

Comment définir la nature de l'aménagement contractuel de l'utilisation du logiciel permis à l'auteur par la loi ? Et comment en qualifier la violation ? Nous avons vu que l'auteur pouvait se réserver certains usages, excédant les actes interdits par la loi au simple utilisateur (article L. 122-6 CPI), donc libres par défaut. La violation de cette autorisation est-elle une contrefaçon ? Elle serait alors l'indice d'un droit de propriété sur l'utilisation du logiciel. Nous ne pensons pas que tel doive être le cas. L'inverse reviendrait à permettre au propriétaire du logiciel une appropriation de son logiciel au contenu, au domaine « élastique », variant au gré des contrats. Il ne devrait s'agir que de la violation d'une obligation contractuelle, d'effet relatif, la contrefaçon devant être réservée aux violations du droit privatif⁵⁷³.

96. Difficultés pratiques à distinguer les licences. Selon l'économie du contrat, portée davantage sur l'utilisation ou sur l'exploitation, on pourra passer d'une formule

⁵⁷² A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n°776. – Voir également : E. Mackaay, *op. cit.* Le contrat de licence serait dans certains cas purement facultatif. – Pour une démonstration de l'inadéquation des qualifications de vente et de bail, faute de transfert de propriété et faute de concession d'un droit de propriété intellectuelle : A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, *op. cit.*, n° 740 et ss. (v. spéc. n° 743).

⁵⁷³ L'article L. 335-3 du CPI faisant référence à l'article L. 122-6.

contractuelle à l'autre sans qu'il soit toujours aisé de tracer entre elles une frontière étanche. Un même *instrumentum* organisera la mise en œuvre des deux valeurs contenues dans le logiciel – usage et exploitation – dans deux *negotia*. Le cas typique est celui des licences de logiciels libres. Ces contrats mêlent utilisation et actes d'exploitation (modification, distribution)⁵⁷⁴. Le souscripteur d'une telle licence ne sera en général intéressé que par l'utilisation du logiciel. Il devient pour autant partie à une véritable licence de droit d'auteur lui conférant sur le logiciel des prérogatives allant d'ailleurs bien au-delà de ce qu'autorise le droit d'auteur classique⁵⁷⁵.

Que la licence d'utilisation donne prise à un droit d'auteur, hypothèse que nous avons rejetée, ou qu'un même acte mêle de façon indivisible contrat sur l'utilisation et contrat d'exploitation : dans ces deux cas, les rapports qui ont procédé de la construction de notre droit d'auteur sont quelque peu mis à mal. Ainsi, le schéma traditionnel de la loi du 11 mars 1957 liant un auteur en position d'infériorité et un exploitant professionnel en position de force est inversé. Il peut sembler curieux de se représenter l'utilisateur final d'un logiciel – qui n'est souvent autre qu'un consommateur – en qualité de licencié, au même titre que l'éditeur, le producteur, le diffuseur d'une œuvre.

B – La « licence » d'utilisation de logiciel n'est pas un contrat sur une chose

97. Une fois clarifiée l'absence de droit d'auteur mis en jeu dans le contrat d'utilisation de logiciel, poursuivons le travail de qualification entrepris. La licence d'utilisation de logiciel n'est donc pas, en principe, un contrat de licence de droit d'auteur : la chose est entendue. Mais est-ce pour autant le transfert ou la mise à disposition d'une « chose incorporelle » ? Le droit – spécial – d'auteur et ses contrats étant évincés de la simple utilisation du logiciel, on pourrait être tenté par un retour au droit commun, estimant que l'outil logiciel est apte par sa nature de chose incorporelle à recevoir une appropriation en tant que tel, et à être l'objet de transferts et de mises à disposition.

⁵⁷⁴ V. *infra* n° 187 et ss.

⁵⁷⁵ Les « licences » d'utilisation de logiciel les plus courantes du secteur marchand ne sont pas en reste. Quoique destinées à une utilisation « familiale » (comme les licences de Microsoft pour les principaux logiciels de bureautique), elles comportent de nombreux passages indiquant clairement la licence de droits de propriété littéraire et artistique (notamment la modification et la réutilisation des éléments médias, des modèles de documents, etc.).

Cette qualification semble bénéficier, en doctrine, d'une large réception⁵⁷⁶. Pour M. Le Stanc : « A considérer le logiciel comme pouvant faire l'objet d'un droit privatif, de brevet, rarement, ou d'auteur, plus plausiblement, les conventions qui en assurent la mise à disposition peuvent alors retrouver aisément les qualifications déjà rencontrées pour les matériels, à la différence cependant que l'objet est ici purement incorporel. Mais, cette considération n'écarte pas *a priori* l'application du régime de la vente ou du louage, voire de contrats autres, comme le prêt, nous semble-t-il. »⁵⁷⁷. Un autre auteur admet vente et location de logiciel et considère à ce titre que « la seule originalité d'une licence, par rapport au bail, est qu'elle porte sur un bien incorporel »⁵⁷⁸. Ces considérations n'impliquent rien moins que la reconnaissance de la propriété d'une chose incorporelle, indépendamment de tout régime de propriété intellectuelle existant. A défaut d'être toujours une licence de droit d'auteur, la licence de logiciel ainsi disqualifiée devrait-elle emprunter directement au Code civil les formules de la vente ou de la location de choses ?

L'analyse de la nature double du logiciel, création faite « chose immatérielle » par la propriété littéraire et artistique d'une part, valeur informationnelle, ensemble d'idées inappropriable d'autre part, impose une réponse négative. Pas plus que l'image d'un bien⁵⁷⁹,

⁵⁷⁶ Déjà, avant même l'entrée officielle du logiciel dans la loi du 11 mars 1957, M. Huet notait que « ne se situent pas à des niveaux semblables » le contrat portant sur « le droit de mettre le programme à la disposition de nouveaux clients » et le contrat concédant « le droit d'utiliser un produit déjà commercialisé auprès d'un client déterminé », obs. J. Huet sous Trib. Com. Paris, 5 juin 1984, D., 1985, I. R. p. 44. L'auteur note à propos de ce dernier contrat que la qualification de cession conviendrait mieux à son caractère perpétuel, sorte de « vente d'usage ». – On voit là les germes de la qualification élaborée par M. Huet pour ce genre de contrat, v. J. Huet, De la « vente » de logiciel, art. préc. : « ce qui est l'enjeu du contrat ce n'est pas le papier : c'est la faculté de lire l'œuvre que l'acquéreur entend se procurer. Et c'est bien l'ouvrage qui lui est vendu. Non pas le support seul, ni la propriété intellectuelle de l'œuvre, mais une propriété d'usage sur un exemplaire (et pour un temps illimité). ». V. plus nuancé : J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, 1989, n° 56 et s. – A propos de la licence de logiciel : « Sa nature juridique est celle d'une location, puisqu'il n'y a pas de transfert de propriété », P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n°126. – E. Arfi, thèse préc. n° 539 : « Il semble exact que la licence de logiciel puisse être analysée en contrat de louage de chose incorporelle, au sens de l'article 1709 du Code civil. ». Mais de façon, croyons nous, contradictoire à propos des licences de logiciel, v. n° 570 : « Ces contrats n'ont donc de licence que le nom, puisqu'ils se bornent généralement à accorder à l'utilisateur un droit sur l'œuvre qu'il tient de la loi, et non pas du contrat. » ; *Adde* : J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 84.

⁵⁷⁷ Ch. Le Stanc, in *Lamy Informatique et réseaux*, 2003, n° 853. La proposition est nettement nuancée dans les éditions suivantes reprises par d'autres auteurs (n° 819). – Passage précité, v. *supra*, n° 66. Cet auteur se prononce en faveur de la qualification de licence, excluant celle de cession (citant en ce sens : CA Montpellier, 2^e ch. A, 2 juill. 1991, Caisse régionale de crédit agricole et autres c/Sté Sud Conseil Services, n° 88-2421).

⁵⁷⁸ Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques, op. cit.*, n° 4.19. Cet auteur considère que dans l'hypothèse (d'école sans doute) où le logiciel ne serait protégé par aucun droit de propriété intellectuelle, il y aurait lieu d'en admettre néanmoins la vente (v. n° 4.23).

⁵⁷⁹ Cass. ass. Plén., 7 mai 2004, D. 2004, jur., p. 1545, notes J.-M. Bruguière et E. Dreyer ; RTD civ. 2004, p. 528, obs. Th. Revet ; Légipresse, 2004, III, 117, note J.-M. Bruguière et B. Gleise ; Prop. intell., 2004, 817, note Benabou ; JCP, 2004, I, 163, note G. Viney et JCP II, 10185, note Ch. Caron ; RLDI, juin 2005, p. 6 et s., Chron. Ch. Geiger. *Adde* : Cass. civ. 1^{re}, 5 juill. 2005, D. 2005, IR, 2178. Comp. F. Zenati, Du droit de reproduire les biens, D. 2004, p. 962 (pour cet auteur, la « réservation de l'utilité visuelle de la chose à son propriétaire » est une modalité de son droit à l'usage et aux fruits).

le logiciel n'est appropriable comme objet intellectuel en dehors du droit d'auteur. Par ailleurs, quelle serait l'utilité de régimes de propriété intellectuelle, répondant à des conditions et un fonctionnement spécifique, si tout objet appréhendable par l'intellect devenait objet de propriété du seul fait qu'il représente une valeur ? Nous avons démontré plus haut que le principe de spécialité qui préside à « l'appropriation intellectuelle », comme la légalité des régimes de propriété, interdisait une telle considération. Le législateur a fait en sorte que les produits de l'intelligence ne soient appropriés qu'à certaines conditions, pour certaines fonctions. La confusion demeure pourtant aussi profonde que répandue entre choses immatérielles et simples valeurs. Elle ouvre la voie à la reconnaissance du transfert et de la mise à disposition d'idées et d'informations représentant une valeur, en dehors de tout régime de propriété intellectuelle⁵⁸⁰. A tort ou à raison, le logiciel en tant qu'outil ne bénéficie pas d'une telle reconnaissance. Le logiciel est étranger au débat sur l'identité ou la différence de nature et de régime des choses corporelles et des choses incorporelles, car ce n'est pas une chose.

Les inconvénients éventuels ou la complexité relative de cette distinction entre véritable chose immatérielle et simple valeur inappropriable doivent être confrontés aux implications que porterait en elle son rejet. Le logiciel n'étant pas moins qu'un ensemble d'informations et d'idées, admettre son appropriation à ce seul titre ouvrirait la voie à l'appropriation de tout objet immatériel pouvant être appréhendé par l'intellect et représentant une certaine valeur. Or, on a pu mettre en évidence la dangerosité de cette tendance à

⁵⁸⁰ Ainsi un auteur prend-il pour « classique » le cas de l'application des garanties de la vente à un contrat sur brevet, pour légitimer ensuite l'application des mêmes garanties au contrat d'utilisation de logiciel et à « toute chose vendue, qu'elle soit matérielle ou immatérielle », J. Huet, De la « vente » de logiciel, *op. cit.*, p. 799, spéc. p. 805. Mais cet exemple ne sert en rien la démonstration de la thèse de possibles ventes et locations de logiciels. Si, effectivement, le caractère immatériel du brevet importe assez peu dans la qualification et le régime des contrats dont il est l'objet, c'est que le brevet est un titre de propriété défini comme tel par la loi. Une véritable comparaison aurait consisté en l'application de ces mêmes garanties issues du Code civil au contrat de communication de savoir-faire, invention non brevetée, donc non appropriée. L'exemple sera, bien entendu, difficile à trouver, car à défaut de chose transférée, le contrat portant sur la communication d'idées, de méthodes et d'informations techniques, ne sera qu'un « contrat d'entreprise, parmi bien d'autres », Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, *op. cit.*, n° 1.32 ss. M. Le Tourneau note très justement que le savoir-faire n'étant l'objet d'aucun « mode de protection spécifique », il ne peut être protégé que par le droit commun (responsabilité délictuelle ou clause de secret). – Nous pourrions appliquer ce constat au logiciel : la protection spécifique du logiciel ne permet d'envisager sa protection qu'en tant qu'œuvre pour les actes interdits par la loi. Pour les actes qui s'inscriraient en dehors de cette protection spécifique (l'utilisation), seul ce même droit commun aurait vocation à être appliqué. Plus nuancé, semble-t-il, sur la question de la qualification contractuelle de la communication de savoir-faire : *Les accords de transfert de technologie : Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*. Avant-propos : J. Raynard, Litec, 2005, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise n° 23, spéc. n° 5 et 21.

l'appropriation des objets intellectuels par le droit commun⁵⁸¹, ces derniers ne trouvant dans leur émergence aucune des limites pensées en autant de garde-fous pour les biens immatériels (durée limitée, exceptions, modes d'acquisition sélectifs, etc.).

98. Persistance de l'emploi du terme « licence » à propos des contrats d'utilisation du logiciel. La « licence » d'utilisation de logiciel n'étant ni une licence de droit d'auteur, ni même un louage de chose, le lecteur sera en droit de s'interroger sur la persistance de ce qualificatif⁵⁸², y compris dans ces lignes. Un premier argument est que l'usage a imposé ce terme⁵⁸³. Un second est que, si nous continuons à employer le terme de « licence » à propos d'un contrat qui n'en est pas une, nous pouvons nous autoriser de Mousseron, notamment à propos des « transferts de renommée », consistant également en des valeurs intellectuelles pas nécessairement appropriées : « Pour faire « plus juridique », on parlera, de « licence » ; l'expression est heureuse si on la dissocie de la signification juridique étroite de location de biens couverts par un droit intellectuel : licence de droit d'auteur, de brevet, de marque... Pour moi, « licence » désigne une opération économique ayant pour objet de libérer au profit d'un tiers et, généralement, contre monnaie, l'accès d'une information, d'un signe... bloqués par un obstacle de droit (propriété de l'information, par exemple) ou de fait (secret...) »⁵⁸⁴. Cette conception fonctionnelle de la notion de licence prend quelque liberté avec la démarche de qualification, mais ce n'est qu'à ce prix que l'on peut parler encore de « licence de logiciel ». Cette « qualification » est plutôt une évocation des effets économiques de ces contrats ; elle a certainement une valeur pédagogique et pratique, pourvu que l'analyse juridique ne dépasse pas le stade de la comparaison⁵⁸⁵.

Le travail mené jusqu'ici était avant tout axé sur l'éviction de qualifications inadaptées au contrat d'utilisation de logiciel. Il s'agit dès à présent de proposer un cadre juridique à ces contrats.

⁵⁸¹ Ch. Caron, Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, JCP G 2004, I, 162. Comp. F. Zenati, Du droit de reproduire les biens, D. 2004 p. 962.

⁵⁸² A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 776. Les auteurs continuent néanmoins à employer ce terme.

⁵⁸³ En ce sens, v. : E. Mackaay, art. préc., v. spéc. p. 405.

⁵⁸⁴ J.M. Mousseron, Le contrat de transfert de renommée, JCP 1989, Cahiers du Droit de l'entreprise, n° 2, p. 24, § 5. Cet obstacle de fait évoque aujourd'hui les mesures techniques de protection, obstacle en passe de devenir juridique par la protection de ces mesures au sein du CPI.

⁵⁸⁵ Evoquant notamment les analyses de M. Devésa, M. Raynard note : « Les dénominations [cession et licence, vente et louage] ont même été aisément appliquées aux contrats de communication de savoir-faire non breveté, licence de « know-how », illustrant l'identité des résultats opérés, en dépit de situations juridiques respectives de départ radicalement contraires à raison de l'intervention dans un cas, de l'absence dans l'autre, de techniques privatives », J. Raynard, Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, *Mél. offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527.

II – Election d’une qualification : le contrat d’entreprise

99. Plan. L’idée de service qui est au centre de la licence d’utilisation de logiciel (A), doit se concrétiser en une qualification juridique : celle, il est vrai peu contraignante, du contrat d’entreprise (B).

A – « Le logiciel, une œuvre de l’esprit pour son concepteur, un service pour son acquéreur »⁵⁸⁶

100. Le contrat de service, louage d’ouvrage et louage de services, précède et prépare souvent le contrat d’auteur ; en un mot, il le côtoie. Pour autant, il n’en est pas un, et nous verrons que sa conclusion ne présume en rien, sauf exceptions, la conclusion d’un contrat d’auteur. Qualifier le contrat de « licence » de logiciel en contrat de service marque ainsi définitivement la rupture avec l’idée d’une quelconque licence de droit d’auteur.

C’est dans les premières analyses menées sur la nature juridique du logiciel que l’on trouve les éléments de réflexion le plus pertinents. En 1986, des auteurs notaient : « Le logiciel est donc plus proche de la catégorie juridique des services que de celle des biens, mais il s’agit, en quelque sorte, d’un service capitalisé »⁵⁸⁷. Aussi, « Il ne suffit donc point de dire qu’un contrat porte sur un « logiciel ». Selon le cas, en effet, il s’agira d’une cession ou d’une licence des droits de propriété intellectuelle du créateur (logiciel-droit), de la vente d’un support contenant un programme (logiciel-chose), voire de la fourniture d’une forme particulière de service (logiciel-service). »⁵⁸⁸. Déjà, dénuée de son support, la fourniture d’un logiciel en tant qu’outil se révélait en prestation de service. Mais l’idée d’un contrat de service s’était depuis amenuisée, en raison de la standardisation des logiciels d’une part, et de leur présentation sous forme de produits, les progiciels, faisant corps avec un support d’autre part⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Nous reprenons ici les intitulés du plan d’ensemble d’une note de Mme S. Plana sous : Cass. crim., 2 nov. 2005, JCP 2006, II, 10031.

⁵⁸⁷ H. Croze et Y. Bismuth, Le contrat dit de licence de logiciel, JCP E, 1986, II, 14659. Cette analyse ne peut que recevoir notre approbation au regard du droit positif ignorant le droit d’usage sur le logiciel. Mais il est curieux que celui-ci n’ait pas été, en son temps (1985), analysé comme donnant prise au monopole. – Voir aussi, sur cette idée de service présidant aux premiers temps de la commercialisation de produits de l’informatique : R. Savatier, La vente de services, D. 1971, Chron. 32, p. 230. spéc. n° 21.

⁵⁸⁸ H. Croze et Y. Bismuth, Le contrat dit de licence de logiciel, JCP E, 1986, II, 14659.

⁵⁸⁹ L’expression « produit logiciel » est d’ailleurs toujours employée en pratique (par ex. dans les licences d’utilisation des logiciels Microsoft).

Notons cependant que les modes de distribution de logiciel tendent à évoluer, ce qui permet de révéler à nouveau le champ des qualifications possibles. Deux exemples sont particulièrement représentatifs : les progiciels, notamment de sécurité informatique, dits « antivirus », appelés à évoluer constamment par des mises à jour à distance⁵⁹⁰. Dans le même ordre d'idées, le contrat de fourniture d'applications hébergées (dit FAH ou ASP pour *Application Service Provider*) a pour objet la fourniture de services informatiques au travers d'un réseau, le logiciel étant installé sur les seuls serveurs informatiques du fournisseur⁵⁹¹. Ce contrat permet d'accéder à distance à des services « en ligne » qui pourraient dans la plus part des cas être pris en charge par un logiciel installé sur le matériel du client⁵⁹². A propos de ces « solutions » logicielles, M. Le Tourneau, ayant remarqué l'impossible qualification en vente⁵⁹³, opte néanmoins pour la qualification au moins partielle de licence d'utilisation⁵⁹⁴. Mais l'utilisateur à distance d'un service de courrier électronique, d'une base de données fonctionnant au moyen de logiciels, recherche-t-il davantage l'utilisation d'un logiciel, ou le service de courrier électronique, de consultation de données mises à jour et ordonnées, de protection informatique, offerts par un prestataire de services, *au moyen de logiciels* ? Et ce faisant, devrait-on le distinguer du logiciel de messagerie électronique, installé de manière permanente sur l'ordinateur du client et proposant des fonctions comparables ?

Il semble ardu et peu utile de distinguer les qualifications contractuelles selon que le logiciel soit chargé de manière permanente sur un disque dur, de manière temporaire en mémoire vive, ou encore ne fasse l'objet d'aucun chargement, seuls les résultats d'une requête

⁵⁹⁰ Distribués avec ou sans support, ils sont mis à jour de manière périodique, en ligne, souvent de façon quotidienne, selon les termes d'un abonnement. Ainsi, un logiciel « acheté » initialement pourra ne plus ressembler, tant par les performances ou les fonctionnalités que par l'interface graphique, les menus et options, à « l'outil » initialement « acquis ». Ce modèle peut être étendu à un nombre croissant et à des genres très divers de logiciels. Quoique consentie, n'est-ce pas là une modification de la « chose » peu compatible avec une vente ou même une location ? Mais peut-on voir l'obligation de mise à jour du logiciel dans l'obligation de maintien en jouissance du bailleur, ne serait-ce par analogie ? Il semble que le rattachement le plus sûr est que l'éditeur du logiciel s'engage à une obligation de faire : celle de maintenir, *au moyen d'un logiciel* périodiquement actualisé, un service. Il est vrai qu'une condition technique de fonctionnement du logiciel implique son installation dans la mémoire de stockage de l'ordinateur du client. Mais cette contrainte n'a pas vocation à modifier la qualification du contrat dont l'objet est un service de protection informatique évolutive, pour une période de temps déterminée.

⁵⁹¹ L'Association pour la Promotion des Services Applicatifs en Ligne a élaboré, sous la direction de Me O. Itéanu, un Contrat type ASP (version sept. 2003). V. http://www.aspforum-france.org/site/contrat_type.pdf. (consulté : 20/10/2011) L'objet du contrat est décrit ainsi : « 1. Objet : 1.1 Le Prestataire fournit au Client les Services Applicatifs et concède le droit non exclusif et non transférable d'utiliser les Applicatifs Associés selon les modalités exposées au contrat. ». Cette clause organisant la fourniture d'un service en ligne est une bonne illustration de la confusion que nous avons relevée entre concession/licence d'un droit privatif sur le logiciel et prestation de service au moyen d'un logiciel.

⁵⁹² Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 7.100. Ainsi, services d'hébergement de données, d'archivages sécurisés ou de messagerie électronique s'analysent clairement en contrats de prestation de services, à défaut de logiciel chargé de manière durable dans l'ordinateur du client

⁵⁹³ Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 4.24.1.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, n° 7.99.

étant communiqués au client au moyen d'un réseau. Cette seule contrainte technique n'a pas vocation à bouleverser la qualification du contrat, de même que l'existence d'un support, considère-t-on de manière aujourd'hui unanime, n'a pas vocation à intervenir dans la qualification du contrat d'utilisation proprement dit⁵⁹⁵.

B – « Licence » d'utilisation de logiciel et contrat d'entreprise proprement dit

101. Plan. Il ne suffit pas d'affirmer que l'utilisation du logiciel, exclusive de tout transfert de propriété, s'organise autour d'obligations de faire et de ne pas faire, caractérisant une *prestation de service au moyen d'un logiciel*. Encore faut-il que cette constatation se traduise en une qualification juridique. Nous nous tournons naturellement vers le contrat d'entreprise, « convention par laquelle une personne s'oblige contre une rémunération à exécuter pour l'autre partie un travail déterminé, sans la représenter et de façon indépendante. »⁵⁹⁶. Archétype du contrat de services, le contrat d'entreprise a été présenté comme « le « pendant » de ce qu'est la vente dans le secteur des biens »⁵⁹⁷. Les difficultés que présente ce rattachement (1) peuvent être surmontées (2).

1 – Qualification de la licence de logiciel en contrat d'entreprise : difficultés surmontables

102. Comme nous l'avons relevé, l'entreprise apparaît aux yeux du juriste lorsque le contrat sur le support disparaît ou devient du moins accessoire au service⁵⁹⁸. En effet, il n'y

⁵⁹⁵ Par ailleurs, l'influence du support est loin de s'éteindre en termes juridiques : Selon la directive DADVSI, cons. 29, la règle de l'épuisement du droit ne s'applique pas aux services et semble nettement subordonnée à la présence d'un support physique : « Contrairement aux CD-ROM et aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi. ». V. G. Gomis, Réflexions sur l'impact des mesures techniques de protection des œuvres, RLDI, n° 162, octobre 2003, p. 1. – MM. Lucas constatent : « L'épuisement (...) n'est prévu qu'en cas de « vente », alors que la commercialisation des logiciels se coule plus souvent dans un moule de licences d'utilisation qui n'impliquent aucun transfert de propriété ». Dans ce sens notamment : CA Paris, 23 sept. 1997, Expertises 1997, n° 425 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 251. S'agissant du « droit de location », la notion de location au sens de la directive de 1991 suppose la mise à disposition d'un support : A. Lebois, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droit voisins*, LGDJ, 2004, n° 72, p. 27. – Selon : A. Gitton, Transmissions des œuvres en ligne : vers des prestations... de biens ?, Gaz. Pal. 30 mai 1998, doctr. p. 691, la qualification de services est essentiellement motivée par l'éviction de la règle de l'épuisement du droit.

⁵⁹⁶ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 710.

⁵⁹⁷ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 711.

⁵⁹⁸ Contrairement à une analyse autrefois répandue, le contrat sur le support, sur la matière, présente un caractère tout à fait accessoire par rapport à la prestation intellectuelle attendue. Par exemple, pour une réflexion fondée essentiellement sur le droit du Québec mais tout à fait transposable dans ses principes en droit français,

a là que l'application d'un critère « primitif » de qualification du contrat d'entreprise, fondé sur l'adage *accessorium sequitur principale*. Ce critère pourtant relativement objectif permet, lorsque l'entrepreneur fournit la matière en complément de sa prestation, d'opter pour la vente ou pour l'entreprise, selon que l'emporte la valeur de la matière ou celle du travail. Cette analyse permettrait une qualification en entreprise de la plupart des contrats, quoiqu'il puisse être contestable qu'une qualification contractuelle dépende de la valeur économique de ses différentes composantes. Ce critère fut progressivement remplacé par un critère plus subjectif dit *psychologique* qui, en pratique, amène le juge à se pencher sur l'intention des parties de procéder à un *travail spécifique* à réaliser par l'entrepreneur⁵⁹⁹. C'est sans doute la difficulté principale que l'on éprouve à qualifier le contrat d'utilisation de logiciel de contrat d'entreprise. Fera-t-on valoir que la Cour de cassation atténue l'exigence en admettant une « coopération » entre les parties, l'entreprise semble compromise. Comme le note un auteur : « Retenir (...) la qualification de contrat d'entreprise au seul motif qu'en mettant à la disposition d'un utilisateur une valeur préexistante, un fournisseur accomplit une prestation, méconnaît la spécificité du travail de l'entrepreneur et confond les obligations de *praestare* et de *facere*. »⁶⁰⁰. Si cette « mise à disposition » d'une « valeur » suggère, à tort, la délivrance et la mise en jouissance d'une chose appropriée, il est vrai que le principal obstacle à la qualification de contrat d'entreprise est donc que le critère distinguant vente et entreprise porte aujourd'hui sur la spécificité du travail⁶⁰¹. Les caractères du contrat d'utilisation de logiciel tels que l'absence de chose ou l'économie générale de l'opération empreinte de l'idée de service sont évidents ; mais suffisent-ils pour autant à la qualification en contrat d'entreprise ? On admet généralement que « Le fait que la vente ait pour objet une chose permet de la distinguer du contrat d'entreprise »⁶⁰². Mais le fait que le contrat n'ait pas pour objet une chose ne suffit pas à le qualifier d'entreprise.

v. E. Mackaay, art. préc., spéc. p. 412 : « Le contrat de vente comporte donc le transfert d'une licence implicite comme accessoire de la chose vendue ».

⁵⁹⁹ Sur la définition et l'évolution de ces critères : P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon Assas, Coll. Droit privé, 2002, n° 250 et ss. ; Cass. civ. 3^e, 5 févr. 1985, « Spaba », Bull. III, n° 23, p. 16 ; D. 1986, p. 499, note J. Huet ; JCP G, 1985, IV, 146 ; RTD civ. 1985, p. 737, obs. Ph. Rémy ; Gaz. Pal. 1985, 2, Pan., p. 168, note Jestaz . – v. également : Cass. Com. 4 juill. 1989. Arrêts égal. cités par : M. de Juglart, La vente : un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise, *Mélanges Derruppé*, Litec-GNL, 1991, p. 61 ; J.-Cl. Civil Code, Art. 1787. D. Gibirila, fasc. 10 : Louage d'ouvrage et d'industrie. – Contrat d'entreprise, v. spéc. n° 9.

⁶⁰⁰ P. Puig, *op. cit.*, n° 54.

⁶⁰¹ J. Huet, De la « vente » de logiciel, art. préc. ; G. Gomis, art. préc.

⁶⁰² Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 72.

2 – Qualification de la licence de logiciel en contrat d'entreprise : difficultés surmontées

103. Logiciel spécifique et travail spécifique. Pour en rester à la stricte application du critère du travail spécifique, celui-ci n'est pas nécessairement aisé à mettre en œuvre, ni adapté au logiciel. Contrairement au contrat d'utilisation de progiciel, la réalisation d'un *logiciel spécifique* aux besoins d'un client déterminé est traditionnellement qualifiée de contrat d'entreprise. On pourra néanmoins objecter à cette distinction qu'il n'est pas dit que l'opposition du standard et du spécifique permettant de départager vente et entreprise, ne coïncide avec l'opposition, issue de la pratique informatique, entre logiciel standard (progiciel) et logiciel spécifique. On a fait valoir qu'en raison des savoirs accumulés en matière informatique, rares étaient désormais les logiciels authentiquement spécifiques. La frontière entre progiciel et logiciel spécifique, d'ailleurs souvent définie par le fournisseur lui-même, devrait davantage passer au sein d'un même logiciel, et non plus distinguer les logiciels entre eux⁶⁰³. Cette tendance, si elle venait à être confirmée, compromettrait en partie la pertinence du critère.

104. Plus fondamentalement : bien des ouvrages de droit des contrats spéciaux consacrent leurs développements les plus étendus, non pas à la définition des caractéristiques propres du contrat d'entreprise, mais à ce qui le sépare d'autres contrats. Ces ressemblances du contrat d'entreprise avec des formules différentes, mais voisines, a imposé aux juristes la détermination de critères destinés à accentuer les particularités de chaque contrat, permettant ainsi de les départager. Pour chacun de ces contrats, les critères diffèrent. Le critère du travail spécifique ne semble pas être un critère fondamental de définition du contrat d'entreprise, mais un critère fonctionnel, relatif, car conçu pour distinguer ce contrat de la vente. Ainsi, pour différencier l'entreprise du contrat de bail, met-on davantage en avant un autre aspect : la différence de nature entre prestation de services d'une part, et mise en jouissance d'autre part, le critère permettant de départager bail et entreprise étant à nouveau celui de l'accessoire. Autre critère développé : la maîtrise effective de la chose par le client serait propre au bail tandis que, laissée au prestataire, elle caractériserait l'entreprise⁶⁰⁴. Dans la confrontation entre qualification de la licence d'utilisation, soit en bail, soit en contrat d'entreprise, il est

⁶⁰³ E. Cauvin, Affaires Adapei, Sorekit, Franfinance. Contrats informatiques : polémiques et désaccords, Légalis.net 2003-2, p. 59.

⁶⁰⁴ Par ex. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 409 ; D. Gibirila, J.-Cl. fasc. 10 (préc.) spéc. n° 11 ; J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 106.

probable que les limitations d'usage du logiciel habituellement stipulées ainsi que la recherche d'un service plutôt que la jouissance d'une chose aillent dans le sens d'un contrat d'entreprise. En application des critères mis en œuvre – aujourd'hui – par le juge français, le conflit entre vente et entreprise se résoudrait au profit de la vente, alors que le conflit entre location et entreprise verrait probablement triompher cette dernière. De telles variations ne sont pas admissibles.

Enfin et surtout, ces critères ne peuvent nous inciter au doute en faveur de la qualification de vente ou de bail que pour autant qu'il y ait une chose à vendre ou à louer⁶⁰⁵. Le transfert de la propriété d'une chose ou sa mise à disposition, communs à la vente ou au bail et à certaines entreprises, suppose la mise en exergue de ces critères complémentaires que sont la spécificité de la prestation ou l'absence de maîtrise effective de la chose par le client. Pour autant, ces « signes distinctifs » n'ont plus lieu d'être mis en œuvre dès lors que le contrat ne porte pas, même indirectement, sur une chose.

Soulevé notamment par M. Huet⁶⁰⁶ en faveur de la vente, l'argument relevant l'absence de ce travail spécifique s'inscrit donc dans une démarche de qualification que nous avons au préalable rejetée. L'auteur poursuit par la recommandation de ne pas recourir à la « qualification » *sui generis* sans « raison majeure » ; or la « vente » sans chose à donner ne serait être davantage qu'une « vente de service »⁶⁰⁷ ne laissant fatalement entrevoir d'autre qualification que le contrat innommé⁶⁰⁸. Néanmoins, cette précision terminologique, certes

⁶⁰⁵ L'idée est principalement défendue par MM. Delebecque et Collart Dutilleul, qui affirment clairement que la distinction entre le « sur mesure » et le « standardisé » « ne vaut que pour les contrats portant sur des biens corporels et ne doit pas être transposée à ceux qui portent sur des prestations intellectuelles et notamment sur la fourniture de logiciel ou d'un scénario pour un film. Ces prestations sont toujours originales. Elles le sont par essence. », F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 715. – Notons simplement l'« imprécision » commise dans les deux dernières phrases de la citation : si la fourniture d'un scénario ou d'un logiciel n'emporte pas vente de la dite œuvre, ce n'est qu'en application de l'art. L. 111-1 du CPI distinguant le contrat d'entreprise du contrat d'auteur pouvant éventuellement l'accompagner. – V. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 777, à propos du critère du travail spécifique, les auteurs notent : « Dès lors que la prestation promise est uniquement d'ordre intellectuel, le raisonnement n'est plus pertinent » ; en ce sens, voir également : A. Lebois, thèse préc., n° 85 et ss.

⁶⁰⁶ J. Huet, art. préc., spéc. n° 7.

⁶⁰⁷ Nous reprenons une notion que l'on a pu tenter d'intégrer à notre droit privé : R. Savatier, La vente de services, D. 1971, Chron. 32, p. 230 ; J.-C. Planque, La vente de prestation de services, CCC, févr. 2002, Chron. 2 p. 4 : « La vente de prestation de services serait le contrat par lequel l'acheteur acquiert du vendeur, en contrepartie d'un prix déterminé lors de la conclusion, le droit de bénéficier du bienfait découlant de la prestation du service prévue entre les parties. ». Quoique constatant l'emploi de la notion dans quelques textes récents, l'auteur plaide en faveur de l'abandon de la qualification de vente de prestation de services, une meilleure protection du client pouvant être obtenue par le droit de la consommation ou par un renforcement des obligations pesant déjà sur le prestataire de services. – On peut oser la comparaison du logiciel avec une forme récente de commercialisation de services : la vente en grande surface de « box » se présentant sous la forme d'un conditionnement banal, mais donnant droit à une prestation : voyage, excursion... que l'on « acquiert » par le passage en caisse. Ce ne sont en fait que des contrats d'entreprise banals.

⁶⁰⁸ Comme le note un auteur à propos de la licence d'usage d'œuvre en général, « l'esprit reste proche de celui du contrat d'entreprise », G. Gomis, art. préc.

évocatrice de la standardisation du service opérée dans les faits au moyen du logiciel, nous paraît peu utile juridiquement. Et il paraît peu judicieux d'ajouter l'artifice d'une « vente » ne transférant aucune propriété à la complexité réelle du travail de qualification. L'argument conçu à partir de la vente s'étend logiquement à toutes les formules contractuelles construites autour de la mise à disposition d'une chose : location, prêt et même, parmi les contrats d'entreprise, à ceux dont l'objet est un service produit essentiellement par une mise à disposition⁶⁰⁹, de sorte qu'en l'état du droit positif, la « licence » d'utilisation de logiciel ne saurait être autre chose qu'un authentique contrat d'entreprise.

105. Une variante du contrat d'entreprise : le contrat de communication de savoir-faire⁶¹⁰. Le rejet du contrat d'entreprise par certains auteurs implique le rejet des qualifications participant de ce contrat. Deux séries d'arguments tendant à exclure cette qualification sont avancées et peuvent être utilement rejetées.

Premièrement, s'agissant de l'objet du contrat : on a fait valoir son inadéquation avec le contrat d'utilisation, car « s'agissant de logiciel standard, les connaissances ayant servi à la confection du produit ne sont pas transmises à l'utilisateur. »⁶¹¹ (codes sources). Mais cette transmission ne devrait être requise que dans le cas où l'objet du contrat de communication de savoir-faire porte sur les procédés et connaissances permettant de réaliser le logiciel. Or, le cocontractant, qui n'est pas informaticien, ne souhaite pas *a priori*⁶¹² se voir communiquer le mode d'emploi de la fabrication d'un logiciel, mais simplement l'outil logiciel lui permettant d'effectuer un certain nombre de tâches convenues (comptabilité, sécurité informatique, réseaux, etc.). La communication de savoir-faire, si l'on devait retenir cette qualification, ne

⁶⁰⁹ Suivant les explications de M. Puig, l'on pourrait tenter de rattacher cette catégorie de contrat d'entreprise à celle des « services produits essentiellement par une mise à disposition ». En effet : « (...) la mise à disposition est parfois destinée à satisfaire un besoin précis. En limitant les droits d'usage et de jouissance du créancier à la satisfaction de ce besoin, la mise à disposition devient le moyen d'y parvenir. Elle est alors finalisée et cesse d'être une fin pour céder sa place au service dont elle est la source. » P. Puig, thèse préc., n° 68. Cependant, ce rattachement ne paraît pas nécessaire, voire impossible à défaut de voir dans l'usage du logiciel une « chose » à mettre à disposition.

⁶¹⁰ Sur cette qualification, V. par ex. A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 2001, n° 748 (M. Lucas optant pour une qualification innommée). – Sur ce contrat, v. D. Fahs, *Le contrat de communication de savoir-faire*, Thèse, Montpellier I, 2007.

⁶¹¹ J. Huet, art. préc.,

⁶¹² Pour une démonstration on ne peut plus claire de cette idée : « Le vendeur, de son côté, sachant que la demande est telle, offre sur le marché le produit en tant qu'il permet d'atteindre tel résultat recherché. La remontée à la « source » de la connaissance, à la maîtrise de ce qu'est le logiciel, œuvre de l'esprit, est donc naturellement hors du contrat. Autrement dit, si le logiciel permet d'atteindre D, c'est cet élément D qui est dans le champ contractuel, mais non le cheminement A B C qui permet d'arriver en D. », M. Vivant, *Lamy Informatique et réseaux*, 2011, n° 49. – Rappelons que ce souhait de connaissance pourra survenir en cas de difficultés liées à la maintenance du logiciel. Mais, en dehors de cette hypothèse, l'obligation essentielle du contrat reste la communication d'un outil, d'un service, non le savoir ayant permis sa conception.

porterait dans le contrat d'utilisation de logiciel, que sur les connaissances techniques, transmissibles et non immédiatement accessibles ; c'est-à-dire sur les fonctions que permet l'utilisation normale du programme et non sur les principes à la base de son fonctionnement et en permettant la fabrication ou la modification. Dans le cas contraire, nous serions très proches d'un contrat d'exploitation, et le recours à une licence de droit d'auteur s'imposerait à nouveau. La finalité de la licence d'utilisation courante n'est pas la levée d'un secret, mais l'utilisation, donc la communication d'une information technique, ce qui implique accessoirement la levée des obstacles techniques empêchant cette communication⁶¹³.

Deuxièmement, sur les attributs du savoir : son caractère nécessairement secret que nous venons d'évoquer serait peu compatible, pourrait-on croire, avec la nature standardisée de logiciels destinés à une large diffusion⁶¹⁴. Certes, un authentique secret peut entourer le code source du logiciel, mais là n'est pas l'objet du contrat d'utilisation de logiciel. Il apparaît néanmoins, dans la lettre des textes relatifs au savoir-faire comme en pratique, que ce « secret » n'en est pas vraiment un et consiste davantage en un savoir qui « n'est pas généralement connu ou facilement accessible »⁶¹⁵. Entendu ainsi, ce critère correspond pour le mieux au logiciel. En effet, l'accès au logiciel, encadré par des mesures techniques de protection elles-mêmes protégées par la loi, supposera de fait l'autorisation du titulaire pour sa communication et son accès. Le savoir, matérialisé sous la forme d'instructions destinées à fournir un service informatisé, n'est donc pas directement accessible, en raison d'un obstacle matériel : la mesure technique de protection. Obstacle de fait dans un premier temps, mais consacré par le droit prohibant son contournement ; obstacle dont le périmètre ainsi que les conditions et modalités de la levée seront contractualisés par le contrat d'utilisation.

⁶¹³ Comp. selon M. Bertrand, il est difficile de parler ici d'un contrat de communication de savoir-faire, dans la mesure où ces contrats sur logiciel n'entraînent aucune véritable communication d'information (A. Bertrand, *Protections juridiques du logiciel*, éd. des Parques, 1984, p. 137), cité in : M. Vivant, *Lamy Informatique et réseaux*, 2011, *loc. cit.*

⁶¹⁴ Le caractère secret du savoir-faire est intégré aux définitions d'origine communautaire du savoir-faire. Par exemple : « ensemble d'informations pratiques, non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est secret, substantiel et identifié de toute manière appropriée », Règlement européen d'exemption n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81§3 du Traité à des catégories d'accords de transferts de technologie. Art. 1, i) JOUE n° L .123 du 27 avril 2004, p. 11 ; v. lignes directrices du 27 avril 2004, n° 47 ; sur ce texte : *Les accords de transfert de technologie : Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*. Avant-propos : J. Raynard, Litec, 2005, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise n° 23.

⁶¹⁵ Règlement CE n° 2790-99 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81§3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Art. 1, 1^{er} f : « le « savoir-faire » signifie un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible » ; v. également : Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004, préc. ; sur cette notion, voir également, par ex. : J.M. Mousseron, Secret et contrat – de la fin de l'un à la fin de l'autre –, in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 257.

On retrouve ici l'idée de *licencia* évoquée plus haut, entendue non pas dans la perspective d'une qualification, mais comme l'évocation de l'économie de conventions juridiquement hétérogènes permettant la commercialisation de valeurs intellectuelles au moyen de la levée d'un obstacle quelconque : d'une part, la levée d'un obstacle juridique, caractérisant la licence de droit d'auteur sur le logiciel en tant qu'œuvre. D'autre part, la levée d'obstacles de fait caractérisant la communication de savoir-faire : soit le secret réservant à son bénéficiaire les codes sources du logiciel ; soit, s'agissant du contrat d'utilisation de logiciel, la levée des mesures techniques empêchant physiquement l'usage du logiciel. Le choix de la qualification de contrat d'entreprise, qui pouvait sembler n'être que le fruit d'un travail d'éviction d'autres formules contractuelles, convient de la manière la plus positive au contrat d'utilisation de logiciel. Au sein de cette catégorie, le contrat de communication de savoir-faire pourrait faire office de modèle. La proposition peut certes étonner, mais, plus que juridiques, les réticences à cette qualification tiennent davantage de l'économie des opérations intégrant un contrat de savoir-faire, pouvant paraître « surdimensionné » au regard d'opérations sur logiciels au demeurant banales.

106. Conclusion : qualification de contrat d'entreprise et reconstitution prétendue d'un droit d'utilisation. La réservation par contrat de certains usages du logiciel a pu laisser croire à la subsistance d'un droit d'utilisation du logiciel, dès après son abrogation par la loi du 10 mai 1994. L'évolution récente du droit d'auteur réactive la controverse. La création d'un véritable « droit d'accès » à l'œuvre au moyen de la consécration par le droit de mesures techniques de protection procéderait d'une double source : le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle du 20 décembre 1996, dans le cadre de la convention de Berne ratifiée par l'Union Européenne ; d'autre part, inspirée de ce traité, la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information⁶¹⁶. Il y a tout lieu de penser que sous certaines réserves, la protection des mesures techniques par la loi DADVSI du 1^{er} août 2006, aux articles L. 331-5 et suivants du CPI, transposant la directive, autorise les mêmes raisonnements. M. Sirinelli a pu voir, déjà, dans ce « droit » d'usage la reine des prérogatives du droit d'auteur⁶¹⁷. Notons toutefois que cette loi récemment

⁶¹⁶ Pour la législation des Etats-Unis, la consécration de la protection des mesures techniques permettant le contrôle de l'accès à l'œuvre par le *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 (nouvelle sect. 1201), voir : G. Gomis, art. préc.

⁶¹⁷ P. Sirinelli, L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droit d'auteur et droits voisins, Congrès de l'ALAI, New York, journées du 13 au 17 juin 2001, régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur.

modifiée⁶¹⁸ ne fait que généraliser à l'ensemble des œuvres (spécialement les fichiers musicaux ou les films) la solution déjà connue en matière de logiciel depuis la loi du 10 mai 1994, article L. 122-6-2 du CPI. Un commentateur note cependant : « La loi du 1^{er} août 2006 ne consacre pas, à proprement parler, un droit d'accès qui permet au titulaire des droits de contrôler les modalités de l'accès à son œuvre (...). Mais force est de constater que l'on assiste à l'émergence indirecte d'une telle prérogative. »⁶¹⁹. En effet, la mesure technique de protection permet de « protéger le monopole et d'éviter les atteintes perpétrées contre l'œuvre. (...) Le monopole ne s'enrichit pas d'une nouvelle prérogative qui en permet la protection. Mais il n'est plus seulement protégé par l'action juridique en contrefaçon, puisqu'il bénéficie dorénavant d'une protection technique. »⁶²⁰. L'expression est parlante ; cependant, contrairement à ce qui est suggéré, la protection de l'utilisation d'une œuvre par une mesure technique n'est pas une protection – nouvelle dans son procédé – d'un *monopole* existant. C'est davantage la réservation par un procédé physique nouveau d'une *valeur* d'usage qui ne fait l'objet d'aucune appropriation. La mesure technique est certes une protection complémentaire, préventive à l'action en contrefaçon du *droit d'exploitation*. Elle est en revanche, associée au contrat, l'inédite et unique protection de la valeur qu'est *l'utilisation* de l'œuvre.

107. Cette réflexion née du logiciel s'étend à la commercialisation de toute œuvre par supports matériels interposés ou au moyen des réseaux⁶²¹. Un auteur note ainsi que « Le droit d'utilisation, engendré par l'union entre le contrat et le dispositif technique, serait un outil « *proactif* » permettant de se faire payer à l'usage et d'éviter tout risque de piraterie. (...) A l'inverse, le droit d'auteur ne serait qu'un outil réactif ne permettant qu'une sanction *a posteriori* des contrefaçons des utilisateurs d'une œuvre. »⁶²². Le « droit d'utilisation » ne ressort pas de cette analyse comme un droit d'auteur ou un droit de propriété. Cette union des dispositifs techniques et du contrat en vue de réguler l'utilisation de

⁶¹⁸ Loi dite HADOPI, dont il sera question plus loin pour de tout autres raisons v. *infra* n° 353.

⁶¹⁹ Ch. Caron, La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, CCE oct. 2006, étude 22. ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec, 2009, n° 330 et s.

⁶²⁰ « Toute publicité ou notice d'utilisation relative aux moyens permettant la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique protégeant un logiciel doit mentionner que l'utilisation illicite de ces moyens est passible des sanctions prévues en cas de contrefaçon. », Ch. Caron, étude préc.

⁶²¹ Par exemple, critiques, v. G. Vercken et M. Vivant, Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, Cahiers dr. entr. n° 2, 2000, p. 18 ; S. Carrié, La qualification des modes d'exploitation en ligne des œuvres, in J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 365 et ss.

⁶²² G. Gomis, art. préc.

l'œuvre permet la réservation, le contrôle de certains *faits* d'utilisation (et non d'*actes* d'utilisation) qui ne sont pas appréhendés par un droit privatif.

Les inconvénients de l'origine contractuelle, donc de l'effet relatif, des mesures techniques de protection sont nettement atténués par l'interdiction légale, opposable à tous, des procédés permettant leur contournement⁶²³. La mesure de protection ne saurait, en l'état du droit positif, constituer autre chose qu'une emprise de fait sur l'usage d'une œuvre de l'esprit : cette nouveauté a donc un aspect « régressif »⁶²⁴. Cette emprise est néanmoins « connue du droit ». Protégée par un obstacle de fait pouvant être levé par contrat, la « valeur » d'utilisation du logiciel accède à la dignité de « bien ». Mais, demeurant inappropriée, elle ne saurait prétendre au statut de « droit »⁶²⁵.

L'admission, par facilité de langage, d'un droit d'usage du logiciel et de l'œuvre en général, n'est donc qu'une image, une analogie opérée en contemplation des effets indirects de la reconnaissance légale des mesures de protection⁶²⁶. Enfin, une des limites à la reconnaissance de ce « droit d'usage » en un droit de propriété est que celui-ci, tributaire de l'existence de mesures techniques de protection, ne concernerait que les œuvres susceptibles de faire l'objet de telles protections (distribution par réseaux ou sur support numérique). Or, imaginer que l'existence d'un droit de propriété soit conditionnée par certains modes de distribution d'une part, par l'aptitude technique du propriétaire à le protéger d'autre part, semble pour le moins discutable. Aussi, bien que l'usage soit appelé à revêtir un rôle croissant dans les échanges économiques et juridiques mettant en scène une œuvre, son échec à « l'examen » de l'appropriation nous impose la confirmation de la qualification de contrat d'entreprise défendue plus haut. L'admission d'une réservation contractuelle de certains usages du logiciel, doublée de la protection légale des mesures techniques la rendant effective en fait, ne revient pas à la création d'une nouvelle propriété aux côtés des droits de

⁶²³ Art. 6.1 de la directive DADVSI ; art. L. 331-5 et ss. du CPI, issus de la transposition de la directive par la loi du 1^{er} août 2006 pour le logiciel. Art. L. 122-6-2 issu de la loi du 10 mai 1994 pour le logiciel (modifié par la loi n°2009-1311 du 28 octobre 2009, art. 12).

⁶²⁴ Nous oserons un rapprochement avec le constat que certaines tendances de notre droit ont, dans leur nouveauté, quelque chose de régressif. V. B. Oppetit, Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317. L'auteur évoque les propriétés intellectuelles, mais l'exemple pour nous le plus marquant est celui du succès des droits de rétention qui se substituent, selon l'auteur, à la notion classique de sûreté : une situation de force (du moins « de fait » dans le cas que nous étudions) d'un créancier sur son débiteur (spéc. p. 321).

⁶²⁵ Nous reprenons ces termes dans le sens qui leur est donné par : J. M. Mousseron, Valeurs, biens, droits, *Mélanges Breton A. – Derrida F.*, Dalloz, 1991, p. 277, § 11.

⁶²⁶ On a remarqué très justement que l'interdiction de procéder à certains usages de l'œuvre impliquera des contraintes identiques pour l'utilisateur final, quelque soit sa source ou sa nature juridique. V. J. De Werra, Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le DMCA, les directives européennes et d'autres législations, Congrès de l'ALAI, New York, journées du 13 au 17 juin 2001, régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur.

reproduction et de représentation. Elle ne vise qu'à protéger un mode de commercialisation des logiciels et autres œuvres, et donne un effet utile aux restrictions d'utilisation convenues dans la licence d'utilisation de logiciel, véritable contrat de services⁶²⁷.

108. Conclusion du Chapitre 2. Identifier l'objet de la prestation du donneur de licence, soit par ellipse « l'objet du contrat », nécessitait d'identifier ce qu'il n'est pas. Généralement, c'est l'absence d'œuvre à mettre à disposition qui autorise la disqualification de contrats voisins par leurs effets d'une licence de droit d'auteur. Ne pouvant toutefois nous satisfaire d'une exclusion, nous avons proposé les qualifications qui convenaient à ces opérations. A défaut de chose à transférer ou à mettre à disposition, les qualifications de l'organisation du « non-usage » de l'œuvre ou de l'utilisation d'un logiciel ou d'un fichier support dématérialisé d'une œuvre, si différentes soient-elles, relèvent de manière constante des obligations de faire ou de ne pas faire.

109. Conclusion du Titre 1. L'objet de la prestation du donneur de licence est une œuvre de l'esprit considérée comme une chose appropriée, en vertu du Livre I^{er} du Code de la propriété intellectuelle. Si nous n'avons pas noté chez tous les auteurs contemporains la correspondance espérée entre le constat de la nature juridique du droit d'auteur et celle du contrat destiné à son exploitation, il nous est apparu plus cohérent de voir en l'œuvre une chose incorporelle susceptible d'appropriation et d'en écarter les objets étrangers. Cette hypothèse de départ semble la mieux à même de fonder un système de qualification cohérent aux contrats autorisant son exploitation. C'est la spécificité de ce que l'on appellera par ellipse son « objet » incorporel, à savoir l'œuvre, qui nous impose ce travail de qualification ou plutôt de vérification de l'adaptation d'un objet incorporel à une qualification existante, nommée et connue : le contrat de location (ou bail, louage de choses). Nous démontrerons à présent que l'opération juridique que constitue la location peut être organisée autour d'une œuvre de l'esprit. Au cours de cette recherche, nous constaterons qu'elle en constitue le mode d'exploitation privilégié.

⁶²⁷ G. Gomis, *op. cit.* – Sur le caractère étranger au droit d'auteur de ce contrôle de l'usage de l'œuvre, mais reconnaissant la nécessité d'y recourir pour certaines créations utilitaires dont l'intérêt réside dans l'utilisation de l'œuvre, voir : S. Dusollier, L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?, CCE novembre 2005, n° 38.

TITRE 2 – L’OBJET DU CONTRAT DE LICENCE : UNE MISE A DISPOSITION TEMPORAIRE REMUNEREE

110. La licence de droit d’auteur est le contrat par lequel un donneur de licence autorise un licencié à jouir pour un temps de certaines utilités d’une œuvre contre un prix. Cette définition, qui n’est pas elle-même sujette à discussion⁶²⁸, correspond pour l’essentiel à celle du bail par l’article 1709 du Code civil : « Le louage des choses est un contrat par lequel l’une des parties s’oblige à faire jouir l’autre d’une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s’oblige de lui payer ». L’opération de licence (ou « concession ») de droit d’auteur est donc *a priori* un bail. Dans ce sens, pour nombre d’auteurs, il s’agit davantage de différences de terminologie⁶²⁹ que de différences de qualifications : « Lorsque le louage porte sur un monopole d’exploitation, il prend le nom de « licence » (brevets et marques) ou « concession » (droit d’auteur). »⁶³⁰. L’idée de jouissance temporaire associée à un prix la caractérise effectivement. L’auteur ou un ayant droit met son œuvre à disposition d’un licencié, il l’autorise ainsi à en faire l’usage dans les termes du contrat. Cette autorisation est temporaire et prévoit le paiement d’un prix dont les modalités et l’assiette peuvent être des plus diverses.

111. Problématique. Nous vérifierons la réalité de cette adéquation : la mise à disposition d’une œuvre peut-elle emprunter la forme d’un contrat de location, c’est-à-dire d’une licence ?⁶³¹

112. Plan. La réponse à cette question passera par l’étude du contenu de ce contrat, c’est-à-dire des obligations mises à la charge des parties : donneur de licence et licencié. Sont-elles assimilables au cadre contractuel de référence, à savoir le rapport d’un bailleur et d’un preneur ? (*Chapitre 1 – Le critère de qualification et l’identification du contrat de licence*). La discussion pourrait s’arrêter à ce stade, et suffirait à asseoir la

⁶²⁸ Elle reprend, dans leur esprit, les définitions données classiquement par Roubier, plus tard Desbois, et récemment par M. Kamina, Mme Durrande par exemple (sur ces auteurs, v. *supra* n° 37 et ss.). Les principales variations concernent l’objet de la prestation du donneur de licence : l’œuvre, des droits, ou un monopole selon la conception retenue pour qualifier le droit d’auteur.

⁶²⁹ La licence ne fait d’ailleurs qu’enrichir davantage la terminologie existante : bail, location, louage de choses ; notions que nous tenons pour synonymes.

⁶³⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 601.

⁶³¹ Nous avons vu que pour une frange de la doctrine, l’admission de la licence ne se traduisait pas nécessairement par la qualification de bail (c’est le cas de Roubier par exemple) mais par la reconnaissance de ressemblances ou d’une parenté entre les deux formules.

qualification proposée. Il est vrai que l'on a pu relever le caractère « nécessaire et suffisant »⁶³² de la définition de l'article 1709 du Code civil en doctrine comme en jurisprudence. Ainsi la qualification de bail s'impose-t-elle lorsque se « trouvent (dans une convention) tous les caractères du louage pur et simple prévu par l'article 1709 du Code civil »⁶³³.

Or, l'observation de la licence prête au doute : l'autorisation de faire usage d'une chose, pour un temps, contre un prix, devrait-elle nécessairement emprunter la voie de la location ? Assurément non. Le droit d'auteur, que nous avons défini comme une propriété, épouse naturellement les cadres contractuels des contrats sur les choses. Sous réserve des dispositions légales, toute forme de mise à disposition d'une chose est potentiellement transposable au droit d'auteur : les moyens juridiques peuvent faire appel à la création de droits personnels, c'est le cas de la licence *stricto sensu* ou de la licence gratuite. Elle peut également prendre la voie des droits réels : l'œuvre fait l'objet d'un démembrement de propriété, d'usufruit, mais aussi (la formule prêterait cependant à la critique), de transferts temporaires de propriété. De la sorte, la définition assez lapidaire de la licence que nous avons donnée plus haut et ses trois éléments essentiels : la jouissance, la durée et le prix, pourrait s'accorder avec des formules relevant d'une toute autre nature que le bail mais poursuivant un objectif similaire, par le recours aux idées de démembrement, de cession, et plus généralement d'effet réel. Dans tous les cas, il s'agit d'organiser une concurrence de personnes et de droits sur une même chose, ou selon la formule de M. Atias, de « distribuer l'utilité de la chose entre plusieurs personnes »⁶³⁴. De ce constat de la pluralité des contrats sur l'œuvre à l'idée que la mise à disposition du droit d'auteur serait limitée à une unique voie, il est un pas que franchira une importante doctrine. Le contrat en droit d'auteur serait nécessairement une forme de cession – le terme recouvrant aussi bien un transfert de droit qu'un démembrement – entrant dans la catégorie des contrats emportant un effet réel. Or, nous verrons que cette unité du contrat de droit d'auteur autour de la notion de cession ne correspond pas à la réalité de ces contrats. Il y aura donc lieu de réaffirmer l'identité propre du contrat de licence, en le distinguant des formules de « cessions » dans lesquelles on tend actuellement à le fondre (*Chapitre 2 – La concurrence des qualifications et les critères de distinction de la licence et de la cession.*).

⁶³² B. Vial-Pedroletti, J.-Cl. Civil Code, art. 1708 à 1762, fasc. 85 : Bail d'habitation. – Généralités. – Définition du contrat de bail.

⁶³³ Cass. req., 13 mai 1925, Gaz. Pal. 1925, 2, p. 300, également cité par B. Vial-Pedroletti, *op. cit.*

⁶³⁴ Ch. Atias, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd. Litec, 2007, n^o 4, p. 2.

Ces débats touchent les qualifications, le contenu et la nature de l'objet étudié, autant de questions de *fond*. Leur étude impose que soit levé préalablement un obstacle intellectuel, mais de pure *forme*, que l'on oppose régulièrement à cette étude : la licence est-elle seulement autorisée en l'état du droit positif ? (*Chapitre Introductif – La licence de droit d'auteur, accueillie par le droit positif*).

Chapitre Introductif – La licence de droit d'auteur, accueillie par le droit positif

Chapitre 1 – Le critère de qualification et l'identification du contrat de licence

Chapitre 2 – La concurrence des qualifications et les critères de distinction de la licence et de la cession

Chapitre Introductif – La licence de droit d'auteur, accueillie par le droit positif

113. Plan. Le contrat de licence de droit d'auteur a ceci de particulier qu'étudier son contenu présuppose de prendre position quant à l'admission de son existence. La chose semble sous-entendue pour tout contrat ou tout objet de droit soumis à l'étude ; mais l'intérêt d'étudier la licence de droit d'auteur tient pour partie au fait de la contestation de son existence même par une large partie de la doctrine actuelle⁶³⁵. L'étude de la licence de droit d'auteur, qualification et régime, doit être précédée de la preuve de son existence. Or, prouver l'existence de la licence de droit d'auteur nous conduira à examiner des arguments de fond. Les arguments déployés seront ici plus formels : si nous vérifions l'existence de la licence, qualifiée de location, en tant que formule distincte de la cession, contrat à effet réel, l'état du droit positif autorise-t-il seulement l'existence de cette formule contractuelle ? La question est sans doute académique et l'on peut s'étonner de cette interrogation sur la possibilité d'une opération contractuelle dont les traits apparaissent de façon aussi visible dans la pratique, la doctrine, la jurisprudence, mais aussi dans les textes. Ce chapitre introductif se devra donc d'apporter une réponse à cette forme fréquente de déni de l'existence de la licence de droit d'auteur. *L'argument tiré de l'absence de la licence de droit d'auteur au profit de l'évocation de la seule cession dans les textes, afin de nier l'existence de ce contrat, présente deux*

⁶³⁵ V. Pour un tableau des différentes réceptions de la notion de licence chez les auteurs contemporains : Partie I, Titre I, Ch. 1 (*supra* n° 12 et ss.).

« qualités » : l'argument est d'une part inexact (Section 1) ; il est, d'autre part, indifférent (Section 2).

Section 1 – L'inexactitude de l'argument textuel contrariant l'existence de la licence

114. Plan. L'argument une fois présenté (§ 1), sera réfuté (§ 2).

§ 1 – Thèse de l'impossibilité légale d'une licence en droit d'auteur

115. L'affirmation selon laquelle le Code de la propriété intellectuelle, dans son livre premier consacré au droit d'auteur, ne connaîtrait que la cession à l'exclusion de toute autre qualification, est très répandue. On la retrouve comme l'on pouvait s'y attendre chez les auteurs doutant de l'existence de la licence, mais également chez nombre des partisans de cette institution⁶³⁶. Le constat est déjà opéré par Desbois qui, après avoir opposé les formules de cession et de licence, indique à propos de leur transposition au droit d'auteur : « Jamais la notion de concession n'est venue sous la plume des rédacteurs de la loi du 11 mars 1957, alors qu'au contraire, à maintes reprises, a été employée l'expression qui évoque un transfert de propriété. »⁶³⁷. Ce faisant, Desbois accompagne son constat de l'absence de « concession » dans les textes par une mise en cause de la signification juridique du terme de « cession », tel qu'employé par cette même loi⁶³⁸. Cette position nuancée, partagée par d'autres commentateurs⁶³⁹, s'appuyait essentiellement sur l'obligation d'exploitation, incompatible avec l'idée d'une cession pure et simple. Or, tout en comprenant bien l'intérêt de cette position en ce qu'elle souligne une inadéquation des textes à la réalité de ces contrats, nous serons amenés plus loin à lui opposer une critique. En effet, nous verrons en seconde partie que cette analyse n'évite pas la confusion entre d'une part, la mise à disposition du droit d'auteur, et d'autre part le contrat organisant son exploitation. En effet, le contrat d'édition, par exemple, n'est ni une cession ni une licence⁶⁴⁰ : la recherche d'une telle qualification est

⁶³⁶ Sur cet état de la doctrine, v. *supra* n° 37 et ss.

⁶³⁷ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 491, p. 606 et s.

⁶³⁸ *Ibid.* p. 608.

⁶³⁹ Citons par exemple A. Tournier, Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?, *RIDA*, juill. 1958, XX, p. 3. (v. spéc. p. 19) ; R. Fernay, La cession et le contrat d'édition, *RIDA*, avril 1958, n° 19, p. 257.

⁶⁴⁰ Donc, il n'est ni une location, ni une vente ou un simple usufruit contractuel.

vaine. En revanche, le contrat d'édition est un contrat nommé du CPI, qui intègre nécessairement en son sein soit une cession, soit, cela semble plus vraisemblable, une licence.

Sur le même constat de la carence du CPI, nous avons par exemple déjà relevé la position de MM. Lucas quant à la distinction entre cession et licence : « le Code de la propriété intellectuelle n'y fait aucune allusion, utilisant obstinément le terme de cession »⁶⁴¹. Ces auteurs semblent en revanche attacher une véritable valeur juridique à ce choix : l'utilisation du terme de cession apparaît comme la volonté du législateur d'exclure la concession – licence, et plus généralement toute différence de nature entre les diverses possibilités de « démembrement » du droit d'auteur⁶⁴². L'affirmation est reprise par la plupart des observateurs de la législation française, pourtant en faveur de la licence. C'est par exemple le cas de M. Caron, qui tout en constatant l'existence du contrat de licence, indique que le CPI semble ne connaître que la cession⁶⁴³ et regrette la « clandestinité » de la première⁶⁴⁴. Sans exhaustivité inutile, on citera encore en ce sens M. Pollaud-Dulian⁶⁴⁵ ou MM. Vivant et Bruguière⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n°567, p. 430. – En ce sens, v. B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 23, p. 25 : « (...) l'exploitation des droits peut se faire sous forme d'une licence ou d'une cession en propriété industrielle, tandis que la loi ne parle que de cession en propriété littéraire et artistique. ». V. également, n° 442 et ss. – L'auteur, dont nous ne souhaitons pas caricaturer la pensée, précise toutefois au vu de l'état de la doctrine récente : « On le constate, bien qu'elle ne soit pas envisagée par le législateur, la dichotomie entre cession et licence a envahi la propriété littéraire et artistique. » (n° 445). *Adde* : Y. Gaubiac, *Pratique contractuelle. Les contrats internationaux de droit d'auteur*, CCE juill. 2011, 12.

⁶⁴² A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 567.

⁶⁴³ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec 2009, n° 297. – *Adde* : M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli, C. Wallaert, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003, p. 45, définition du mot « cession » en droit français : « Bien que la cession soit seule visée dans la loi, dans la pratique, on tend à parler de licence ou de concession quand le bénéficiaire de l'acte ne jouit pas du monopole de l'exercice des droits cédés ; de licence, encore, quand la cession ne porte que sur des droits « secondaires », tels les droits de « merchandisage » (*sic*) ». – Ch. Geiger, in : M. Bouyssi-Ruch, Ch. Geiger, R.M. Hilty (dir.), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe, Rencontres franco-allemandes*, Litec – Editions du JurisClasseur, 2007, *Le droit des affaires* n° 29, p. 522 : « Afin de faciliter une harmonisation européenne, il serait souhaitable de reconnaître, à côté de la cession (seul terme utilisé dans le Code français de la propriété intellectuelle), la concession de droit d'auteur (« licence »), n'opérant aucun transfert de propriété au profit de l'exploitant. Ces différentes qualifications contractuelles existent dans de nombreux pays européens et sont reprises dans de nombreux textes communautaires. ».

⁶⁴⁴ V. le commentaire de Ch. Caron d'un arrêt reconnaissant la licence à travers le terme d'autorisation : Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009, n° 07-21.498, F-D, SARL Cédric Brochier Soieries c. Carrasset-Marillier : *JurisData* n° 2009-046658. obs. Ch. Caron, CCE avril 2009, comm. 32 : « Le bénéficiaire d'une simple autorisation d'exploitation ne peut pas agir en contrefaçon ».

⁶⁴⁵ F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 975 : « Bien que le Livre 1^{er} du Code n'emploie que le terme de « cession », il est admis que l'auteur peut aussi bien céder que concéder le droit d'exploiter son œuvre (licence d'exploitation) : « qui peut le plus peut le moins... » ; v. du même auteur : *Propriété intellectuelle - La propriété industrielle*, Economica, 2011, n° 1119.

⁶⁴⁶ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 642. – Plus nuancée quant à l'utilité de la distinction : N. Mallet-Poujol, *La création multimédia et le droit*, 2^e éd. Litec, 2003, n° 218 et ss.

§ 2 – Réfutation de la thèse par l’observation des textes

116. Plan. Ces affirmations peuvent-elles soutenir une confrontation avec les textes ? En un sens, oui, car il est vrai que la partie législative du Livre I^{er} du CPI ne contient pas expressément les termes de « concession » ou de « licence ». Ces affirmations nous semblent toutefois doublement contestables : d’une part, si ces deux termes sont bien ignorés de la partie législative du Livre I^{er} du CPI relatif au droit d’auteur, il serait inexact de considérer l’usage du terme de « cession » comme exclusif de tout autre. Au contraire, le CPI témoigne d’une réelle diversité de formules qu’il conviendra d’analyser (*I*). D’autre part, nous retrouverons la licence dans des domaines autres que le droit d’auteur, mais entretenant avec lui des liens particuliers. Nous traiterons en particulier de la consécration légale récente de la licence dans le domaine voisin du droit des dessins et modèles, pour montrer en quoi cette admission est une reconnaissance textuelle, indirecte mais dépourvue d’ambiguïté, de la licence en droit d’auteur (*II*).

I – La pluralité des notions employées dès la loi du 11 mars 1957, puis au Livre I^{er} du CPI

117. Tout d’abord, notons qu’il est inexact d’affirmer que seul le terme de cession apparaisse dans la loi. Certes, nous pouvons passer outre le terme de « transmission », employé dans son acception contractuelle⁶⁴⁷ à l’article L. 131-3 du CPI. En effet, suggérant un transfert de droit réel, il s’apparente bien à la notion de cession. Mais d’autres termes marquent une rupture avec l’idée de contrat à effet réel.

118. L’usage de la notion de concession par le Livre 1^{er} de la partie réglementaire du CPI. La reconnaissance incidente de la licence de droit d’auteur par les textes. Pour un emploi exprès du terme de « concession » à propos de droit d’auteur dans le CPI, on mentionnera tout d’abord cet article relatif au nantissement de logiciel qui évoque la concession du droit d’auteur sur le logiciel⁶⁴⁸. L’argument pourra ne pas paraître décisif, dans la mesure où le nantissement de logiciel n’est pas à proprement parler un contrat

⁶⁴⁷ Par opposition à la notion technique de transmission : par ex. pour la transmission télévisée de l’œuvre à l’article L. 122-2 du CPI, conçue comme un acte de représentation de celle-ci.

⁶⁴⁸ Article R. 132-11 al. 1^{er} du CPI : « Les actes ayant pour effet de modifier ou d’anéantir les droits publiés du débiteur et du créancier, tels que, notamment, la cession, *la concession d’un droit d’exploitation*, la cession du nantissement ou la renonciation à ce dernier, ainsi que les demandes en justice et les décisions judiciaires définitives relatives à ces droits, sont inscrits à la demande de l’une des parties à l’acte. ».

d'exploitation du droit d'auteur, et que cette allusion à la concession ne figure que dans la partie réglementaire du CPI. Néanmoins, si les dispositions propres au droit d'auteur contenues au Livre I^{er} de la partie législative du CPI ne contiennent certes pas les termes de licence ou de concession, il est inexact d'affirmer que seule la cession fait l'objet d'une attention de la part des rédacteurs de ce code. Cet article n'a certes pas pour objet d'attribuer un régime particulier à l'opération de licence ; il prend néanmoins acte de son existence dans une pratique préexistante.

119. L'usage de la notion d'autorisation par le CPI. Plus décisif, l'article L. 132-18 du CPI définissant le contrat de représentation, l'un des grands contrats nommés par ce code, emploie la notion d'autorisation et non celle de cession : « Le contrat de représentation est 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. / 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. ». D'autres dispositions utilisent le terme d'autorisation, dans divers domaines dont l'édition⁶⁴⁹, le logiciel⁶⁵⁰ et plus généralement l'exercice du droit de représentation⁶⁵¹. Sont concernés des actes couverts par le droit d'auteur, nécessitant donc une mise à disposition par l'auteur, sans laquelle l'exploitation par un tiers serait contrefaisante. Ainsi, à l'article L. 331-1-3 du CPI relatif à l'évaluation des dommages et intérêts redevables à la victime d'actes de contrefaçon, il est précisé qu'en dehors du mode d'évaluation de principe, « 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

⁶⁴⁹ Article L. 121-8 du CPI : « L'auteur seul a le droit de réunir ses articles et ses discours en recueil et de les publier ou d'en autoriser la publication sous cette forme. » ; *Adde* : article L. 132-16 du CPI.

⁶⁵⁰ *La notion d'autorisation apparaît en matière de logiciel pour couvrir des actes relevant du droit d'auteur.*
Article L. 122-6 du CPI : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser : 1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur ; ».

⁶⁵¹ Article L. 131-2 CPI : « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. ». –

Article L. 132-20 CPI : « Sauf stipulation contraire : 1° L'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne ne comprend pas la distribution par câble de cette télédiffusion, à moins qu'elle ne soit faite en simultané et intégralement par l'organisme bénéficiaire de cette autorisation et sans extension de la zone géographique contractuellement prévue ; (...) ».

été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé *l'autorisation* d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ». Le terme de cession, pourtant techniquement envisageable dans ces cas, n'est pas employé. Il semblerait d'ailleurs tout à fait inadapté à ces formules, telle que « autorisation gratuite d'exécution » de l'article L. 131-2 du CPI qui, ni définitive, ni exclusive, s'accorde bien mal avec l'idée d'une cession - vente.

120. « L'autorisation » visée par le CPI n'est pas une qualification contractuelle. Quelle portée accorder à l'usage répété du terme d'« autorisation » dans le CPI ? Celui-ci a-t-il vocation à désigner une qualification exactement opposée aux cas d'usage de la notion de cession, dans les contrats d'édition et de production audiovisuelle ainsi que dans les dispositions générales du Chapitre I, Titre III du Livre I^{er} de ce code ? Il est vrai qu'elle marque une rupture, une différence lorsqu'elle apparaît dans le CPI et ne saurait se voir substituer la notion de cession. Par ailleurs, il a été rappelé l'étymologie même de la notion de licence : la *licencia* signifie l'« autorisation »⁶⁵². Il serait alors séduisant de voir dans les nombreuses « autorisations » régies ou évoquées par le CPI de stricts synonymes de licences. Cette solution, qui a pour elle l'apparence de l'évidence, doit néanmoins être rejetée. Pas plus que le terme de cession, ceux de « transfert » ou d'« autorisation » n'ont vocation à qualifier l'opération contractuelle en droit d'auteur. Nous montrerons en seconde partie que les principaux modes d'exploitation, contrats spéciaux nommés par le CPI, ont en principe vocation à accueillir une cession comme une licence, indépendamment du terme choisi par le législateur pour désigner la mise à disposition du droit. Tout comme nous avons rejeté la pertinence de l'emploi du terme « cession » pour des opérations n'entraînant pas d'effet réel, la notion d'autorisation ne saurait constituer une qualification contractuelle à part entière, et encore moins le rattachement à une formule du Code civil. L'« autorisation » telle qu'employée par le CPI dans les contrats spéciaux d'exploitation sera le plus souvent une licence, mais non nécessairement.

121. Si l'autorisation ne correspond pas à une qualification précise, issue des contrats spéciaux du Code civil, peut-on néanmoins la rattacher à la tentative de systématisation ainsi conduite par un auteur : « L'autorisation est un acte juridique unilatéral par lequel un agent, l'autorisant, accorde au titulaire d'une prérogative la possibilité de l'exercer, après avoir vérifié que l'activité projetée respectait la protection de certains intérêts,

⁶⁵² M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 642. V. notre introduction générale n° XI.

recherchés par la norme qui exige un contrôle préalable »⁶⁵³ ? Si l'on reconnaît les idées d'acte qui lève une interdiction et celle de faculté octroyée⁶⁵⁴, pourquoi pas. L'auteur évoque d'ailleurs, à titre d'illustrations, les formules du CPI⁶⁵⁵. Mais on s'éloigne fondamentalement des contrats qui nous intéressent par le recours à la notion d' « acte unilatéral ». Par ailleurs, la question de la « titularité » de la prérogative censée préexister chez le bénéficiaire de l'autorisation dont seul l'exercice était interdit⁶⁵⁶ semble bien étrangère aux formules contractuelles que nous étudions.

122. En fait, l'utilisation du terme d'autorisation apparaît davantage comme une illustration du renoncement du législateur à qualifier le contrat de droit d'auteur, que comme une qualification à proprement parler. Nous ne relevons dans le terme d' « autorisation » tel qu'employé dans le CPI pas plus de fonction qualifiante que dans celui de « cession » ou de « transmission ». L'utilisation du terme d'autorisation sera tout au plus un élément soulignant l'inadéquation de la notion de cession *stricto sensu* aux opérations concernées, davantage que la manifestation de l'exacte dichotomie que nous prescrivons entre cession et licence.

123. Autorisation et « cession » du CPI. La cession peut être la fidèle transposition de la vente, ou par extension, du contrat à effet réel en droit d'auteur. Cependant, nous relevons régulièrement dans ces lignes que la « cession » telle qu'utilisée en pratique et par le CPI fait également figure de notion générique, désignant sans distinction tout contrat autorisant l'exploitation d'une œuvre. Dans ce dernier cas, on préférera utiliser le terme d'autorisation à celui de cession. Certes, ce dernier terme est utile (car il rassemble une catégorie d'actes ayant en commun une œuvre) mais il serait délicat de déceler derrière cette *terminologie*, une *réalité* conceptuelle⁶⁵⁷. Le terme est surtout trompeur dans la mesure où le sens qu'on lui prête en droit d'auteur ne correspond pas nécessairement à celui du droit

⁶⁵³ B. Thullier, *L'autorisation Etude de droit privé*, LGDJ, 1996, n° 385.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, n° 55 et ss.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, n° 12.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, n° 22.

⁶⁵⁷ Distinguant des « définitions terminologiques » et des « définitions réelles » : G. Cornu, Les définitions dans la loi, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77. La définition de la cession comme notion apte à saisir toute forme d'autorisation d'utiliser une œuvre relèverait plus du premier type que du second. Sur cette distinction, v. également : J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255, n° 8. – Recourant également à la notion de *réalité* en matière de définitions, v. H. Batiffol, Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35.

commun. C'est pourquoi, afin de désigner le contrat par lequel le titulaire d'un droit permet à autrui d'en user, sans nous avancer sur la qualification de l'acte, on préférera le terme plus neutre d'autorisation.

II – La consécration de la licence des droits voisins et de la licence de dessins et modèles, appelant la consécration de la licence en droit d'auteur

A – Licence et droits voisins du droit d'auteur

124. Pour rester dans un domaine voisin du droit d'auteur, on notera tout d'abord, au sein du Livre deuxième du CPI, l'utilisation de la notion d'autorisation à l'article L. 212-3 (ou de « contrat valant autorisation » à l'article L. 212-11 du CPI) relatif aux droit des artistes interprètes ; c'est ce même terme et non celui de cession, qui est employé en jurisprudence. Le constat est le même pour d'autres titulaires de droits voisins (pour les producteurs de phonogrammes, article L. 213-1, et de vidéogrammes, article L. 215-1 ; les entreprises de communication audiovisuelle, article L. 216-1). Le terme de « licence » est employé à l'article L. 331-1 du Titre 3 « Procédures et sanctions », pour qualifier les opérations du Titre 2 précité. S'il est explicitement admis que les droits voisins sont l'objet de licence, il semble cohérent que les droits d'auteur puissent faire l'objet de la même convention.

B – Licence et droit des dessins et modèles

125. On trouve au livre V du CPI un véritable fondement textuel à la licence en droit d'auteur, fondement indirect donc, mais décisif. Le terme de *concession* apparaît récemment dans la loi en matière de dessins et modèles depuis l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 dont l'article premier est codifié à l'article L. 513-2 du CPI. Celui-ci dispose désormais : « Sans préjudice des droits résultant de l'application d'autres dispositions législatives, notamment des livres I^{er} et III du présent code, l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder. ». La notion de concession ou licence apparaît ici dans un texte fondamental de la matière puisqu'il introduit l'énoncé des droits du déposant de dessin ou modèle industriel⁶⁵⁸. Plus récemment,

⁶⁵⁸ La doctrine avait déjà admis les cessions et les licences de dessins et modèles alors que les textes ne les mentionnaient pas expressément. Voir par ex. A. Chavanne, J.-J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 5^e éd., 1998, n° 804 et n° 806, admettant licences de dessins et modèles comme de droit d'auteur malgré

la licence se voit attribuer un élément de régime juridique, et n'est plus seulement évoquée, au sujet de la désignation des droits propres du licencié dans le cadre de l'action en contrefaçon. Citons l'article L. 521-2 du CPI issu de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 : « *L'action civile en contrefaçon est exercée par le propriétaire du dessin ou modèle. Toutefois, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en contrefaçon si, après mise en demeure, le propriétaire du dessin ou modèle n'exerce pas cette action.* »

Toute partie à un contrat de licence est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par une autre partie afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre. ».

L'article cité doit être lu avec l'article L. 513-3 modifié par la LME, Loi de modernisation de l'économie (loi n° 2008-776) du 4 août 2008 *in fine* : « (...) *Le licencié, partie à un contrat de licence non inscrit sur le registre national ou international des dessins et modèles, est également recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par le propriétaire du dessin ou modèle afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre.* »⁶⁵⁹.

126. Que conclure de ce constat ? En quoi la consécration législative de la licence de dessins et modèles sert-elle la reconnaissance de la licence de droit d'auteur ?

Le raisonnement peut être exposé comme suit : *à un cumul de protection doit nécessairement correspondre un cumul de contrats, et à ce cumul de contrat sur une même création, une identité des qualifications contractuelles.*

« l'absence de texte » (Cette analyse est maintenue dans la 6^e édition « par » J. Azéma et J.-Ch. Galloux datant pourtant de 2006 : J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^e éd. 2006, n° 1270). – Ce manque originel doit cependant être relativisé. En effet, le Décret n° 92-792 du 13 août 1992 relatif aux dessins et modèles déposés (dont la rédaction est reprise à l'identique par le Décret n° 2007-731 du 7 mai 2007 - art. 9 JORF 8 mai 2007) codifié à l'art. R. 512-15 CPI disposait déjà en son article 14 : « Les actes modifiant la propriété d'un dépôt de dessin ou modèle ou la jouissance des droits qui lui sont attachés, tels que cession, concession d'un droit d'exploitation, constitution ou cession d'un droit de gage ou renonciation à ce dernier, saisie, validation et mainlevée de saisie, sont inscrits à la demande de l'une des parties à l'acte. ». Il s'agissait donc bien d'une reconnaissance textuelle de la pratique de ces opérations.

⁶⁵⁹ Enfin, on notera qu'à l'instar de notre constat quant à la partie réglementaire du Livre I^{er} du CPI, d'autres articles de la partie réglementaire du Livre V évoquent depuis leur origine (un Décret 95-385 du 10 avril 1995) la concession de dessins et modèles. C'est le cas de l'article R. 512-9-1 *in fine* du CPI relatif au retrait de la demande d'enregistrement : « (...) La déclaration indique s'il a été ou non concédé des droits d'exploitation ou de gage. Dans l'affirmative, elle doit être accompagnée du consentement écrit du bénéficiaire de ce droit ou du créancier gagiste. ». On citera également l'article R. 512-15 al. 1^{er} : « Les actes modifiant la propriété d'un dépôt de dessin ou modèle ou la jouissance des droits qui lui sont attachés, tels que cession, concession d'un droit d'exploitation, constitution ou cession d'un droit de gage ou renonciation à ce droit, saisie, validation et mainlevée de saisie, sont inscrits à la demande de l'une des parties à l'acte, ou, s'il n'est pas partie à l'acte, du titulaire du dépôt au jour de cette demande. ».

127. Le cumul des protections (ou des réservations) sur le fondement du droit d'auteur et du droit des dessins et modèles. Ces textes ne figurant que dans le Livre V du CPI relatif aux dessins et modèles, en quoi cela supposerait-il que la même formule existe en droit d'auteur ? *A priori* en rien : alors que la licence est mentionnée au livre VI relatif aux brevets et au livre VII relatif aux marques, cette présence hors du Livre I^{er} serait justement un argument pour écarter la licence en droit d'auteur. En effet, la licence de marque ou la licence de brevet, légiférées, sont comparées à la licence de droit d'auteur, textuellement absente du Livre I^{er}⁶⁶⁰.

Dans ce sens, M. Passa a également observé que la consécration de la licence aux côtés de la cession en droit des dessins et modèles contribuait « un peu plus à rapprocher le droit des dessins et modèles » du droit des brevets et des marques « et à le décrocher du droit d'auteur. »⁶⁶¹. L'affirmation est à relier au constat traditionnel selon lequel la diversité des formules contractuelles serait admise en propriété industrielle et absente du droit d'auteur. Or, il nous semble qu'une analyse différente puisse être menée. En effet, la reconnaissance d'une pluralité de qualifications contractuelles en dessins et modèles ne contribue pas à « décrocher » le droit des dessins et modèles du droit d'auteur, mais à l'émanciper d'une *certaine idée* du droit d'auteur. La reconnaissance légale de la licence de dessins et modèles constitue au contraire une occasion de révéler la véritable nature des contrats du droit d'auteur. Voyons à présent de quelle manière.

128. Le droit des dessins et modèles est toujours étroitement lié au droit d'auteur. Nombreux sont les points de régime qui se chevauchent, qu'il s'agisse de certaines conditions de fond de la protection, des objets protégés, ou encore des actes d'exploitation réservés au titulaire du droit⁶⁶². Ainsi, un auteur éminent a pu remarquer à propos des conditions énoncées à l'article L. 511-2 du CPI, de nouveauté (v. article L. 511-3) et de caractère propre (v. article L. 511-4) : « Ces deux conditions apparemment distinctes se recoupent largement et ne sont

⁶⁶⁰ Par ex. : A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 567 ; J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd. Litec, 2007, n° 445.

⁶⁶¹ J. Passa, *Droit de la propriété industrielle. Tome 1. Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, 2^e éd., LGDJ, 2009, n° 760.

⁶⁶² Comp. l'article L. 513-4 du CPI : « Sont interdits, à défaut du consentement du propriétaire du dessin ou modèle, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation, ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle. » et l'art. L. 122-3 : « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. / Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique. Pour les œuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type. ».

évidemment pas sans parenté avec l'originalité du droit d'auteur : toujours le « petit plus » qui différencie une œuvre d'une autre. »⁶⁶³. On a d'ailleurs pu critiquer une confusion certaine dans l'application prétorienne de ces critères⁶⁶⁴. Ensuite et surtout, cette ressemblance au stade des conditions de fond de la protection est concrétisée par le principe d'unité de l'art qui permet qu'une création protégée au titre du Livre V suite à un dépôt régulier fasse également l'objet d'une protection automatique au titre du droit d'auteur, pour autant que les conditions de protection du droit d'auteur soient réunies (en effet, la doctrine conclut très majoritairement que ce cumul n'est pas « total » mais simplement partiel⁶⁶⁵).

129. Cumul de protection et « cumul de contrats ». La situation n'échappe pas à la pratique, et il s'en suit qu'un contrat de licence comme de cession de dessins et modèles comportera le plus fréquemment une clause relative au droit d'auteur, généralement intitulée « droit d'auteur » et employant le terme de « cession », ou se pliera aux exigences de formalisme ou de rémunération proportionnelle propres au droit d'auteur⁶⁶⁶. En effet, on a vu que les actes réservés au titulaire du droit d'auteur recouvrent en partie les actes réservés au déposant d'un dessin ou modèle. Il en va logiquement de même lorsque le droit d'accomplir

⁶⁶³ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, 6^e éd., 2007, n° 104 (non repris dans l'édition suivante).

⁶⁶⁴ Voir par ex. la note critique de P. Kamina sous Cass. com. 28 janv. 2003, « Nouveauté = originalité. Nouvelle victime de l'unité de l'art », *Prop. ind.*, avril 2003, p. 28, n° 32.

⁶⁶⁵ Il est à ce jour admis par la doctrine majoritaire que le cumul de protection résultant du principe de l'unité de l'art ne saurait être « total ». Ainsi, un dessin ou modèle déposé n'est pas systématiquement protégé par le droit d'auteur s'il ne vérifie pas la condition d'originalité. En ce sens : P. Kamina, *Le nouveau droit des dessins et modèles*, *D. Aff.*, 2001, n° 40, p. 3258 : « les critères de nouveauté et d'originalité sont en effet distincts et correspondent à deux monopoles qui, s'ils se cumulent, n'en restent pas moins indépendants. Ils doivent être appliqués distributivement selon le droit invoqué. Cumul n'est pas assimilation. » ; J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^e éd., 2006 ; M.-A. Pérot-Morel, À propos du maintien de l'unité de l'art dans le nouveau droit des dessins et modèles, *Prop. ind.* n° 4, avril 2005, Etude 8, p. 9 ; J. Raynard, *Du nouveau droit français des dessins et modèles : de l'influence de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur le principe de l'unité de l'art.*, *Prop. ind.*, avril 2002, *Chron. 2*, p. 9. En ce sens, rappelant qu'il s'agit d'un cumul, c'est-à-dire d'une juxtaposition et non d'une confusion des protections, un modèle pouvant n'être pas protégé par le droit d'auteur : J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007, n° 366, p. 148 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle. Tome 1. Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, 2^e éd., LGDJ, 2009, n° 673 et n° 675.

– *Contra* : Selon MM. Greffe, la règle du cumul total serait entièrement maintenue ; tel serait le choix français, unique en UE, réalisé lors de la transposition de la directive. La conséquence est que « le cumul total signifie que les conditions de protection de l'œuvre, c'est-à-dire le degré de créativité requis de l'œuvre au sens le plus large du mot, sont les mêmes que l'on se place sur le terrain du droit d'auteur ou sur celui des dessins et modèles. », P. et F. Greffe, *Traité des dessins et modèles*, 8^e éd. Litec, 2008, n° 165 et s.

⁶⁶⁶ Sur ce constat, voir, par ex. J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *op. cit.*, n° 445 ; P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Gualino, 2007, n° 343 ; P. Tréfigny, *Les contrats d'exploitation*, in *Propriétés intellectuelles : unité ou diversité ? Colloque Grenoble 28 nov. 2003*, *JCP E*, 14 oct. 2004, n° 42, *Cahiers du droit de l'entreprise* n° 4, p. 16. – Pour le même constat assorti d'une critique de l'application de ces dispositions inadaptées aux contrats d'exploitation des créations d'art appliqué : M.-A. Perot-Morel, *Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux dessins et modèles industriels*, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 337 (spéc. p. 339) ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, *op. cit.*, n° 762. – Sur cette question du cumul : v. *infra* n° 708.

ces actes est mis à la disposition d'un tiers par un contrat. Ainsi, à la mise à disposition de la création protégée au titre du dépôt doit correspondre une mise à disposition du droit d'auteur, autre mode de réservation attaché à cette même création. Cette double protection apparaît à juste titre comme une mesure de protection du créateur qui n'a pas vocation à être nécessairement le déposant, elle est aussi une conséquence nécessaire du chevauchement des deux régimes de protection, par leur contenu et leurs effets⁶⁶⁷. Il est en effet peu envisageable que l'exploitation d'un modèle de mode, d'un dessin destiné à orner un ustensile de papeterie, un conditionnement, etc. – satisfaisant par ailleurs à la condition d'originalité – ayant fait l'objet d'une licence de dessins et modèles se voit entravée au motif d'une revendication de l'auteur (qu'il soit ou non le donneur de licence de dessins et modèles) sur le fondement du droit d'auteur. Nous croyons que cette situation est évitée dans la mesure où à un cumul de protections de la création doit nécessairement correspondre un « cumul de contrats », lorsque celle-ci vient à être exploitée⁶⁶⁸. La mise à disposition de dessins et modèles s'accompagne nécessairement, fût-ce implicitement⁶⁶⁹, de la mise à disposition de l'œuvre de l'esprit correspondant aux mêmes usages de reproduction.

130. Cumul de contrats et identité de qualifications. Il semble rationnel qu'à un cumul de contrats pour l'exploitation d'une création réservée à deux titres à des conditions données, corresponde une identité de qualification contractuelle. En raison de cette identité, pour chaque opération, les conditions d'exclusivité et de durée de la mise à disposition du droit d'auteur se doivent d'être calquées sur la mise à disposition du dessin et modèle. Les conditions de ces contrats « jumeaux » – licence de dessin ou modèle et licence de droit d'auteur – doivent éviter à l'auteur la cession systématiquement définitive et exclusive de son droit d'exploitation sans réelle contrepartie, alors que la cession du dessin est limitée par la durée relativement courte du droit qui est, sous condition de renouvellement, de 25 ans.

131. A ce cumul de conditions correspond nécessairement un cumul de qualifications. Si le contrat sur dessin et modèle est qualifié de licence, l'œuvre mise à disposition pour assurer la sécurité juridique de l'exploitation de cette même création devrait

⁶⁶⁷ Nous verrons dans notre seconde partie que cette autorisation concernant le droit d'auteur devrait pouvoir échapper au formalisme des contrats spéciaux d'exploitation du droit d'auteur, et que la licence de droit d'auteur correspondant à la licence de dessins et modèles devrait en suivre les principales modalités, notamment quant à l'exclusivité et à la durée.

⁶⁶⁸ Inversement, à l'action en contrefaçon, sera invoquée la violation au titre des deux régimes : droit d'auteur et dessins et modèles.

⁶⁶⁹ Sur les licences tacites, v. *infra* spéc. n° 701 et ss.

l'être sous la même qualification de licence. Il serait peu compréhensible que les droits différents, correspondant à deux fondements d'appropriation, deux mécanismes de réservation d'une même création, fassent l'objet, pour des actes d'exploitation donnés aux conditions de durée ou d'exclusivité identiques, d'une concession sur le fondement du Livre V du CPI et d'une véritable cession sur le fondement du Livre I. *La licence de dessin et modèle, expressément légiférée, s'accompagne donc nécessairement d'une licence de droit d'auteur, pouvant être tacite, limitée aux mêmes usages.*

132. Le régime des dessins et modèles, facteur de la qualification de licence en droit d'auteur. Autre point : si aucune cession définitive n'est stipulée quant au droit d'auteur, on doit considérer que la mise à disposition du droit d'auteur accompagnant implicitement celle du dessin ou modèle est nécessairement une licence. Exclusive ou non, elle devrait nécessairement suivre le sort de la licence de dessin et modèle, et sa durée limitée par la durée de vie du droit lui-même : 5 ans, renouvelables dans la limite de 25 ans. (article L. 513-1 du CPI). *Toute mise à disposition implicite du droit d'auteur à l'occasion d'un contrat sur dessin et modèle est nécessairement une licence.* Quand bien même le dessin ou modèle serait cédé, cette cession serait limitée par la durée de vie du droit issu du dépôt. Il s'ensuit que la mise à disposition du droit d'auteur serait pareillement limitée très en deçà de sa durée légale, et donc qualifiée de licence⁶⁷⁰. Il peut évidemment être fait échec à cette solution, que nous ne faisons que suggérer, par la stipulation expresse d'une licence du droit d'auteur pour une durée autre, ou même une cession définitive.

133. Conclusion. La reconnaissance d'une licence de dessins et modèles, en raison des liens étroits que ce régime entretient avec le droit d'auteur, constitue une reconnaissance – implicite – de la licence de droit d'auteur. L'argumentation *a contrario* permettant d'induire, de la reconnaissance de la licence de brevet et de marque, l'inexistence de la licence de droit d'auteur n'autorise pas une telle comparaison avec les dessins et modèles, où la reconnaissance de la licence implique nécessairement une semblable reconnaissance en droit d'auteur. Nous concluons cette étape sur un constat : on ne saurait considérer que seule la cession est envisagée en droit d'auteur. D'une part, une certaine pluralité terminologique a pu être signalée au sein du Livre I^{er} du CPI ; d'autre part, la licence, explicite en droit des dessins et modèles, suppose l'admission de la formule en droit d'auteur

⁶⁷⁰ Sur ce critère de qualification de la licence, v. *infra* n° 375 et ss.

en raison des liens étroits qu'entretiennent les deux formes de réservation. Malgré ces arguments, on ne peut nier que le terme de « licence de droit d'auteur » n'apparaît pas en tant que tel dans la partie législative du Livre I^{er} du CPI. Mais ce constat a-t-il seulement une portée ?

Section 2 – L'indifférence de l'argument textuel contrariant l'existence de la licence

134. Plan. La reconnaissance légale de la licence de droit d'auteur, quoiqu'envisageable, n'est pas une condition de sa validité (§ 1). Par ailleurs, la crainte de l'utilisation de la licence comme moyen de détournement des dispositions impératives du CPI s'avère infondée (§ 2).

§ 1 – L'inutile reconnaissance légale des qualifications contractuelles

135. Le rappel inattendu, quoique nécessaire, de principes anciens. L'argument de l'absence de mention expresse de « licence » ou de « concession » dans la partie législative du Livre I^{er} du CPI supposerait que l'existence d'un contrat et la reconnaissance de sa force obligatoire, voire de sa licéité nécessitent une énonciation explicite par la loi. Or, l'idée tranche singulièrement avec ce qui est classiquement – et justement – enseigné en matière de contrats spéciaux. On a en effet coutume de souligner le progrès, réalisé depuis l'ancien droit sur le droit romain, que représente l'admission de la pleine efficacité juridique des contrats innommés conclus sans formes particulières et hors des cadres réglementés⁶⁷¹. Il est à noter que cet argument, trouvant pour appui un simple non-dit

⁶⁷¹ V. not. : Pothier, *Traité des obligations selon les règles tant de la conscience que du for extérieur*, Tome I, Paris - Orléans, 1764, n°3, p. 8 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 2^e éd., 1933, n° 19, p. 11. – Pour une évocation rapide de la question : G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. II, *Obligations, contrat-responsabilité, Droits réels, biens-propriété*, LGDJ, 1957, n° 89, p. 38 ; M. Planiol, *Classification synthétique des contrats*, Rev. crit. lég. jur., 1904, n° 33, p. 470, pour cet auteur cependant, la nouveauté est à chercher dans les nouveaux objets et non dans les manières de se lier, déjà toutes contenues dans notre droit. – Pour quelques illustrations récentes, v., par ex. : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 4 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 3 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 10 ; J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 9 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 4 et ss. – Adde : D. Grillet-Ponton, *Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle*, D. 2000, Chron., p. 31. Cette question doit être reliée à l'admission de contrats innommés en droit d'auteur et à la notion même de contrat innommé. V. *infra* n° 519 et ss. et n° 621 et ss.

des textes, n'a pas connu la même audience en droit des dessins et modèles, où comme nous l'avons vu, l'absence de textes explicites pour un temps n'avait pas empêché la reconnaissance unanime des cessions et des licences⁶⁷². L'argument ne semble pas davantage repris dans les principaux ouvrages de droit des contrats spéciaux traitant de la question⁶⁷³. Il nous semblerait en effet contraire à la démarche de qualification contractuelle, d'usage dans ces écrits, consistant à souligner l'indifférence des textes quant à l'existence et la force obligatoire des contrats. Ainsi, comme le constate M. Huet : « En 1957, le législateur n'a pas voulu consacrer la dichotomie entre cession et concession, qui existe néanmoins par la force des choses, et reconnaître expressément l'existence de cessions de droit d'auteur aux côtés des concessions de droit d'exploitation. ». Cette remarque présente un double intérêt. Le premier est que la « géographie » des contrats d'auteur est tout à fait inversée par l'auteur : à lire M. Huet, c'est l'existence des *cessions* qui doit faire l'objet d'une démonstration, malgré l'état des textes, et non celle des *concessions / licences*, dont le mécanisme relève selon l'auteur des principaux contrats d'exploitation (édition, représentation, etc.). Le second est que cette réflexion confirme l'idée que nul n'est besoin d'une reconnaissance légale expresse pour l'existence d'une qualification contractuelle, et que le droit d'auteur n'échappe pas à cet état. Nous verrons ailleurs que les auteurs « contractualistes », lorsqu'ils contestent la pertinence de la distinction entre cession et licence en droit d'auteur, fondent bien davantage leur argumentation sur les spécificités de l'œuvre ou sur le caractère impératif de certains éléments de régime que sur l'absence du terme de « licence » au Livre premier du CPI.

136. Conclusion. Reconnaissons que s'il ne devait consister qu'en cela, il serait douteux que l'argument de l'absence de la licence de droit d'auteur dans la loi soit repris par tant d'auteurs. Le véritable argument est donc ailleurs. Le fait est que la majeure partie des dispositions contractuelles du Livre I^{er} du CPI, qui ignorent la licence, ont par ailleurs un caractère impératif. Cette circonstance constituerait-elle un obstacle à l'admission d'autres qualifications ?

⁶⁷² A. Chavanne, J.-J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, 5^e éd. Dalloz, 1998, n° 804 ; F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle, Montchrestien*, 1999, n° 975, p. 435 et s. ; P. et F. Greffe, *Traité des dessins et modèles*, 8^e éd. Litec, 2008, n° 1779.

⁶⁷³ Des auteurs, pourtant réticents à admettre l'existence d'une licence en droit d'auteur ou son rattachement à la location, ne font pas grand cas de cette différence entre contrats de droit d'auteur et contrats de propriété industrielle. Par ex. : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, 2011, n° 360 ; J. Huet, *op. cit.*, n° 21125. – Pour d'autres auteurs, partisans de la distinction entre cession et licence, voir : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 601 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 297, et la note n° 113.

§ 2 – La licence, une atteinte au régime impératif du CPI ?

137. Plan. Cette atteinte supposée pourrait être directe (I) ou indirecte (II). Dans les deux cas, nous tâcherons de la relativiser.

I – La licence, une atteinte directe au régime impératif du CPI ?

138. L’admission de la licence serait-elle, en soi, constitutive d’une violation des dispositions impératives de la loi ?⁶⁷⁴ Ce premier argument doit être rejeté. En effet, en ce qu’il a vocation à protéger l’auteur, le caractère d’ordre public de nombre de dispositions contractuelles ne saurait empêcher l’admission de licences. La licence est gouvernée par l’idée de retour du plein usage de l’œuvre dans le patrimoine de l’auteur. Ce trait qui, nous le verrons, l’oppose à la cession, est au contraire *l’instrument privilégié de la protection de l’auteur dans la mise en œuvre contractuelle de son droit*. Imposer une cession au motif que des dispositions de régime sont d’ordre public ne participe en rien de cet esprit protecteur de la loi, et va même à son encontre. On verra en seconde partie que la traditionnelle cession définitive rencontrée dans différents contrats organisant l’exploitation de l’œuvre ne participe aucunement de l’intérêt de l’auteur. Il en irait autrement si ce contrat d’exploitation comportait explicitement une licence exclusive. Il est donc incorrect de justifier le rejet de la licence par le caractère d’ordre public de la loi, en ce qu’il est lui-même justifié par sa finalité de protection de l’auteur.

A l’image d’autres régimes protecteurs d’une partie réputée plus faible que l’autre⁶⁷⁵, le régime impératif du droit des contrats d’auteur s’attache à des qualifications spécifiques issues de dispositions spéciales. Elles sont parfois, mais pas nécessairement, liées au fait pour l’auteur d’autoriser autrui à faire usage de son œuvre par une licence ou une cession. Par exemple, nous le verrons, certaines règles impératives sont liées à la qualification de contrats organisant un cadre d’exploitation de l’œuvre⁶⁷⁶. D’autres dispositions sont liées à l’existence

⁶⁷⁴ Pour une des premières analyses de la loi du 11 mars 1957 et un essai de délimitation des dispositions relevant de l’ordre public et des dispositions supplétives : A. Huguet, *L’ordre public et les contrats d’exploitation du droit d’auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962. Pour une vision plus générale sur la notion d’ordre public : S. Joly, *La création artistique et l’ordre public*, Thèse, Montpellier, 1999. – Pour une analyse des notions d’*ordre public* et de *règle impérative*, v. *infra* n° 260.

⁶⁷⁵ Par ex. le Code de la consommation, lorsqu’il vise indifféremment « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services » (v. notamment art. L. 111-1 C. conso.).

⁶⁷⁶ Par ex. l’obligation d’exploitation, ou encore le formalisme qui ne devrait s’appliquer qu’aux contrats d’édition, production audiovisuelle, représentation.

même d'une mise en œuvre contractuelle du droit d'auteur⁶⁷⁷. Mais l'application de ces règles est précisément conçue pour demeurer indifférente à la qualification de la mise en œuvre du droit d'auteur au sens civiliste (cession ou licence). Le choix entre ces deux formules ne met pas en jeu l'application des règles impératives, qui relève d'un autre degré de réflexion.

II – La licence, une atteinte indirecte au régime impératif du CPI ?

139. Un autre argument voisin du précédent consiste à voir dans la qualification même de licence le moyen indirect d'échapper au régime impératif du CPI, généralement protecteur de l'auteur. Cette démarche pratique est bien connue du droit privé, l'exemple le plus fréquemment cité étant celui de la convention d'occupation précaire, en ce qu'elle permet d'échapper au régime impératif du bail commercial ou d'autres régimes de baux ; elle fait à ce titre l'objet d'un contrôle étroit de la jurisprudence, qui n'hésite pas à procéder à des requalifications⁶⁷⁸. Dans notre matière, l'inquiétude fut soulevée à propos de l'application des règles de formalisme imposant la délimitation de la « cession » de droit d'auteur. Résumant bien cette crainte, un auteur affirme : « On ne peut donc admettre la possibilité d'une autre forme juridique d'exploitation que serait la licence sans ruiner la construction législative et les précautions prises pour délimiter l'objet de l'autorisation. »⁶⁷⁹. Illustrant bien le rôle de textes imprécis dans la difficulté à qualifier la mise à disposition du droit d'auteur, la même crainte est écartée par un autre auteur, mais depuis le postulat inverse : les contrats spéciaux du CPI (édition, production, représentation) seraient des concessions (licences). Et si selon cet auteur, les règles protectrices, ici l'exigence d'un écrit, d'ordre public, s'appliquent bien aux « cessions » à proprement parler, c'est parce qu'« il faut étendre l'exigence d'un écrit aux cessions par identité de motifs (...) »⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ C'est le cas du principe de rémunération proportionnelle (V. *infra* n° 796 et ss.) ou des obligations de garantie (v. *infra* n° 809 et ss.).

⁶⁷⁸ La validité de cette convention est néanmoins subordonnée à l'existence de causes objectives de précarité. Pour une description de la convention d'occupation précaire en ce qu'elle permet d'échapper au régime du bail commercial, pour des références récentes, voir notamment : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 8 et n° 518 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 361 ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et des sociétés*, 12^e éd. Economica, 2003, n° 658 ; C. Roy-Loustaunau, Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire, *RTD com.* 1987, p. 333.

⁶⁷⁹ S. Joly, *La création artistique et l'ordre public*, Thèse, Montpellier, 1999, n° 266.

⁶⁸⁰ J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 11197, note n°431.

140. On retiendra que les règles d'ordre public doivent s'appliquer aux opérations que la loi désigne : généralement tout transfert ou mise à disposition, qu'il s'agisse d'une cession ou d'une licence, parfois à certains contrats d'exploitation nommés seulement. Pour la même raison, on ne doit pas voir dans la licence un moyen de s'affranchir de ce régime impératif. Il a vocation à s'appliquer quelle que soit la qualification « civiliste » mise en œuvre, cession comme licence, correspondant à la nature du titre de l'exploitant. *La licence n'est pas une notion neuve permettant de s'affranchir d'un système existant. La licence traduit juridiquement des situations existantes réunies à tort sous la bannière de la « cession ».* Le choix d'une licence en lieu et place d'une cession est le fruit d'un calcul économique permettant de rappeler que l'auteur conserve une certaine maîtrise sur son œuvre, non seulement par les mécanismes impératifs communs aux cessions instaurés par le CPI, mais par l'établissement de liens personnels et non d'effets réels. Ensuite, participant de ce calcul, la licence doit permettre un retour du droit d'user librement de l'œuvre dans le patrimoine de l'auteur au-delà du terme convenu, ou du terme implicite⁶⁸¹. Non seulement la licence de droit d'auteur ne peut être conçue comme une échappatoire à un régime impératif, indifférent par nature aux qualifications de l'autorisation d'exploiter l'œuvre, mais la licence participe, indirectement, de cet esprit de protection.

141. Conclusion du chapitre introductif. Pour conclure sur ce point, on retiendra que l'absence avérée de l'expression « licence de droit d'auteur » dans la partie législative du Livre premier du CPI ne signifie pas pour autant que la notion soit ignorée de la loi. Cette présence est indirecte ou directe. Quand bien même, l'absence de cette notion ne saurait en rien exclure cette qualification. Ensuite, l'argument de la contrariété à l'ordre public de l'admission de la licence en droit d'auteur a pu être rejeté ; une certaine indifférence des dispositions impératives aux qualifications contractuelles l'explique probablement⁶⁸². Qui plus est, nous avons montré que la licence ne permettait pas d'échapper aux dispositions d'ordre public du Livre I^{er}, mais que ses modalités participaient au contraire à leur esprit et leur finalité de protection de l'auteur. Ce dernier point apparaîtra tout au long de nos développements.

La licence de droit d'auteur n'est donc pas interdite par les textes ; est-elle pour autant un contrat nommé ? Le point sera définitivement éclairci par notre seconde partie, dans

⁶⁸¹ V. sur la fin du contrat, v. *infra* n° 845 et ss. Sur la durée du contrat d'édition, v. *infra* n° 487. Comportant une durée généralement égale à la durée de protection du droit, une interprétation correcte des textes devrait aboutir à une licence trouvant son terme extinctif dans la fin non fautive de l'exploitation de l'œuvre.

⁶⁸² Constat que nous aurons l'occasion d'approfondir plus loin.

laquelle nous constaterons que la licence, si elle peut exister à l'état pur, a le plus souvent vocation à s'intégrer à un contrat organisant l'exploitation de l'œuvre. Aussi, nous nous bornerons à signaler que si le caractère de contrat nommé est affaire de notion plus que de mots, la licence est bien un contrat nommé. Son rattachement à la qualification de bail lui confère ce caractère. Nous tenterons à présent d'opérer ce rattachement.

Chapitre 1 – Le critère de qualification et l'identification du contrat de licence

142. L'objet du contrat de licence de droit d'auteur. Les doutes sur la possibilité de l'existence de la licence de droit d'auteur liés à la rédaction des textes étant levés, nous pouvons nous pencher sur la question de fond que constitue la recherche de l'identité de ce contrat. Il s'agit en d'autres termes d'en reconnaître l'objet. L'observation de cet objet nous permettra alors de procéder à la qualification de la licence. Ce travail de qualification étant en fait une opération de rattachement à l'existant, il s'agira de constater que les traits essentiels du contrat de licence épousent ceux du contrat de louage de choses.

L'objet du contrat est considéré ici non plus, par ellipse, comme ce qui est en fait l'objet de la prestation du donneur de licence – la chose, l'œuvre – mais à une autre échelle permettant d'appréhender l'opération dans son ensemble afin de l'identifier. La notion d'objet du contrat est trop diversement appréciée pour que nous en fassions ici un inventaire utile⁶⁸³. Au fond, s'il ne s'agirait que de désigner le contrat lui-même, voire la composition des obligations et effets qu'il génère : il est « en un sens technique, l'ensemble des droits et des obligations que le contrat est destiné à faire naître (en ce sens, la vente a pour objet de transférer la propriété d'un bien moyennant le paiement du prix convenu, le bail de conférer l'usage d'un bien moyennant le versement d'un loyer). »⁶⁸⁴.

Il est cependant admis que la notion d'objet du contrat « apporte en réalité quelque chose car elle permet d'avoir une vision globale de l'opération voulue par les parties »⁶⁸⁵. C'est précisément cette fonction de l'objet qui permet l'identification du contrat et sa classification, mais également l'appréciation de sa licéité ; sur ce point encore, rien d'unanime. Si l'on persiste dans cette appréhension globale de l'objet du contrat, il est l'« opération juridique envisagée par les parties »⁶⁸⁶. L'objet du contrat de licence de droit d'auteur n'est donc autre que sa définition : la jouissance temporaire d'une œuvre contre un prix. La recherche de cette unité conduit parfois à une synthèse extrême lorsque l'objet du contrat ne désigne plus que sa prestation caractéristique, qui absorbe l'utilité économique du

⁶⁸³ Il ne s'agit naturellement pas pour nous de traiter ce sujet pour lui-même ; on renverra spécialement aux riches travaux de A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005 (pour un exposé de l'extrême variété des thèses développées sur la notion d'objet du contrat, v. spéc. n° 33 et ss., p. 22 et ss.).

⁶⁸⁴ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd. PUF, Coll. Quadriges, 2011, p. 694 à « Objet du contrat ».

⁶⁸⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2^e éd., PUF, Coll. Thémis, 2010, p. 355 et s.

⁶⁸⁶ H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, v. spéc. n° 231, n° 251 et s.

contrat : « A cette prestation essentielle correspond une obligation que l'on peut qualifier de principale et qui apparaît comme celle à propos de laquelle l'accord de volontés intervient »⁶⁸⁷. S'agissant de la licence de droit d'auteur, cette obligation est celle du donneur de licence (ou concédant) : la mise à disposition d'utilités de l'œuvre à temps. Or, une compréhension correcte de la notion de licence ne peut s'arrêter à cet aspect, certes déterminant, mais devrait englober également la contrepartie de cette obligation⁶⁸⁸. Sans prétendre apporter à ces conceptions, du moins conviendrons-nous que la qualification du contrat étudié doit passer par l'examen des obligations de chacun.

143. Plan. Identifier un contrat impose nécessairement d'analyser les obligations qui le composent. Cette opération juridique consiste en la mise à disposition temporaire d'une œuvre par un donneur de licence, contre un prix dû par un licencié. Le premier volet de cet objet constituera l'essentiel du travail de qualification de la licence : l'objet de l'obligation du donneur de licence est la prestation caractéristique du contrat (*Section 1 – L'autorisation d'exploiter l'œuvre, prestation caractéristique de la licence*). Le second, à savoir la cause de l'obligation du donneur de licence, objet de l'obligation réciproque du licencié (le prix), interviendra dans le processus de qualification. Restera à déterminer à quel titre (*Section 2 – Le prix de la licence, prestation réciproque du licencié*).

⁶⁸⁷ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. II, *Obligations, contrat-responsabilité, Droits réels, biens-propriété*, LGDJ, 1957, n° 241, p. 99. L'utilisation de la notion de prestation caractéristique (l'obligation monétaire ne peut caractériser le contrat) comme fondement d'une classification générale des contrats spéciaux a été menée : J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Bibl. dr. privé, t. 91, LGDJ, 1969. *Adde* : R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 9^e éd., Cours, Dalloz, 2010, n° 73.

⁶⁸⁸ C'est probablement là une faiblesse nécessaire des systèmes de classement des contrats qui réduisent le rapport contractuel à l'un de ses éléments, tenu pour le plus distinctif : d'autres critères, cumulatifs, doivent intervenir au sein des catégories établies pour affiner l'identification du contrat. V. pour une autre typologie des contrats (sur le travail, les choses, les droits), comprenant des subdivisions liées notamment à l'existence et à la nature d'une contre-prestation : M. Planiol, *Classification synthétique des contrats*, *Rev. crit. lég. jur.*, 1904, n° 33, p. 470.

Section 1 – L’autorisation d’exploiter l’œuvre, prestation caractéristique de la licence

144. Nous avons traité (*Titre I*) des rapports entretenus entre l’analyse de l’objet de la prestation du donneur de licence d’une part (l’œuvre, sa nature, sa qualification), le choix d’une qualification contractuelle d’autre part (location, cession ou *sui generis*). Nous avons alors constaté que le premier argument d’admission ou, au contraire, d’exclusion de la qualification de bail concernait la nature de la chose mise à disposition. En effet, la qualification du droit d’auteur en droit de propriété devait faciliter l’adoption par la matière des principaux contrats sur les choses. Et inversement, considérer le droit d’auteur comme fondamentalement étranger à ce mode de réservation devait écarter l’adoption des mêmes schémas contractuels. La mise en relation de ces différentes thèses apparaissant parfois peu cohérente, nous avons pris le parti de trancher pour la qualification de l’œuvre de l’esprit réservée en chose, objet de propriété. Cette qualification nous a permis de proposer un rattachement de principe avec les catégories contractuelles du Code civil (la vente et la location). Nous émettons l’hypothèse selon laquelle la licence de droit d’auteur constituerait un bail, à l’instar des autres licences rencontrées en droit de la propriété intellectuelle. C’est l’étude de la matière caractéristique de ce contrat qui nous permettra à présent de vérifier ou d’invalider cette hypothèse.

En effet, la licence de droit d’auteur comporte une mise à disposition d’une œuvre qui consiste en une autorisation pour le licencié de l’exploiter selon les termes du contrat et dans le respect des dispositions impératives applicables (qu’il s’agisse des dispositions générales du Chapitre I^{er} du Titre III du Livre I^{er} du CPI ou, le cas échéant, des dispositions impératives des principaux contrats d’exploitation du Chapitre II lorsque la licence intègre un contrat d’exploitation). Le contenu de cette mise à disposition a donc un « périmètre » naturellement plus restreint que celui potentiellement contenu dans le bail en général. Là où le Code civil évoque la notion extrêmement vaste de *jouissance*⁶⁸⁹, le licencié de droit d’auteur se voit accorder une *autorisation d’exploiter* une œuvre mise à sa disposition, cette autorisation

⁶⁸⁹ Article 1709 du Code civil : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. ». Voir également l'article 1719 : « Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : (...) : 3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ».

pouvant se doubler d'une obligation d'exploiter. Pour qualifier la licence de droit d'auteur, il s'agit alors de savoir si l'autorisation qui la caractérise est identique au droit personnel de jouissance (plus volontiers désigné en pratique par l'expression de « jouissance locative ») qui caractérise le contrat de bail. Nous centrerons l'analyse sur le point faisant difficulté : l'exploitation de l'œuvre est-elle compatible avec la qualification de bail ? La qualification de la licence en location, envisagée jusqu'ici à titre d'hypothèse, devra donc être vérifiée.

145. Problématique. Démontrer que le droit personnel de jouissance caractérisant le bail est réalisé par l'autorisation d'exploiter donnée au licencié, que cette exploitation soit une faculté ou une véritable obligation d'exploiter l'œuvre donnée en licence, renvoie à une question d'une portée plus générale : en quoi consiste la « jouissance locative » d'une œuvre ?

146. Contenu de la jouissance et source de la jouissance. La controverse sur la nature de la jouissance du preneur est ancienne. Il est permis d'y voir une analogie avec le débat sur la concurrence des qualifications de cession et de licence que nous trancherons au Chapitre second de ce Titre. Si la jouissance du locataire trouve sa source non dans un droit réel mais dans l'établissement d'un rapport personnel, il faut bien opérer une distinction entre contenu et source de la jouissance.

La source de la jouissance est réelle ou personnelle⁶⁹⁰, ce qui permet de départager la « cession » au sens large (vente, usufruit contractuel, donation, fiducie) et la licence dans son sens le plus large (location ou prêt à usage). Si le bail comme la licence sont classés dans la catégorie des contrats « sur les choses », ils mettent à la charge du donneur de licence une *obligation de faire*⁶⁹¹, qui consiste en la *mise à disposition d'une chose*⁶⁹². Cette notion, que

⁶⁹⁰ Sur la controverse ancienne de la nature du droit du preneur : R.-Th. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code : De l'échange et du louage*, t. 2. Paris, 1852, (spéc. n° 4 et ss., p. 61 et ss.) ; J. Derruppé, Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, *Mélanges L. Boyer*, Toulouse, 1996, p. 169 ; J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et de créance*, Dalloz, 1952, *passim*. Adde : J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, v. n° 32 et ss., p. 50 et ss. (et v. notre Ch. 2 consacré à la distinction cession / licence). – Pour une critique des thèses de Troplong : H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de Droit civil, T.III vol. 2 Principaux contrats (2^e partie), Baux d'habitation, Baux ruraux, Entreprise, etc.*, 5^e éd. Par M. de Juglart, Montchrestien 1985, n° 1068 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français, t. 2*, 10^e éd. par L. Julliot de La Morandière, Dalloz, 1948, n° 1001, p. 659.

⁶⁹¹ Par ex. J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2001, n° 21001.

⁶⁹² La mise à disposition permet « à une personne d'utiliser un bien dans son intérêt propre que ce soit en exécution d'une obligation principale ou accessoire ayant pour objet de transférer l'usage d'un bien, qu'il s'agisse d'un contrat nommé ou innomé », N. Decoopman, La notion de mise à disposition, RTD civ. 1981, p. 300 spéc. n° 6. La notion révèle néanmoins son ambiguïté : « Concernant apparemment les rapports entre une

l'on a pu comparer à l'obligation de *praestare* du droit romain⁶⁹³, retrouve une actualité dans les projets de réforme du droit des contrats, non sans incertitudes cependant. Consistant davantage en une nouvelle présentation de l'existant qu'en une nouveauté, elle pourrait être la catégorie d'accueil de la licence de droit d'auteur.

Le contenu du droit personnel de jouissance désigne quant à lui les actes autorisés à leur titulaire. Alors que les sources et natures de ces différentes jouissances sont clairement affirmées, leur contenu en revanche offre des points de comparaison. Ainsi, si l'on s'en tient à une observation superficielle de son contenu, la jouissance permise au locataire par le bailleur comporte des points de convergence avec les droits réels d'*usus* et de *fructus*. Le locataire est celui qui reçoit l'autorisation d'user de la chose (l'habitation, l'usage courant d'un meuble quelconque), mais également dans certains cas d'en percevoir les fruits pour son propre compte (la sous-location, l'exploitation d'un fonds). Certes, il est entendu que le droit aux fruits du locataire ne relève pas d'un droit de *fructus* car ce dernier est réservé au titulaire du droit réel, mais d'un droit de jouissance personnel représentant de fait un contenu proche. Ainsi peut-on, dans des conditions matérielles assez similaires, jouir d'une œuvre dans le cadre d'un rapport de droit réel ou personnel⁶⁹⁴.

147. Plan. Cette possibilité d'un choix entre différents types de jouissance n'est pas unanimement admise en droit d'auteur. Pour certains, l'exploitation de l'œuvre ne saurait relever de ce droit du locataire. Nous verrons que la thèse est critiquable en ce qu'elle ne correspond pas à la réalité actuelle du contrat de bail (§ 1). En effet, la jouissance du preneur, autorisée par le bailleur, consiste effectivement en l'exploitation de l'œuvre (§ 2).

personne et une chose, on peut aussi se poser la question de savoir si elle se substitue ou recoupe des notions connues du droit des obligations et du droit des biens comme celles de délivrance, de possession, de détention, de garde, d'occupation... Son emploi – fortuit ou intentionnel – peut également ne correspondre qu'à une simple facilité de langage. » (*Ibid.* § 2).

La notion de mise à disposition d'un signe distinctif (marque ou enseigne, par ex.) apparaît dans un texte important du droit de la distribution, l'art. L. 330-3 du Code de commerce (Loi du 31 déc. 1989 parfois dite « loi Doubin ») visant à accorder une protection particulière aux distributeurs dans le cadre d'exclusivités ou quasi-exclusivités consenties par eux à l'occasion de contrats d'assistance et de fourniture. Ce qui donne à M. Ferrier l'occasion d'une définition : « La mise à disposition doit s'entendre ici de l'attribution d'un droit d'usage d'une marque, quel qu'en soit le fondement juridique du moment qu'elle est formalisée par écrit : prêt, dépôt, louage, location-gérance du fonds avec son enseigne, contrat innomé. », D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 5^e éd., Litec, 2008, n° 572.

⁶⁹³ G. Pignarre, A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil., RTD civ. 2001, p. 42. (Le sens retenu par cet auteur est néanmoins plus large que celui qui lui est aujourd'hui couramment attribué).

⁶⁹⁴ A l'extrême, un courant doctrinal en induit l'identité du droit du locataire et du titulaire d'un droit réel. Dernièrement : J. Derruppé, Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, *Mélanges L. Boyer*, Toulouse, 1996, p. 169. Nous verrons au fil de nos développements que la présence d'éléments de régimes parfois *communs* à différents contrats *spéciaux* n'implique pas une identité de qualification, mais s'inscrit dans les rapports entretenus entre « droit commun » et « droit spécial ».

§ 1 – La finalité d’exploitation de l’œuvre, prétexte à la disqualification de la licence

148. Exposé de l’argument selon lequel l’exploitation de l’œuvre au centre du contrat disqualifierait la licence de droit d’auteur et lui imprimerait un caractère *sui generis*. Ce débat s’attache directement à l’opération juridique dessinée par les parties et organisée à l’occasion du contrat. Celle-ci s’opposerait à un rattachement de la licence au bail, non plus en raison de la simple nature immatérielle de l’œuvre, mais plus précisément à raison de l’assiette, voire de la finalité des droits personnels constitués par la licence. Aux critiques portant traditionnellement sur la nature de la chose, objet des obligations, ce débat porte donc, à un tout autre niveau, sur les obligations, matière même du contrat.

149. Les sources essentiellement doctrinales du débat. Une doctrine influente considère que l’on doit exclure de la qualification de location les droits d’auteur, en ce qu’ils sont destinés à être *exploités*. La proposition est que les droits d’exploitation portant sur l’œuvre objet d’un contrat ne peuvent, par nature, être mis à disposition dans le cadre d’un contrat de bail car celui-ci n’organise que la « jouissance » de la chose, entendue comme synonyme de son « usage ». Ainsi, Lyon-Caen et Lavigne considéraient, entre autres arguments censés disqualifier la licence, que « le film est une chose productive de revenus entre les mains du « locataire », ce qui ne peut manquer d’imprimer à la convention une physionomie particulière. »⁶⁹⁵. Dernièrement, l’idée est soutenue par quelques auteurs, dont Monsieur Huet : « (...) le souhait de l’auteur n’est pas tant de conférer la jouissance d’un bien à une personne qui en fasse usage, que de confier son œuvre aux mains d’autrui afin qu’elle soit mise en valeur : l’exploitation des droits en est l’objectif essentiel. Ces divers contrats ne sauraient donc être réduits à une simple location. »⁶⁹⁶. Dans le même sens, Messieurs Lucas

⁶⁹⁵ G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, LGDJ, 1957, t. II, p. 186 n° 612. Il est intéressant de constater que si les auteurs dénie au transfert du droit de reproduction la qualité de louage, cet argument tiré du caractère productif du « film » ne désigne ici que le support, soit la pellicule impressionnée, donc un bien incontestablement corporel.

⁶⁹⁶ J. Huet, *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 21125. En ce sens : B. Laronze, *L’usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 494 et n° 458. L’argument est intégré à un exposé visant à la négation de la qualification de licence. L’exploitation permise par la licence mettrait en œuvre les droits du titulaire : la situation du licencié serait donc identique à celle du cessionnaire, car le licencié ne recherche pas l’accès mais l’exploitation. Pour le contrat de « location » de film, disqualifié en contrat innommé pour la même raison, parmi d’autres arguments : C. Bernault, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l’audiovisuel*, LGDJ, 2003, n° 978, p. 368.

souligneront, certes par analogie, que le licencié « veut sa part du fructus »⁶⁹⁷. Cette dernière expression sous-entend donc que l'exploitation d'une chose serait réservée au titulaire du droit réel qu'est le *fructus*. L'argument est donc ici utilisé à deux fins : par M. Huet pour marquer l'originalité de la licence, dont il reconnaît néanmoins le principe ; par MM. Lucas pour en dénier au contraire l'existence, et rattacher la formule au mécanisme générique de la cession. Ce débat n'est donc pas la transposition exacte de la controverse sur la nature juridique du droit du locataire, puisqu'il s'agit en amont de nier la possibilité même d'une location en droit d'auteur, ce qui ne semblait pas être le propos des partisans de cette thèse⁶⁹⁸.

150. Une vision restrictive de la jouissance. La jouissance de la chose, comprise par cette doctrine comme son usage, réduit parfois à son simple « accès », exclurait son exploitation. Par ailleurs, l'accès à l'œuvre, sa contemplation, son audition, par exemple, serait la seule modalité concevable de cet usage. Cette idée rendrait impossible la qualification de licence en droit d'auteur. En effet, l'utilisation au sens strict ne figurant pas, dans l'état du droit positif, dans le champ de la réservation du droit d'auteur⁶⁹⁹, la jouissance considérée trop strictement comme l'utilisation de la chose ne pourrait faire l'objet d'un contrat donnant prise au droit d'auteur. Ce contrat serait sans objet. D'après ces auteurs, la vocation à l'exploitation, et donc aux fruits qu'elle produit, suffirait à écarter la location. Le louage se limiterait donc aux mises à disposition d'un droit personnel d'usage strictement entendu et non d'exploitation, constituant par analogie une sorte d'« *usus* » dans la sphère des droits personnels. Cette conception se trouve en inadéquation avec l'esprit de ce contrat de louage, conçu initialement comme multiple et ayant évolué conformément à cette nature⁷⁰⁰. La thèse défendue par ces auteurs, sur ce sujet précis du moins, participe d'une définition assez réductrice de ce contrat, tandis que le Code civil comme la pratique et la jurisprudence, comme on le verra, en font une opération d'une particulière souplesse d'objet et de finalités. Cette argumentation apparaît comme une construction de la doctrine ; absente de la

⁶⁹⁷ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 567, p. 433.

⁶⁹⁸ Dernièrement : J. Derruppé, Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, *Mélanges L. Boyer*, Toulouse, 1996, p. 169. – V. les références citées en introduction, *supra* n° VIII.

⁶⁹⁹ V. *supra* n° 83 et ss. sur la « licence » d'utilisation de logiciel.

⁷⁰⁰ Cass. civ. 16 août 1882, Bull. n° 178 ; DP, 1883, 1.213 ; S., 1884. 1. 33, note Esmein : « Vu les articles 1302 et 1733 du Code civil ; Attendu qu'il résulte du rapprochement des articles 1709, 1711 et 1713 du Code civil que les règles générales applicables au louage des biens immeubles, le sont également au louage des biens meubles, autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses ». En ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 22 juill. 1968, D. 1968, 622.

jurisprudence⁷⁰¹, elle n'empêche pas la pratique d'évoquer la licence d'objets protégés par le droit d'auteur.

151. Le caractère obligatoire ou facultatif de l'exploitation, élément de régime. Souvent impérative dans les licences de propriété industrielle, l'exploitation de l'œuvre simplement donnée en licence reste facultative. La faculté de tirer des fruits d'une œuvre par son exploitation peut néanmoins se transformer en une obligation, d'intensité variable, lorsque la licence intègre un cadre d'exploitation qui la stipule : cette obligation sera soit le fruit de la volonté des parties dans le cadre d'un acte innommé, soit le fruit de leur volonté, explicite ou révélée par le juge, de se soumettre à un régime impératif. Notons que ce n'est donc pas *l'obligation d'exploitation*, entendue comme la « charge », la « contrainte » d'exploiter, qui caractérise la licence, mais *l'autorisation d'exploiter* donnée et garantie par l'auteur ou son ayant droit : une faculté pour son créancier qui peut devenir, dans le plus grand intérêt de l'auteur, une contrainte⁷⁰².

De ce constat, on ne peut que déduire que l'obligation d'exploitation, si elle devrait être la finalité naturelle, la cause impulsive et déterminante du contrat – du moins dans l'esprit de l'auteur – n'en est pas pour autant un élément caractéristique au sens technique du terme. Or, comment ce qui n'est pas caractéristique pourrait-il disqualifier ? A ce stade de l'analyse, la doctrine qui voit dans l'exploitation obligatoire de l'œuvre un argument suffisant pour dénier à la licence de droit d'auteur la qualification de location ne peut plus être soutenue. Cet argument aurait pu être avancé pour souligner l'identité de nature de la licence et du louage de droit commun. Si l'exploitation de la chose devait dénaturer le contrat de bail, l'absence d'obligation en ce sens devrait faciliter son rattachement au contrat de location de droit commun. Ce raisonnement comporte néanmoins des faiblesses. Tout d'abord, cette obligation d'exploitation réapparaît avec la plus grande fermeté dans le cadre des contrats d'exploitation du CPI ou à l'occasion d'une clause en ce sens. Ensuite et surtout, l'existence d'une telle obligation dans ces contrats, ou la simple faculté dans la licence de droit commun, ne devraient en aucun cas être perçus comme contraires à l'esprit, aussi bien qu'au régime, du louage. Voilà pourquoi il convient de démontrer dès à présent en quoi la jouissance locative,

⁷⁰¹ On pourrait cependant en voir une manifestation dans un arrêt écartant le régime de droit commun du bail aux preneurs dans le cadre d'une location gérance. L'argument est essentiellement, selon M. Gautier, celui du caractère incorporel du fonds de commerce : P.-Y. Gautier, La location-gérance de fonds de commerce : une convention « contre nature » ?! De l'inapplicabilité supposée d'un titre entier du Code civil au louage de choses incorporelles, note sous Cass. com. 2 juillet 1996, RTD Civ. 1996, p. 923.

⁷⁰² S'agit-il d'un élément de régime de toute licence ou découle-t-elle du contrat d'exploitation ? Le débat sur la source de cette obligation d'exploiter qui ne semble affecter que certains contrats et non toute licence sera traité ultérieurement (V. *infra* n° 756 et ss.).

qui consiste à utiliser la chose selon sa destination, intègre naturellement l'exploitation de l'œuvre mise à disposition. En effet, le caractère frugifère de l'œuvre se ressent dans la finalité même de son appropriation, pensée et régie dans le but de son exploitation. Le régime finalisé de l'appropriation de l'œuvre imprime nécessairement sa spécificité aux contrats qui l'ont pour objet. Cette spécificité est-elle pour autant un facteur d'originalité au point d'affecter la qualification du contrat ?

§ 2 – La finalité d'exploitation de l'œuvre, compatible avec la qualification de jouissance locative

152. Plan. L'argument déployé par ces auteurs a pour fin d'appuyer l'originalité de la licence et de l'évincer au moins partiellement d'une qualification nommée. Pour celui qui cherche à définir la nature juridique de l'opération, cette thèse appelle la question suivante : *en quoi la perception des fruits de l'exploitation de la chose louée pourrait-elle faire obstacle à la qualification de location ?* Ceci nous amènera à reprendre la définition de la jouissance locative afin de vérifier sa compatibilité avec l'exploitation d'une chose (I). Il apparaîtra que non seulement l'autorisation d'exploitation de l'œuvre, cette chose concédée par le donneur de licence, n'est pas contraire à la location, mais qu'elle participe de sa qualification (II).

I – La jouissance locative supporte l'exploitation de la chose

153. Peut-on louer une chose frugifère ? Problématique. Cette question en suggère une autre : quel est le contenu de la notion de jouissance locative, et supporte-t-il l'exploitation de la chose ?

154. La prestation caractéristique du bail de droit commun et de la licence de droit d'auteur. Définir la licence d'exploitation implique nécessairement son rattachement à des types connus⁷⁰³. Mais rechercher un rapprochement de la licence avec le bail est voué à l'échec si l'on ne prend pas soin de définir préalablement la catégorie destinée à recevoir la licence. A l'instar d'autres contrats, le bail se qualifie par l'étude de sa prestation

⁷⁰³ Cette démarche n'est certes pas exempte de critiques, v. not. : X. Henry, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse, Nancy, 1992, spéc. n° 1.

caractéristique. La prestation monétaire du preneur n'étant pas suffisante, on s'appuiera sur celle du bailleur : « L'obligation centrale est celle du bailleur, et il convient d'en déterminer le contenu et les caractères pour découvrir l'essence du contrat. »⁷⁰⁴. Cette prestation caractéristique du bail est la jouissance temporaire de la chose⁷⁰⁵. Cependant, l'obscurité de la notion de jouissance appliquée au bail a été relevée⁷⁰⁶. Cette imprécision apparaît lors de la confrontation de ce contrat à la propriété littéraire et artistique. Le terme de jouissance locative est peu employé en droit. Il signifie simplement que la source de ce droit de jouissance est un bail et non un autre contrat de la même famille, un commodat par exemple, ou d'autre famille comme l'usufruit contractuel.

155. Définition générale du droit de jouissance. L'effet principal du contrat de bail est l'instauration d'un droit personnel de jouissance temporaire au bénéfice du preneur. Ce droit issu d'un contrat spécial prend appui sur la notion plus générale de « jouissance ». Or, ce terme de jouissance est largement défini. Une définition autorisée voit par exemple dans la jouissance les « Bénéfices et avantages attachés à la possession (au sens large) d'un bien ou d'un patrimoine. ». Au sens strict, il s'agit du droit de percevoir les fruits d'un bien, au sens de *fructus*, et plus largement, l'usage du bien au sens d'*usus* ; autrement dit, le droit de se servir personnellement de la chose, ce qui l'oppose toujours à la disposition du capital⁷⁰⁷. Néanmoins, l'auteur de cette définition relève que dans son emploi courant, la jouissance correspond davantage à l'usage à proprement parler qu'au droit de percevoir les fruits.

156. Diversité et similitude des jouissances. Ainsi, les institutions qui ont recours à la notion de jouissance sont diverses dans leur nature et leur finalité : la jouissance participe à la définition de la propriété selon l'article 544 du Code civil⁷⁰⁸, de même pour l'usufruit à

⁷⁰⁴ J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Bibl. dr. Privé, t. 91, LGDJ, 1969, p. 32. La doctrine va dans ce sens : par ex. P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 257 ; M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, n° 159.

⁷⁰⁵ Par ex. M.-E. Ancel, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰⁶ J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 30.

⁷⁰⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd. PUF, Coll. Quadrige, 2011, p. 576, définition de « Jouissance ». – Pour d'autres définitions, certaines tirées du langage courant : J. Cayron, thèse préc. n° 32, p. 50 et s. C'est d'ailleurs, et l'on peut s'en étonner au vu de ses développements ultérieurs, la conception que semble retenir Mme Cayron dans sa thèse, précitée (n° 305), à propos des licences de propriétés intellectuelles : « La finalité de l'opération contractuelle n'étant plus seulement de fournir au locataire la jouissance du bien, mais plutôt de lui permettre d'exploiter ce bien pour le valoriser ». Or, la jouissance, selon la conception retenue, inclut justement cette exploitation, qui s'oppose à la simple utilisation.

⁷⁰⁸ « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue (...) ».

l'article 578⁷⁰⁹, qui illustre la possibilité d'une jouissance concurrente sur une même chose⁷¹⁰. Or, la jouissance issue du bail a une toute autre source. En effet, l'article 1709 du Code civil dispose : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». Le « droit de jouir » qui caractérise les deux premières institutions s'oppose à l'obligation de « faire jouir » du bail. Dans ces deux premiers cas, la jouissance est une émanation du droit de propriété ou un démembrement de celle-ci, si l'on s'en tient à une analyse classique de la propriété⁷¹¹. Autrement dit, elle relève de droits réels. A l'inverse, le locataire bénéficie d'un droit personnel de jouissance dans la mesure où la source de cette jouissance se trouve dans l'établissement d'un lien d'obligation et non d'une emprise directe sur la chose qui relèverait de la propriété, d'un droit réel d'*usus* ou de *fructus*⁷¹².

Pourtant, une similitude est communément relevée – ne fût-elle qu'apparente – entre la situation de fait dans laquelle se trouvent le propriétaire et le locataire. On a pu rapprocher « la maîtrise physique que chacun va obtenir sur la chose, objet du contrat de location ou de vente. »⁷¹³. La ressemblance est sensible lorsque la constitution d'un usufruit contractuel est faite à titre onéreux⁷¹⁴. Elle est également consacrée par Planiol qui, entreprenant de classer les contrats spéciaux, distingue, dans ceux qui portent sur les choses, d'une part les prestations temporaires (mises à disposition), d'autre part les aliénations, opérant un transfert définitif. Bail et usufruit sont classés par l'auteur dans la première catégorie, en dépit du rappel de leur nature juridique différente⁷¹⁵. Cette ressemblance n'est en fait qu'une impression, comme le démontrera le débat sur la concurrence des qualifications de licence et de cession, qui sera l'occasion de rappeler la distinction entre droit personnel et droit réel et son acuité dans les contrats sur droit d'auteur⁷¹⁶.

⁷⁰⁹ « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance. ».

⁷¹⁰ Sur la notion, v. Ch. Atias, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd. Litec, 2007, n° 125. V. également n° 87.

⁷¹¹ Par opposition à l'analyse rénovée de M. Zenati, qui dissocie le droit réel de l'institution de la propriété.

⁷¹² Arrêt de principe : Cass. Req., 6 mars 1861, DP, 61.1.417 ; S. 61. 1. 713 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 12^e éd, Dalloz, 2008, n° 269, p. 728 et ss.

⁷¹³ J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 33, p. 51.

⁷¹⁴ Par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 516.

⁷¹⁵ M. Planiol, Classification synthétique des contrats, *Rev. Crit. Lég. Jur.*, 1904, n° 33, p. 470.

⁷¹⁶ V. Ch. 2 (*infra* n° 254 et ss.).

157. Définition de la jouissance locative. La jouissance, ou plutôt l'obligation de faire jouir le locataire⁷¹⁷, apparaît comme l'obligation, en fait un faisceau d'obligations, qui caractérise le contrat de bail. Comment la définir, et en quoi cette définition correspond-elle au contrat de licence de droit d'auteur ? Aux termes du Code civil, la jouissance apparaît comme l'addition de prérogatives. Le détail de la jouissance est fait à l'article 1719 du Code civil, et précisé aux articles suivants : « *Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : 1° De délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent. Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant ; 2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ; 3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ; 4° D'assurer également la permanence et la qualité des plantations.* ».

De cette obligation découlent des déclinaisons : les obligations de délivrance pour rendre cette jouissance matériellement possible (v. également l'article 1720 al. 1^{er} du Code civil), de garantie d'éviction et des vices cachés (v. article 1721 du Code civil) pour assurer le maintien de l'effectivité de cette jouissance ainsi que, dans le même esprit, l'obligation d'entretien de la chose (v. également l'art. 1720 al. 2 du Code civil). *Ces obligations tendent toutes à la finalité de la convention qu'est la jouissance. Elles « se regroupent dans une obligation globale de faire jouir »*⁷¹⁸, au point que leur autonomie même a pu être remise en question. Cette analyse est récemment exprimée par M. Bénabent : « En vérité il n'y a à la charge du bailleur qu'une *obligation unique, essentielle, qui est celle d'assurer au locataire la jouissance paisible de la chose. Ce n'est pas là une obligation parmi les autres, mais l'obligation générique du bailleur : toutes les autres ne sont que les divers moyens qui concourent à assurer cet objectif.* »⁷¹⁹. L'état des textes relatifs au bail, qui

⁷¹⁷ Dans les cas où l'exploitation de la chose devient une obligation, on pourrait dire que la jouissance devient une obligation pour le preneur ou licencié. Si exploiter la chose, c'est en jouir, la jouissance est obligatoire.

⁷¹⁸ J.-P. Le Gall, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, LGDJ, 1962, n° 45, p. 76. En ce sens et pour une étude de ces obligations, voir par ex. J. Cayron, *op. cit.*, n° 223 ; J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 21164. – Ce lien entre obligations a déjà été remarqué en matière de brevets : « Il serait vain d'astreindre le breveté à une obligation de délivrance aussi rigoureuse si l'on ne prévoyait pas, dans le même temps, la nécessité d'assurer au licencié la jouissance paisible du brevet », J.-J. Burst, *Breveté et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Librairies techniques, 1970, n° 170, n° 313.

⁷¹⁹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 541. (l'auteur souligne). On peut également citer Josserand, le titre du passage n° 1190 consacré à l'énoncé des obligations du bailleur étant à lui seul très explicite : « Obligation essentielle et unique – Le bailleur doit assurer au preneur la jouissance des lieux loués pendant la durée du bail : c'est dans cette formule, reproduite de l'article 1719-3°, que se résument toutes

autorise à voir dans cette obligation de maintien en jouissance l'une des nombreuses obligations du bailleur tout comme l'expression synthétique de l'ensemble de ses obligations, serait révélateur de la « carence d'une théorie générale des effets obligatoires liés à la mise à disposition de la chose »⁷²⁰. Osera-t-on conclure que « L'obligation de faire jouir inscrite à l'article 1709 constitue sans doute l'engagement le plus imprécis du Code civil »⁷²¹ ?

158. La qualification admise des « baux d'exploitation ». L'exemple de la location gérance de fonds de commerce⁷²². La vision de M. Huet et de MM. Lucas disqualifiant la licence au motif de l'exploitation de la chose, que nous estimons restrictive, est néanmoins tout à fait compréhensible si l'on s'attache au traitement des contrats de location tel qu'il est concrètement opéré dans le Code civil. Alors que certains codes étrangers ont systématisé une division entre baux d'usage et baux d'exploitation⁷²³, le Code civil s'en tient en effet à une approche plus analytique, distinguant dès son origine le bail à loyer du bail à ferme. La spécificité de l'objet du bail rural, du bail commercial, ainsi que le caractère dérogoratoire de la location gérance inscrite plus tard dans le Code de commerce⁷²⁴, sont de nature à freiner la conceptualisation d'une catégorie générale de bail d'exploitation.

Cette remarque n'est en fait que la reprise d'une analyse déjà ancienne du *bail d'exploitation*, qu'il importe de citer ici : « *Si cette notion traditionnelle semble avoir été ignorée des rédacteurs du Code civil – qui marque 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. L'opposition « bail*

les obligations qui lui incombent et qui sont assez nombreuses : (...) », L. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 2^e éd., Sirey, 1933, n° 1190, p. 621.

⁷²⁰ 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 ?*, Débats, RDC, avril 2006/2, p. 597 (spéc. p. 599, n° 1).

⁷²¹ J.-P. Le Gall, *op. cit.*, n° 27 p. 48.

⁷²² Comparant la licence à « une sorte de location gérance de l'œuvre, car le concessionnaire loue l'œuvre pour l'exploiter » : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010 n° 467, p. 537 ; du même auteur : La location-gérance de fonds de commerce : une convention « contre nature » ?! De l'inapplicabilité supposée d'un titre entier du code civil au louage de choses incorporelles, note sous Cass. com. 2 juill. 1996, RTD Civ. 1996, p. 923 (art. préc.).

⁷²³ C'est le cas du *Codice civile* italien ; exemple cité par J. Cayron, *op. cit.*, n° 11.

⁷²⁴ Le régime actuel de la location gérance est issu de la loi du 20 mars 1956 (art. L. 144-1 et ss. du Code de commerce), modifiée par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004. « Elle n'est rien d'autre qu'un bail dont l'objet est une chose incorporelle », Y. Reinhard et S. Thomasset-Pierre, *Droit commercial*, 7^e éd. Litec 2008, n° 529. En ce sens, V. par ex. P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 274.

passif » « *bail actif* » a été remplacée par une simple distinction des baux d'immeubles en baux d'immeubles urbains et en baux d'immeubles ruraux. A une distinction féconde a été substituée une distinction cristallisée, « *étriquée* » et *secondaire*. »⁷²⁵. L'analyse est portée par son auteur en 1953, en réponse au refus d'une partie de la doctrine d'alors de qualifier de bail la location-gérance de fonds de commerce. La jurisprudence donnera raison à la qualification de bail proposée par cet auteur⁷²⁶, bien que le régime de ce contrat ne lui soit pas entièrement applicable⁷²⁷. Nous admettrons, avec Mme Cayron⁷²⁸, sa pertinence pour les contrats de licence de brevets et de marque, auxquels nous ajouterons les contrats de licence de droit d'auteur qui ne diffèrent pas sur ce point de leurs voisins de la propriété industrielle : leur objet est un meuble incorporel destiné à être exploité.

Cette comparaison avec la location gérance est également intéressante car elle montre que la considération d'un bail hostile à l'idée d'exploitation, est prolongée par M. Huet dans une conception d'ensemble du bail où elle ne demeure pas moins discutable. Ainsi, l'auteur souligne que cet autre louage d'un bien incorporel destiné à l'exploitation ne se prête qu'artificiellement à la qualification de bail, et relève d'une catégorie *sui generis* : « La raison en est que l'objet du contrat n'est pas une chose aux contours définis, mais une exploitation commerciale, dont l'essentiel est constitué par une clientèle. »⁷²⁹. Si l'argument de l'absence de « chose aux contours définis » ne manque pas de pertinence pour désigner la clientèle, désigner par ce même qualificatif les droits de propriété intellectuelle, dont le droit d'auteur⁷³⁰, est en revanche bien plus critiquable ; nous constatons régulièrement dans ces lignes le caractère éminemment précis et spécial des contours de cette chose incorporelle.

On citera pour l'exemple d'autres contrats destinés à exploiter une chose, à en tirer les fruits, et pourtant qualifiés légalement de baux sans grande contestation. Pour les biens immeubles : le bail de local à usage commercial (articles L.145-1 et ss. C. com.), à usage agricole pour les divers baux ruraux (articles L. 411-1 et ss. du Code rural et de la pêche maritime) ; pour les meubles incorporels : location d'actions, par exemple. Enfin, il est intéressant de relever que dans cadre du bail d'habitation, dont on peut penser qu'il n'organise

⁷²⁵ M. Robinault, *La location-gérance de fonds de commerce*, Thèse, Rennes, 1953, p. 73. – Sur l'inadéquation de la terminologie originaire du Code civil « louage des maisons et celui des meubles », « celui des héritages ruraux », aux régimes spéciaux modernes, V. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 273. Cette inadéquation nous semble essentiellement terminologique et ne saurait mettre en cause la possibilité d'en induire des catégories plus générales et fonctionnelles.

⁷²⁶ Cass. com. 9 mars 1953, D. 1953, p. 324 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 févr. 1962, D. 1962.433, 1^{re} esp. note P. Esmein.

⁷²⁷ V. les références citées ainsi que les analyses critiques de M. Gautier : P.-Y. Gautier, art. préc. En ce sens, v. par ex. Cass. com. 11 juin 1979, RTD com. 1979, p. 708, obs. J. Derruppé.

⁷²⁸ J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 305, p. 298.

⁷²⁹ J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 21551.

⁷³⁰ J. Huet, *op. cit.*, *loc. cit.*, note n° 173. Pour une critique de cette analyse, voir : P.-Y. Gautier, art. préc.

que l'usage au sens strict d'utilisation, on a pu rapprocher de l'obligation d'exploitation, l'obligation pesant sur le locataire de garnir les lieux loués de meubles en quantité suffisante⁷³¹. Cette présentation du bail dans le Code civil n'empêche donc pas de considérer que deux catégories de louage de choses, distinctes par leur économie, empruntent en droit les mêmes techniques et la même terminologie juridique : la jouissance locative.

159. La jouissance locative, un droit personnel « à l'usage et aux fruits de la chose ». Le droit aux fruits (*jus fruendi*) obtenus par l'exploitation de la chose est le résultat de la jouissance accordée par le contrat au locataire. Selon une doctrine ancienne, les fruits ne transitent pas dans le patrimoine du bailleur, ils accèdent directement, *ab initio*, au patrimoine du preneur, ce qui est justifié par la circonstance que la jouissance de la chose est assurée par le bailleur⁷³².

La propriété des fruits résulte donc de la jouissance assurée au moyen des obligations pesant sur le bailleur. Mais la notion de jouissance est elle-même est d'une remarquable ambiguïté, car nous avons vu qu'elle désigne aussi bien un droit *sur la chose*, lorsque sa source est un droit réel, qu'un droit *à la chose*, lorsqu'elle naît d'un droit personnel. Quelle qu'en soit la source, la jouissance coexiste avec les notions d'*usus* et de *fructus*, désignant plus nettement un rapport direct du sujet à la chose, c'est-à-dire un droit réel. A ce titre, la perception des fruits civils (loyers) sera généralement prise pour exemple, dans les manuels de droit des biens, de l'exercice de cette jouissance, qui se rapproche dans ce sens précis de la notion de *fructus*. Il y aurait donc une contradiction chez les auteurs précités, qui tendent à voir dans la jouissance du licencié la désignation du simple usage, sorte d'*usus*, pour employer par analogie le vocabulaire des droits réels.

L'expression d'auteurs indiquant que le bail est une opération « dissociant propriété et jouissance »⁷³³ permet aussi de constater une certaine ambiguïté de la notion, car c'est davantage à l'usufruit que l'on songerait dans un tel cas. La jouissance locative serait donc entendue de manière suffisamment large pour comprendre des prérogatives en partie

⁷³¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 687.

⁷³² « Dès lors, pour distinguer le louage de la vente, il faut rechercher si la perception des fruits résulte du contrat, abstraction faite de toute jouissance de la chose (...) ou si elle résulte de la jouissance de cette chose (...). Dans le premier cas il y a vente, dans le second, louage. », R. Cornille, *Vente et louage de choses, contribution à l'étude des distinctions des contrats réglementés*, Thèse, Lille, 1926, p. 157 et s. – En ce sens : J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 42 et ss. p. 59 et ss.

⁷³³ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 600.

analogues à l'usufruit⁷³⁴, mais transposées, par une opération contractuelle dénuée d'effet translatif, dans la catégorie des droits personnels.

Faire jouir le preneur, c'est donc mettre à sa disposition une chose qu'il détient en vertu d'un lien d'obligations lui autorisant son utilisation comme son exploitation. Nous ne prétendons pas innover sur ce point ; Troplong, auteur de la thèse consistant à voir un droit réel dans le droit du locataire, disait du bail qu'il « procure la jouissance d'un objet appartenant à autrui pour l'exploiter *et* l'utiliser »⁷³⁵.

160. La notion de jouissance développée par M. Zenati-Castaing. Cette difficulté que l'on peut avoir à qualifier de jouissance le droit du preneur est illustrée par M. Zenati-Castaing. L'auteur soutient une conception particulière de la jouissance qu'il ne nous appartient pas d'étudier dans le détail. Elle constitue néanmoins un argument utile pour justifier la possibilité du bail d'exploitation, en démontrant que le preneur peut jouir sans que cette prérogative ne suppose la mise en œuvre d'un droit réel. Cette idée va donc dans le sens de la qualification de bail d'exploitation pour la licence et permet de distinguer cette formule de la cession. Pour cet auteur, le locataire jouit lui-même directement de la chose : la jouissance n'est qu'un fait et n'a pas à être rattachée à ces notions de droit réel que sont *usus* et *fructus*⁷³⁶. M. Zenati-Castaing la qualifiera de « jouissance d'utilité », censée s'exercer directement sur la chose au moyen d'une possession légitimée par un titre : « *L'idée que la propriété est un droit réel qui se démembre en produisant un droit réel de jouissance conduit à considérer que toute jouissance est un morceau de propriété et par conséquent tout titulaire d'un droit de jouissance est titulaire d'un droit réel. Or on n'a pas voulu reconnaître une nature réelle au droit du preneur. Il fallait donc, sous peine d'induire que l'idée que le bail démembre la propriété, affirmer que le preneur ne jouit pas, avec toutes les difficultés théoriques qu'une telle analyse engendre.* »⁷³⁷. C'est pourquoi nous employons l'expression « faire jouir », qui correspond davantage au lien d'obligations tissé entre deux parties à propos d'une chose, que le lien direct et sans médiation du titulaire du droit réel sur cette chose. Or, selon M. Zenati-Castaing, le preneur peut jouir directement de la chose, mais sans que ce droit soit pour autant identifié au droit réel.

⁷³⁴ Pour les différences entre le contenu de ces deux droits : voir le Ch. 2 sur la distinction cession / licence fondée sur la distinction entre droit réel et droit personnel.

⁷³⁵ R.-Th. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code : De l'échange et du louage*, t. 2. Paris, 1852, n°1, p. 45. (Nous soulignons).

⁷³⁶ F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon 3, 1981. V. spéc. n° 394.

⁷³⁷ F. Zenati, *op. cit.*, n° 393.

Suivant la position déjà émise par des auteurs, dont Derruppé⁷³⁸, M. Zenati-Castaing poursuit : « *L'idée que le bailleur « fait jouir » le locataire qui ne jouit pas par lui-même est impuissante à faire oublier l'évidence que, par le bail, le propriétaire perd l'usus et même une partie du fructus (quand la nature du bien le permet) et que le locataire a bien un droit de jouissance.* »⁷³⁹. Le locataire jouit, et cette jouissance est autonome de celle du propriétaire. S'il jouit, c'est au moyen de considérer cette « jouissance d'utilité » comme un fait, sorte de possession légitimée par un titre⁷⁴⁰, le contrat de bail, et source de l'attribution des fruits en sa faveur.

Dans le même sens, M. Derruppé analyse les principes explicatifs de ce type de location, par lequel le preneur tient du contrat son droit propre et personnel aux fruits : « *Ces utilités n'ont pas une existence indépendante des pouvoirs d'usage ou d'utilisation accomplis sur la chose. Elles existent à l'état naturel, et tout pouvoir accompli sur la chose a pour objet non de les créer, mais de se les approprier.* »⁷⁴¹. Une doctrine⁷⁴² reçoit cette idée : celle qui y voit une justification pour l'admission du principe selon lequel le locataire a droit aux fruits de la chose louée, ce qui lui permet de constater l'admission de la location de chose frugifère. La source de cette attribution ne serait d'ailleurs que la jouissance directe⁷⁴³ de la chose, donc conséquence indirecte de la convention⁷⁴⁴. La perception des fruits, si elle a lieu, si le licencié en permet la survenance par ses actes d'exploitation, naît dans son patrimoine et en son nom. La redistribution qui s'ensuit, soit le prix du bail, quoique notablement réglementé, n'en demeure pas moins un loyer trouvant sa source dans un rapport d'obligations. La généralité des notions qui le fondent, ou leur imprécision, autorisent à faire de la location, comme le constate Mme Cayron, une « technique de valorisation du bien » : « conserver la valeur d'un bien que l'on ne peut pas, ou que l'on ne veut plus exploiter soi-même. »⁷⁴⁵.

161. L'obligation de « praestare » ou de donner à usage, catégorie possible d'accueil du droit de jouissance instauré par la licence. Dans quel cadre faire entrer cette

⁷³⁸ J. Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et de créance*, Dalloz, 1952, n° 262.

⁷³⁹ F. Zenati, *op. cit.*, n° 335.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, n° 394.

⁷⁴¹ J. Derruppé, Thèse préc., n° 134, p. 162.

⁷⁴² J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM 1999, p. 59.

⁷⁴³ « La jouissance du locataire est à la fois une jouissance directe sur la chose louée, mais aussi une jouissance garantie par les obligations du bailleur qui doit en outre veiller à la qualité de cette jouissance. », J. Cayron, *Ibid.*, p. 61.

⁷⁴⁴ R. Cornille, *Vente et louage de choses, contribution à l'étude des conventions réglementées*, Thèse, Lille, 1926, p. 157. L'argument est repris par J. Cayron, *op. cit.*, p. 60 (Cela la distinguerait d'ailleurs du cas de la vente de fruits, autrement dit, de la cession, où ce transfert est la conséquence directe du contrat).

⁷⁴⁵ J. Cayron, *op. cit.*, par ex. p. 289 et ss.

obligation du donneur de licence, tout en maintenant l'analyse dominante de la nature personnelle du droit du licencié ? L'obligation du bailleur est généralement incluse dans l'obligation de faire. Ce rattachement se justifie autant par l'observation de ce contrat – aux termes de l'article 1709 du Code civil, le bailleur s'oblige à « faire jouir » d'une chose – que par la répugnance à la classer parmi les obligations de donner. Cette définition indique bien qu'à l'inverse de la situation résultant d'un transfert de propriété, le maintien en jouissance est une obligation due par le bailleur tout au long du contrat. Cependant, les inconvénients de ce rattachement traditionnel ont été mis en évidence par la doctrine, bien qu'ils semblent parfois plus théoriques que pratiques⁷⁴⁶.

L'idée d'enrichir la *summa divisio* des obligations de donner et de faire d'une obligation de *praestare* (ou donner à usage) apte à saisir la catégorie des contrats permettant l'usage d'une chose sans effet réel, est donc avancée en doctrine ; mais à des titres divers et au prix d'importantes nuances. En fait, il ne s'agirait *a minima* que d'identifier l'existant, en évacuant les contrats portant sur l'usage d'une chose de la catégorie des obligations de faire. Ainsi, on a pu voir l'une de ses expressions dans l'article 1127 de Code civil : « Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat. ». Cet article discret évoque clairement la différence qu'il y a à jouir par un droit sur la chose (« la chose elle-même ») et par un droit à la chose (« Le simple usage »). Cette disposition serait une référence à l'obligation de *praestare*⁷⁴⁷.

Cependant, le contenu que la doctrine prête à cette catégorie d'obligations est des plus divers : d'une généralité englobant notamment les notions de délivrance, de garantie, de dépôt, d'usage, accompagnant parfois un transfert de propriété⁷⁴⁸, cette notion est identifiée à la notion de mise à disposition, telle que la pratique et certains textes en font usage, elle-

⁷⁴⁶ G. Pignarre, A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil., RTD civ. 2001, p. 42. L'auteur cite comme exemple une certaine incohérence du domaine assigné à l'article 1142 du Code civil. Cependant, cet enjeu a été relativisé en raison du domaine déjà étrenci de cet article (v. par ex. J. Huet, Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425, n° 10 : « Ainsi, la sanction de l'obligation par l'exécution forcée en nature est-elle devenue le droit commun ». L'auteur note également que l'obligation de faire peut être de résultat dans certains cas, correspondant aux obligations de *praestare*).

⁷⁴⁷ M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD Civ. 1996, p. 85 (spéc. n° 3). En ce sens : J. Huet, art. préc., (n° 4). Notant cependant que cet article ne couvre qu'un aspect parmi d'autres de l'obligation de *praestare* du droit romain (ou obligation de mise à disposition), v. G. Pignarre, L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala. Analyse critique, D. 2007, Chron. p. 384, n° 10.

⁷⁴⁸ Plusieurs auteurs du XIX^e siècle (dont Demolombe) incluaient l'obligation de *praestare* (ou de mise à disposition) dans le domaine de l'obligation de donner (*dare*) ; sur ce constat, v. M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, *op. cit.*, (spéc. n° 3 et les références citées) ; en ce sens, A.-S. Courdier-Cuisinier, Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner. Essai sur les causes d'une controverse doctrinale, RTD Civ. 2005, p. 521. (v. n° 3). V. P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon Assas, Coll. Droit privé, 2002, par ex. n° 11, p. 30 et s.

même indéfinie⁷⁴⁹. Le domaine de cette obligation de *praestare*, généralement traduite « mise à disposition » ou « obligation de donner à usage », voit son domaine limité aux contrats autorisant un usage à temps d'une chose, sans relever pour autant de l'obligation de donner (bail, prêt à usage, conventions d'occupation précaire). De fait, certains ouvrages de droit des contrats spéciaux, avec quelques variations lexicales, prennent acte de cette division tripartite des contrats⁷⁵⁰.

Cette obligation apparaît récemment sous la forme d'une catégorie clairement identifiée, et apte à décrire utilement la notion de licence, à l'article 1146 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (avant-projet Catala), au travers de la notion d'obligation de *donner à usage* : « L'obligation de donner à usage a pour objet la concession de l'usage d'une chose à charge de restitution, comme dans le bail ou le prêt à usage ; elle n'a pas lieu dans les conventions qui concèdent la détention sans droit d'usage, comme le gage et le dépôt. »⁷⁵¹.

On a pu critiquer le risque de confusion résultant de l'association dans une notion des termes « usage » et « donner »⁷⁵² ; en outre, l'étroitesse de cette définition ne coïnciderait pas avec l'obligation de *praestare* telle que la connaissait le droit romain⁷⁵³, ni avec la notion actuelle de mise à disposition, prise dans son sens le plus large. Elle n'en demeure pas moins

⁷⁴⁹ N. Decoopman, La notion de mise à disposition, RTD civ. 1981, p. 300 : « Délivrance d'un bien ou mode de constitution de garantie, la notion de mise à disposition est généralement utilisée à propos de pratiques originales, difficiles à qualifier juridiquement. Elle traduit toujours le transfert d'une certaine mainmise – juridique ou matérielle – sur une chose » ; G. Pignarre, L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala, art. préc., n° 10 et ss.

⁷⁵⁰ Par ex. J. Huet, *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 20000, où l'auteur, évoquant les notions de mise à disposition et d'obligation de *praestare*, réunit les « Contrats emportant transfert de jouissance d'une chose » aux côtés des contrats ayant pour objet de transférer la propriété d'une part et les contrats portant sur un ouvrage ou un service d'autre part. Comp. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 11. Cet auteur distingue – entre autres catégories – les contrats translatifs de propriété, des contrats de prestations de service et des contrats « qui ont pour objet des biens, mais sans porter sur un droit réel, simplement pour en permettre l'usage (comme le bail) » (l'auteur souligne).

⁷⁵¹ Le sens de l'article est clairement précisé par une note des rédacteurs de l'avant-projet qu'il est utile de reproduire ici : « Note : L'obligation de donner à usage ne se réduit ni à l'obligation de donner ni à l'obligation de faire. Elle correspond à un concept autonome ; elle constitue une catégorie distincte qui se caractérise : par la nature spécifique et limitée du droit conféré, un droit d'usage, et par l'obligation de restitution. Autrement dit, et en deux mots, elle fait un détenteur précaire ; non pas un propriétaire, non pas le débiteur d'une somme d'argent, mais un usager tenu à restitution. La *summa divisio* « donner », « faire », devrait faire place à la trilogie « donner », « donner à usage » et « faire » (ou ne pas faire). Linguistiquement, l'expression « donner à usage » qui est assez concise pour avoir sa place dans le premier alinéa de l'article 1101-1 entre « donner » et « faire », est heureuse car elle évoque « donner à bail » et « prêt à usage ». Or, justement, le bail et le prêt à usage sont les deux applications topiques de l'archétype « donner à usage ».

⁷⁵² Cette remarque mérite d'être reproduite : « Mais, compte tenu de la terminologie utilisée, ne risque-t-on pas d'entretenir la confusion entre le « donner à usage », côté contrat, *via* le bail, ou, mieux encore, le commodat, lesquels, opérant une dissociation entre la propriété et l'usage de la chose, permettent au preneur ou à l'emprunteur d'utiliser pendant un certain temps le bien mis à leur disposition et le « donner à usage », côté démembrement du droit de propriété, *via* le *jus utendi* résultant de la constitution d'un droit d'usage et d'habitation (...) ? », G. Pignarre, L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala. Analyse critique, art. préc. – Pareille confusion serait fâcheuse, dans la mesure où l'intérêt de ce rattachement est précisément d'asseoir la licence en formule distincte de la cession.

⁷⁵³ G. Pignarre, *ibid.*

un précieux outil d'analyse de l'existant et de classification des contrats spéciaux⁷⁵⁴. L'intérêt de cette notion est d'offrir à la licence une catégorie de rattachement qui l'émancipe du « matérialisme » des dispositions relatives au bail et permet d'en saisir immédiatement l'essence.

162. Conclusion. Que l'on considère qu'il y ait identité entre l'*usus-fructus* et le droit du preneur ou plutôt, selon la conception majoritairement retenue, que le bailleur *fait jouir* le preneur et que cette jouissance recouvre des prérogatives ayant une assiette en partie similaire à l'*usus* et au *fructus*, la situation du preneur reste inchangée : sa « jouissance » lui autorise, lorsqu'elle ne lui oblige pas, l'exploitation de la chose. Qu'en est-il de l'œuvre, qui a la particularité d'être une chose incorporelle, destinée à être exploitée ? Peut-elle s'intégrer à cette réflexion ?

II – La jouissance locative d'une œuvre, réalisée par son exploitation

163. La jouissance locative d'une œuvre. Après avoir rapporté quelques éléments permettant de cerner la teneur de la jouissance du preneur, il convient de vérifier si la licence de droit d'auteur s'intègre à ce schéma. L'analyse de Roubier en matière de brevet s'avère transposable au droit d'auteur : « S'il est vrai que le contrat de licence confère au licencié la jouissance du droit d'exploitation, qui est un des attributs du brevet, il n'y a rien là de plus que dans le contrat de louage, où le preneur obtient aussi la jouissance de la chose par le moyen d'un droit, qui n'est qu'un droit de créance. »⁷⁵⁵.

164. Bref retour sur la chose⁷⁵⁶. La discussion sur le contrat en droit d'auteur est inséparable d'une discussion en droit des biens visant à définir la chose, objet de la prestation

⁷⁵⁴ M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, art. préc. : « Si l'on souhaitait classer l'ensemble des contrats spéciaux, le plus opportun serait sans doute de les regrouper en fonction de leur objet, pris cette fois-ci au sens de l'objet du contrat, de l'effet principal recherché par les parties. La présentation la plus juste serait alors probablement la classification tripartite du droit romain, sous la réserve très importante cependant que ces trois notions [*facere, dare, praestare*] ne sont pas selon nous, comme dans la présentation romaine, les objets possibles des obligations mais uniquement les prestations possibles, c'est-à-dire les objets possibles des contrats. En d'autres termes, la division tripartite retenue pour classer les contrats spéciaux entre le *dare*, le *praestare* et le *facere* n'est pas effectuée au sein des obligations mais réellement au sein des types de contrats. »

⁷⁵⁵ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Partie Spéciale, Sirey, 1954, t. 2, n° 184, p. 264, l'auteur assortissait cependant ce rapprochement de nuances.

⁷⁵⁶ Principes déjà débattus, v. *supra* n° 83 et ss., sur l'utilisation d'une œuvre comme l'impossible objet de la licence de droit d'auteur.

du bailleur. Pour adapter la notion de jouissance locative à la prestation caractéristique du donneur de licence, il faut rappeler ce en quoi consiste la jouissance d'une œuvre. Par « œuvre », nous ne désignons ici que l'objet de droit protégé en vertu du Livre Premier du CPI, et non l'œuvre en tant qu'objet matériel ou dématérialisé, susceptible d'être lue, contemplée, écoutée, visionnée, consultée (voire goûtée ou sentie selon certains), ou encore utilisée par un système informatique.

C'est là où réside, à notre sens, une limite à l'analyse menée par des auteurs que nous retrouvons ici, principalement MM. Lucas⁷⁵⁷ ainsi que M. Huet⁷⁵⁸, dont les thèses sont reprises en d'autres termes par un auteur : « Le licencié ne peut se contenter de cet accès à la création qui, du reste, est offert généralement à l'ensemble des personnes ; il veut surtout exploiter la création, c'est-à-dire exercer le droit d'exploitation. »⁷⁵⁹. L'analyse repose sur une considération imprécise de ce qu'est l'œuvre. En effet, comme nous avons déjà tenté de le démontrer, *l'œuvre, en tant que réalité perceptible par les sens, en tant qu'objet d'esthétique, ne correspond pas nécessairement à l'œuvre appropriée dans les conditions du Livre I^{er} du Code de la propriété intellectuelle*⁷⁶⁰. Pour comparaison : le propriétaire comme l'usufruitier, mais également le locataire d'un immeuble, ne peuvent, en vertu de leurs droits réels, ou pour le dernier du droit personnel de jouissance, prétendre à l'accès exclusif à toutes les utilités économiques d'un bien (telle l'exploitation exclusive de son image, par exemple⁷⁶¹). Car toutes ces utilités, ces valeurs, ne participent pas à l'édification de la chose. Elles ne peuvent donc pas donner, directement, prise à un contrat. De la même manière, les contrats ayant pour fin l'accès à une œuvre ne relèvent tout simplement pas des contrats sur les choses, faute de réservation par le droit d'auteur, ou en d'autres termes, faute de chose.

⁷⁵⁷ Pourtant, MM. Lucas font clairement la distinction entre utilisation d'un logiciel et son exploitation et concluent justement à une différence fondamentale des natures juridiques des conventions concernées. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006, n° 776 et ss., p. 549 et ss.

⁷⁵⁸ Précités : v. *supra* n° 149.

⁷⁵⁹ B. Laronge, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 494, p. 420.

⁷⁶⁰ V. *supra*, spéc. n° 83 et ss.

⁷⁶¹ Il s'agit du célèbre débat sur la question de l'image des biens. Dans un premier temps, rappelant que « Le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien », la Cour de cassation admet que l'image d'un bien sous forme de photographies porte « atteinte au droit de jouissance du propriétaire » : Cass. civ. 1^{re} 10 mars 1999, JCP G 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier ; JCP G 1999, I, 175, obs. H. Périnet-Marquet ; JCP E 1999, n°819, note M. Serna ; RTD com. 1999, p. 397, obs. A. Françon ; RTD civ. 1999, p. 859, obs. F. Zenati ; D. 1999, Jur. p. 319, concl. Sainte-Rose et note E. Agostini ; RIDA oct. 1999, n° 182, p. 149, note M. Cornu ; CCE 1999, comm. 4, Y. Gaubiac ; RD imm. 1999, p. 859, obs. M. Bruschi et J.-L. Bergel. – En simplifiant à l'extrême ce débat, notons que la Cour de cassation a opéré peu après un revirement important, remplaçant le débat sur le terrain de la responsabilité civile : Ass. Plén., 7 mai 2004, D. 2004, Jur., p. 1545, notes J.-M. Bruguière et E. Dreyer ; RTD civ. 2004, p. 528, obs. T. Revet ; Légipresse, 2004, III, 117, note J.-M. Bruguière et B. Gleise ; Prop. intell., 2004, 817, note V.-L. Benabou ; JCP, 2004, I, 163, note G. Viney et II, 10185, note Ch. Caron ; RLDI, juin 2005, p. 6 et s., Chron. Ch. Geiger. *Adde* : Cass. civ. 1^{re}, 5 juill. 2005, D. 2005, IR, 2178. Pour une analyse différente, v. : F. Zenati, Du droit de reproduire les biens, D. 2004 p. 962.

165. L'obligation de faire jouir le licencié a pour objet l'œuvre et non des droits constitués sur l'œuvre. Aussi, un argument concourant à l'admission de la licence comme bail d'exploitation a été avancé : la licence, son objet, porterait non pas sur l'usage de l'œuvre, mais sur l'usage des droits d'exploitation portant sur cette œuvre⁷⁶². L'argument, bien qu'il ait été utilisé en faveur de l'admission de la licence de droit d'auteur⁷⁶³, n'est pas entièrement satisfaisant. Quand bien même on ferait porter la licence sur des droits et non sur l'œuvre, la situation serait identique : l'utilisation de l'œuvre ne consiste jamais que dans son exploitation. Qu'il s'agisse directement de l'œuvre ou que l'on se serve de l'intermédiaire de droits sur l'œuvre, le résultat sur le contenu du contrat est identique : il porte sur l'exploitation de la chose mise à disposition.

166. L'existence d'un *usus* exclusif discutée en droit d'auteur. A partir de cette discussion, il serait tentant de dénier l'existence d'un *usus* en droit d'auteur, l'inexistence ou l'absence d'exclusivité de l'*usus* étant un des arguments traditionnels de disqualification de l'œuvre en tant qu'objet de propriété⁷⁶⁴. La question reste problématique aux dires des partisans de la qualification de propriété⁷⁶⁵. Or, on a pu démontrer qu'il existait bien un *usus* exclusif, notamment avant l'exercice du droit de divulgation par l'auteur⁷⁶⁶. Dans le même sens, si un droit d'usage au sens d'une réservation de l'accès à l'œuvre n'est plus de droit positif, le débat sur la licence de logiciel nous a démontré que l'existence de l'*usus* sur le logiciel était concevable au titre du droit d'auteur. En effet, entre 1985 et 1994, les textes prescrivaient un tel droit d'utilisation⁷⁶⁷. Même si ce n'est pas dans notre tradition de droit d'auteur, ni de droit positif, un « *usus* », traduit comme un strict synonyme d'utilisation, n'en demeure pas moins théoriquement concevable, et pourrait compléter le droit d'exploitation *stricto sensu*. Mais c'est vers une autre conception que l'on s'orientera.

⁷⁶² A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 27, p. 29

⁷⁶³ N. Blanc, *op. cit.*, n° 311.

⁷⁶⁴ V. par ex. P. Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, RTD civ. 1935, p. 251 ; du même auteur : *Le droit de la propriété industrielle*, Partie Générale, Sirey, 1952, p. 95, n° 21. – Pour un exposé très riche de cette controverse, mais ne recourant pourtant, lorsqu'il s'agit de s'autoriser de Desbois, qu'à la 1^{re} édition de son traité (1950), antérieure à la loi du 11 mars 1957 : B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 40 et ss.

⁷⁶⁵ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 372.

⁷⁶⁶ J. Raynard, *op. cit. loc. cit.*

⁷⁶⁷ V. *supra* n° 84 et ss. sur la licence d'utilisation de logiciel, exclue de la qualification de licence de droit d'auteur.

167. L'absence d'*usus* au sens strict justifiée par l'assiette de la propriété intellectuelle. Les termes de ce débat manifestent, croyons-nous, un malentendu quant à l'assiette de l'appropriation réalisée par le CPI. La question de l'absence d'exclusivité de l'*usus* (au sens strict d'accès à la création) est impuissante au rejet de la qualification de propriété car, nous le répétons, cette utilité est simplement *extérieure* à la réservation organisée par le droit d'auteur⁷⁶⁸. La propriété littéraire et artistique se conçoit essentiellement comme un droit d'exploitation. Certes, il a été souligné plus haut, le cessionnaire d'une œuvre n'en recherche pas l'usage passif, comme pourrait le faire le locataire d'un immeuble, ou même du support matériel d'une œuvre plastique (ce qui se pratique), ou audiovisuelle. Mais le droit d'usage compris de la sorte a-t-il quelque rapport avec le droit de propriété tel que nous l'entendons dans notre discipline ?

Au fond, la principale originalité de l'œuvre, à l'instar des autres droits de propriété intellectuelle, tiendrait certes à son caractère immatériel, mais probablement davantage au caractère *spécial* de son assiette. La propriété intellectuelle obéit à un principe de spécialité. Seules sont appropriables les valeurs incorporelles que le législateur a estimé utile d'être appropriées, et au sein de ces objets, pour certaines utilités seulement. L'usage strictement entendu n'est donc pas absent du contrat de licence en raison d'une prétendue originalité de ce contrat ; il est exclu du contrat de licence parce que cet usage ne compose pas la chose, objet de la prestation caractéristique de ce contrat.

Dès lors, pour en revenir au bail, l'article 1713 du Code civil dispose : « On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles. ». La lecture de l'article doit être associée à la directive d'interprétation formulée par la Cour de cassation : « il résulte du rapprochement des articles 1709, 1711 et 1713 C. civ., que les règles applicables au louage des biens immeubles, le sont également au louage des biens meubles, autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses. »⁷⁶⁹. Or, du moment que l'on admet l'existence de meubles incorporels, on doit admettre que la particularité de la chose atteigne le contrat, sans que ces variations ne modifient sa nature juridique.

⁷⁶⁸ J. Raynard, *op. cit.*, n° 372 : « 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 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. ». – L'évolution des techniques montrera l'émergence d'une valeur économique considérable dans l'accès à l'œuvre, mais celle-ci ne fait pas l'objet d'une réservation, du moins par la technique de la propriété. Comme on l'a vu, il peut y avoir réservation par des obstacles de fait, des mesures techniques de protection, elles-mêmes protégées par le droit d'auteur, et pouvant être levées par un contrat. (v. not. *supra* n° 92).

⁷⁶⁹ Cass. civ. 16 août 1882, Bull. n° 178 ; DP, 1883. 1.213 ; S., 1884. 1. 33, note Esmein (précité).

168. La nécessaire réunion de l'*usus* et du *fructus*. L'*usus* ne semblant pas exister de façon autonome en propriété intellectuelle, on peut être tenté – plutôt que de vouloir l'exclure – d'assimiler sa fonction à celle du *fructus*. A ce titre, on rappellera que la confusion nécessaire de l'*abusus* et de l'*usus* des choses consommables dans leur exercice ne remet pas en cause le principe de leur appropriation. En effet, faire usage d'un bien consommable, c'est exercer concomitamment un acte de disposition relevant de l'*abusus*. Autrement, faire usage d'un objet de propriété intellectuelle (*usus*) n'est autre chose qu'en recueillir les fruits en l'exploitant (*fructus*)... encore que la reproduction et la représentation d'une œuvre sans recherche de profit constitue également un exercice du monopole.

169. Usage et exploitation, des notions floues en droit d'auteur. *Utiliser l'œuvre, entendue comme l'objet possible d'une appropriation selon le régime du droit d'auteur, en d'autres termes en jouir, c'est pouvoir l'exploiter.* Cette idée transparaît de la doctrine attachée à ces questions, d'une doctrine ancienne jusqu'à la plus actuelle. Josserand défendait déjà la thèse de la propriété en ces termes : « On ne peut concevoir le *fructus* sans l'*usus* ; celui-ci est virtuellement contenu dans celui-là »⁷⁷⁰. Plus nettement encore, dans le sens du rapprochement des deux prérogatives en droit d'auteur : « l'auteur a, seul, le droit de reproduire son œuvre – et c'est bien là faire usage de son droit »⁷⁷¹. Le problème est rapidement écarté par Mousseron dans sa thèse au sujet du brevet : « Bénéficiaire de l'usage économique exclusif, le breveté a donc l'« *usus* » caractéristique du droit de propriété »⁷⁷². Desbois, quant à lui, définissait la concession (licence) comme le fait de « conférer l'*usage* du droit dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement contractuel. »⁷⁷³. La même terminologie est employée dans des écrits plus récents du droit d'auteur, où la doctrine ne relève pas de distinction entre simple usage et faculté d'exploiter, les deux notions se fondant

⁷⁷⁰ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 3^e éd. Sirey, 1938, n° 1527, p. 846.

⁷⁷¹ L. Josserand, *op. cit. loc. cit.*

⁷⁷² J. M. Mousseron, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, LGDJ, 1961, n° 249, p. 273, v. égal. in : J. M. Mousseron, *Inventer*, Centre du Droit de l'Entreprise, Montpellier, 2001, p. 283. – Il est vrai cependant que le droit du breveté s'étend à des actes qualifiés d'utilisation : art. L. 613-3 du CPI : « Sont interdites, à défaut de consentement du propriétaire du brevet : a) La fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet ; / b) L'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire français ; / c) L'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet. ». – Cette utilisation, réservée au breveté est cependant loin d'être absolue : Article L. 613-5 du CPI : « Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas : a) Aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ; / b) Aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ; (...) ».

⁷⁷³ H. Desbois, *op. cit.*, n° 491. Nous soulignons.

souvent au sein de la notion de jouissance⁷⁷⁴. L'usage peut donc consister en une exploitation. L'usage concédé dans le cadre d'un contrat de licence caractérise un bail.

170. Enfin, la plupart des auteurs « civilistes » ne semblent pas relever cette difficulté, et concentrent leurs analyses sur d'autres particularités (chose et propriété incorporelles, durée, obligation de restitution, etc.)⁷⁷⁵. Dans cet esprit, un exemple est dispensé par MM. Malaurie et Aynès dans leur ouvrage de droit des biens, à propos du droit des brevets. Il nous permet d'en savoir davantage sur l'adaptation de ces trois prérogatives à la propriété intellectuelle dans son ensemble. Ainsi, l'inventeur ayant déposé un brevet peut : « exploiter le brevet (*usus*), en jouir en concédant à un tiers une licence d'exploitation moyennant le versement d'une redevance (*fructus*) ou encore le céder (*abusus*, au sens juridique). »⁷⁷⁶. L'usage est ici défini comme la faculté d'exploiter personnellement l'invention, mais n'est-ce pas là, aussi, en retirer les fruits ? Si nous laissons de côté la nature du titre autorisant l'exploitation, réelle (titulaire du brevet) ou personnelle (licencié), pour nous concentrer sur l'assiette des utilités conférées, nous ne voyons pas ce qui différencie dans ce cas précis l'*usus* du *fructus*. L'exploitation peut être personnelle ou réalisée par l'intermédiaire d'un tiers ; dans les deux cas, il ne s'agit que d'exploiter directement ou indirectement (faire exploiter) la chose afin d'en percevoir les fruits. Il est tout aussi remarquable que selon cette définition, le propriétaire incorporel exerce son droit de *fructus* en donnant à bail ; corrélativement, il mettra à la disposition du licencié un droit personnel d'exploitation, donc un droit personnel d'*usage* selon cette même définition. Envisagés de façon fonctionnelle, droit d'usage et droits aux fruits semblent ici se confondre. Cette

⁷⁷⁴ Comme le note Linant de Bellefonds : « le contrat de représentation n'emporte qu'une concession, sorte de droit de jouissance au profit de l'exploitant. », X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, n° 860. Monsieur Gautier note également à propos du même contrat, dénommé « concession » : « acte en vertu duquel le propriétaire autorise un tiers à jouir de sa chose », P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 616. Les écrits de Monsieur Sirinelli expriment sans doute cette conception de l'usage, lorsqu'il définit la cession comme le « transfert d'un droit exclusif d'usage », P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd. Dalloz, 2003, v. p. 68 et p. 112.

⁷⁷⁵ V. spéc. : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 360.

⁷⁷⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 3^e éd., Defrénois, 2010, n° 207. Mais ces auteurs rejettent finalement la qualification de propriété pour des raisons peu décisives. Notons : le caractère temporaire de la propriété, critère récusé par ces auteurs. Le constat de l'absence de consistance hors la participation de tiers (les clients) n'est pas porté au droit d'auteur (et quant bien même ... quelle originalité à ce que la valeur d'un bien dépende de la convoitise des tiers ? Par ailleurs l'existence de la propriété de l'œuvre est indépendante de toute exploitation ou rapport aux tiers). Le défaut de protection possessoire et d'action en revendication, point nuancé en propriété industrielle et généralement contredit par la nature revendicatoire de l'action en contrefaçon. La conciliation de ces droits avec les libertés fondamentales et notamment d'expression et d'information, or de cette nécessaire conciliation – bien connue des autres propriétés – ne naît aucune objection au principe d'une propriété intellectuelle. Enfin, le lien entre l'auteur et l'œuvre non réductible à une propriété, s'avère nous l'avons vu, d'une originalité très relative.

distinction entre *usus* (exploitation personnelle) et *fructus* (donner en licence) fait de la licence l'opération par laquelle le licencié va, en un sens, jouir de la chose par l'intermédiaire du propriétaire.

171. Conclusion de la Section 1. Plusieurs analyses convergent donc dans le même sens : jouir d'une œuvre, c'est en faire l'exploitation. L'œuvre est un bien essentiellement frugifère, car son utilisation au sens strict n'est pas réservée par une technique d'appropriation. Les deux prérogatives d'*usus* et de *fructus* sont en conséquence indissociées ici en raison de la nature de la chose. Elles consistent en l'exploitation, qui est le mode de jouissance des droits de propriété intellectuelle. Cette jouissance peut être exercée directement sur la chose par le propriétaire ou l'usufruitier, mais elle peut également être autorisée à titre temporaire dans le cadre d'un bail et s'exercer au moyen d'un rapport d'obligations, c'est-à-dire de droits personnels. Une fois vaincus les arguments ne voyant dans la jouissance locative, caractéristique du bail, qu'un usage passif de la chose, nous avons pu conclure que la licence de droit d'auteur comprenait la prestation caractéristique du bail et devait donc être qualifiée de telle.

La thèse rejetant la licence en raison du caractère productif de la chose supposait rien moins que la négation de la possibilité de louer des biens frugifères. Or, le droit positif exprime le contraire. Une différence cependant demeure. Si le donneur de licence a certes l'obligation de mettre en mesure le licencié d'exploiter⁷⁷⁷, nous constaterons que cette exploitation ne constitue pas nécessairement une obligation pour le licencié⁷⁷⁸. Or, dans les autres baux d'exploitation, cette dernière est généralement une obligation⁷⁷⁹. Cette différence s'accorde parfaitement avec la lecture que nous proposons de ces contrats : la licence de droit d'auteur, que nous avons qualifiée de bail, ne consiste jamais qu'en une autorisation d'exploiter, emportant la mise à disposition de l'œuvre. En cela, elle ne diverge pas du droit commun du bail. A ce titre, autorisant l'exploitation et l'assortissant des garanties connues du bail, les parties peuvent faire de cette faculté potestative d'exploitation une véritable obligation. Tel est le rôle des régimes, impératifs pour la plupart, des contrats spéciaux d'exploitation du droit d'auteur du CPI⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ V. *infra*, n° 802.

⁷⁷⁸ V. *infra*, n° 758 et ss.

⁷⁷⁹ J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM 1999, n° 314, p. 304, pour l'exemple de la location gérance de fonds de commerce.

⁷⁸⁰ L'étude de ces contrats et leur articulation avec la licence sera l'objet de notre seconde partie.

172. Conclusion, suite. Éléments essentiels, naturels et accidentels de la licence de droit d'auteur. Pour reprendre une méthode de classification ancienne mise à jour par Pothier⁷⁸¹, reprise récemment par M. Terré⁷⁸² on dira que les *éléments essentiels* du contrat permettent d'assurer sa qualification. Ainsi, la jouissance temporaire, entendue comme la *faculté* d'exploiter (et, nous le verrons, le prix) est un élément essentiel de la licence de droit d'auteur. On oppose alors aux éléments essentiels les éléments naturels et accidentels. Ainsi, « Les éléments naturels d'un contrat sont ceux qui découlent du type de contrat adopté, en l'absence de stipulation des contractants. »⁷⁸³. L'élément naturel est largement supplétif : on pourra citer l'obligation de garantie de la licence de droit d'auteur. Enfin, « Les éléments accidentels sont ceux qui sont annexés à un contrat donné par les stipulations des parties et n'existent pas sans elles ». Ainsi – et même si l'importance de cette obligation dans l'économie du contrat rend le terme trompeur – *l'obligation d'exploitation est un élément accidentel de la licence de droit d'auteur*⁷⁸⁴. En revanche, elle est un élément essentiel du contrat d'édition. Sans stipulation, la licence ne comporte pas d'obligation d'exploitation, mais la stipulation contraire n'emporte pas requalification du contrat : le bail d'exploitation reste un bail. Au contraire, nous verrons que le contrat d'édition sans obligation d'exploitation perdrait un élément essentiel et ne supporterait plus une telle qualification.

⁷⁸¹ R.-J. Pothier, *Traité des obligations selon les règles tant de la conscience que du for extérieur*, Tome I, Paris - Orléans, 1764, (P. I, Ch. I), p. 11, n°5 « Cujas ne distinguait dans les Contrats que les choses qui font de l'essence du Contrat, & celles qui lui sont accidentelles. La distinction qu'ont faite plusieurs Jurisconsultes du dix-septième siècle, est beaucoup plus exacte : ils distinguent trois différentes choses dans chaque Contrat, celles qui sont de l'essence du Contrat, celles qui sont seulement de la nature du Contrat & celles qui sont purement accidentelles au Contrat ».

⁷⁸² F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 33 et ss., p. 35 et ss.

V. également : D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat innommé*, Thèse, Lyon III, 1982, n° 31, p. 37 et ss.

⁷⁸³ F. Terré, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁸⁴ *Contra*, affirmant que l'obligation d'exploiter du commanditaire cessionnaire des droits d'auteurs est un élément naturel, S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, IRPI, 1999, n° 593, p. 242. – Pour la démonstration du caractère en principe facultatif de l'exploitation, v. *infra* n° 756 et ss.

Section 2 – Le prix de la licence, prestation réciproque du licencié

173. Le principe d'un prix et la qualification de la licence. Nous traiterons ici du prix en tant qu'élément qualifiant de la licence de droit d'auteur. L'obligation réciproque permettant de parfaire la qualification de la licence de droit d'auteur réside dans le paiement du prix de la mise à disposition, c'est-à-dire du loyer de la licence. L'obligation réciproque pourrait être l'exploitation de l'œuvre, mais nous avons vu que ce n'était pas le cas, faute pour cette exploitation d'être systématiquement obligatoire.

174. Renvoi : Le prix conditionnel. Le prix, en principe proportionnel, dépend des résultats d'exploitation de l'œuvre, quant à son montant et parfois quant à son principe même⁷⁸⁵. Or, l'exploitation de l'œuvre par le licencié est en principe facultative, si aucune stipulation contractuelle ne vient faire de cette faculté, potestative, une véritable obligation. Dans ces cas où le prix devient illusoire, la sanction ne devrait d'ailleurs pas être la requalification en cession-donation ou en licence-commodat, celle-ci ne reflétant pas l'intention des deux parties, mais l'application des sanctions attachées au vice de potestativité ou à l'absence de cause, par exemple. Ce débat, qui a trait à l'étude des relations entre la licence et le contrat d'exploitation du droit d'auteur, sera traité ultérieurement et fera l'objet d'une démonstration⁷⁸⁶.

175. Plan. Certaines hypothèses apparaissent de prime abord comme « simples », non pour amoindrir l'intérêt du débat sur le prix de la licence, mais dans la mesure où l'on opposera de façon binaire les contrats prévoyant une contrepartie financière et les contrats ne la prévoyant pas. (§ 1 *Existence d'un loyer et qualification de la licence : schémas simples*). D'autres situations, que nous qualifierons de « complexes » mettront cependant à mal cette dichotomie. Certains contrats comporteront une contrepartie, non nécessairement monétaire, du moins un intérêt quelconque au contrat, dont la qualification de loyer se révélera problématique (§ 2 *Existence d'un loyer et qualification de la licence : schémas complexes*).

⁷⁸⁵ Pour son montant, il ne s'agit de rien d'autre que du principe de rémunération proportionnelle. (art. L. 131-4 al. 1^{er} CPI : « La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. »).

⁷⁸⁶ V. *infra* n° 756 et ss.

§ 1 – Existence d'un loyer et qualification de la licence : schémas « simples »

176. Plan. La qualification de bail suppose une contrepartie désignée par le terme de loyer. Pour qualifier la licence de bail, il conviendra par conséquent de rechercher la présence de cette contrepartie dans le contrat. L'absence de contrepartie devra entraîner sa requalification et posera le problème de la dénomination à attribuer à ces formules. (*I – La licence, contrat à titre onéreux ; II – La licence-prêt, gratuite par essence. Autres formes de gratuité*).

I – La licence, contrat à titre onéreux

177. La licence, qui est un bail, est un contrat onéreux. Ce trait essentiel est une résultante de la qualification de bail. Le prix du bail, à savoir le loyer qui oblige le preneur, est la réciproque de l'obligation caractéristique du bail, qui est celle du bailleur : faire jouir le preneur. Parmi les nombreuses références faites au loyer dans le Code civil, deux articles permettent d'assurer ce caractère essentiel : les articles 1709 et 1728⁷⁸⁷. Des contrats qualifiés de licence, ainsi que ceux organisant l'exploitation d'une œuvre et contenant une licence, doivent en principe – puisque la question reste discutée⁷⁸⁸ – comporter un prix, qu'ils soient nommés par le Code de la propriété intellectuelle (édition, représentation, production audiovisuelle) ou *a priori* innommés⁷⁸⁹. Peu importe que l'obligation de payer un prix soit associée à une obligation d'exploitation, celle-ci, nous l'avons vu, étant compatible avec la qualification de bail. Ce critère ne semble poser de difficulté majeure ni à la doctrine ni à la

⁷⁸⁷ Article 1709 du Code civil : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. ». – Article 1728 du Code civil : « Le preneur est tenu de deux obligations principales :

1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;

2° De payer le prix du bail aux termes convenus. ».

⁷⁸⁸ Renvoi : Le régime du prix dans les contrats d'exploitation (spéc. le contrat d'édition, v. *infra* n° 540 et ss. et n° 569). – D'autres problèmes sont liés au régime du prix, en particulier sa détermination dans certaines opérations complexes telles que le contrat de production audiovisuelle. La qualification de cession ou de licence en vente ou en location, ou au contraire leur éviction de ces formules nommées, ne peuvent être sans conséquence sur ces questions. Mais ces développements seront traités en seconde partie où l'on s'interrogera sur la source des principaux éléments de régime des contrats du droit d'auteur, ce qui étayera notre travail de distinction entre le contrat d'exploitation au contenu généralement impératif et la licence.

⁷⁸⁹ Par ex. : contrat d'achat de droits de télédiffusion qui est en fait une déclinaison du contrat de représentation, contrat de licence d'exploitation de logiciel, contrats d'adaptation, etc. Voir *infra* n° 625 et ss.

jurisprudence, et constitue, en cas d'absence de loyer sérieux, aussi bien une cause de requalification en commodat qu'une cause d'annulation : « Pas de loyer, pas de bail. »⁷⁹⁰.

II – La « licence-prêt », gratuite par essence. Autres formes de gratuité

178. Plan. Notre travail consiste à démontrer que la mise à disposition de l'œuvre par le contrat, par delà d'évidentes spécificités liées au régime du droit d'auteur, comme son caractère immatériel et spécial, s'accorde avec les principaux contrats sur les choses décrits par le Code civil. *Dès lors que la licence est définie comme un contrat par lequel un donneur de licence autorise un licencié à jouir d'une œuvre, pour un temps et contre un prix, des opérations guidées par l'idée de gratuité doivent être exclues de cette qualification.* Soit que la gratuité en elle-même écarte la stricte qualification de licence (A), soit que ces actes juridiques, voire d'autres comportements empreints de l'idée de gratuité, ne relèvent par ailleurs pas de la qualification de « contrat » (B).

A – La gratuité, facteur d'exclusion de la qualification de licence

179. Plan. Nous étudierons les conséquences de la gratuité de la mise à disposition du droit d'auteur en général (1-), puis à travers l'observation du cas particulier de la pratique des « licences » libres (2-).

1 – Qualification de la « licence gratuite » et qualification de la licence en bail

180. Plan. La licence ayant été qualifiée de bail, elle ne peut concerner les mises à dispositions gratuites du droit d'auteur (a). La qualification de commodat, ou prêt à usage, correspondra davantage à ce type de contrat (b).

⁷⁹⁰ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 270 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 691 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 519 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 458. V. les références jurisprudentielles citées conduisant soit à l'annulation (Cass. civ. 3^e, 20 déc. 1971, Bull. III, n° 644), soit à la requalification notamment en commodat (Cass. civ. 3^e 9 mai 1983, JCP G, IV, 225) en l'absence de loyer sérieux.

a) Le rejet de la qualification de licence

181. Gratuité et validité – gratuité et qualification. La question de la gratuité de la mise à disposition du droit d’auteur en termes de *validité* et de *régime juridique*⁷⁹¹ donnera lieu à de véritables controverses lorsqu’elle intégrera le cadre légal impératif d’un contrat d’exploitation : les contrats d’édition ou de production audiovisuelle organisés autour d’une licence gratuite supportent-ils encore de telles qualifications ?

Avant d’envisager cette rencontre entre la licence et ces contrats d’exploitation nommés et régis par le CPI qui fera l’objet de notre seconde partie, il y a lieu de poursuivre notre travail de définition de la licence, considérée en elle-même, en tant que contrat spécial distinct de ces cadres légaux. A ne considérer que la mise à disposition du droit d’auteur et sa rémunération, il est admis que le caractère impératif des dispositions du CPI ne porte que sur le mode de rémunération de l’auteur, et non pas sur le principe de cette rémunération⁷⁹². La gratuité de la mise à disposition est donc admise par principe, et les questions qu’elle suscite se posent davantage en termes *qualifications contractuelles*.

182. L’usage critiquable du terme « licence » pour des opérations à titre gratuit. La question de l’existence du prix dans la qualification du contrat de licence pourrait sembler superflue, dans la mesure où la pratique recourt à la dénomination de licence y

⁷⁹¹ On pense en particulier à la question de l’assiette de cette rémunération dans les contrats d’édition et de production audiovisuelle. V. par ex. : P. Noguier, *Les règles de la rémunération en droit d’auteur français : le principe de la participation économique de l’auteur à l’exploitation de son œuvre*, Thèse, Paris II, 1992, p. 105 et ss. ; Y. Gaubiac, L’assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d’auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l’honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 163 ; A. Lucas, L’assiette de la rémunération proportionnelle due par l’éditeur, D. 1992 p. 269 ; A. Françon, La rémunération des auteurs dans le contrat de production audiovisuelle, *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 118 ; F. Gaullier, G. Vercken, Rémunération proportionnelle des auteurs : Atténuations et remises en cause du principe de l’assiette « prix public hors taxes », Prop. intell., avril 2006, n° 9, p. 155 ; J.-L. Tournier, Le prix du droit d’auteur, RIDA, avril 1983, n° 116, p. 3 ; M. Mosser et K. Riahi, L’exploitation vidéo d’une œuvre : quelle rémunération pour l’auteur ?, Légipresse, sept. 1996, n° 134, p. 107.

⁷⁹² Certes, l’article L. 131-4 du CPI impose une rémunération proportionnelle et fait du forfait une exception : « La cession par l’auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l’auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l’exploitation (...). ». – Néanmoins, la règle ne trouve à s’appliquer que pour autant que le contrat soit à titre onéreux. Le principe des cessions gratuites étant très explicitement admis à l’article L. 122-7 al. 1^{er} du même code : « Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. ». – Pour l’admission du principe en doctrine, V. A. Huguet, *L’ordre public et les contrats d’exploitation du droit d’auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962, n° 193 ; A. Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d’auteur, D. 1976, Chron., p. 55, reconnaissant que la cession à titre gratuit n’est pas interdite (v. p. 60) ; R. Savatier Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398, n° 71 ; CA Paris 4^e ch. B, 25 nov. 2005, CCE mars 2006, comm. 40, Ch. Caron : « Toujours la question de la gratuité dans le contrat d’édition » : « Mais considérant que l’article L. 122-7 du CPI relatif à la cession du droit de reproduction d’une œuvre prévoit qu’une telle cession peut être gratuite ; qu’il n’est nullement précisé que dans ce cas, le cessionnaire s’interdirait d’exploiter commercialement une telle œuvre, qu’il doit néanmoins, en application de l’article L. 131-3 du CPI délimiter l’étendue des droits cédés ».

compris pour désigner des actes de mise à disposition à titre gratuit : le cas le plus remarquable est celui des licences libres de logiciel, qui pourraient être de véritables licences de droit d'auteur lorsqu'elles mettent en jeu l'exploitation du logiciel⁷⁹³. Ainsi, l'on pourrait être tenté de voir dans la licence une formule organisant, par l'établissement de droits personnels, une jouissance telle que nous l'avons définie à la section précédente, peu important qu'elle soit à charge d'une contrepartie, et peu important encore la nature de cette contrepartie. C'est bien dans ce sens que se prononce la doctrine lorsqu'elle considère que « la licence » peut être tantôt « location », tantôt « prêt à usage ou commodat »⁷⁹⁴.

183. L'usage rigoureux du terme « licence », limité aux actes onéreux. Ce raisonnement n'est pas entièrement satisfaisant. En effet, afin d'éviter la qualification *sui generis*, nous prenons le parti de relier la licence aux opérations contractuelles du droit civil. Or, l'indifférence d'une rémunération dans la qualification de licence briserait ce lien que nous nous attachons à démontrer entre licence et location⁷⁹⁵.

On pourra objecter à ce parti pris que la *cession*, quant à elle, est indifféremment onéreuse ou gratuite. En effet, l'article L. 122-7 al. 1^{er} du CPI dispose : « Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. ». Or, si l'opération de « cession » supporte l'absence comme la présence d'une contrepartie, c'est que la cession telle qu'employée dans le Livre 1^{er} du CPI, nous l'avons vu, ne peut être considérée comme une véritable qualification contractuelle, et donc comme l'exact synonyme de la vente. La cession, telle qu'utilisée par les textes, désigne davantage la catégorie des contrats à effet réel, ce qui peut recouvrir aussi bien la vente à proprement parler que la donation, ainsi que différentes modalités de transferts ou constitutions de droits réels sur l'œuvre. A notre sens, la licence telle que l'on peut l'observer ne conçoit pas une telle généralité. Admettre l'inverse aurait pour effet d'attribuer à la notion de licence la même

⁷⁹³ Par ex. la Licence de logiciel GNU, une des plus usitées : « son but est d'encadrer l'usage du logiciel. Dès lors, elle évoque le contrat de commodat ou, lorsque la convention est conclue à titre onéreux, le contrat de louage. Elle autorise surtout le licencié à copier et à distribuer, éventuellement contre une rétribution financière, le code source du programme qui est la forme originale appréhendée par le droit d'auteur. Mais la licence permet aussi, sous certaines conditions, de modifier le programme. Dès lors, le licencié peut, si sa modification est originale, prétendre à la qualité d'auteur. », Ch. Caron, *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, D. 2003, n° 23, Chron. p. 1556. – *Adde* : C. Rojinsky et V. Grynbaum, *Les licences libres et le droit français*, Prop. intell., juill. 2002, n° 4, p. 28.

⁷⁹⁴ Et si toutefois l'on veut bien assimiler la jouissance du locataire et celle du commodataire. – Sur cette qualification, voir, par ex. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 297 ; N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 306. En ce sens, en matière de licence de marques, v. E. Tardieu-Guigues, *La licence de marque*, Thèse, Montpellier, 1991, p. 101 et ss. Cet auteur parle, en l'absence d'obligation d'exploitation, de licence « appauvrie ».

⁷⁹⁵ V. pourtant une troublante expression : « Les droits patrimoniaux sont cessibles ou *donnés en location gratuitement* ou à titre onéreux », Ch. Caron, *op. cit.*, n° 297 (nous soulignons).

fonction que celle que l'on a attribuée à la cession : la désignation indistincte de toute forme de mise à disposition d'une œuvre. La distinction entre licence et cession perdrait alors son sens.

Un autre argument textuel pourrait être opposé à la stricte qualification de la licence en bail. En effet, l'article L. 131-2 du CPI évoque des « autorisations gratuites d'exécution ». Or, le terme d'« autorisation » est utilisé dans la définition légale du contrat de représentation. Nous verrons que le régime impératif du contrat de représentation suggère qu'il soit organisé autour d'une licence⁷⁹⁶. Dans ce cas, la licence étant, comme l'enseigne l'étymologie, une forme d'autorisation, ne pourrait-on pas en induire l'existence de véritables licences gratuites relevant de la même qualification que les autres licences ? La réponse est également négative : la notion d'autorisation suggère, certes, que d'autres formules que la cession ont été envisagées par le législateur en 1957. Cependant, comme nous l'avons démontré⁷⁹⁷, elle ne dispose pas plus que cette dernière d'un sens particulier en matière de qualification contractuelle.

La licence n'est qu'un bail. Or, la « licence » gratuite, faute de loyer, n'est pas un bail. Par conséquent la « licence » gratuite n'est pas une licence.

Dès lors, quelle qualification attribuer à la mise à disposition temporaire et gratuite du droit d'auteur ?

b) L'élection de la qualification de prêt à usage, ou « commodat »⁷⁹⁸

184. La qualification de prêt à usage ou commodat retenue. On peut être tenté de comparer la jouissance locative avec la forme de jouissance voisine instituée par le commodat, bien que les obligations du prêteur soient infiniment moins rigoureuses que celles du bailleur⁷⁹⁹, le droit des contrats étant en principe favorable à « l'acteur de la gratuité »⁸⁰⁰. Trois éléments apparaissent nécessaires à la qualification du prêt à usage : « Un objet qui est

⁷⁹⁶ V. *infra* n° 490 et ss.

⁷⁹⁷ V. not. *supra*, n° 14 et *infra*, n° 472. Sur la notion d'autorisation, v. *supra* n° 119 et ss.

⁷⁹⁸ Le terme « commodat » a été supprimé de l'art. 1875 du Code civil par une loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. Cependant, le terme n'ayant pas été effacé du droit positif car il figure toujours au Chapitre 1^{er} « Du prêt à usage, ou commodat », nous continuerons à l'utiliser indistinctement de la notion de prêt à usage.

⁷⁹⁹ Par ex. la charge des risques revient au propriétaire (ce qu'est, en général, le bailleur comme le prêteur), mais cette charge est atténuée pour le prêteur au détriment de l'emprunteur : V. art. 1881 et ss. du Code civil, A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 644. – Autre exemple : le prêteur n'est pas tenu d'une véritable obligation de garantie des vices comparable à celle du bailleur (V. art. 1891). A. Bénabent, *op. cit.*, n° 648.

⁸⁰⁰ S. Bénils, *Essai sur la gratuité en droit privé*, Thèse, Montpellier, 2006. Pour le prêt à usage, v. n° 155, p. 91.

l'usage de la chose, une finalité qui est sa restitution et surtout une essence qui est la gratuité »⁸⁰¹.

- « Un objet qui est l'usage de la chose » : selon l'article 1875 du Code civil : « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. » La finalité du contrat est bien l'usage de la chose par le commodataire : ce contrat porte donc sur la jouissance d'une chose⁸⁰², éventuellement incorporelle⁸⁰³, assurée à l'emprunteur par le prêteur au moyen d'un droit personnel⁸⁰⁴. Ce droit n'est cependant pas absolu ; l'article 1880 du Code civil dispose que la mise à disposition⁸⁰⁵ n'autorise à l'emprunteur que les usages convenus, ou à défaut déduits la nature de la chose⁸⁰⁶. Cela n'est pas étranger à la jouissance que l'on connaît dans le bail et demeure en parfaite adéquation avec l'exigence de détermination de l'objet des « cessions » de droit d'auteur quant à leur étendue, leur destination, leur lieu et à leur durée⁸⁰⁷.

Mais cet usage permet-il, comme celui qui trouve sa source dans le bail, l'exploitation de la chose prêtée ? Il convient de rappeler que l'usage d'une œuvre en tant que bien réservé par le droit d'auteur s'entend exclusivement de son exploitation, l'usage de l'œuvre au sens strict (lecture d'un livre, visionnage d'un film, utilisation d'un logiciel, etc.) ne faisant pas l'objet d'une appropriation. La solution semble conduire à une opposition avec le droit commun du commodat : l'emprunteur n'aurait pas le droit de tirer des revenus de la chose, par exemple en la louant⁸⁰⁸. Nous croyons qu'il convient d'établir une distinction : la question de savoir si l'emprunteur ne pourrait pas concéder de sous-contrat, qui est un acte d'exploitation à titre gratuit, relève du débat sur le caractère *intuitu personae* du contrat. Si la question n'est pas tranchée, le caractère très relatif de cet *intuitu personae* permet d'admettre

⁸⁰¹ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 622.

⁸⁰² A. Bénabent, *op. cit.*, n° 620.

⁸⁰³ Sur l'admission générale du prêt de chose incorporelle : brevets, enseignes, droits sociaux, etc. V. C. Mauro, Permanence et évolution du commodat, Defrénois, 2000. 1024. n°4.

⁸⁰⁴ Pour la démonstration de cette nature, v. : F. Grua, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1875 à 1879, fasc. unique, *Prêt à usage : Caractères*, actualisé par N. Cayrol (Cote : 01-2010), spéc. n° 56.

⁸⁰⁵ Terme repris notamment par : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 910.

⁸⁰⁶ Article 1880 du Code civil : « L'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu. ».

⁸⁰⁷ Il s'agit de l'exigence de l'article L. 131-3 du CPI, dont le domaine d'application (toute licence ou la seule licence intégrée à un contrat d'exploitation ?), ainsi que les modalités, donneront lieu à de vifs débats. V. *infra* n° 664 et ss. et n° 715 et ss.

⁸⁰⁸ En ce sens, pour la requalification du « prêt » d'un appartement d'une épouse à son mari avec possibilité de le donner en « sous-location » : Cass. 1^{re} civ. 3 nov. 1988, JCP, 1998, II, 221375, note Th. Hassler, RTD civ. 1989, p. 570, obs. Ph. Rémy. En ce sens : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 613.

le sous-prêt, si l'usage demeure conforme à la nature de l'objet ou à la convention⁸⁰⁹. En revanche, l'utilisation à des fins pécuniaires, autrement dit l'exploitation par l'emprunteur, dès lors qu'elle vise à dégager un revenu, ou encore la concession de licence onéreuse sur la chose prêtée, restent contestable⁸¹⁰ et mettent en jeu l'essence gratuite du contrat. Il n'en demeure pas moins que si le commodat est par essence gratuit, comme on le verra, cette gratuité résulte de l'examen de la cause objective et non de la finalité ou des mobiles de l'opération contractuelle : l'éventuel rapprochement de l'emprunteur avec un tiers. En droit commun, la Cour de cassation a estimé récemment que l'emprunteur avait un droit aux fruits, ce qui va dans ce sens⁸¹¹.

Cette irruption de la question de l'objet de l'obligation de l'emprunteur dans un développement consacré à gratuité nous montre bien que ces questions sont intimement liées. Ici se profile également la question du caractère intéressé du prêt à usage, que l'on traitera plus loin. Nous verrons alors comment l'absence de contrepartie monétaire au contrat de prêt, qui s'inscrit pourtant dans une recherche de profit, amènera un élément de complexité à la dualité simple de la licence à proprement parler (onéreuse) et de la licence-prêt (gratuite). Revenons cependant aux critères de notre modèle du prêt à usage, tout entier inspiré par la notion de gratuité :

- « une finalité qui est sa restitution ». Il s'agit donc bien d'une mise à disposition temporaire⁸¹², même si le caractère à l'origine ponctuel de la mise à disposition s'efface pour laisser place à des contrats de longue durée⁸¹³. La restitution comme la remise sont des actes nécessairement dématérialisés : au terme du prêt, l'emprunteur doit cesser tout usage de l'œuvre. Dans le cas contraire la violation du contrat se doublerait d'un acte de contrefaçon. Quoique nécessairement temporaire, cette mise à disposition par le prêt connaît une certaine

⁸⁰⁹ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 346, p. 278 ; J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 22141, p. 951. Cet auteur insiste pourtant sur le caractère *intuitu personae* du contrat (v. n° 22110, p. 919). – *Contra*, et admettant plus nettement le caractère *intuitu personae* : A. Bénabent, *op. cit.*, n°639 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 613, quoique nuancés sur le caractère « pas tout à fait » *intuitu personae* du contrat (n° 604) : « Le « sous-prêt » ne serait-il pas en principe interdit ? ».

⁸¹⁰ V. en ce sens : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 346, p. 278 ; J. Huet, *op. cit.*, n° 2241, p. 950. V. l'arrêt précité.

⁸¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 18 févr. 2009, RDC, juill. 2009, n° 3, p. 1138, note P. Puig « Prêt à usage : l'emprunteur a le droit de percevoir les fruits de la chose prêtée ! ».

⁸¹² Cependant, pour un auteur, la durée ne serait pas un élément essentiel du prêt à usage : F. Grua, *J.-Cl. Civil Code, Art. 1875 à 1879 Fasc. unique : PRÊT À USAGE : Caractères*, actualisé par N. Cayrol (Cote : 01-2010), spéc. n° 8. Cette durée semble pourtant suggérée par l'article 1888 du Code civil ainsi que par la jurisprudence récente relative au prêt d'un logement (v. note *infra*).

⁸¹³ En particulier dans les relations d'affaires : C. Mauro, *Permanence et évolution du commodat*, Defrénois, 2000. 1024. n° 16.

stabilité. Bien que la jurisprudence ait assoupli les conditions de résiliation par le prêteur⁸¹⁴, il n'est pas question pour lui de retirer la chose *ad nutum*. Cette caractéristique distinguait autrefois le prêt à usage du précaire ou *precarium*⁸¹⁵.

- « et surtout une essence qui est la gratuité »⁸¹⁶. Le prêt à usage est un contrat de bienfaisance ; à son origine, il s'agit d'un service d'ami. Cette gratuité intervient donc dans la qualification du contrat comme élément essentiel. Elle figure d'ailleurs dans la définition qu'en donne Pothier⁸¹⁷. Dès lors que cette gratuité est admise, la qualification de prêt s'impose assez naturellement. La gratuité suppose la présence de deux éléments. L'un est matériel : l'absence de contrepartie à l'avantage conféré au bénéficiaire. L'autre est moral : l'intention libérale⁸¹⁸. Nous verrons en revanche que la définition traditionnelle de cette gratuité est des plus problématiques et constitue un obstacle à la qualification de nombreux actes relevant de relations d'affaires. Le droit d'auteur n'échappera pas à ce débat.

- Les conséquences de l'association de deux critères du prêt à usage : la durée et la gratuité. Cet esprit de retour est un élément essentiel de distinction entre la *libéralité*⁸¹⁹ au sens strict de donation, et le *contrat de bienfaisance*⁸²⁰. Si ces deux modèles de gratuité partagent une cause similaire⁸²¹, le caractère instantané et définitif d'un contrat à titre gratuit suggérerait au contraire un transfert de propriété et la qualification de donation. S'en suivrait

⁸¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, D. 2004, 903, note C. Noblot ; CCC 2004, n°53, note L. Leveneur ; RTD civ. 2004, p. 312, obs. P.-Y. Gautier ; RDC 2004, p. 547, obs. Ph. Stoffel-Munck et p. 714, obs. J.-B. Seube ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 286-287, p. 805 et ss. ; Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 1996, Bull. I, n° 407, D. 1997, 145, note A. Bénabent ; CCC, 1997, Chron. n° 8 et 9, M.-L. Izorche ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 286-287, p. 805 et ss.

⁸¹⁵ Comp. P. Puig, « Prêt à usage et précaire : y a-t-il lieu de distinguer ? », obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006, RDC, avril 2007, n° 2, p. 403 : « Au fond, le revirement de jurisprudence de 2004 [v. note *supra*] n'a fait qu'aligner le régime du commodat sans terme convenu sur celui du précaire et, par une sorte d'inversion de raisonnement, rattaché le précaire au prêt à usage, ce dont témoigne maladroitement l'arrêt ci-dessus rapporté. Les rédacteurs du Code civil ont donc eu raison de ne pas distinguer ce qui ne méritait pas de l'être. ».

⁸¹⁶ Art. 1876 C. civ. : « Ce prêt est essentiellement gratuit. ».

⁸¹⁷ Pothier, *Traité de droit civil et de jurisprudence française, Traité du prêt à usage et du précaire*, Paris, 1771, art. préliminaire, p. 669.

⁸¹⁸ Par ex. P. Malaurie, *Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Defrénois, 2010, n° 350 et s.

⁸¹⁹ Article 893 C. civ. : « La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament. »

Article 894 C. civ. : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte. »

⁸²⁰ Article 1105 C. civ. : « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit. ». Sur ces différentes notions, V. S. Bénils, *op. cit.*, n° 47 et ss. p. 30 et s.

⁸²¹ Il s'agit de l'intention, libérale, considérée comme comparable dans les deux cas. Cependant, celle-ci faisant référence à la libéralité qui suppose un transfert irrévocable, on a pu proposer la notion plus neutre mais équivalente d'intention gratuite, V. S. Bénils, *op. cit.*, n° 202, p. 122.

l'application du formalisme *ad validitatem* de l'article 931 du Code civil propre à ces actes⁸²². Il serait tentant d'objecter à cette dernière qualification que l'exigence impérative de « délimitation » de la durée de la « cession » du droit d'auteur⁸²³ impose l'exclusion de la donation, faute d'irrévocabilité. Or, cette limitation de principe ne doit pas tromper l'interprète. La disposition impérative, d'ailleurs impuissante à assurer son objectif de protection de l'auteur, comme nous le verrons, se traduit dans de nombreux contrats par le choix de la durée de protection du droit lui-même, conférant à la cession un caractère – de fait – définitif⁸²⁴. A l'instar de ce que nous constaterons pour la licence à proprement parler, donc onéreuse, le caractère temporaire ou définitif du transfert de jouissance nous permettra, sous d'importantes réserves⁸²⁵, d'induire la nature du titre du bénéficiaire : droit personnel ou droit réel, et ici, prêt ou donation⁸²⁶.

185. Conciliation de la qualification avec le caractère réel du prêt à usage.

Une difficulté demeure attachée à ce statut : la nature de contrat réel du prêt à usage. Ce contrat se forme *re*, c'est-à-dire, outre le consentement des parties, par la tradition de la

⁸²² V. par ex. CA Versailles, 20 janv. 1987, RTD civ. 1988, p. 802, obs. Patarin ; D. 1988, somm. 207, obs. Colombet ; notre sujet d'étude nous impose de nous concentrer sur la licence et ses formules les plus voisines (prêt, « cession »). Sur la qualification de la donation à proprement parler : V. S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec-IRPI, 2009, n° 139. L'auteur évoque par ailleurs la cession à titre gratuit d'un droit réel temporaire, mais celle-ci, croyons-nous, ferait échapper l'acte à la qualification de prêt à usage, créateur de droits personnels. – V. également : N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 438 et ss. Cet auteur présente l'articulation du formalisme des contrats d'auteur et de l'article 931 C. civ. sous la forme d'un conflit duquel le formalisme de la donation l'emporte sur celui du CPI. Comp. : Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2001, obs. Ch. Caron : « Variations sur la gratuité en droit d'auteur », Comm. n° 34, CCE avril 2001. Par cet arrêt, la Cour de cassation rappelle l'exigence du formalisme du CPI (art. L.131-3) pour annuler un contrat de cession, peu important son titre onéreux ou gratuit : « sur le fondement des dispositions impératives de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, en retenant qu'il ne stipulait aucune clause quant à la durée et à l'étendue des droits cédés ; que, *par ce seul motif, indépendamment de ceux concernant la nature gratuite ou onéreuse de cet acte qui sont surabondants*, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

⁸²³ Art. L. 131-3 al. 1^{er} du CPI : « 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. ».

⁸²⁴ V. nos développements sur la durée, *infra* n° 329 et ss.

⁸²⁵ Nous constaterons que la durée n'est certes pas le critère de distinction de l'effet réel et de l'effet personnel, en revanche nous verrons que les formules temporaires portant un effet réel ne sont pas les plus adaptées aux contrats de notre matière.

⁸²⁶ Cette distinction n'apparaît pas toujours en jurisprudence : v. par ex. la solution très critiquable de la CA Versailles, 20 janv. 1987, RTD civ. 1988, p. 802, obs. Patarin ; D. 1988, somm. 207, obs. C. Colombet (précité). L'acte signé de la main de François Truffaut stipulait : « Je renonce à mes droits d'auteur liés au scénario du film « A bout de souffle » au profit de la société Sonimage, qui en disposera pour cinquante ans, durée naturellement renouvelable ». La cour qualifie l'acte de donation et l'annule faute pour les parties d'avoir respecté l'art. 913 C. civ. Or, si la cour rejette valablement la qualification de renonciation, et de donation indirecte échappant à l'art. 913 c. civ. la qualification de donation directe par la cour nous paraît également erronée, en raison de la durée limitée de la mise à disposition. Il s'agissait en fait d'un prêt à usage, certes long.

chose⁸²⁷. Sans cette remise matérielle, il ne constitue le cas échéant qu'une promesse de prêt, consensuelle, et ne se résout qu'en dommages et intérêts, excluant la mise à disposition forcée⁸²⁸. Or, cette remise matérielle semble exclue pour l'œuvre, dans la mesure où la remise du support, sauf circonstances particulières, ne laisse pas présumer la mise à disposition de l'œuvre protégée par le droit d'auteur⁸²⁹. L'acte de prêt à usage d'une œuvre ne serait donc, en toute hypothèse, qu'une promesse de prêt, dont on ne pourrait envisager la résolution qu'en dommages et intérêts. Une autre solution nous semble néanmoins préférable : il est admis que la tradition de la chose se fasse en fonction de sa nature⁸³⁰. Aussi, le caractère immatériel de l'œuvre permettrait de voir dans la conclusion du contrat de prêt la manifestation de la remise matérielle de la chose : le contrat d'autorisation libère l'accès économique de la création au bénéficiaire de l'emprunteur, qui est en droit d'en faire usage. Cela constitue bien la remise de la chose, entendue comme la remise des utilités de l'œuvre. Dans le cas où un support serait, certes non pas l'objet de la prestation, mais l'accessoire nécessaire à l'exercice de ce droit d'auteur (par exemple un original, un moule, etc.) sa non-remise se traduirait par l'inexécution d'une obligation accessoire au prêt du droit d'auteur, et non par l'échec de sa formation. On pourra toujours objecter à cette proposition qu'elle fait peser sur le prêteur plus d'obligations que ne le suggère l'esprit de ce contrat gratuit.

Surtout, cette tentative d'application du régime du prêt à usage au droit d'auteur permet de fournir une illustration des doutes exprimés par la doctrine quant à son caractère de contrat réel. Faire de la conclusion de l'acte de prêt un indice de la remise des utilités économiques de l'œuvre reste, nous le reconnaissons, quelque peu artificiel ; la qualification de contrat consensuel, proposée par des auteurs en droit commun⁸³¹, trouverait une terre d'élection en droit d'auteur.

⁸²⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd. Dalloz, 2009, n° 147.

⁸²⁸ V. Par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 634 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., n° 148. – Contra : Pothier, *Traité de droit civil et de jurisprudence française, Traité du prêt à usage et du précaire*, Paris, 1771, art. II, p. 671.

⁸²⁹ On retrouve là le principe de distinction de l'œuvre et du support matériel : article L. 111-3 du CPI. Le problème est évoqué par un auteur à propos des brevets et des marques, suggérant que la livraison du matériel, du descriptif du signe, ou de divers documents vaille tradition. L'auteur propose encore que la mesure de publicité permettant l'opposabilité de ces actes remplace cette tradition. Critiquées par leur auteur, ces propositions ne semblent pas devoir être transposées au droit d'auteur, V. R. Fabre, *Le prêt à usage en matière commerciale*, RTD Com. 1977, p. 193. (spéc. n° 5).

⁸³⁰ Par ex. la remise des clés d'une voiture ou d'un appartement.

⁸³¹ V. G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. II, *Obligations, contrat-responsabilité, Droits réels, biens-propriété*, LGDJ, 1957, n° 2891 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 602, p. 512 ; H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 82 ; J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n°22129, p. 936 et ss.; M.-N. Jobard-Bachelier, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, RTD civ. 1985, p. 1 (cet auteur reste favorable à la catégorie pour le

186. Conclusion. Au terme de cette analyse, nous pouvons conclure que la mise à disposition temporaire et gratuite d'une œuvre est qualifiable de prêt à usage. Cette qualification exclut nécessairement celle de licence, la licence ne pouvant assurément pas être à la fois un bail et un prêt à usage. Néanmoins, l'usage n'est pas nécessairement dépourvu d'utilité ; si la « licence » gratuite ne peut être qualifiée de bail et n'est donc pas une véritable licence, il conviendra de préciser sa véritable qualification, sans renier par pétition de principe les dénominations nées de la pratique⁸³². La problématique est soulevée en termes clairs par M. Vivant : « C'(...) est une question de langage le fait de savoir si la licence est toujours conclue à titre onéreux ou si elle peut l'être à titre gratuit. On retiendra la première réponse si l'on fait de la licence l'exact synonyme de louage. On retiendra la seconde si l'on fait du louage l'archétype de la licence, mais en considérant que le mot peut tolérer une polysémie restreinte et renvoyer aussi à ce que le droit civil classique appelle le prêt à usage. Et nous ne cacherons pas que notre opinion est que la polysémie du mot est indiscutable (même si on doit la juger regrettable). ». Pour notre part, tout en optant pour la première réponse en raison de la rigueur qu'impose le choix de qualifications (la licence est un bail), nous croyons devoir la concilier avec cette réalité en admettant, par commodité de langage, l'emploi indifférent des expressions : « licence-prêt », « licence-commodat » ou encore « licence gratuite ».

2 – Le cas particulier des « licences libres »

187. L'usage inapproprié mais tolérable de la notion de « licence gratuite » pour des mises à disposition gratuites. Risques de confusion avec la notion de « licence libre ». Il importe de ne pas confondre la licence-commodat ou licence gratuite avec la

prêt d'argent à titre onéreux et le gage). D'autres auteurs d'ouvrages de droit des contrats spéciaux que nous citons ici considèrent l'idée avec intérêt, mais demeurent plus nuancés faute d'affirmation par la Cour de cassation de condamnation à la remise de la chose en cas de promesse de prêt inexécutée. V. en ce sens : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 343, p. 257.

– *Contra*, affirmant nettement le caractère réel du contrat : Pothier, *Traité de droit civil et de jurisprudence française, Traité du prêt à usage et du précaire*, Paris, 1771, art. II, p. 671 (La solution était d'ailleurs celle du droit romain) ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 602 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n°452 ; H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de Droit civil, T.III vol. 2 Principaux contrats (2^e partie), Baux d'habitation, Baux ruraux, Entreprise, etc.*, 5^e éd. Par M. de Juglart, Montchrestien 1985, n° 1434.

⁸³² Ce que nous avons fait pour la licence d'utilisation de logiciel. Ne portant pas sur le monopole de l'auteur, mais sur l'utilisation, au sens strict, d'une œuvre, elle n'est pas une véritable licence. Plutôt que d'imaginer une dénomination qui resterait inusitée, il apparaît plus utile de préciser licence d'utilisation, par opposition à licence d'exploitation (véritable licence de droit d'auteur).

pratique en pleine expansion des « licences libres » (notamment de logiciel). Ces dernières ne se singularisent pas uniquement par leur gratuité, mais en ce qu'elles permettent ou limitent, selon les cas, la redistribution de l'œuvre, sa modification, l'exercice des droits moraux dans des proportions qui peuvent sembler en contradiction avec l'esprit du droit d'auteur. En revanche, ces licences libres pourraient être vues comme des modalités originales, cas très particuliers de licences gratuites. Il est intéressant de constater que le secteur de l'informatique et de ses contrats, qui est l'un des principaux « usagers » de la notion de licence et a probablement popularisé cet usage, le fasse souvent à tort, pour désigner des opérations de relevant pas nécessairement de cette catégorie juridique.

188. Eléments sur la qualification des « licences » libres⁸³³. Un auteur propose une définition à laquelle on pourra souscrire, en partie du moins, car nous verrons en quoi l'emploi de la notion de *licence* pour qualifier ces formules n'est pas toujours exacte : « Les licences libres sont des licences par lesquelles l'auteur autorise la copie, la modification et la diffusion de l'œuvre modifiée ou non, de façon concurrente, sans transférer les droits d'auteur qui y sont attachés et sans que l'utilisateur ne puisse réduire ces libertés tant à l'égard de l'œuvre originelle que de ses dérivés »⁸³⁴. Les licences libres sont nées de la pratique plus spécifique des licences de logiciels libres : la licence Linux, la *General Public License* (dite GPL de GNU)⁸³⁵. Parmi de nombreux exemples⁸³⁶, on peut encore citer la licence CeCILL élaborée au sein du CNRS, du CEA et de l'INRIA, et marquée par une volonté d'adaptation de ces contrats à la législation française⁸³⁷.

Il importe de noter qu'elles tendent à être étendues plus récemment à toute forme d'œuvre par des moyens juridiques inspirés des premières : citons les licences telles que « Art libre » en France, ou *Creative commons*, projet initié par des organisations du même nom⁸³⁸.

⁸³³ Pour une étude globale de ces contrats et notamment pour la compréhension de leurs objectifs, v. M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, 2006 ; V. également : F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? - Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, 2007, n° 412.

⁸³⁴ M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, n° 134.

⁸³⁵ <http://www.gnu.org/licenses/licenses.fr.html> (consulté : 20/10/2011) ; la version en vigueur à l'heure où nous écrivons ces lignes et à laquelle nous nous référons est la version 3.

⁸³⁶ Pour un tableau synthétique comparant le contenu des licences d'utilisation de logiciel classiques dites « licences propriétaires » et différentes licences de logiciels libres (par ex. GPL GNU, Mozilla, CeCILL), v. P. Gaudillère, *Licence de logiciels libres et risques juridiques*, CCE avril 2005, p. 22.

⁸³⁷ www.cecill.info (consulté 20/10/2011). v. B. de Roquefeuil et M. Bourgeois, *Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français*, *Gaz. Pal.*, 19 avril 2005, n° 109, p. 12. Il est constaté une utilisation croissante de ces licences par les administrations.

⁸³⁸ <http://creativecommons.org/>. Le fondateur de l'organisation, Lawrence Lessig, est un professeur de droit de l'Université de Stanford ; G. Vercken, *Réflexions sur les licences « Creative commons »*, AFPIDA,

Cette dernière offre par exemple un certain choix à l'auteur, qui peut opter pour six formules de licences lui permettant d'autoriser plus ou moins largement les actes d'exploitation, mais également de modification de son œuvre⁸³⁹. Néanmoins, les licences *Creative Commons* ou Art Libre restent gratuites, perpétuelles et consenties pour le Monde entier⁸⁴⁰. Une des œuvres les plus connues soumises à ce modèle contractuel est l'encyclopédie collaborative en ligne Wikipédia⁸⁴¹.

189. Qu'il s'agisse de leur modèle « historique » que sont les licences de logiciel libre⁸⁴², ou de licences portant sur d'autres œuvres, il s'agit dans tous les cas de contrats types, d'adhésion⁸⁴³. Ces formules consistent en une sollicitation : l'utilisateur est invité à y consentir par voie électronique (et concrètement, comme pour la plupart des licences de logiciel et contrats conclus par voie électronique, en cliquant sur un document contractuel représenté à l'écran). L'acceptation peut également être tacite lorsqu'elle résulte de l'usage du logiciel ou de l'œuvre⁸⁴⁴. La situation ne diffère pas de ce qui est traditionnellement enseigné : « L'acceptation *tacite* suppose un acte d'où l'on peut raisonnablement *induire* la volonté de contracter. Le plus caractéristique de ces actes est l'exécution même du contrat proposé. »⁸⁴⁵. La solution ne devrait pas davantage heurter les dispositions du CPI, la mise à

29 juin 2005 ; A. Delvoie, Les licences « Creative commons » de mise à disposition d'œuvres en ligne, Gaz. Pal. 19 avril 2005, n° 109, p. 24.

⁸³⁹ Le système des licences *Creative commons* propose essentiellement à l'auteur un choix entre 6 modèles de licence, dont voici les intitulés, du plus libéral au plus restrictif : *La licence Paternité* ; *La licence Paternité – Partage des conditions initiales à l'identique* ; *La licence Paternité – Pas d'utilisation commerciale* ; *La licence Paternité – Pas d'utilisation commerciale – Partage des Conditions initiales à l'identique* ; *La licence Paternité – Pas de modification* ; *La licence Paternité – Pas d'utilisation commerciale – Pas de modification*. L'exemplaire de la licence est fourni à l'auteur ainsi qu'un résumé et la licence est intégrée par un code numérique à l'œuvre (lorsque celle-ci est numérique ou numérisée, ce qui est généralement le cas). Des logos permettent également d'identifier auquel de ces six modèles de licence l'auteur a voulu soumettre son œuvre.

⁸⁴⁰ Article 3 commun à ces différentes licences *Creative Commons*.

⁸⁴¹ <http://fr.wikipedia.org>.

⁸⁴² La licence GPL GNU, la plus connue, date de 1989 pour sa première version.

⁸⁴³ Ce qui apparaît clairement à leur lecture. Sur ce constat : Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 464, p. 388 ; du même auteur : Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, D. 2003, n° 23, Chron. p. 1556, § n° 3.

⁸⁴⁴ Cela ne diffère pas fondamentalement des licences classiques d'utilisation de logiciel. – Licence Art Libre, version 1.3, disponible sur le site <http://artlibre.org/licence/lal> : « 8. La durée de la licence. Cette licence prend effet dès votre acceptation de ses dispositions. Le fait de copier, de diffuser, ou de modifier l'œuvre constitue une acceptation tacite. (...) ». – Licence GPL GNU, version et réf. précitées : « 9. *Acceptance Not Required for Having Copies. You are not required to accept this License in order to receive or run a copy of the Program. (...) nothing other than this License grants you permission to propagate or modify any covered work. These actions infringe copyright if you do not accept this License. Therefore, by modifying or propagating a covered work, you indicate your acceptance of this License to do so.* » (Nous soulignons). On notera donc que la seule utilisation de l'œuvre ne nécessite pas d'acceptation, en revanche celle-ci est obligatoire et présumée pour les actes d'exploitation (copie, diffusion, modification).

⁸⁴⁵ J. Flour et J.-L. Aubert, L'accord des volontés, condition de formation du contrat, Rép. Defrénois, 1977, 1^{re} part. 31542, p. 1417. n° 24.

disposition du droit d'auteur par la cession ou la licence échappant au formalisme impératif attaché aux seuls contrats d'exploitation nommés du CPI⁸⁴⁶.

190. Copyleft. Ces licences ont pour objectif la mise à disposition, au sens large, de logiciels : leur utilisation, mais surtout leur reproduction, leur distribution, ainsi que leur modification et la redistribution du logiciel ainsi modifié. Le licencié peut naturellement se contenter d'une utilisation passive de l'outil logiciel, comme le ferait le titulaire d'une « licence » d'utilisation, formule que nous avons déjà rencontrée⁸⁴⁷. Mais l'intérêt de ces formules réside dans la mise en commun des apports de chacun des contributeurs, agissant souvent individuellement. L'intérêt de ces contrats est remarquable en ce qu'il vise à l'amélioration et à la plus large diffusion du logiciel. L'idée relève d'un courant dénommé par le terme reposant sur un jeu de mots *copyleft*⁸⁴⁸ (« gauche d'auteur »), se voulant un modèle construit par opposition au *copyright* (compris comme « droit ou droite d'auteur »). Cette construction idéologique a pu être critiquée à ce titre, et en raison du danger que l'on a pu y voir pour le droit d'auteur⁸⁴⁹. En effet, la gratuité ne résume pas ces contrats, mais elle est une composante importante de cette approche ; la mise en avant de l'intérêt du public et d'une collectivité de contributeurs semble ignorer le principe même d'une rémunération de l'auteur.

Mais ce discours nous intéresse davantage en ce qu'il se traduit dans des constructions juridiques originales que sont ces « licences » libres. Selon l'analyse de plusieurs auteurs, en mettant en avant les idées d'autorisation et de partage plutôt que d'interdiction censées caractériser le droit d'auteur, elles utilisent en fait les instruments d'un droit d'auteur qu'elles

⁸⁴⁶ Ce qui pose des problèmes en raison du domaine mal défini du formalisme contractuel en droit d'auteur : trouve-t-il sa source dans la mise à disposition du droit comme l'enseigne la doctrine dominante, ou dans les régimes impératifs de certains contrats d'exploitation ? Nous développerons cette question en Partie II (v. *infra* n° 715 et ss.).

⁸⁴⁷ V. *supra* n° 83 et ss.

⁸⁴⁸ La plupart des articles que nous citons ayant pour thème les licences libres contiennent des explications plus ou moins fournies et critiques de cette notion. Pour une étude approfondie de la question : M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, 2006. V. également : M. Vivant (dir.), *Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux* 2011, n° 2901 – Licence de logiciel : « copyright » et « copyleft ». – Pour une explication du phénomène : D. Géraud, Le copyleft : un ver dans le verger des titulaires de droit, *Réseaux* 2001/6, n°110, p. 156. – Pour une définition de la notion par Mme Dusollier : « *Copyleft* est le terme généralement utilisé pour désigner les initiatives relatives au logiciel libre ou à l'art libre, soit aux projets qui encouragent les auteurs à autoriser une large utilisation de leurs œuvres. Le terme *copyleft* marque l'opposition avec celui de *copyright*, opposant la « gauche » et la « droite » du droit d'auteur, mais surtout distinguant le droit qu'exerce généralement l'auteur dans un système traditionnel de droit d'auteur (*copyright*) de la renonciation à l'exercice de ce droit qui découle de la distribution d'une œuvre dans une licence libre (*copyleft*). En réalité, le droit d'auteur n'est pas vraiment « laissé » ni « abandonné » par l'auteur dans un régime de *copyleft*, mais l'auteur accorde à l'utilisateur un droit d'utilisation de son œuvre fort étendu. » S. Dusollier, Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître, *Prop. intell.*, janv. 2006, n° 18, note n° 1.

⁸⁴⁹ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 464 et s. ; Ch. Caron, Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, *D.* 2003, n° 23, *Chron.* p. 1556.

prétendent contredire⁸⁵⁰. Les questions de leur validité comme de leur qualification ne sont pas encore résolues, ce qui nous amènera à formuler une proposition de qualification.

191. Renonciation et qualification contractuelle des « licences » libres. Ces opérations ne relèvent donc pas *a priori* de la renonciation, en ce qu'elles constituent de véritables contrats⁸⁵¹ et non des actes unilatéraux de volonté⁸⁵². Lorsque le contrat est *ab initio* à titre gratuit, l'auteur ne renonce donc pas à un droit à rémunération acquis. Certes, si la question est discutée, on peut admettre la renonciation en droit d'auteur. Les œuvres objets de ces renonciations constitueraient alors un « domaine public consenti »⁸⁵³ sous réserve d'une volonté non équivoque de rendre une œuvre libre⁸⁵⁴. Cette manifestation de volonté, écrit Mme Clément-Fontaine, pourrait prendre la forme d'une licence libre accompagnant l'œuvre⁸⁵⁵. Il nous semble cependant que les libertés de différents ordres stipulées au sein des licences libres ont pour source juridique la convention, fût-elle mise au service d'une certaine conception de l'œuvre. *En effet, si l'œuvre peut être « libre », elle ne revêt pas pour autant une nature juridique particulière. Elle n'est donc « libre » que relativement aux parties à la convention qui régit son exploitation.*

192. Autre point original, ces opérations ne se conçoivent pas comme une chaîne de contrats. La sous-licence, étant d'ailleurs interdite⁸⁵⁶, si ce n'est rendue inutile par la logique du système⁸⁵⁷. Il s'agit d'un système construit « en étoile »⁸⁵⁸ : c'est l'auteur originel du logiciel diffusé sous cette licence, donc le donneur de licence initial, qui contracte avec

⁸⁵⁰ M. Clément-Fontaine, *La licence publique générale Gnu [logiciel libre]*, mémoire de DEA Créations immatérielles et droit, Montpellier, 1999, spéc. n° 33 ; C. Rojinsky et V. Grynbaum, « Les licences libres et le droit français », Prop. intell., 2002, 4, p. 28 ; G. Azzaria, « Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur », Les Cahiers de Propriété intellectuelle 2004, vol. 16, n° 2, p. 405 (v. p. 425) ; Dusollier S., art. préc., v. spéc. p. 15 ; F. Macrez, *thèse préc.*, n° 413.

⁸⁵¹ En ce sens : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 820.

⁸⁵² La renonciation est classiquement rattachée à cette catégorie juridique : P. Raynaud, La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil., RTD civ. 1936, p. 763.

⁸⁵³ M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Thèse préc., n° 417 et n° 420 et ss.

⁸⁵⁴ M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, n° 431.

⁸⁵⁵ M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, n° 466.

⁸⁵⁶ Licence GPL GNU, Art. 2 *In fine* : « *Sublicensing is not allowed; section 10 makes it unnecessary.* »

⁸⁵⁷ Chaque licence émane non pas du dernier contributeur mais de l'auteur originel de l'œuvre : « 10. (...) *Each time you convey a covered work, the recipient automatically receives a license from the original licensors, to run, modify and propagate that work, subject to this License. You are not responsible for enforcing compliance by third parties with this License.* (...) ».

⁸⁵⁸ Pour une explication de cette structure, voir : Ch. Caron, Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, D. 2003, n° 23, Chron. p. 1556. *Comp.*, optant pour un système de sous-licences : C. Rojinsky et V. Grynbaum, Les licences libres et le droit français, Prop. intell., juill. 2002, n° 4, p. 28.

chacun des nouveaux contributeurs, l'objet de chaque nouvelle licence étant le logiciel modifié.

193. La qualification d'ensemble des licences libres. La qualification de licence libre est problématique et ne semble pas réductible à une licence de droit d'auteur vue comme la transposition du contrat de bail en droit d'auteur, et ce à plusieurs titres.

194. Ainsi, nous verrons que l'étude approfondie de la notion de *durée* de la licence de droit d'auteur, ou plus exactement *l'idée de retour*, permettant d'établir sa frontière avec la cession, mettra à mal la qualification de licence, ces conventions abandonnant justement toute idée d'un esprit de retour⁸⁵⁹. Certes, la licence de droit d'auteur peut être conclue pour une longue durée, mais elle n'échappe pas à la prohibition des engagements perpétuels. Quand bien même, la licence perpétuelle, si sa validité devait être admise, pourrait être requalifiée en cession emportant la constitution d'un droit réel distinct du droit d'origine, puisque sans idée d'exclusivité, ou plus vraisemblablement en contrat innommé⁸⁶⁰.

195. Mais surtout, ces licences, qui sont de véritables *contrats d'exploitation du droit d'auteur*⁸⁶¹, n'existent pas à l'état pur sous forme d'autorisation. Elles se conçoivent comme des contrats types⁸⁶² au contenu élaboré, organisant – certes avec un parti pris de liberté et de gratuité, opposé au mercantilisme prêté au droit d'auteur – une véritable *exploitation* de l'œuvre (généralement, mais non exclusivement logicielle). Leur contenu obligationnel est issu de pratiques généralement constatées et aujourd'hui bien établies (renonciation de différents degrés au droit moral, élision de toute obligation de garantie, octroi de larges facultés d'adaptation, et surtout l'organisation de la mise en commun des contributions, etc.). L'étude de la nature de la mise à disposition qu'ils comportent éclaire cependant leur qualification.

⁸⁵⁹ V. Partie I, Titre II, Ch. 2 : sur la concurrence des qualifications, v. *infra*, spéc. n° 331 et ss.

⁸⁶⁰ Sur les critères permettant de départager ces formules, v. notre synthèse n° 443.

⁸⁶¹ La licence de logiciel, qu'elle soit libre ou non, peut être une véritable licence de droit d'auteur, ou comporte un tel mécanisme. Elle doit donc être distinguée de la licence d'utilisation de logiciel, bien que cette dernière puisse également être consentie à titre gratuit (v. *supra*, n° 83 et ss.). Pour un exemple de qualification en « contrat d'exploitation du droit d'auteur » au motif que ces licences libres portent sur les droits patrimoniaux, v. par ex. M. Clément-Fontaine, thèse préc., n° 70 ; N. Blanc, thèse préc., n° 167.

⁸⁶² V. Le passage intéressant du Préambule de la licence GPL GNU (traduction non officielle de la version 3, disponible sur le site précité) : « si vous distribuez des copies d'un tel programme, que ce soit gratuit ou contre un paiement, vous devez accorder aux Destinataires les mêmes libertés que vous avez reçues. Vous devez aussi vous assurer qu'eux aussi reçoivent ou peuvent recevoir son code source. Et vous devez leur montrer les termes de cette licence afin qu'ils connaissent leurs droits. ».

196. Licences « libres » ou « licences » libres⁸⁶³ ? La gratuité en question.

Tout d'abord, une précision terminologique s'impose : la gratuité d'une « licence » d'utilisation de logiciel n'indique en rien que celle-ci relève de la qualification de « licence » libre : « un logiciel gratuit n'est pas nécessairement libre ; l'appellation de *freeware* [logiciel gratuit] est souvent associée à tort au logiciel libre, ce qui procède d'une erreur de traduction, le terme anglais *free* signifiant à la fois libre et gratuit »⁸⁶⁴. Ces licences gratuites ne permettant ni la modification ni la redistribution du logiciel relèvent de la qualification de licence d'utilisation de logiciel⁸⁶⁵, que nous avons expressément exclue de la qualification de contrat sur droit d'auteur pour la rattacher à la qualification de contrat d'entreprise, voire ici de contrat de service innommé, en raison précisément de cette gratuité généralement stipulée.

197. Ensuite, on a pu relever que la gratuité n'était pas de l'essence de toutes ces licences dans la mesure où la possibilité d'un prix est clairement évoquée dans certaines d'entre elles en particulier la licence GPL de GNU⁸⁶⁶. En ce sens, on ajoutera que cette ambiguïté propre à la langue anglaise a été soulignée et clarifiée par les promoteurs mêmes de cette licence, « libre » devant être lu comme la traduction de « *free* » au sens de « libre » et non de « gratuit »⁸⁶⁷. On résumera la situation ainsi : « la gratuité n'est pas de l'essence du logiciel libre »⁸⁶⁸. En dépit de ces zones d'ombre, on peut néanmoins relever plusieurs points allant dans le sens d'une gratuité de principe de ces licences.

Ainsi, le prix dont il peut être question est la cause non pas d'une mise à disposition de l'œuvre logicielle, mais de la mise à disposition de l'éventuel support, généralement immatériel, de celle-ci, ou encore de services proposés en sus de la « licence » libre, comme

⁸⁶³ La place des guillemets suggère quel élément de cette expression porte le plus au doute en termes de qualification. Ainsi, un auteur place les guillemets sur « libre » ; pour la raison que l'on verra plus bas, nous préférons les placer sur « licence ». F. Macrez, *op. cit.*, n° 412.

⁸⁶⁴ I. Renard, Licences « open source » : la fin des redevances ?, Petites affiches, 13 oct. 2000 n° 205, p. 17. V. également T. Keelaghan, « LINUX », logiciels libres et licences, CCE févr. 2002, p. 18, Chron. 6.

⁸⁶⁵ Un exemple connu est le logiciel Internet Explorer de Microsoft ou encore le logiciel QuickTime par Apple.

⁸⁶⁶ Ch. Caron, art. préc. – Pour quelques extraits de cette licence, mentionnant la possibilité d'un prix pour certaines prestations, v. <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html> (consulté : 20/10/2011). Parmi ces quelques exemples, on peut citer, en coupant les nombreuses modalités : « Art. 4 al. 2 *You may charge any price or no price for each copy that you convey, and you may offer support or warranty protection for a fee.* / 6. *Conveying Non-Source Forms. You may convey a covered work [...] for a price no more than your reasonable cost of physically performing this conveying of source, or (2) access to copy the Corresponding Source from a network server at no charge.* ».

⁸⁶⁷ Extrait du préambule de la licence GPL GNU : « *When we speak of free software, we are referring to freedom, not price.* ». (Par logiciel libre, nous faisons référence à la « liberté » non au prix).

⁸⁶⁸ E. Arfi, *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec, IRPI, 2005, n° 581.

un service de formation, de maintenance ou la simple stipulation d'une garantie⁸⁶⁹, celle-ci étant expressément exclue du contrat de base⁸⁷⁰. Des sociétés commerciales proposent en effet des services associés à des logiciels libres, sans que cela soit en contradiction avec les objectifs annoncés de ces licences⁸⁷¹. La licence à proprement parler, ce radical constituant la mise à disposition des utilités de l'œuvre, ne pourrait donc comporter de prix lorsqu'elle est intégrée au cadre d'une « licence » libre.

On objectera à cet argument fréquemment relevé que la différenciation de la cause de la rémunération de ces prestations, certes très différentes dans leurs sources, peut s'avérer délicate en pratique. De fait, on peut craindre que la stipulation d'un prix, fût-il dans les termes du contrat, causé par la remise d'un support, ne rémunère – dans l'esprit des parties – que la jouissance du droit d'exploitation accordé. L'admission de la rémunération de la mise à disposition du support (ou du téléchargement) pourrait ne constituer qu'un fondement juridique de circonstance visant à dissimuler le caractère onéreux de la mise à disposition des utilités de l'œuvre, objet véritable du contrat. Cette crainte pourrait être écartée par d'autres dispositions insistant sur le caractère raisonnable du prix demandé pour la mise à disposition du code source du logiciel⁸⁷².

On a pu également induire la gratuité du parti pris d'accès libre des promoteurs désigné par l'expression *Copyleft*. Ce postulat se trouverait remis en cause par un prix excessif demandé pour la mise à disposition du logiciel⁸⁷³. Dans sa thèse consacrée au

⁸⁶⁹ En ce sens : G. Azzaria, « Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur », Les Cahiers de Propriété intellectuelle, 2004, vol. 16, n°2, p. 405, p. 425 ; T. Keelaghan, art. préc., ; N. Blanc, *op. cit.*, n° 16 ; Pour l'exemple de la distribution payante du logiciel Linux : B. de Roquefeuil & M. Bourgeois, Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français, Gaz. Pal., n° 109, p. 12.

⁸⁷⁰ Sur les exclusions de garantie et de responsabilité et les problèmes de validité posés par cet aspect des licences libres, V. P. Gaudillère, Licence de logiciels libres et risques juridiques, CCE avril 2005, p. 22 ; V. Sédallian, Garanties et responsabilités dans les logiciels libres, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, nov. 2002, n° 152, p. 15 et sur l'adresse : www.juriscom.net/pro/2/da20020901.pdf. V. également : Ch. Caron, art. préc. et T. Keelaghan, art. préc., évoquant une possible contrariété aux régimes des clauses abusives ou de la responsabilité du fait des produits défectueux.

⁸⁷¹ M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, n° 64. Pour quelques exemples des sociétés les plus connues : IBM, Sun, Mandrake, etc. Selon l'expression de l'auteur, ces services se développent « autour de l'œuvre libre ». L'auteur imagine également qu'un contrat de commande à titre onéreux soit conclu avec un créateur, en amont, ayant pour objet la création de l'œuvre. Celle-ci aura ensuite vocation à être soumise à une licence libre.

⁸⁷² Par ex. à l'art. 6. b) de la licence GPL GNU « b) *Convey the object code in, or embodied in, a physical product (including a physical distribution medium), accompanied by a written offer, valid for at least three years and valid for as long as you offer spare parts or customer support for that product model, to give anyone who possesses the object code either (1) a copy of the Corresponding Source for all the software in the product that is covered by this License, on a durable physical medium customarily used for software interchange, for a price no more than your reasonable cost of physically performing this conveying of source, or (2) access to copy the Corresponding Source from a network server at no charge.* ».

⁸⁷³ Comme on a pu l'écrire : « En effet, peu importe que le logiciel soit gratuit ou payant, ce qui est important, c'est que le logiciel soit libre. (...) Le prix ne peut cependant pas devenir un obstacle à l'accès au code source, par exemple, si un distributeur fournit un logiciel et fait payer très cher la communication du code source et

traitement juridique de ces œuvres libres, logicielles ou autres, Mme Clément-Fontaine propose une telle analyse : « la liberté d'accès d'une œuvre suppose que celle-ci soit accessible et utilisable gratuitement, car toute exigence de prix constituerait un obstacle à la libre disposition de l'œuvre »⁸⁷⁴. L'argument n'est pas à négliger, car ces positions (idée de mise en commun des connaissances dans un esprit de liberté), sont systématiquement exposées dans le préambule de ces différents modèles de licence, leur conférant donc en théorie une valeur contractuelle et du moins un rôle important dans l'interprétation du contrat⁸⁷⁵. Restera à évaluer la portée de telles clauses et interprétations sur la réalité du marché.

198. « Espoir de diffusion » et véritable contrepartie : le caractère « intéressé » des licences libres. Enfin – et le problème, commun à l'ensemble des licences, sera approfondi plus loin⁸⁷⁶ – on pourrait considérer que la diffusion et la mention du nom de l'auteur constituent en elles-mêmes une forme de contrepartie de nature à justifier la qualification de bail. Sans pousser le raisonnement à cet extrême, on pourrait considérer que l'intérêt de l'auteur, sans constituer pour autant une contrepartie, imprimerait à la convention une nature particulière la faisant échapper à l'authentique gratuité d'un prêt à usage. Mais la question est délicate et imposerait, *in concreto*, un examen approfondi de l'intention de l'auteur, intention libérale, nécessaire à la qualification des donations comme des contrats de bienfaisance. Or, il semble difficile d'évaluer cette intention ne se formalisant au mieux que par un « clic » sur un document contractuel type⁸⁷⁷. Nous verrons que la remise en cause de la gratuité en l'absence de prix, ou de contrepartie financière, ne se pose vraiment que lorsque le contrat sans prix impose une obligation d'exploitation. Or, ce n'est pas le cas d'une licence libre : le contractant, qui peut n'être qu'un particulier, n'est pas tenu d'accomplir des actes d'exploitation, pas plus que d'adaptation ou de simple utilisation. Le simple espoir pour l'auteur de voir sa contribution peut-être diffusée et réutilisée, présente donc un intérêt en tant

prétend distribuer le code source, en vérité, il le dissimule. C'est pourquoi la GPL limite le prix du code source afin de préserver la liberté de modification du logiciel. Le prix est donc indifférent dans ce type de contrat sous réserve qu'il n'entrave pas cette liberté. », M. Clément-Fontaine, *La licence publique générale gnu [logiciel libre]*, mémoire de DEA Créations immatérielles et droit, Montpellier, 1999, n° 33. Dans sa thèse, l'auteur précise et affirme néanmoins sa position : M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier, 2006, n° 63.

⁸⁷⁴ M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁷⁵ J.M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4^e éd. par P. Mousseron, J. Raynard, et J.-B. Seube, 2010, n° 119.

⁸⁷⁶ V. *infra*, n° 235 et ss.

⁸⁷⁷ Ce document n'est d'ailleurs pas fourni par l'auteur, mais par l'organisation en charge du projet, et attaché à l'œuvre numérisée.

que gratification morale⁸⁷⁸. Mais celle-ci n'est en rien exclusive de l'intention libérale, considérée comme la cause objective de la donation ou de l'acte de bienfaisance : le prêt à usage en particulier⁸⁷⁹. Nous montrerons que cette gratification ne peut être davantage qualifiée de prix, ce qui attribuerait un caractère onéreux au contrat. La mention du nom de l'auteur dans le cadre de ces actes de diffusion, quant à elle, n'est qu'une obligation légale relevant du droit moral ; on ne voit pas à quel titre celle-ci devrait intervenir dans la qualification du contrat.

Pour donner une assise solide à la qualification de ces « licences », l'on se satisfera davantage du constat selon lequel, de fait, la plupart de ces contrats tels qu'ils sont pratiqués ne stipulent aucun prix ni autre contrepartie clairement identifiable et évaluable⁸⁸⁰.

199. La qualification des « licences libres » : le choix de l'innommé. Ainsi, la gratuité est courante et clairement stipulée dans certaines de ces « licences ». Si l'on a pu remarquer que « le droit de la propriété littéraire et artistique n'a pas attendu l'apparition des logiciels libres pour s'intéresser à la gratuité »⁸⁸¹, cette gratuité pose néanmoins toujours problème en termes de qualifications contractuelles. Ainsi ce caractère semble-t-il suffire à interdire la qualification de bail⁸⁸² ; nous verrons qu'il en existe d'autres. Mais il est plus facile de défaire que de construire, et c'est à présent le choix positif d'une qualification qui pose problème. A s'en tenir à une forme de mise à disposition définie par le Code civil, on songe bien sûr au commodat⁸⁸³. Ce serait néanmoins là une qualification par défaut. Cette démarche, si elle est courante, reste peu satisfaisante : la disqualification du contrat de bail d'une formule contractuelle, par ailleurs gratuite, ne devrait pas nécessairement aboutir à la qualification de commodat. On nous objectera que le commodat ne se résume pas à un bail dépourvu de prix, mais consiste en la constitution d'un droit personnel de jouissance, certes

⁸⁷⁸ S. Dusollier, art. préc., p. 14 : « En conclusion, si l'intérêt poursuivi par le créateur est l'espoir d'une rémunération, *Creative Commons* n'est sans doute pas un régime avantageux. Il en est tout autrement des créateurs qui ne souhaitent pas être payés pour ce qu'ils créent mais sont plus intéressés à voir leurs œuvres largement diffusées. ». L'auteur note également que l'auteur peut être rémunéré, indirectement, pour son activité de création par un salaire, la recherche de redevances tirées directement de l'exploitation de l'œuvre n'étant pas sérieusement envisagée.

⁸⁷⁹ *Contra* sur le thème précis des licences libres : M. Clément-Fontaine, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1975, L'œuvre libre*, n° 43. Pour cet auteur, le gain de notoriété suffit à écarter la gratuité du contrat et à écarter la qualification de prêt. V. également : M. Clément-Fontaine, thèse préc., n° 70 p. 59.

⁸⁸⁰ Certains sites proposant au téléchargement des logiciels « libres », dont l'exploitation est soumise à ces licences, suggèrent en revanche à l'utilisateur de faire des dons à l'organisation initiatrice du projet concerné.

⁸⁸¹ Ch. Caron, art. préc., § 6.

⁸⁸² *Contra* quoique nuancée : M. Clément-Fontaine, *J.-Cl. préc.*, n° 43 : « Quant à la possibilité de prévoir une licence libre à titre onéreux qualifiable par conséquent de louage de chose, elle est théorique sauf à considérer que le gain de notoriété suffit à caractériser une contrepartie de l'autorisation de jouir de la chose. ».

⁸⁸³ En ce sens à propos de la licence GPL GNU, v. Ch. Caron, art. préc. § n° 3 : « elle évoque le contrat de commodat ou, lorsque la convention est conclue à titre onéreux, le contrat de louage. ».

proche, mais au contenu obligationnel distinct de celui que connaît le bail. L'argument n'est cependant pas décisif, car les limitations de garanties des licences libres ne sont pas sans rappeler celles du prêt à usage, et vont même bien au-delà.

Mais surtout, le commodat est gouverné l'idée de retour⁸⁸⁴, ce qui constitue un point commun avec le bail, idée bien étrangère aux formules examinées.

Ni une véritable licence de droit d'auteur faute d'être un bail, ni une formule voisine de licence-prêt faute de durée, et parfois faute de gratuité : ces éléments laissent aisément entrevoir une qualification *sui generis*, vers laquelle on s'orientera en effet.

B – La qualification de licence-prêt, nécessairement contractuelle : l'exclusion de l'acte unilatéral de volonté et de la tolérance

200. Plan. La qualification de licence est limitée aux seules mises à disposition de nature contractuelle, temporaire et onéreuse. On a pu qualifier ces mêmes actes consentis à titre gratuit de « licence-commodat » ou encore de « licence gratuite », ce qui a l'avantage de ne pas renier les dénominations d'usage en pratique. Certains actes ou comportements relevant de l'idée de gratuité, exclusive du bail, méritent d'être évoqués ici, mais échappent davantage à la qualification de licence, onéreuse comme gratuite, faute de convention. L'absence de contrepartie n'est ici qu'un argument parmi d'autres, bien que décisif, pour les écarter de cette qualification contractuelle. D'une part, l'auteur peut exercer directement son droit de propriété en mettant son œuvre « à disposition » du public (*1- L'exclusion de l'article L. 122-7-1 du CPI de la qualification de licence de droit d'auteur*). D'autre part, le titulaire du droit, peut par nécessité ou par choix, ne pas opposer son droit face à des actes d'exploitation non autorisés, donc commis, par des tiers (*2- L'exclusion de la tolérance de la qualification de licence de droit d'auteur*).

1 – L'exclusion de l'article L. 122-7-1 du CPI de la qualification de licence de droit d'auteur

⁸⁸⁴ Article 1875 du Code civil : « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. ». L'idée transparait également du régime du contrat, v. en particulier les art. 1888 et ss. du Code civil.

201. L'article L. 122-7-1 du CPI, « une étrange allusion à la gratuité »⁸⁸⁵. Le nouvel article L. 122-7-1 du CPI dispose : « L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues. ». Cet article est issu de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (loi DADVSI)⁸⁸⁶. L'article cité pose des problèmes d'interprétation, à l'instar de la loi qui l'héberge, souvent dénigrée pour la complexité et la confusion de ses dispositions⁸⁸⁷. Peu d'études ont été exclusivement consacrées à cet article. En revanche, il est souvent évoqué en introduction d'études d'ensemble ou de points spécifiques de la loi DADVSI, comme s'il avait vocation à illustrer ses défauts⁸⁸⁸. L'article L. 122-7-1 du CPI consacre explicitement une prérogative déjà reconnue à l'auteur et résultant de son droit de propriété sur l'œuvre : telle est du moins l'analyse proposée par une doctrine assez unanime lors de la promulgation de la loi. M. Caron notera alors ceci : « Avec une redondance dont seuls les parlementaires ont le secret, un nouvel article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle réitère ce que disait déjà l'article précédent du même code et ce que l'on sait depuis les origines du droit d'auteur : l'auteur peut mettre gratuitement ses œuvres à la disposition du public ! Heureusement, le nouvel article ne maltraite pas le droit des obligations puisqu'il précise – mais fallait-il préciser l'évidence ? – que cette mise à disposition gratuite doit se réaliser dans le respect des conventions conclues par l'auteur. »⁸⁸⁹. En effet, l'article ne résout pas la question de la gratuité en droit d'auteur, ni même celle plus spécifique des licences « libres », évoquée plus haut, et on pourra en regretter l'ambition assez restreinte.

⁸⁸⁵ Selon l'expression de M. Huet dans l'un des rares articles de doctrine consacrés au sujet : J. Huet, La mise à disposition gratuite d'œuvres sur les réseaux numériques (ou l'inconsistance d'un certain article L. 122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle), *Droit et technique, Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 239.

⁸⁸⁶ Pour une étude d'ensemble, souvent critique, de cette loi, v : CCE nov. 2006, n° 11 (Numéro spécial).

⁸⁸⁷ Cette impression ressort de la plupart des études ayant trait à la loi DADVSI. Citons par exemple : Ch. Caron, La loi du 1^{er} août 2006 dans tous ses états, CCE nov. 2006, n° 11, Repère n° 10.

⁸⁸⁸ Par ex. V.-L. Benabou, De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques, Prop. intell., oct. 2007, n° 25, p. 423 et ss. ; P. Sirinelli, Colloque : De nouveaux modèles pour le droit d'auteur, Le point de vue du juriste, Prop. intell., oct. 2007, n° 25, p. 397 et ss. ; Ch. Caron, étude préc.

⁸⁸⁹ Ch. Caron, *Ibid.* ; V. en ce sens : Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec 2009, p. 245, n° 297 ; M. Sirinelli constatera sa faible portée : « La vérité oblige à dire que la loi nouvelle ne s'est pas vraiment intéressée au phénomène de la gratuité ou aux modèles ouverts. Tout au plus est-il possible de constater l'existence d'une disposition nouvelle, l'article L. 122-7-1 du CPI (...) », P. Sirinelli, Colloque préc.

202. La portée discutable du nouvel article L. 122-7-1 du CPI. Cet article constitue-t-il une consécration de la pratique des licences libres, et plus généralement des licences-commodats ? Encore faudrait-il pour cela que la situation visée relève du contrat.

Dans ce cas, l'article serait en effet inutile : le parallèle avec l'article L. 122-7 qui le précède dans le CPI est tentant : « Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux »⁸⁹⁰. En fait, il semble que soit le nouvel article concerne bien les licences libres, mais ne règle pas les problèmes de la validité et de la qualification de ces formules ; soit il pose un principe plus général d'admission de la gratuité, et constitue une redite de principes préexistants. C'est cette dernière hypothèse qui ressort, nous semble-t-il, de la lecture des travaux parlementaires faisant état de doutes sur l'utilité du texte aussi bien que de sa portée assez générale⁸⁹¹. Cependant, la situation visée par l'article L. 122-7-1 est-elle la même ? Ainsi, M. Huet affirme dans une des rares études dédiées au sujet : « qui peut le plus peut le moins, et si l'auteur, ce qui va sans dire d'ailleurs, est en droit de céder gratuitement son œuvre, il s'ensuit qu'il peut en faire profiter gracieusement autrui en la laissant librement à sa disposition. »⁸⁹². Par ailleurs, cet auteur relie essentiellement l'article à la problématique des licences libres. Il apparaît au contraire que les situations visées sont différentes : nous avons vu que l'auteur qui déclare son œuvre comme relevant d'une licence libre en y associant matériellement l'un de ces modèles, et en la diffusant, réalise en fait une sollicitation. Cette offre est susceptible de rencontrer une acceptation, exprimée dans les termes vus plus haut. Un contrat est alors conclu, et toute exploitation en dehors de ces termes, même s'ils sont d'une permissivité extrême, constitue une violation contractuelle, et le cas échéant une contrefaçon. Il n'y a pas, sur ce point précis, de différence avec une licence classique : les situations visées sont contractuelles.

Or, la mise à disposition du public gratuite de l'article L. 122-7-1 du CPI ne fait nullement référence à un engagement contractuel : il ne s'agit ni de céder, ni d'autoriser dans les termes d'un contrat de licence ou de « licence » libre, mais de libérer l'accès d'une œuvre à un public indéterminé. A la lecture du texte, les individus qui composent ce public n'ont pas vocation à devenir des contractants de l'auteur.

⁸⁹⁰ De même, l'article L. 131-2 al. 1^{er} du CPI fait référence aux « autorisations gratuites d'exécution ».

⁸⁹¹ Par exemple il ressort des débats qu'il avait été proposé de restreindre ce texte aux mises à disposition « en ligne ».

⁸⁹² J. Huet, art. préc.

On pourrait qualifier l'acte visé par l'article L. 122-7-1 du CPI d'acte unilatéral de volonté⁸⁹³. Il n'est pas exclu d'y voir une renonciation de l'auteur à ses droits d'exploitation⁸⁹⁴. Ou encore, sans qu'il soit nécessaire de pousser davantage l'exercice de qualification, le simple exercice par l'auteur de son droit de propriété, c'est-à-dire, comme l'exprime Mme Benabou, « une simple explicitation des modalités du plein exercice du droit d'auteur par son titulaire originaire. »⁸⁹⁵.

203. Applications possibles de l'article L. 122-7-1 du CPI. On songera par exemple à la pratique, aujourd'hui courante, d'un auteur donnant gratuitement accès à ses œuvres sur un site internet personnel dans l'espoir d'attirer à lui un public, puis un exploitant⁸⁹⁶. Pour exemple de cette pratique : lorsqu'un compositeur sociétaire de la SACEM notamment, souhaite diffuser ses œuvres sans but mercantile immédiat, il doit requérir une autorisation de la société gestionnaire, sans laquelle l'auteur serait lui-même contrefacteur de l'œuvre dont il est l'auteur, mais qu'il a antérieurement « cédée » à cet organisme. Un formulaire type commun a été élaboré à cet effet par plusieurs de ces sociétés de gestion collective⁸⁹⁷. Cette autorisation, elle-même gratuite, permet à l'auteur de diffuser son œuvre dans de strictes conditions de gratuité. Si cette autorisation donnée à l'auteur par la SACEM relève de la cession ou de la licence selon ses modalités, en revanche, la faculté de diffusion octroyée à l'auteur rappelle celle de l'article L. 122-7-1 du CPI, qui réserve explicitement le respect des conventions que l'auteur a antérieurement conclues. Sous réserve du respect du droit des tiers assuré par l'autorisation de la SACEM, l'auteur reproduit, représente, diffuse son œuvre. Il n'y a rien là que de très banal.

⁸⁹³ V. en ce sens l'analyse de M. Huet (art. préc. n° 7) qui propose d'interpréter – avant d'opter finalement pour la qualification contractuelle – la licence libre comme un acte unilatéral de volonté, une sorte de règlement privé fixant les conditions de circulation de l'œuvre.

⁸⁹⁴ Mais la question de la validité se pose : l'auteur peut-il à l'instar du breveté (art. L. 613-24 CPI) renoncer à son droit ? J. Huet, *Ibid.*

⁸⁹⁵ V.-L. Benabou, art. préc.

⁸⁹⁶ L'hypothèse est d'ailleurs évoquée par le Ministre de la culture d'alors, à l'occasion de la discussion du texte au Sénat (Séance du jeudi 4 mai 2006, compte rendu consultable sur le site officiel <http://www.senat.fr/seances/s200605/s20060504/s20060504001.html> consulté le 20/10/2011). M. Renaud Donnedieu de Vabres : « Aussi, au moment où l'on adapte – en le refondant – le droit d'auteur à l'ère du numérique, il importe de redire que l'auteur est le pivot du dispositif et que, sous réserve de respecter le droit des tiers, il a le droit et la liberté de diffuser gratuitement son œuvre ou une partie de son œuvre pour se faire connaître ou bien de préférer vouloir vivre de son travail. ».

⁸⁹⁷ Le formulaire disponible sur le site internet de la SACEM stipule notamment : « Vous présentez à partir de votre page web personnelle, ci-après dénommée le Site Internet, tout ou partie de vos œuvres en écoute à titre gratuit exclusivement. La SACEM/SDRM et SESAM peuvent vous délivrer une autorisation gratuite. ». http://www.sacem.fr/files/content/sites/fr/files/mediatheque/createur/autorisation_gratuite_diffusion_conditions_generales.pdf (consulté : 20/10/2011).

Dans tous ces cas, le recours à la notion de « mise à disposition » par l'article L. 122-7-1 du CPI semble inadapté. Cette notion, que l'on peut concevoir comme le genre dont la jouissance locative serait l'espèce, suggère un contrat entre deux parties identifiables, portant sur l'exploitation de l'œuvre et non l'exercice unilatéral d'un droit de propriété. Le principe édicté à l'article L. 122-7-1 du CPI ne vise donc pas la licence de droit d'auteur, au sens strict de location d'une œuvre, pour deux raisons : la première est que la gratuité, excluant la qualification de location, exclut nécessairement celle de licence ; la seconde et la plus décisive est que la situation visée n'est pas nécessairement de nature contractuelle. La licence-prêt, équivalent du prêt à usage, est donc elle aussi exclue du domaine de cet article.

2 – L'exclusion de la tolérance de la qualification de licence de droit d'auteur

204. La tolérance en droit d'auteur : tolérer n'est pas autoriser⁸⁹⁸. Certains comportements que l'on rencontre fréquemment en droit d'auteur conduisent à la réalisation d'actes d'exploitation de l'œuvre d'autrui dans un contexte de gratuité. Ces situations peuvent rester en marge de tout traitement judiciaire, par la tolérance voulue ou subie de l'ayant droit. Il importe de les distinguer des formules de licence-commodat examinées plus haut. En effet, le caractère précaire de ces situations, ainsi que la possibilité aujourd'hui reconnue de conclure des licences échappant au formalisme des contrats spéciaux, pourraient conduire à la confusion de ces situations de fait avec de véritables licences. Or, ces situations sont étrangères à l'idée de licence, et ce à deux titres : d'une part faute de contrepartie susceptible d'être qualifiée de loyer, et d'autre part faute pour la situation étudiée d'être un contrat. Il importe donc de préciser la nature de ces situations relevant de faits de tolérance plus que d'actes juridiques d'autorisation. Nous pouvons nous appuyer sur la définition de la tolérance donnée par Cornu : « Action de supporter et le résultat de cette action, spéc. fait, pour l'autorité publique ou le titulaire d'un droit, de supporter une activité franchement illicite (...) d'où résulte, le plus souvent, un régime d'autorisation ou une situation précaire, plus exceptionnellement l'acquisition d'un droit au bout d'un certain temps. »⁸⁹⁹.

⁸⁹⁸ Une doctrine ancienne reliait la licence à un simple acte de « tolérance » consistant essentiellement en une obligation de ne pas faire (ne pas agir en contrefaçon contre le licencié). (v. not. la note de M. Planiol sous C.A. Orléans 13 juil.1892, D.P. 1893, II, 329).

⁸⁹⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd. PUF, Coll. Quadrige, 2011, « Tolérance » p. 1019. L'auteur de cette définition prend pour exemple de tolérance la forclusion par tolérance de l'action en contrefaçon lorsque le titulaire d'une marque déposée tolère l'usage d'une marque postérieurement enregistrée durant cinq ans

205. Une illustration de la tolérance d'une pratique illicite en droit d'auteur : le *fansubbing*. En matière d'œuvres de l'esprit, nous pouvons relever une pratique récente, qui n'a pas encore été approfondie par la doctrine⁹⁰⁰. Dénommée par la contraction « *fansub* » ou « *fansubbing* », elle consiste, pour les admirateurs (*fans*) de programmes audiovisuels, à procéder, seuls ou en collaboration, à l'apposition de sous-titres (*subtitles*) puis à la diffusion gratuite des programmes sous-titrés sur l'Internet, notamment sur des sites ou par la voie de réseaux d'échanges de *peer-to-peer*. La pratique concerne principalement des œuvres audiovisuelles dites maladroitement « hors-licence » : l'expression vise en fait les œuvres produites et diffusées à l'étranger et ne faisant pas l'objet d'une distribution en France, c'est-à-dire inédites sur ce territoire⁹⁰¹.

Ces pratiques se heurtent de toute évidence au droit d'auteur, et ce à plusieurs chefs : le plus évident est la diffusion sans autorisation de l'œuvre sur internet, qui constitue une contrefaçon du droit de représentation⁹⁰². En amont de cette diffusion, la traduction contrevient également au droit patrimonial⁹⁰³ ainsi qu'au droit moral, au titre du droit au respect de l'œuvre le cas échéant. Notons également que le fait que ces œuvres étrangères ne soient pas exploitées en France par les ayants droit est tout à fait indifférent quant à leur protection par le droit français, en application de l'article 5 de la convention de Berne comme de l'article L. 111-4 du CPI. Même en l'absence de convention internationale applicable, les œuvres étrangères bénéficient en France de la protection accordée par le droit d'auteur français : sous réserve de réciprocité, et en toute hypothèse pour les droits de paternité et au respect de l'œuvre⁹⁰⁴.

(Art. L. 716-5 al. 4 du CPI.) V. par ex. J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007, n° 620, p. 270.

⁹⁰⁰ V. cependant : S. Omarjee, *Fansubbing* et droit d'auteur : le sous-titrage par les fans d'œuvres protégées est-il légal ?, *Droit – TIC*, juill. 2004, p. 9 et ss. (www.droit-tic.com/pdf/revue200407.pdf).

⁹⁰¹ La pratique concerne essentiellement la diffusion de séries télévisées américaines, et davantage encore de séries animées japonaises dites les *anime*. V. S. Omarjee, art. préc. ; V. également : M. Lechner, *Le clan des sous-titres*, Libération, 19 mars 2004. Pour la reproduction par voie de numérisation et la traduction de bandes dessinées, on parlera de *scantrad*, pour le doublage, de *fandub*.

⁹⁰² Article L. 122-4 du CPI : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque. »

⁹⁰³ Même si l'on peut critiquer le fait que la seule traduction ou adaptation, sans acte d'exploitation véritable, soit contestable (V. *infra* n° 704).

⁹⁰⁴ Pour une application du principe au droit moral (reconnaissant la violation du droit moral pour la diffusion en France d'une version colorisée du film *Asphalt Jungle* autorisée par ailleurs aux Etats-Unis), Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1991, « Huston », D. S., 1993, Jur., p. 197, note J. Raynard ; JCP, 1991, II, 21731, note A. Françon ; J. Ginsburg, *L'exploitation internationale de l'œuvre audiovisuelle : France / Etats-Unis*, JCP G, 1994, doct. 3734 ; G. Bigle et A. Dreyer, *Exploitation et protection des œuvres cinématographiques en France et aux Etats-Unis*, Légipresse, mai 1996, n° 131, II, p. 48.

En dépit de cela, ces pratiques semblent faire l'objet d'une répression pour le moins limitée⁹⁰⁵. L'explication de cette relative tolérance est avancée par les pratiquants eux-mêmes : la mise en ligne à destination d'un public étranger, quelques heures après leur diffusion télévisée licite dans le pays d'origine, d'un programme ainsi sous-titré permettrait aux éditeurs de ces derniers d'évaluer à moindre frais le succès d'un programme auprès du public, et partant l'opportunité d'engager une commercialisation. De fait, on constaterait la cessation de ces pratiques, une fois l'œuvre passée, selon l'expression d'usage, « sous licence », c'est-à-dire distribuée licitement en France par l'ayant droit.

Il n'en demeure pas moins que l'action en contrefaçon, sauf prescription⁹⁰⁶, est toujours susceptible d'être intentée ; cette tolérance, si elle permet de fait une exploitation gratuite de l'œuvre protégée par le droit d'auteur, ne saurait se voir requalifiée en licence à titre gratuit et tacite.

La qualification de renonciation est aussi à exclure, car elle supposerait un acte juridique unilatéral⁹⁰⁷, donc une volonté abdicative clairement exprimée de l'ayant droit de renoncer à se prévaloir de ses droits. Or, comme l'écrit un auteur à propos des œuvres libres : « le fait de ne pas exercer ses droits par simple négligence, par découragement, ou par ignorance de ses droits ne peut pas, non seulement, s'analyser comme la volonté de rendre une œuvre libre, mais de plus, il n'est pas qualifiable de renonciation, même tacite. En effet, la renonciation suppose au contraire d'agir en connaissance de cause, et de ce fait, elle est strictement encadrée par le droit : la renonciation aux droits de propriété intellectuelle doit être sans équivoque alors même qu'elle peut être tacite. Par ailleurs, elle ne saurait se présumer. »⁹⁰⁸.

206. Conclusion du Paragraphe 1. Les schémas que nous venons d'examiner ne sont pas « simples » par les formules étudiées, qui touchent aux problématiques les plus délicates et parfois les plus actuelles du droit d'auteur. Ils le sont en revanche par la clarté des solutions qu'ils permettent de dégager. D'une part, la présence d'un prix est une des conditions, certes seconde, de qualification de la licence. D'autre part, l'absence de prix exclut nécessairement cette qualification. L'interprète de ces formules se tournera alors vers

⁹⁰⁵ La plupart du temps, les responsables des sites internet consacrés à ces activités reçoivent des avertissements des ayants droit qui ne se matérialisent que rarement en actions judiciaires.

⁹⁰⁶ La prescription de l'action civile obéit au droit commun de la prescription, récemment réformé par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. Ainsi, selon le nouvel art. 2224 du Code civil : la prescription est quinquennale et le délai court « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. ». V., prenant en compte les modifications apportées par la réforme : Ch. Caron, *op. cit.*, n° 537.

⁹⁰⁷ V. références précitées.

⁹⁰⁸ M. Clément-Fontaine, thèse préc., n° 430.

les qualifications de commodat, que par facilité on pourra nommer licence-prêt ou licence gratuite. Par ailleurs, nombre de situations irriguées par l'idée de gratuité échappent à la qualification de licence, certes en raison de cette gratuité, mais également parce que l'organisation de cette gratuité ne relève pas, soit d'une catégorie de rattachement préexistante, soit, plus radicalement, d'un rapport d'obligations contractuelles.

Les schémas que nous proposons d'étudier à présent relèvent d'un autre degré de complexité : la présence d'une contrepartie, du moins d'un intérêt, à la mise à disposition de l'œuvre incline à la qualification de licence. Néanmoins, cette contrepartie ne prendra pas la forme d'un loyer. A l'opposition entre présence et absence de contrepartie se substitue donc une considération de la nature de cette contrepartie.

§ 2 – Existence d'un loyer et qualification de la licence : schémas « complexes »

207. Plan. L'existence d'un loyer n'est pas un élément caractéristique du bail ; il en est néanmoins un élément essentiel, jouant un rôle important en matière de qualification. En effet, l'absence ou la présence d'une contrepartie permet à la fois d'évaluer la validité du contrat de bail et de départager le louage et le commodat. Mais si l'existence de la contrepartie est une question, sa nature en est une autre : joue-t-elle un rôle en matière de qualification ? Toute contrepartie est-elle pour autant un loyer et tout intérêt au contrat est-il une contrepartie ?

Des schémas plus « complexes » que l'opposition binaire étudiée plus haut apparaissent lorsque la contrepartie à l'acte de mise à disposition existe, mais qu'elle ne correspond pas à ce que l'on entend d'un loyer. La contrepartie de la mise à disposition temporaire de l'œuvre prendra soit la forme de droits sociaux : parts sociales ou actions (*I – La contrepartie de l'apport en société de la jouissance d'une œuvre*), soit ne consistera qu'en l'exploitation de l'œuvre par le licencié (*II – La mise à disposition « intéressée » de l'œuvre*). Peut-on encore parler de licence de droit d'auteur dans ces cas de figure ?

I – La contrepartie de l'apport en société de la jouissance d'une œuvre

208. La nature du contrat d'exploitation du droit d'auteur : renvois. La qualification du contrat d'exploitation du droit d'auteur (principalement du contrat d'édition)

en société en participation est un sujet ancien que redécouvre la doctrine la plus actuelle. Cette discussion interroge la possibilité et l'opportunité de réduire le contrat d'exploitation du droit d'auteur aux opérations « simples » du Code civil. La discussion trouvera donc naturellement sa place en seconde partie de cette recherche⁹⁰⁹ ; concentrons-nous ici sur l'opération de licence en tant que telle.

209. Plan. Il convient de distinguer deux situations qui relèvent de la dénomination d'apport. La première relève du droit commun : l'apport en société d'une œuvre, spécialement en jouissance (A-) ; le second est plus spécifique à notre matière : l'« apport » d'une œuvre à une société de gestion collective des droits d'auteur (B-). Si la première opération apparaît sous les traits d'une véritable qualification juridique, nous devons nous pencher plus attentivement sur la nature juridique de la seconde. Nous consacrerons ici quelques développements à la nature juridique de ces opérations, c'est-à-dire sur leur prestation caractéristique, dans la mesure où ces éclairages sont indispensables à la compréhension de ces opérations dans leur ensemble. Mais l'on ne perdra pas de vue le fait que *c'est essentiellement la contrepartie reçue par l'auteur dans chacun de ces deux cas de mise à disposition temporaire qui éclairera ce choix de qualification.*

A – Le cas général de l'apport en jouissance en société

210. Plan. Il convient de décomposer cet exposé en deux étapes : après un bref aperçu de la pratique de l'apport d'œuvre en société (1-), nous tâcherons d'en définir la nature juridique (2-). Celle-ci est-elle compatible avec la qualification de licence ?

1 – La pratique de l'apport d'œuvre en société.

211. L'apport d'une œuvre à une société dotée de la personnalité morale : illustrations. L'œuvre peut être l'objet d'un apport en société⁹¹⁰, tout comme les autres droits de propriété intellectuelle, spécialement de marque, de brevet ainsi que de dessins et

⁹⁰⁹ V. *infra* n° 549 et ss.

⁹¹⁰ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal et Billard, 3^e éd., 1908, par Maillard et Claro, n° 385, p. 427. – Sur cette relation entre l'auteur, l'exploitant et le contrat de société, v. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 708 et ss.

modèles⁹¹¹. Une société quelconque dont l'objet social est la réalisation d'objets divers à partir d'œuvres de l'esprit recourt plus usuellement à la technique de la licence, ou de la cession, mais peut également, même si l'hypothèse reste rare⁹¹², se voir apporter des dessins, modèles ou marques, auxquels seront généralement attachés des droits d'auteur, par application de la théorie de l'unité de l'art. Ces derniers devront alors faire l'objet d'une évaluation en application du droit spécial applicable à chaque forme sociale⁹¹³.

Parfois, ces apports constituent l'essentiel du capital d'une société : on pense par exemple aux sociétés mettant en commun des catalogues, plus particulièrement des droits de diffusion et de vente en ligne d'œuvres musicales ou audiovisuelles au sein d'une filiale constituée pour offrir des plateformes de téléchargement ; ou aux sociétés créées par les héritiers de romanciers ou d'artistes plasticiens afin de gérer ce patrimoine (sous réserve des droits déjà cédés)⁹¹⁴. La valeur représentée par ces immobilisations incorporelles (à l'actif du bilan) a vocation à figurer au capital social (au passif)⁹¹⁵, à la différence des cessions et licences classiques qui relèvent de dettes externes. Comme tout apport (numéraire ou en nature), la contrepartie consiste en l'attribution de droits sociaux : parts sociales ou actions. Si la pratique est loin d'être généralisée, on en devine tout l'intérêt ; comme le note un auteur, grâce à cette pratique, « L'unité du patrimoine créatif et l'unité de sa gestion sont maintenues, le droit des sociétés apportant les palliatifs nécessaires à l'organisation de la gestion de ces biens par les héritiers. »⁹¹⁶. Le caractère « passif » et instable que l'on attribue à tort ou à

⁹¹¹ L'invention brevetée peut être apportée en propriété (cession) ou en jouissance (concession, licence). En ce sens : A. Amiaud, L'apport des brevets d'invention en société, in *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 3 ; Y. Reinhard, L'apport en société des droits de propriété industrielle, *Mélanges Chavanne*, 1990, p. 297.

⁹¹² La cession a pour conséquence d'intégrer l'œuvre aux actifs de la société, mais seul un apport véritable contribue à l'enrichissement du capital, ce qui demeure rare : N. Binctin, Quel avenir pour le capital intellectuel ?, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} déc. 2009, n° thématique, p. 1180.

⁹¹³ Par un commissaire aux apports (ex. pour la SA : art. L. 225-8 C. com.). Mais pour d'autres formes sociales, cette obligation devient une simple faculté en deçà de certains seuils (ex. pour les SARL : art. L. 223-9 C. com.).

⁹¹⁴ Pour les premières, on pense aux tentatives de création de plateformes de téléchargement payant (par ex. la défunte société *Pressplay*, filiale des groupes Sony Music et Vivendi Universal) ; ou aux sociétés fondées par des héritiers afin de gérer également les marques, le droit au nom. Par ex. la Société Civile pour l'œuvre et la Mémoire d'Antoine de Saint-Exupéry, la *Georges Simenon Family Rights Limited*, ou la société Picasso Administration, EURL représentant l'indivision Picasso. Exemples donnés par N. Binctin, *Le capital intellectuel*, Litec, 2008, n° 6. et n° 351. Sur ce dernier exemple, v. P.-Y. Gautier, La propriété littéraire et artistique et le droit de la famille, Rapport de synthèse, Defrénois, 30 oct. 2001 n° 20, p. 1173. Pour d'autres illustrations, v. N. Binctin, Quel avenir pour le capital intellectuel ?, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} déc. 2009, n° thématique, p. 1180.

⁹¹⁵ Sur cette question, v., par ex : Y. Guyon, *Droit des affaires*, T1, *Droit commercial général et des sociétés*, 12^e éd. Economica, 2003, p. 110, n° 109.

⁹¹⁶ N. Binctin, art. préc. Insistant sur l'intérêt fiscal et comptable de l'opération, l'auteur propose un montage intéressant : « Dès lors, une société qui souhaite revaloriser son bilan afin de faire ressortir, à l'égard de ses créanciers, de ses partenaires financiers ou des tiers en général, la valeur réelle de ses actifs intellectuels, peut avoir intérêt à filialiser des biens intellectuels sans valeur comptable identifiée. L'apport se réalise à la valeur de marché, et les biens apportés apparaissent alors dans les comptes de la nouvelle entité à leur pleine valeur.

raison à l'indivision conventionnelle peut être contourné par la société, conçue comme un instrument de gestion permettant des prises de décisions plus souples, et rassurant, dans une certaine mesure, les contractants. Une société peut ainsi avoir pour objet d'organiser la gestion d'une indivision constituée de biens intellectuels destinés à être exploités⁹¹⁷.

212. L'apport d'une œuvre à une société dépourvue de personnalité morale.

Illustrations : Les coproductions. Hormis ce cas général, la notion d'apport se rencontre fréquemment dans le cadre de *joint-ventures* par lesquelles plusieurs intervenants mettent en commun des moyens dans le but de mener à bien un projet d'envergure, mais ponctuel⁹¹⁸. Ce partenariat peut prendre la forme d'une société, par choix exprès des parties ou *a posteriori* par la requalification judiciaire, si toutefois les conditions constitutives du contrat de société sont présentes⁹¹⁹. Le terme est usité dans les secteurs de l'innovation technologique (qui intéressent aussi les logiciels, donc le droit d'auteur).

Ailleurs, les situations les plus communes de mise en société sont les contrats de compte à demi⁹²⁰ et, plus usités, les contrats de coédition⁹²¹ ou de coproduction audiovisuelle. Ces derniers reçoivent généralement la qualification de société en participation, variété de société dépourvue de personnalité morale⁹²² : les coproducteurs, à l'instar d'autres investisseurs, apportent certes des capitaux mais également les droits patrimoniaux dont ils sont les cessionnaires ou contrats de licence qui les lient aux auteurs. Le but est de collaborer sur un pied d'égalité, sur fond de partage des bénéfices et des pertes. Les parties associent généralement à cette opération, qui évoque la société, une indivision afin d'établir clairement

Si la valeur globale de l'entité n'évolue pas avec une telle opération, la valeur comptable apparente change : les actifs intellectuels apportés bénéficient d'une valeur comptable égale à leur valeur de marché, la société mère reçoit des parts sociales renforçant son actif et améliorant son bilan. ».

⁹¹⁷ Les autorisations d'utilisation de l'œuvre, les licences comme les cessions, seront consenties par cette personne morale en son nom. L'objet de ces sociétés inclut généralement la défense en justice du droit d'auteur, dont les droits moraux.

⁹¹⁸ D. Bretagne-Jaeger, S. Lynde, L'intégration de la propriété intellectuelle au sein d'une joint-venture, *Petites affiches*, 18 juill. 2003, n° 143, p. 4.

⁹¹⁹ Les parties peuvent conclure un contrat de société, qu'elle fasse (société civile, SNC, SARL, SA, SAS, etc.) ou non (société en participation) l'objet d'une immatriculation lui conférant une personnalité morale. L'existence de celle-ci peut également résulter *a posteriori* de la présence des éléments constitutifs de ce contrat constatés par le juge (société créée de fait, soumise au régime des sociétés en participation). Dans tous les cas, la qualification d'une société quelle qu'elle soit suppose la réunion de ces trois éléments essentiels : la présence d'apport, la contribution aux pertes et le partage des bénéfices, l'*affectedio societatis* ou « intention de s'associer ».

⁹²⁰ V. l'art. L. 132-3 du CPI, qui disqualifie expressément l'opération de contrat d'édition et lui attribue la qualification de société en participation.

⁹²¹ Pour une illustration de l'application du régime des sociétés en participation à ce contrat, V. Cass. com. 13 janv. 1998, *Revue des sociétés* 1998, p. 103, note P. Le Cannu. Egalement cité in : M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 22^e éd., Litec, 2009, n° 1246.

⁹²² Art. 1871 et ss. du Code civil. Lorsque les parties n'ont pas explicité leur engagement, c'est au juge d'appliquer ce régime. Il procède pour cela à la qualification de la situation litigieuse en société créée de fait, celle-ci étant soumise par l'article 1873 du Code civil au régime de la société en participation.

la propriété de chaque utilité de l'œuvre produite, ainsi que d'autres éléments, par exemple le support négatif du film. Il en ressort une double qualification de société en participation et d'indivision⁹²³.

213. L'opportunité de la qualification de société en participation. On notera que si la qualification d'indivision est recherchée et explicitement stipulée dans ces contrats, les parties tiennent en revanche à écarter la qualification de société, souvent en des termes particulièrement explicites⁹²⁴. On évoque les conséquences en termes de régime de cette société lorsqu'elle est révélée aux tiers⁹²⁵. Le régime de la société en participation qui se voit révélée aux tiers emporte en effet de lourdes conséquences, en application de l'article 1872-1 du Code civil qui renvoie, sous condition de commercialité, au régime de la société en nom collectif⁹²⁶. Ainsi, chacun des associés peut se trouver obligé, selon les conditions strictes

⁹²³ On retient généralement une double qualification de société en participation associée à une indivision. V. en ce sens : S. Comanzo, *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles internationales*, Thèse, Dijon, 1997, p. 199 ; V. également : M. Ferret, A. Rivalan, A. Vichnievsky, *Les coproductions*, LÉGIPRESSE, juil.-août 1999, n° 163, II 93 (1^{re} partie), sept. 1999, n° 164, II 105 (2^e partie) ; A. Robin, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUFDCF, 2005, n° 258. – Cela n'est cependant pas automatique, et il faut que les éléments constitutifs des deux situations juridiques soient vérifiés. C'est ce que précise N. Binctin, *Le capital intellectuel*, Litec, 2008, n° 373 et ss. – Pour une analyse approfondie consacrée à ce travail de qualification, v. S. Jouve, *La nature juridique du contrat de coproduction de l'œuvre audiovisuelle en droit français*, Thèse, Aix-Marseille, 2000, p. 387 et ss. Cet auteur invite à distinguer la « coproduction-partenariat » relevant de la société en participation et la « coproduction forfaitaire » dans laquelle l'*affectio societatis* laisse place, pour l'un des coproducteurs, au rôle passif d'un concours financier. Dans ce cas, le contrat est complexe et réunit un contrat d'entreprise durant la production de l'œuvre et un mandat d'intérêt commun, une fois que l'œuvre, devenue propriété indivise des coproducteurs, est exploitée (v. spéc. p. 426). – Pour d'autres études de ce contrat, voir : P. Marchetti, *La production d'œuvres audiovisuelles dans l'U.E.*, Univ. Aix-Marseille-Economica, Paris, 1997 ; O. Yacoub, *Les principaux contrats de production audiovisuelle*, Thèse dactyl., Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2000 ; C. Bernault, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, 2003, spéc. n° 570.

⁹²⁴ Nous avons pu relever personnellement des clauses mentionnant « l'absence d'*affectio societatis* entre les parties » ; v. également cette clause d'un contrat de coproduction audiovisuelle : « Art. 8 Clause particulière : Il est expressément convenu que le présent contrat ne pourra en aucun cas être considéré comme une société entre les parties, la responsabilité de chacun étant limitée aux engagements pris par elle dans le présent accord. En aucun cas l'un des coproducteurs ne pourra être tenu pour responsable des engagements pris par l'autre, cette position étant essentielle et déterminante du présent accord. », cité par S. Jouve, thèse préc., p. 487 et ss. L'auteur note que ce type de clause figure dans la presque totalité des conventions de coproduction (*Ibid.* p. 109).

⁹²⁵ Ici, le caractère ostensible de la participation sera déduit de l'inscription obligatoire du contrat de coproduction au Registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel (art. L. 123-1 1° du Code du cinéma et de l'image animée) ; v. par ex. CA Paris, 7 déc. 1967, JCP, 1967, II, 14218, obs. Delpech ; CA Paris, 12 févr. 1986, Jurisdata n° 020081, également cités par S. Jouve, thèse préc., p. 128. L'auteur signale quelques arrêts « isolés » en sens contraire. – Il est à noter qu'en matière de coédition, aucune publicité n'étant requise, la révélation de la société aux tiers se fera dans les termes de l'article 1872-1 al. 2 : « si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers » et al. 3 : « Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit. ». En ce sens, v. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 711.

⁹²⁶ Article 1871-1 C. civ. : « A moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif. ».

énoncées par cet article, indéfiniment et avec solidarité, si la société a un objet commercial⁹²⁷, ce qui est le cas en matière de production audiovisuelle. On pourrait objecter à cette crainte attachée à la qualification sociale que les producteurs étant en principe des commerçants par la forme, leur solidarité passive est présumée dès lors qu'ils s'engagent en codébiteurs dans un même acte. De sorte que les justifications juridiques du rejet de la qualification de société par les praticiens ne sont pas toujours bien identifiées⁹²⁸.

Ces clauses n'empêchent pas le juge d'user de son pouvoir de requalification de ces actes en société créée de fait, soumise au régime de la société en participation, dès lors que les éléments constitutifs du contrat de société sont induits du comportement des parties (article 12 du CPC)⁹²⁹. Si la société en participation est voulue par les parties et exprimée dans un acte, elle est plus couramment encore « décelée » par le juge, *a posteriori* par la qualification de société créée de fait qui emporte le même régime⁹³⁰. On ajoutera que lorsque c'est un tiers qui invoque une société créée de fait à l'encontre des coproducteurs, la jurisprudence, au travers de la théorie de l'apparence, adopte une appréciation globale qui dispense le demandeur de la preuve délicate de chaque élément constitutif⁹³¹. Et comme le note un auteur à propos de ces coproductions : « Rien ne manque pour révéler un contrat de société. Cette impression est renforcée par la présence indéfectible d'un article mentionnant explicitement que le contrat ne doit pas être interprété comme formant une société entre les parties. »⁹³². Cette « impression » est séduisante, mais elle fait bien peu de cas du principe d'autonomie de la volonté ; or, l'article 1871-1 du Code civil précise que le régime applicable à la société en participation est supplétif, ce qui l'oppose au régime largement impératif de l'indivision⁹³³. Il est vrai aussi que ces contrats ne représentent pas de véritable unité et que la qualification de société a pu

⁹²⁷ Sur ce régime, v. Ph. Pétel, La révélation aux tiers de la société en participation, JCP E, 1987, I, 16369. – Une crainte avancée par les coproducteurs est que la qualification de société rende inopposables aux tiers les clauses partageant les responsabilités convenues entre eux, ce qui a d'ailleurs été jugé : CA Paris, 4^e ch., 12 février 1986, Enrico c. Soc. Les Productions Artistes Associés, Juris-data n° 020081, cité par S. Jouve, thèse préc., p. 136.

⁹²⁸ En ce sens : N. Binctin, thèse préc., n° 373 et n° 377.

⁹²⁹ S. Jouve, thèse préc., p. 103 et ss. – V. par ex. : CA Paris, 1^{re} ch. section B, 16 nov. 1989 (Guillemonat c. Télé Hachette & Action film) et CA Paris, 1^{re} ch. section A, 18 mars 1987 (Groupement des Editeurs de Films-Guillemonat c. SFP) cités par : M. Rasle, Les contrats de coproduction de films cinématographiques, in : Ch. Debbasch et C. Gueydan (dir.), *Cinéma et télévision*, PUAM-Economica, coll. Droit de l'audiovisuel, 1992, p. 115 (spéc. p. 120). – Ces requalifications sont parfois remises en cause par la Cour de cassation : « Attendu qu'en statuant ainsi, sans avoir au préalable constaté l'existence d'un engagement des parties de partager les bénéfices et de contribuer aux pertes pouvant résulter de la production litigieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés », Cass. com. 29 janv. 2008 (pourvoi n° 06-15698), inédit, cassant un arrêt : CA Paris 9 mars 2006.

⁹³⁰ « la société ne vient officiellement à l'existence juridique qu'au moment où elle est dissoute », Y. Guyon, *op. cit.*, n° 143.

⁹³¹ CA Paris, Chambre 4, section A, 17 sept. 2003, n° 2002/12988, SA CIPA c. Soc. Madrid Film. La solution est conforme au droit commun des sociétés : V. spéc. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1258.

⁹³² N. Binctin, thèse préc., n° 373.

⁹³³ F. Dekeuwer-Defossez, L'indivision dans les sociétés en participation, JCP 1980, I, 2970.

paraître inadaptée lorsque seul l'un des participants assume réellement la fonction de producteur⁹³⁴ (producteur délégué) et que le concours des autres, essentiellement financier, intervient en vue de l'acquisition des droits de diffusion⁹³⁵.

214. Société et propriété indivise de l'œuvre produite. On notera que l'apport à une société en participation dans le cadre de la production audiovisuelle ne pourrait être en propriété, faute de personnalité juridique, et donc faute de patrimoine opposable aux tiers pour recueillir cet apport. Il s'agirait davantage d'une mise à disposition évoquant l'apport en jouissance, chaque associé restant propriétaire de l'objet de son apport⁹³⁶. L'idée est cependant contestable si l'on considère que la société en participation est bien titulaire d'un patrimoine, mais qu'il est simplement inopposable aux tiers⁹³⁷.

Cette limite intrinsèque, liée à l'absence de personnalité juridique et donc de patrimoine opposable aux tiers de la société en participation, expliquerait le recours fréquent et explicite à l'indivision par les participants dans le cadre des contrats de coproduction⁹³⁸. En revanche, à supposer que les participants ne se soient pas entendus sur les conditions d'une indivision, le film ainsi produit sera la propriété indivise des associés en application de l'article 1872 du Code civil al. 2 : « Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société. ». Cependant, comme les y autorise l'alinéa 3 du même article, les associés conviendront généralement de mettre ces biens en indivision. Le recours à des clauses se comprend d'une part au regard de la sécurité juridique nécessaire à ces conventions aux implications financières considérables ; d'autre part, en raison de la possibilité offerte par le contrat d'attribuer la quote-part de chacun des apporteurs dans ces droits indivis⁹³⁹.

⁹³⁴ V. la définition de l'art. L. 123-23 du CPI.

⁹³⁵ M. Rasle, Les contrats de coproduction de films cinématographiques, *op. cit.* – Il s'agit des contrats entre producteurs et diffuseurs : « faux contrats de coproduction ». On citera encore les contrats conclus entre producteurs et les SOFICA (Société pour le financement de l'industrie cinématographique), dits « contrats d'association à la production ». En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 719. Sur cette diversité d'objectifs et de qualification, v. S. Jouve, thèse préc. p. 387 et ss. ; Adde : C. Martel, *La production audiovisuelle – Les contrats*, Dixit éditions, 2003, v. le contrat-type « association à la production » dit « contrat Sofica », p. 254.

⁹³⁶ En ce sens, v. : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 711, note n° 3 ; Y. Guyon, *op. cit.*, n° 517 ; Y. Reinhard, L'apport en société des droits de propriété industrielle, Mélanges Chavanne, 1990, p. 297, spéc. p. 305.

⁹³⁷ La doctrine parle bien d'un patrimoine de la société en participation, mais opposable entre associés et non aux tiers : « Même si cette propriété sociale n'est pas opposable aux tiers, l'apport à la société en participation est, dans les rapports entre associés, translatifs de propriété. » M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n°1241

⁹³⁸ Le statut de co-indivisaires des participants est prévu par l'art. 1872 al. 3 du Code civil.

⁹³⁹ V. par ex. une clause assez sommaire du contrat type proposé au J.-Cl. Civil Code Formulaire, fasc. 3570 : PLA – Contrat de coproduction d'une œuvre audiovisuelle « Art. 8 – Propriété de l'œuvre : La SOCIÉTÉ DE TÉLÉVISION et le PRODUCTEUR DÉLÉGUÉ seront propriétaires indivis de l'œuvre en proportion de leurs

215. Caractère *intuitu personae* des droits apportés et problématique des autorisations. Généralement, l'objet de l'apport consiste non pas directement dans le droit d'exploitation concédé par l'auteur, mais dans le contrat d'exploitation primaire lui-même, liant ce dernier au producteur⁹⁴⁰. On notera que s'agissant d'autres contrats spéciaux du Code de la propriété intellectuelle, cet apport nécessite l'autorisation de l'auteur. Ainsi, l'article L. 132-16 du CPI⁹⁴¹, en matière d'édition, évoque le cas précis de l'apport du contrat en société, sous l'importante réserve du transfert du contrat d'édition dépendant du fonds de commerce⁹⁴². La règle doit être étendue au contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle⁹⁴³. La violation de cette obligation est la nullité relative de la cession⁹⁴⁴. Dans le même esprit, l'article L. 132-19 al. 4 évoque plus généralement le transfert du contrat de représentation⁹⁴⁵.

Dans le silence des textes, la question s'est posée pour l'apport – et plus généralement le transfert – du contrat de production audiovisuelle. L'article L. 132-28 du CPI se borne à énoncer un droit de communication, au bénéfice (et à la demande) des auteurs, de « la copie des contrats par lesquels il cède à des tiers tout ou partie des droits dont il dispose », ce qui suggère bien l'absence d'obligation de requérir l'autorisation de l'auteur. Or, de l'avis de la doctrine, son autorisation s'impose. Cette obligation légale, lorsqu'elle existe, étant fondée sur le caractère *intuitu personae* de ces contrats (édition et représentation), elle s'imposerait *a fortiori* au contrat de production qui, visant au-delà de l'exploitation, à la réalisation même

apports respectifs. ». – Pour un extrait d'une clause très détaillée d'un contrat de coproduction audiovisuelle « Article 3 – Copropriété du film : - Du fait du présent accord, les coproducteurs seront dans la proportion de : 20 % à la Société B, 80 % à la société A, copropriétaires indivis de tous les éléments corporels et incorporels du film au fur et à mesure de sa réalisation et notamment des droits d'exploitation de celui-ci. », cité par S. Jouve, thèse préc., p. 490.

⁹⁴⁰ L'expression désigne les premiers maillons de ces « chaînes », conclus par les auteurs avec les premiers exploitants. Sur cette expression, v. A. Dietz, Le droit primaire des contrats d'auteur dans les états membres de la communauté européenne. Situation législative et suggestions de réforme. Etude réalisée à la demande de la commission des Communautés européennes. Publications de la commission – Etudes, série secteur culturel. SG culture 4, 1981.

⁹⁴¹ Article L. 132-16 al. 1^{er}. du CPI : « L'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur. ». Sur le sujet, v. : A. Chavagnon, Le transfert du contrat d'édition, Légipresse mars 2008, II, p. 27.

⁹⁴² Ce qui constitue donc une exception au principe d'intransmissibilité universelle des contrats *intuitu personae*. Pour une étude concentrée sur cet aspect, v. : A. Chavagnon, *op. cit.*

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ Cass. 1^{re} civ. 30 janv. 2007, D. 2007, note J. Daleau ; Prop. intell., 2007, 219, obs. A. Lucas.

⁹⁴⁵ Article L. 132-19 al. 4 CPI : « L'entrepreneur de spectacles ne peut transférer le bénéfice de son contrat sans l'assentiment formel et donné par écrit de l'auteur ou de son représentant. ».

de l'œuvre, est encore davantage empreint de ce caractère⁹⁴⁶. Pour d'autres, l'obligation de requérir l'autorisation de l'auteur tiendrait essentiellement à l'analogie avec les dispositions précitées recouvrant des situations similaires. C'est l'avis de M. Gautier, qui dans sa dernière doctrine reçoit également l'argument du caractère *intuitu personae* du contrat⁹⁴⁷. En l'absence de jurisprudence décisive sur ce point, il nous semble prudent d'admettre la nécessité de cette autorisation. Néanmoins, faute de disposition légale impérative propre au contrat de production audiovisuelle, il devrait être possible d'y déroger contractuellement dans des termes assez larges. C'est bien la démarche que l'on observe dans les contrats types de la SACD⁹⁴⁸. Ces derniers se bornent à indiquer que l'apport du contrat de production ne nécessite qu'une notification à l'auteur, ce qui va déjà au-delà de l'exigence déduite de la lettre de l'article L. 132-28 al. 2nd du CPI, qui ne prévoit qu'un droit à l'information à la demande de l'auteur. Pour la cession du contrat d'édition, la question reste discutée ; la jurisprudence semble admettre ces autorisations données par avance, pourvu qu'elles prévoient un tiers clairement identifié⁹⁴⁹.

216. Ces exemples d'apport d'une œuvre à une société ou d'apport de droits personnels organisant la mise à disposition d'une œuvre ayant permis d'illustrer cette pratique de l'apport ainsi que ses principales problématiques, il convient à présent de s'interroger sur leur possible qualification de licence. La contrepartie de ces apports apparaît dès lors comme un élément décisif de qualification.

2 – La nature juridique de l'apport d'œuvre en société

⁹⁴⁶ C. Bernault, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, 2003, n° 571, p. 213. Sur le caractère *intuitu personae* du contrat de production audiovisuelle : n°1015, p. 379. Ce caractère est néanmoins discuté.

⁹⁴⁷ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 665.

⁹⁴⁸ V. les contrats type de la SACD par ex. : « CONTRAT DE PRODUCTION AUDIOVISUELLE : CESSIION DE DROITS D'AUTEUR – SCENARIO / ADAPTATION / DIALOGUES – REALISATION » Article 11 : Rétrocession à un tiers : Le Producteur aura la faculté de rétrocéder à tout tiers de son choix le bénéfice et les charges de la présente convention, notamment dans le cadre d'une coproduction franco-étrangère, à la condition de notifier ladite rétrocession à l'Auteur-Réalisateur par lettre recommandée avec accusé de réception adressée à la SACD dans les 15 (quinze) jours de la signature de l'acte de rétrocession, et d'imposer au cessionnaire le parfait respect des obligations découlant de la présente convention et le maintien des conditions de production telles qu'elles ont été définies d'un commun accord entre l'Auteur-Réalisateur et le Producteur.

Le Producteur sera tenu de joindre à la lettre de notification susvisée, copie du contrat de coproduction et/ou du contrat de rétrocession, et ce en application de l'article L. 132-28, 2^e alinéa, du Code de la propriété intellectuelle. »

⁹⁴⁹ Pour un arrêt sanctionnant une clause éludant le consentement de l'auteur, tout en réservant la possibilité de désigner un tiers dans le contrat : CA Paris, 13 févr. 1990, « Bordas c. Terrasse », *Légipresse*, 1990, I, p. 59 ; Exigeant la clarté de la clause : TGI Paris, 3 sept. 1997, *RIDA*, janv. 1998, p. 343.

217. La nature de la contrepartie et la qualification de licence : un loyer en principe monétaire. Il est commun d'affirmer que l'obligation monétaire ne permet pas de qualifier un contrat synallagmatique. Cette obligation n'est que la réciproque d'une obligation essentielle, elle seule caractéristique du contrat. Et nous savons désormais qu'en matière de licence, cette obligation caractéristique est celle du bail : la mise à disposition ou mise en jouissance d'une chose pour un temps.

L'obligation réciproque est toutefois nécessaire pour compléter la qualification : il s'agit du loyer. A l'instar du contrat lui-même, le prix du bail connaît plusieurs dénominations : le terme générique de loyer, le fermage pour le bail à ferme, canon pour le bail emphytéotique, complant pour le bail du même nom. En propriété intellectuelle, les dénominations sont également diverses : « redevances » est le terme utilisé par le CPI ; davantage utilisé en pratique voire en jurisprudence, celui de *royalties*, voire même de « droits d'auteurs » pour notre matière. Dans tous les cas, il s'agit d'une même réalité juridique : le paiement d'une somme d'argent, selon les modalités les plus diverses, proportionnelle ou au forfait, échelonnée ou au comptant.

La notion de redevance, ou de loyer, désigne la contrepartie de la mise à disposition de l'œuvre, généralement déterminée en fonction des résultats de son exploitation. La redevance, (ou loyer) est donc à distinguer de la rémunération d'autres prestations comme l'activité de création, qui fera quant à elle l'objet d'un salaire ou d'un prix s'il s'agit d'une commande⁹⁵⁰. Dans tous ces cas, la rémunération est généralement due sous forme monétaire.

218. Le prix du bail et le prix « en nature » de l'apport en société. Le loyer – contrairement au prix de la vente nécessairement monétaire⁹⁵¹ – peut consister dans le transfert de propriété d'une chose (ou dans une prestation de services) : la querelle antique semble aujourd'hui tranchée⁹⁵². Or, une part sociale comme une action est une chose

⁹⁵⁰ L. de Gaulle, La notion de redevance de droit d'auteur, RIDA, n° 167, janv. 1996, p. 69. L'auteur rappelle les incidences fiscales et sociales de ces distinctions.

⁹⁵¹ La vente serait alors requalifiée en échange. V. par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 51.

⁹⁵² En ce sens, réservant le cas de l'apport en société dont la nature de contrepartie exclut la qualification de bail : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 272. V. également : A. Bénabent, *op. cit.*, n° 519 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 458 ; J. Huet, *op. cit.*, n° 21142 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 624. La possibilité est connue du fermage et du bail à construction, est elle est la règle en matière de métayage. – *Contra*, optant pour la qualification innommée : J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 46. Cet auteur rappelle par ailleurs que les origines du débat sont pourtant antiques et constituait déjà un point de divergence entre Proculiens et Sabinien, ces derniers admettant une contrepartie autre que la *numerata pecunia*.

incorporelle⁹⁵³. Il y aurait donc quelque contradiction à exclure l'apport en société en jouissance de la qualification de bail au seul motif que la contrepartie est représentée en parts sociales. Il semblerait que ce cas fasse figure d'exception. Ici, ce n'est pas l'existence, mais la nature du prix qui devient un élément qualifiant : c'est l'attribution de parts sociales qui qualifierait essentiellement l'apport.

219. Retour sur la notion d'apport et son application à la propriété intellectuelle. La notion d'apport en société est polysémique : elle désigne l'opération juridique qui transforme un tiers en associé contre l'attribution de droits sociaux ; elle désigne également le droit transféré à la société en vertu de cette opération⁹⁵⁴. Les apports de propriétés intellectuelles, ou de droits réels ou personnels constitués sur elles, sont des apports en nature. Au sein de cette catégorie, s'impose la distinction classique : apport en propriété - apport en jouissance. L'apport en propriété est, par analogie et par similitude de régime, assimilé par la loi à la vente, et l'apport en jouissance au bail⁹⁵⁵. Un auteur a pu noter la nature duale de l'apport, considéré au sens d'opération contractuelle : variété d'apport en nature et contrat de mise à disposition temporaire de la jouissance d'une chose⁹⁵⁶. Ce second aspect relève, à l'instar du bail, du commodat ou de la location-gérance des techniques de dissociation de la propriété et de la jouissance⁹⁵⁷. Or, ce schéma pourrait apparaître assez simpliste, car la notion de « jouissance », on l'a vu, reflète des réalités bien distinctes selon la source de celle-ci : s'agit-il pour la société, de jouir (droit réel, *jus in re*) ou une personne fait-elle jouir la société (droit personnel, *jus ad rem*) ?

Il était donc prévisible que la nature réelle ou personnelle du droit apporté dans le cadre d'un apport en jouissance suscite des débats proches que ceux que nous observons sur la nature réelle ou personnelle du droit de l'exploitant de l'œuvre : une doctrine minoritaire s'est ainsi demandé si l'apport en jouissance n'emportait, non pas la constitution d'un droit

⁹⁵³ « Les actions sont des droits incorporels de nature mobilière (...). Elles sont un élément du patrimoine de l'associé et entrent donc dans la sphère du droit de gage général des créanciers. » : M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 721. – Les droits exercés par l'actionnaire sur son titre sont des « droits réels de propriété », Y. Guyon, *op. cit.*, n° 747. Les parts peuvent d'ailleurs être vendues (sous éventuelle condition d'agrément), louées ou nanties.

⁹⁵⁴ M. Géninet, Les quasi-apports en société, *Rev. sociétés* 1987, p. 25 ; Y. Guyon, *op. cit.*, n° 98.

⁹⁵⁵ Art. 1843-3 du Code civil al. 3 et 4 : « Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. Lorsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. ».

⁹⁵⁶ Cette distinction : contrat de mise à disposition temporaire d'un bien / apport en société constitue le plan d'ensemble de la thèse de C. Regnaut-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, 1994, coll. Bibl. de Droit privé, t. 242. L'apport en jouissance s'incorpore, tout comme l'apport en propriété au capital : la question a fait l'objet de débats doctrinaux aujourd'hui tranchés en faveur de cette incorporation. Il ne nous appartient pas d'approfondir ces questions. Sur ces débats : *Ibid.* n° 247 et ss.

⁹⁵⁷ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 120.

personnel de jouissance, mais la constitution d'un droit réel, plus précisément d'un usufruit spécial⁹⁵⁸. Mais l'assimilation ne se heurterait-elle pas à la limitation de la durée à trente ans des apports en usufruit ? La doctrine majoritaire se plie quant à elle à la qualification de droit personnel⁹⁵⁹, même si les analyses restent parfois très nuancées⁹⁶⁰. Cette dernière interprétation est bien celle que suggère l'article 1843-3 du Code civil⁹⁶¹ qui reprend la dichotomie que nous connaissons et qui se révèle à plusieurs niveaux : l'apport en propriété et l'apport en jouissance sont respectivement des formes de vente et de bail, eux-mêmes cession et licence lorsqu'ils portent sur une chose incorporelle⁹⁶².

220. Une nouvelle typologie des apports applicable au droit d'auteur. Face à cette difficulté à qualifier l'apport en jouissance, M. Binctin, dans sa thèse sur le capital intellectuel, propose une nouvelle présentation des apports en nature pour l'appliquer ensuite aux propriétés intellectuelles. Sont ainsi dégagés deux types d'apports en nature, les apports translatifs et les apports constitutifs :

- « L'apport translatif est l'apport qui opère une mutation ou un transfert à une société d'un droit ou d'une situation juridique préexistant »⁹⁶³. Ainsi, on connaît : l'apport translatif de droit réel (droit de propriété⁹⁶⁴ ou d'usufruit), l'apport translatif de droits personnels (les

⁹⁵⁸ Le détail de la controverse est exposé par N. Binctin, *Le capital intellectuel*, Litec, 2008, n° 154 et ss. V. également : N. Peterka, Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance, Bull. Joly, avril 2000, p. 361 ; F. Deboissy, note sous CE, 18 sept. 1998, RJ com. 1999/9, n° 1537, p. 353, n° 10.

⁹⁵⁹ En faveur de cette qualification, la doctrine majoritaire qui assimile l'opération à un louage de choses : M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.* n°120 ; Y. Guyon, *op. cit.*, n° 104 ; C. Regnaut-Moutier, *op. cit.*, n° 9 et n° 33 ; H. Blaise, *L'apport en société*, Thèse, Rennes, 1955, n° 114, p. 168. – Nous pouvons ajouter, assimilant l'apport en propriété à la cession et l'apport en jouissance à la licence : Y. Reinhard, L'apport en société des droits de propriété industrielle, *Mélanges Chavanne*, 1990, p. 305 ; F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 665 (brevets) et n° 1327 (marques) ; P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Gualino, 2007, n° 408. On notera que l'apport des propriétés intellectuelles est en général l'objet d'études en droit de la propriété industrielle.

⁹⁶⁰ En fait, selon Mme Regnaut-Moutier, il s'agirait plus exactement d'un « droit personnel teinté de réalité » (*jus ad rem.*). C. Regnaut-Moutier, *op. cit.*, n° 56. L'argument permet d'expliquer pourquoi le caractère successif de cet apport ne serait pas un obstacle à son admission dans les sociétés de capitaux. En effet, l'apport en jouissance fait entrer immédiatement dans le patrimoine de la société un élément d'actif stable : le droit d'utilisation qui lui est transmis (droit qui est par ailleurs opposable aux tiers, par application de l'art. 1743 du Code civil), (*Ibid.* n° 53, p. 46). Ainsi : « dès que la société a obtenu la mise à disposition du corps certain, elle a un pouvoir d'utilisation immédiat qui lui permet de se comporter comme si elle était titulaire d'un droit attaché à la chose » (*Ibid.*, n° 53 et s.). En ce sens, pour les apports de propriétés industrielles : Y. Reinhard, art. préc., spéc. p. 305.

⁹⁶¹ L'article 1843-3 C. civ. résulte de la loi n° 7869 du 4 janv. 1978.

⁹⁶² V. références précitées.

⁹⁶³ N. Binctin, *Le capital intellectuel*, Litec, 2008, n° 143.

⁹⁶⁴ *Contra* : A. Robin, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUFDCF, 2005, n° 180. L'auteur affirme qu'en raison de « l'attraction exercée par les attributs moraux qui empêchent tout transfert de la propriété », l'œuvre ne pourrait être l'objet d'un apport en propriété. Bien sûr, le système proposé doit être confronté à la conception retenue par chacun de la nature du droit d'auteur, comme de la nature des opérations contractuelles qui lui sont applicable : sur cette relation, v. Partie I, Titre I, Ch.1. (v. *supra* n° 13 et ss.).

apports de créances) ; enfin, l'apport d'une concession ou d'une jouissance (forme particulière de cession de contrat : on peut ainsi apporter une licence en société ou, par exemple, un contrat d'édition ou de production audiovisuelle⁹⁶⁵). Cette catégorie s'oppose à l'apport constitutif.

- « L'apport constitutif est l'apport qui fait naître un droit nouveau sur le bien au bénéfice de la société. »⁹⁶⁶. Un apport peut être constitutif de droits réels (constitution d'un usufruit à destination de la société), l'apport peut être constitutif de droits personnels (ce qui relève de la notion classique d'apport en jouissance). Ainsi peut-on rejoindre cette vision classique d'un tel apport : « L'apport constitutif de droit personnels est une forme particulière de bail dans laquelle le loyer est remplacé par des parts sociales »⁹⁶⁷.

221. La qualification « civiliste » de l'apport d'une œuvre en jouissance. Cette typologie des apports est intéressante en ce qu'elle expose la diversité de ces opérations d'apport en nature. Cette diversité rejoint celle que nous constatons et que nous défendons pour les contrats du droit d'auteur. Qu'en déduire en matière de licence de droit d'auteur ? L'apport en jouissance d'une œuvre (constitutif d'un droit personnel) est-il qualifiable de licence de droit d'auteur ? Ayant pris parti pour l'identité de la licence et du bail, la question peut se poser autrement : l'apport en jouissance d'une œuvre est-il un bail ?

Si nous avons constaté la fermeté du lien entre apport en jouissance et le principe d'une qualification de droit personnel, la clarté cède à l'imprécision lorsqu'il s'agit d'attribuer des qualifications contractuelles précises à cet apport. Ainsi, Code civil et doctrine⁹⁶⁸ semblent s'en tenir à *l'analogie* dans leur rapprochement de l'apport en jouissance et du bail. Ce mode de raisonnement suggère en fait une différence de nature entre ces deux opérations. Dans le langage courant, l'analogie se définit comme la « ressemblance établie par l'imagination entre deux ou plusieurs objets de pensée essentiellement différents »⁹⁶⁹. En des termes plus juridiques, Cornu note qu'« À défaut d'assimilation (...), l'interprète pratique l'extension analogique au contrat innomé des règles du contrat nommé le plus proche »⁹⁷⁰. Si ces deux contrats ne sont bien évidemment pas innommés, nous déduisons de la formule de Cornu qu'appliquer « par analogie » les règles du bail à l'apport en jouissance implique que la

⁹⁶⁵ V. l'exemple précité.

⁹⁶⁶ N. Binctin, *op. cit.*, n° 140.

⁹⁶⁷ N. Binctin, *op. cit.*, n° 157.

⁹⁶⁸ V. références précitées, notamment : M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n°120 : « Si l'apport en propriété évoque la vente, l'apport en jouissance fait penser au bail ».

⁹⁶⁹ Définition du Petit Robert de la langue française, éd. 2010.

⁹⁷⁰ G. Cornu, *Cours de droit civil, 2^e année, 1972-1973*, Les cours de droit, p. 295, cité par J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, p. 23, note n° 95.

reconnaissance de leurs points communs se fasse au prix de la reconnaissance implicite leur différence de nature. Dans ce cas, la mise à disposition du droit d'auteur à une société contre des parts sociales ne peut recevoir la qualification de bail, et de ce fait celle de licence⁹⁷¹. Ces formules suggèrent donc que la seconde qualification exclut la première.

A l'extrême, on peut proposer une assimilation des deux formules, comme le suggère M. Binctin : l'apport constitutif de droits personnels sur un bien intellectuel constitue « une application particulière des contrats de concession – licences –, conventions ordinaires d'exploitations de ces biens »⁹⁷². L'analyse suggère bien une identité de nature des deux contrats.

Une troisième voie s'ouvre alors à nous : prenant en compte la nature, et le régime dual de l'opération (apport et licence), pourquoi ne pas admettre la qualification d'apport-licence ? A l'image de la licence-prêt que nous avons suggérée plus haut, la jouissance autorisée s'apparente dans son contenu à celle de la licence, mais un élément tenant à la nature de la cause de l'obligation de l'apporteur ne permet pas d'en transposer l'exacte qualification.

La situation que nous venons d'envisager doit être distinguée de l'opération, couramment dénommée (mais à tort) « apport » du droit d'auteur à une société de gestion collective.

B – Le cas particulier de l'« apport » à une société de gestion collective

222. Plan. Une rapide évocation de la pratique de l'apport de droit d'auteur à une société de gestion collective (1-) nous permettra d'écarter la qualification d'apport en société (2-) et de proposer une qualification le rattachant à la licence de droit d'auteur (3-).

⁹⁷¹ C'est ainsi que nous croyons devoir lire l'analyse de M. Blaise. Selon cet auteur, la plupart des contrats du droit civil peuvent faire l'objet d'une « transformation » en apport lorsque la nature de la contrepartie change et consiste en des droits sociaux : la vente se transforme en apport en société, le louage de choses et le commodat en apport en jouissance, l'entreprise en apport en industrie, etc., v. H. Blaise, *thèse préc.*, n° 114, pour la vente : n° 85 et ss., pour le bail et le commodat : n° 109 et ss., pour l'entreprise : n° 123 et ss.

⁹⁷² N. Binctin, *op. cit.*, n° 153.

1 – La pratique de l'«apport » à une société de gestion collective : les modèles de la SACEM et de la SACD

223. La contrepartie de l'« apport » à une société de gestion collective. Il ne s'agit pas d'étudier en détail la complexité des liens qui unissent auteurs et exploitants au sein des sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur. Cet exposé, déjà réalisé, n'entre pas dans le cadre de cette étude⁹⁷³. En revanche, il nous importe de vérifier si la rémunération versée par ces sociétés à l'auteur à l'occasion de l'utilisation de son œuvre permet d'exclure ou d'envisager la qualification de licence. Les « apports » de droits consentis à ces sociétés par les auteurs reçoivent-ils à juste titre cette qualification ? Si tel était le cas, la contrepartie constituée par une part sociale, donc en nature, exclurait l'exacte qualification de licence. Dans le cas inverse, l'apport constituerait une simple mise à disposition, rémunérée par un prix, ce qui l'inclinerait à la qualification de licence.

224. Les exemples de la SACEM⁹⁷⁴ et de la SACD⁹⁷⁵ : deux modèles antagonistes. Les sociétés de gestion collective relèvent d'une toute autre inspiration que les sociétés que l'on a pu évoquer plus haut, de par leur esprit mutualiste et la multitude de leurs activités, dont l'objet ne se résume pas à la recherche de bénéfices ou d'économies⁹⁷⁶. Certains auteurs spécialistes du droit des sociétés ont rapproché ces structures de la société coopérative, opérant parfois une complète requalification⁹⁷⁷. Pourtant, leurs organes évoquent ceux de la société anonyme, et le droit positif les rattache expressément à un droit spécial des

⁹⁷³ Tous les précis et manuels de droit d'auteur que nous citons consacrent des développements à l'esprit général qui caractérise ce type de gestion, ainsi qu'au fonctionnement de ces sociétés et les rapports, parfois conflictuels, qu'elles entretiennent avec leurs membres et les tiers ainsi que l'autorité publique ou le droit de la concurrence. Pour des études consacrées à ces questions : V. en particulier : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 845 et ss. – V. A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971 ; F. Siirainen, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, Thèse dactyl., Nice, 1999 ; du même auteur : J.-Cl. PLA, Fasc. 1550 : Théorie générale de la gestion collective. Logique de droit exclusif de la gestion collective ; *Adde* : N. Rouart, *Gestion collective des œuvres théâtrales et des œuvres audiovisuelles de fiction*, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 387

⁹⁷⁴ Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique.

⁹⁷⁵ Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques.

⁹⁷⁶ Par ex. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 714.

⁹⁷⁷ Pour une véritable assimilation au terme d'une analyse détaillée : v. N. Binctin, *op. cit.*, n° 357 et ss et n° 362. Un des arguments avancés est que la société coopérative se distingue de la société capitalistique par la « relation contractuelle qui complète le rapport social commun à toutes les sociétés. ». Nous verrons dans ces développements, et en particulier en conclusion, que la relation de l'adhérent avec ce type de société est double : associé d'une part ; cessionnaire ou licencié, ou encore mandant, d'autre part. Selon l'auteur cité, cette relation duale consisterait donc dans un mandat sans représentation découlant de l'engagement d'associé doublé de la mise à disposition des droits d'auteur (*Ibid.* n° 369). – En termes de comparaisons : A. Schmidt, *op. cit.*, n° 19 ; C. Regnaut-Moutier, *op. cit.*, n° 246, note n° 227.

sociétés civiles : statut jurisprudentiel⁹⁷⁸ devenu légal⁹⁷⁹. Ces sociétés ont la particularité d'avoir généralement un capital variable, c'est du moins le cas de la SACEM⁹⁸⁰ et de la SACD⁹⁸¹, sociétés que nous prendrons pour exemple. Notons surtout que ce capital est formé par des « droits d'entrée » versés par l'associé à l'occasion de son admission. Ensuite, l'auteur tout comme l'exploitant, qui est admis à adhérer, s'oblige à faire « apport » de ses œuvres présentes et futures. C'est à ce stade que doit intervenir une distinction entre différents modèles.

Les statuts de la SACEM indiquent, notamment, que l'auteur « fait apport à la société, du fait même de cette adhésion, en tous pays et pour la durée de la société, du droit d'autoriser ou d'interdire l'exécution ou la représentation publique de ses œuvres, dès que créées » (art. 1^{er}) ainsi que « le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction mécanique de leurs œuvres » (art. 2). Il est commun de relever qu'il s'agit là d'une exception au principe d'interdiction de la cession globale des œuvres futures.

Le mécanisme de la SACD (ou encore de l'ADAGP et des sociétés de gestion des droits voisins) est différent ; il appelle à une distinction formulée à l'article 1^{er} des statuts, entre les « grands droits » (droit d'adaptation et de représentation dramatiques) et les « petits droits » (droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public par un procédé quelconque, autre que la représentation dramatique, ainsi que la reproduction par tous procédés, l'utilisation à des fins publicitaires ou commerciales de ses œuvres⁹⁸²). L'apport des seconds relève d'une mise à disposition qui ne diffère pas fondamentalement de la situation de la SACEM. En revanche, les premiers font l'objet d'une formule plus originale : l'apport

⁹⁷⁸ La plus ancienne de ces sociétés est la SACD (Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques), fondée en 1777 par Beaumarchais : Cass. civ. 8 déc. 1913, Gaz. Pal., 1914, I, 93. Plus récemment pour la SACEM : Cass. com. 5 nov. 1985, Bull. IV, n° 263, RTD com. 1986, p. 392, obs. Derruppé ; Cass. civ. 1^{re}, 10 févr. 1987, Bull. I, n° 50 p. 37 : La « SACEM est un organisme professionnel qui gère les droits patrimoniaux des auteurs en concédant le contrat général de représentation prévu par l'article 43, alinéa 2, de la loi du 11 mars 1957, de sorte qu'il s'agit d'une entreprise et de droits de nature purement civile ».

⁹⁷⁹ Article L. 321-1 du CPI : « Les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur et des droits des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes sont constituées sous forme de sociétés civiles. ». L'article ainsi que le Livre III titre II du CPI est une codification de dispositions de la loi du 3 juillet 1985, auparavant la loi du 11 mars 1957 faisant référence à ces sociétés sans pour autant leur associer une qualification et un régime. De profondes différences demeurent avec les sociétés de personnes, civiles en particulier, notamment le caractère « ouvert » qui s'oppose à toute idée d'agrément des nouveaux associés.

⁹⁸⁰ Statuts 2009 de la SACEM : *Article 6* : « Le capital social est variable. Il est formé par les sommes provenant du droit d'entrée des Membres dont le montant est fixé chaque année par le Conseil d'administration. Le capital social est augmenté par l'admission de nouveaux associés. Il est réduit par la démission ou l'exclusion des associés sans toutefois qu'il puisse devenir inférieur au dixième du capital statutaire. (...) ».

⁹⁸¹ SACD, Statuts Article 4 : Capital social : « Le capital social est variable. Il est formé par les droits d'entrée dont le montant est fixé chaque année par le Conseil d'Administration. Le capital est divisé en parts égales, qui ne sont pas matérialisées par un titre. Chaque associé dispose d'une part sociale. (...) ».

⁹⁸² Ces expressions sont traditionnelles. V. par ex. F. Siiriainen, J.-Cl. PLA, Fasc. 1550 : Théorie générale de la gestion collective. Logique de droit exclusif de la gestion collective, n° 30.

en gérance⁹⁸³. La doctrine et une jurisprudence ancienne n'ont pas attendu l'introduction de la formule dans les statuts de la SACD en 1957 pour qualifier l'opération de mandat, mais s'empressent de préciser la nature particulière de ce dernier. Ce mandat est qualifié « d'intérêt commun »⁹⁸⁴ en raison de son éloignement de l'esprit comme du régime du mandat du Code civil⁹⁸⁵. Alors que le mandataire est révocable *ad nutum* (article 2004 C. civ.), ce mandat particulier ne peut « être révoqué les mandants étant en même temps membres de la société »⁹⁸⁶. Le sort du mandat donc est intimement lié au cours de la vie sociale, et prend fin par le retrait de l'associé ou par la dissolution de la société. Ensuite, le contenu obligationnel de ce mandat diffère de son modèle du Code civil : par la conclusion de contrats généraux de représentation, le mandataire bénéficie d'une grande latitude pour engager l'associé. M. Siiriainen résume ainsi ce rapport : « en vertu du jeu combiné de ses statuts et des contrats généraux qu'elle conclut, celle-ci peut engager le représenté (un auteur membre) le cas échéant contre sa volonté, tout en restant dans les termes de son mandat. Toute velléité de l'auteur qui a apporté ses droits "en gérance" est annihilée, si elle va à l'encontre des traités généraux conclus par la société et des statuts »⁹⁸⁷. Pour preuve de l'intérêt de ce mandat, quoiqu'« à la frontière de l'acte de disposition »⁹⁸⁸, la possibilité d'une intervention individuelle de l'auteur plus grande que celle déjà reconnue à l'adhérent de la SACEM. Ainsi l'article 2 des statuts de la SACD⁹⁸⁹, à lire avec l'article 13 du règlement général, autorise-t-il

⁹⁸³ Un auteur propose d'étendre cette formule aux autres sociétés de gestion collective, dont la SACEM : F. Fouilland, l'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective, JCP E 2007, 2464.

⁹⁸⁴ Sur cette notion, v. Th. Hassler, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 581 ; J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, in Mélanges Derruppé, Litec-GNL, 1991, p. 105.

⁹⁸⁵ Pour une étude plus générale de la réception du mandat en droit d'auteur et droits voisins : P.-Y. Gautier, Le mandat en droit d'auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 223. – La fragilité de ce lien par rapport à la prétendue sécurité juridique de la cession est à relativiser : ce mandat est empreint d'une stabilité certaine et les articles L. 321-1 et L. 331-1 du CPI constituent un fondement légal au droit de la SACD d'agir en justice pour la défense de ces droits, qu'elle qu'en soit la nature. Ce fondement légal permet de faire échec à la maxime « Nul ne plaide en France par procureur » selon laquelle le mandataire énonce le nom de son mandant et justifie de ses pouvoirs d'agir en justice.

⁹⁸⁶ CA Paris, 6 mars 1933, aff. Hugo, Gaz. Pal. 1933, 1, Jur. p. 260 ; S. 1935, 1, p. 116, note Gény. Dans le sens de cette qualification, un arrêt néanmoins critiqué : CA Paris, 4^e ch., 11 juin 1997 : RIDA, oct. 1997, p. 223 à 225 et p. 255, Chron. A. Kerever.

⁹⁸⁷ F. Siiriainen, J.-Cl. préc. n°31. En ce sens : A. Schmidt, *op. cit.*, n° 12, p. 16.

⁹⁸⁸ F. Siiriainen, J.-Cl. préc. n° 31.

⁹⁸⁹ Article 2, II des statuts de la SACD : « Dans le cadre de la gérance des droits d'adaptation et de représentation dramatiques, chaque auteur conserve le droit d'autoriser ou d'interdire la représentation de son œuvre, pourvu que l'autorisation donnée soit conforme aux présents statuts et aux traités généraux de la Société, laquelle demeure seule habilitée à transmettre les autorisations et interdictions. Toutefois, les représentations des Sociétés d'amateurs et de certaines Sociétés professionnelles telles que définies à l'article 12 du règlement général sont autorisées par la SACD aux conditions pécuniaires, garanties et sanctions fixées dans les traités généraux signés avec lesdites sociétés ou à défaut aux conditions générales, dans le respect du mandat confié à cet effet par l'auteur. ». Nous soulignons. Exemple mentionné par G. Vercken, La pratique des clauses relatives à la gestion collective dans les contrats individuels portant sur les droits d'auteur, Légipresse, sept. 2002, n° 194, p. 103.

la « cession » par l'auteur de ses droits au producteur, avec « l'autorisation » de la SACD. La formule apparaît d'ailleurs dans les contrats types de cette société de gestion⁹⁹⁰.

225. Pour conclure sur la diversité des « apports » consentis aux sociétés de gestion collective, on pourra citer un arrêt, une « bataille » parmi bien d'autres dans la « guerre judiciaire » qui opposa la SACEM et les discothèques au cours des années 1985 à 1994⁹⁹¹. L'arrêt fait œuvre de pédagogie en distinguant la SACEM, « cessionnaire », d'autres sociétés de gestion, « mandataires » : « Attendu que M. Y... reproche encore à la cour d'appel de s'être contredite, d'une part, en affirmant que les droits patrimoniaux des adhérents de la SACEM ne constituent pas des apports en société, sans constater qu'elle en serait cessionnaire et, d'autre part, en retenant qu'elle était mandataire de ses membres, ce qui exclut qu'elle soit cessionnaire de leurs droits ; *Mais attendu que la cour d'appel a exactement distingué, sans se contredire, entre les droits d'auteur de ses membres, dont elle est cessionnaire par l'effet de leur adhésion, et ceux dont d'autres sociétés d'auteur lui confient la gestion ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé* »⁹⁹². A côté du recours au mandat dans le cadre de la SACD, nous

⁹⁹⁰ V. par ex. : « CONTRAT DE PRODUCTION AUDIOVISUELLE : CESSION DE DROITS D'AUTEUR - SCENARIO/ADAPTATION/DIALOGUES – REALISATION. Article 2 CESSION DE DROITS : « Sous réserve de l'exécution intégrale du présent contrat, et du parfait paiement par le Producteur des rémunérations ci-après mises à sa charge, l'Auteur-Réalisateur, en accord avec la SACD, cède au Producteur dans les conditions et sous les réserves ci-après stipulées, pour le monde entier, à titre exclusif, et pour la durée précisée à l'article 3 ci-dessous, les droits d'exploitation ci-après définis (...) ». Nous soulignons. Si la SACD était cessionnaire ou licencié, il serait plus correct de parler de cession successive ou de sous-licence.

⁹⁹¹ Il s'agissait d'une des nombreuses illustrations des conflits qui opposèrent la SACEM aux gérants de discothèques à propos du montant des redevances, et qui aboutit à un accord signé en 1994 permettant une réduction de moitié des prix pratiqués. Parmi les arguments déployés : la prétendue fictivité des apports de droits d'auteur ne donnant pas droit à des parts sociales et non évalués devait entraîner la nullité de cette société. La jurisprudence répondit avec constance que l'apport ne résidait pas dans la cession du droit d'auteur mais dans le droit d'entrée versé par l'adhérent. Ce débat porte sur d'autres arguments notamment en droit de la concurrence (abus de position dominante) qu'il n'apparaît pas opportun de relater ici. Outre les précis et manuels cités qui évoquent tous la question, parmi de nombreuses références, v. : J.-L. Tournier, *Le conflit SACEM / Discothèques : « une guerre judiciaire sans précédent »*, RIDA, 1989, n° 140, 3 ; A. Bertrand, *Le conflit SACEM / Discothèques : « une guerre judiciaire pleine de précédents... »*, RDPI, 1993, n° 47, p. 31 ; Th. Desurmont, *La SACEM et le droit de la concurrence*, RIDA, 1989, n° 140, 117 ; A. Françon, *Le conflit entre la SACEM et les discothèques devant la Cour de justice*, RIDA, 1990/2, p. 51 et ss. Ces derniers commentaires traitent des deux arrêts CJCE 13 juillet 1989, aff. 395/87 et 110/88, Recueil p. 2521 et p. 281, faisant suite à notre arrêt : Cass. 1^{re} civ. 6 déc. 1988, RIDA, avril 1989, p. 228. La CJCE contredira l'analyse du juge national qui avait considéré que la position dominante de la SACEM ne caractérisait pas pour autant un comportement abusif : « Mais attendu que sans dénier que la SACEM occupe une position dominante, puisqu'elle possède en fait le monopole de l'exploitation en France des œuvres musicales tant françaises qu'étrangères, sans qu'il soit toutefois démontré que les conventions qu'elle a conclues avec les sociétés d'auteurs étrangères aboutissent à un cloisonnement du marché, (...); qu'ayant souverainement estimé, en l'état de ces constatations, que la rémunération perçue par la SACEM n'était pas inéquitable eu égard au service rendu, la cour d'appel a pu en déduire que le seul fait qu'elle soit supérieure à celle qui est pratiquée dans d'autres pays ne pouvait suffire à caractériser de la part de la SACEM un comportement abusif au sens de l'article 86 du traité de Rome ».

⁹⁹² Cass. 1^{re} civ. 6 déc. 1988, RIDA avril 1989, p. 228.

retrouvons encore cette notion de « cession » dont il conviendra d'analyser la véritable qualification, notamment au regard de la nature de sa contrepartie.

Il est à noter enfin que la SACEM peut agir en tant que mandataire, et non plus de « cessionnaire », lorsqu'elle autorise l'utilisation du répertoire de sociétés de gestion collectives étrangères, suite à des contrats de représentation réciproques. La situation n'emporte pas de différence quant à son pouvoir d'agir en justice pour la défense de ces droits⁹⁹³.

2 – La disqualification de l'« apport » à une société de gestion collective

226. L'identification du véritable apport souscrit et libéré par le sociétaire. Disqualification de la notion d'« apport » de droits d'auteur à une société de gestion collective. L'adhérent s'engage donc à deux prestations dont la société devient le créancier, et que l'on peut être tenté de qualifier d'apport : le droit d'entrée représentant un apport numéraire quoique symbolique, d'une part ; la mise à disposition des œuvres pour certaines utilités, qui pourrait s'apparenter à un apport en nature (en propriété ou en jouissance, selon la qualification choisie et que nous avons rencontré précédemment), d'autre part.

La lecture des statuts des principales sociétés de gestion prises pour illustration ainsi que la jurisprudence permettent de trancher la question dans un sens précis :

- La première conséquence de la situation examinée est que chaque associé est titulaire d'une seule part, ouvrant par conséquent droit à des droits politiques *a priori* égaux⁹⁹⁴, conformément au droit commun des sociétés⁹⁹⁵. La seconde est que ce sont ces droits d'entrée qui contribuent à la formation du capital social et qui sont donc constitutifs de l'apport, au sens classique du droit des sociétés, donnant droit à la qualité d'associé et seule la somme

⁹⁹³ O. Carmet, Statut de la SACEM, RIDA, 1989/2, p. 19 et ss. (v. spéc. p. 51 et la jurisprudence citée en ce sens).

⁹⁹⁴ Pour les statuts de la SACEM : Article 7 « Le capital social est divisé en parts égales qui sont attribuées aux Membres à raison d'une par personne, physique ou morale, quelles que soient sa ou ses catégories (auteur, auteur-réalisateur, compositeur, éditeur), ou sa qualité (Adhérent, Stagiaire, Sociétaire professionnel, Sociétaire définitif) et dont chacune ouvre droit à une voix en Assemblée générale. ». – Etant entendu que ces sociétés établissent des hiérarchies entre ces différentes catégories d'associés : Pour la SACEM, également titulaires d'une seule part, les « sociétaires professionnels » et « sociétaires définitifs » bénéficient de 15 voix supplémentaires. L'accession à ces titres dépend essentiellement du franchissement de seuils de redevances générées par l'associé (art. 25 *bis* des statuts, 23, 23 *bis* et 24 du règlement général). La SACD connaît un système comparable (v. l'art. 36 des statuts).

⁹⁹⁵ Article 1843-2 al. 1^{er} C. civ. : « Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci. ».

représentant cet apport rejoint le capital social⁹⁹⁶. En aucun cas la mise à disposition du droit d'auteur n'a vocation à constituer un tel apport. Les statuts de ces sociétés confirment cette lecture ; citons par exemple l'art 4 *in fine* des statuts de la SACEM : « En raison de leur caractère particulier, les droits (...), que les membres apportent à la Société en vue de leur exercice, ne concourent pas à la formation du capital social. »⁹⁹⁷. Cette disposition est compréhensible, et on imagine bien les difficultés pratiques que poserait l'évaluation d'œuvres inégalement exploitées si leur valeur devait être représentée dans le capital de la société. Toutefois, l'argument de la non-incorporation du droit d'auteur au capital doit être complété, car on a remarqué que si cette incorporation suffit à qualifier l'apport, en revanche, certains actes sont sans conteste des apports sans pour autant intégrer le capital social⁹⁹⁸.

- D'autres indices, plus décisifs, permettent donc d'induire cette disqualification⁹⁹⁹. Ainsi, la rémunération des auteurs membres de ces sociétés se fait en fonction de clés de répartition liées à l'utilisation des œuvres déclarée par les usagers. Ce mode de rétribution ne correspond pas plus à l'attribution de parts sociales qu'à la distribution d'un bénéfice attaché à cette part symbolique détenue par chaque membre, représentative d'une fraction du capital. La rémunération attachée à l'exploitation des droits confiés à une société de gestion collective n'est donc pas la contrepartie normale d'un apport en société, ni la jouissance d'une part sociale par la perception de ses fruits, c'est à dire le partage d'un bénéfice proportionnel à une participation dans le capital et soumise aux aléas de l'exploitation sociale¹⁰⁰⁰. Elle constitue une rémunération, une redevance dépendant du succès de l'œuvre « apportée » par le membre concerné et lui seul¹⁰⁰¹. On pourra la qualifier de loyer, si la qualification de licence est confirmée par le contenu de la mise à disposition des œuvres par l'auteur.

⁹⁹⁶ V. références précitées. En ce sens, v. Cass. 1^{re} civ. 6 déc. 1988, RIDA, avril 1989, p. 228 (précité) : « Mais attendu que la cour d'appel a relevé que le capital social de la SACEM n'était pas formé par les droits d'auteur dont ses adhérents lui consentent la cession, mais par les "droits d'entrée" dont le versement en numéraire donne lieu à l'attribution d'une part sociale à chacun des membres de la société (...) ».

⁹⁹⁷ Les statuts de la SACD contiennent une disposition proche : Article 2 ter : « En raison de leur caractère particulier, les droits définis aux articles 1^{er}, 2 et 2 bis ci-dessus, que les Membres apportent à la société en vue de leur exercice, ne concourent pas à la formation du capital social, mais ils sont constitutifs d'un droit de vote aux assemblées générales dans les conditions fixées à l'article 25 bis ci-dessous, s'ils donnent lieu à un exercice effectif minimum par la société. ».

⁹⁹⁸ C'est le cas des apports à une société en participation et de l'apport en industrie, C. Regnaut-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ 1994, coll. Bibl. de Droit privé, t. 242., n° 9 et n° 33. En ce sens : F. Fouilland, L'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective, JCP E 2007, 2464. A ce titre, l'auteur appelle à distinguer l'apport en capital de la notion plus large d'apport en société.

⁹⁹⁹ Cependant, ces spécificités ne sont pas sans évoquer la société coopérative, société à capital variable, inspirée d'altruisme et ne procurant pas à ses associés d'avantages sous forme de dividendes.

¹⁰⁰⁰ En ce sens, v. notamment : C. Regnaut-Moutier, *op. cit.* n° 245 et n° 256.

¹⁰⁰¹ M. Géninet, Les quasi-apports en société, *Rev. Sociétés*, 1987, p. 25 (spéc. p. 38).

F. Siirainen, J.-Cl. préc., n° 37 « La contrepartie de l'apport consiste dans l'obligation qui pèse sur la société de percevoir et de répartir, selon les modalités statutaires, les sommes dues à raison de l'utilisation des œuvres dont les droits ont été cédés. ».

227. La qualification traditionnelle d'apport, inappropriée pour désigner la mise à disposition de l'œuvre dans le cadre des sociétés de gestion collective. Certes, les membres de ces groupements (auteurs, artistes interprètes, exploitants) sont de véritables associés. Il n'en demeure pas moins que la formule voulant que l'auteur « apporte ses droits »¹⁰⁰² à la société, compréhensible pour des raisons historiques et pour la très symbolique place accordée à l'auteur par ces structures, demeure incorrecte au regard du droit des sociétés. Il n'en reste pas moins que l'usage du terme « apport » est traditionnellement ancré dans le vocabulaire de ces sociétés : il apparaît constamment dans leurs statuts, souvent dans la jurisprudence¹⁰⁰³, plus rarement dans la doctrine qui peut y voir de classiques apports en nature¹⁰⁰⁴. Or, cette qualification est généralement perçue comme erronée, ce que nous allons constater dans ces lignes.

228. Le rejet de la stricte qualification d'apport par la jurisprudence. Si la jurisprudence recourt au terme d'apport à une société de gestion collective, la Cour de cassation a précisé très explicitement que ce vocable ne correspondait pas à une véritable qualification juridique : « Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel, qui a exactement qualifié la nature des cessions de droits d'auteurs consenties à la SACEM par ses adhérents, cessions qui ne constituent pas des apports en société, en a justement déduit que la SACEM tirait tant de ces cessions que des dispositions de l'article 65, alinéa 1, de la loi du 11 mars 1957, la qualité pour agir en justice pour la défense des intérêts dont elle a la charge »¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² Statuts de la SACEM art. 2 (extrait) : « Tout auteur, auteur-réalisateur ou compositeur admis à adhérer aux présents Statuts fait apport à la société, du fait même de cette adhésion, en tous pays et pour la durée de la société, du droit d'autoriser ou d'interdire l'exécution ou la représentation publique de ses œuvres, dès que créées. ». La situation est généralement admise en doctrine, en ce sens, v., par ex. F. Siiriainen, J.-Cl. préc., n° 28.

¹⁰⁰³ Recourant explicitement à la notion d'apport de droits à la SACEM, v. Cass. com. 5 nov. 1985, Bull. IV, n° 263, RTD com. 1986, p. 392, obs. Derruppé (précité) ; Cass. 1^{re} civ. 28 mai 1991, n° de pourvoi : 89-19015, Bull., I, n° 171 p. 113, Cass. 1^{re} civ. 1^{er} mars 1988, Bull., I, n° 60 p. 39.

¹⁰⁰⁴ Par ex., proposant d'y voir des apports en nature, tout en admettant la polysémie du terme « apport » : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 717 et s ; un auteur admet plus franchement la qualification d'apport en nature, et plus précisément d'apport en propriété : A. Schmidt, *op. cit.*, n° 155 pour la SACEM. L'argument avancé est l'exclusivité de cet apport. Or, on ne voit pas en quoi l'exclusivité, d'ailleurs connue, de l'apport en jouissance (et du bail) serait déterminante dans cette qualification. S'agissant de la SACD, l'auteur évoque la qualification d'apport en nature pour l'apport en gérance, pour la rejeter en raison du « caractère incomplet des pouvoirs dévolus à la SACD. » (*Ibid.* n° 14).

¹⁰⁰⁵ Cass. 1^{re} civ. 7 févr. 1989 LA brocherie c. SACEM (n° de pourvoi : 87-12293), cité par X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, n° 1018. Notons qu'il s'agit d'un arrêt de rejet, par ailleurs non publié au bulletin. En ce sens : Cass. 1^{re} civ. 6 déc. 1988, RIDA, avril 1989, p. 228 (précité).

229. Le rejet de la stricte qualification d'apport par la doctrine majoritaire et le maintien du terme d'« apport ». L'« apport », au sens où la notion est employée par les sociétés de gestion collective, peut se comprendre ici comme une forme de mise à disposition de droit d'auteur qui intervient entre une société et un associé mais pas au titre d'un apport. Il s'agit d'une formule assez élémentaire de cession ou de licence¹⁰⁰⁶, comme l'exprime M. Gautier : « les formules les plus originales dictées par la liberté contractuelle sont envisageables. »¹⁰⁰⁷. L'expression de « quasi-apport » a été proposée par des auteurs ; ils consistent en une mise à disposition au bénéfice de la société, non rémunérée en parts¹⁰⁰⁸. Dans le même esprit, on a également parlé d'« apport au sens large », désignant « l'opération aux termes de laquelle un bien est transmis à la société moyennant une contrepartie autre que la remise de parts sociales ou d'actions »¹⁰⁰⁹. Si ces expressions offrent des images intéressantes, elles constituent moins des qualifications autonomes que l'expression de la disqualification de la notion d'apport à une société de gestion collective.

Un autre auteur a pu maintenir la qualification d'apport *stricto sensu* et concevoir, pour rendre supportable cette qualification, une nouvelle catégorie : l'apport-gestion ou apport en gérance¹⁰¹⁰. Cet apport serait une seule et même opération de nature particulière, l'apport des droits d'auteur étant l'accessoire de l'apport en numéraire constitué par le « droit d'entrée ». La réception de cette conception de l'apport à une société de gestion collective imposerait néanmoins une adaptation de la notion telle qu'elle est classiquement enseignée : cet apport ne rejoindrait pas le capital et ne serait pas rétribué en parts sociales¹⁰¹¹. Le promoteur de cette idée souligne le fait que si cet apport n'appelle pas de participation aux bénéfices, il permet en revanche à l'associé de profiter d'économies : dans ce cas, « l'apport de l'auteur répond bien à la cause du contrat de société »¹⁰¹². Mais – objectera-t-on – cela répond-il à la cause du contrat d'apport ? D'après l'auteur, la réponse est affirmative : il est

¹⁰⁰⁶ A moins que la société ne se comporte que comme un mandataire.

¹⁰⁰⁷ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 718.

¹⁰⁰⁸ Géninet M., art. préc. Il est difficile de déterminer si ces « apports » s'apparentent davantage à des créances externes ou internes en raison de la qualité d'associé de l'auteur. Cet auteur prend pour exemple principal le compte courant d'associé : il concerne les rapports entre la société et ses associés, mais reste régi par le contrat de prêt plus que par le pacte social (par ex. la rémunération par des intérêts, non par un droit aux dividendes). Nous noterons néanmoins que la mise à disposition de ses droits par l'auteur se fait en exécution des statuts et non par un acte extérieur. Précisons enfin que cet auteur écarte finalement la qualification de quasi-apport dans le cadre des rapports de l'auteur avec la SACEM, en raison de cette notion de mise à disposition, mais sans développer les raisons précises de ce rejet. – Reprenant cette qualification de « quasi-apport » : C. Regnaud-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ 1994, coll. Bibl. de Droit privé, t. 242., n° 218, p. 225 et ss. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 856.

¹⁰⁰⁹ O. Carmet, Statut de la SACEM, RIDA, 1989/2, p. 19 et ss. (spéc. p. 37).

¹⁰¹⁰ V. l'intéressant article de F. Fouilland, L'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective, JCP E 2007, 2464.

¹⁰¹¹ Sur le caractère très relatif de l'argument, tous les apports n'ayant pas vocation à intégrer le capital, v. *supra*.

¹⁰¹² Ce qui peut constituer, outre la recherche de bénéfices, l'objet d'une société (art. 1832 C. civ.).

vrai que l'associé se voit reconnaître des droits politiques qui peuvent être accrus par l'importance des redevances générées¹⁰¹³. La thèse a une vraie cohérence, mais ces droits politiques d'associé ne sont-ils pas une bien maigre contrepartie à l'apport effectué et au lourd engagement que consent l'auteur sur ses œuvres présentes et futures ? Quant à sa nature, au regard du droit des sociétés, cet apport, constitutif d'un droit personnel, relèverait de l'apport en gérance et en droit civil du mandat (excluant ainsi la cession comme la licence), la société n'étant pas exploitante (ce qui la différencie du producteur par exemple), mais titulaire du droit personnel de percevoir et distribuer les redevances. La formule aurait en tout cas l'intérêt d'échapper à la fameuse contradiction de la double cession des droits au producteur et à la société de gestion¹⁰¹⁴.

230. A la recherche d'une véritable qualification juridique et abandonnant l'idée d'apport en société¹⁰¹⁵, la doctrine évoque dans une certaine unanimité le caractère fiduciaire de ces mises à disposition¹⁰¹⁶. On restera prudent sur cette qualification. La terminologie est certes très évocatrice des rapports d'inspiration mutualiste constatés entre parties. Mais l'opération de fiducie a cessé d'être une simple évocation, dès lors qu'introduite dans notre droit positif en tant qu'institution juridique. Elle s'est vu attribuer un domaine d'application circonscrit et un régime contraignant incompatible avec les opérations sur droit d'auteur, nous le constaterons¹⁰¹⁷. L'idée de transférer la jouissance d'un bien dans le but de le faire fructifier et d'aménager une faculté de retour ne peut certainement pas être attachée à cette seule formule. De même, la jurisprudence reste peu explicite et ne tranche pas sur le choix d'une qualification lorsqu'elle voit dans ces opérations une « cession à titre onéreux d'une nature

¹⁰¹³ V. les catégories d'associés définies par la SACEM et la SACD (v. note *supra*).

¹⁰¹⁴ F. Fouilland, art. préc., *in fine*. – Cette double cession au partenaire contractuel (éditeur, producteur) et à la société de gestion collective est très fréquente et n'est pas sans utilité : après l'éventuel retrait de l'auteur, la clause peut prendre effet au bénéfice des premiers, ainsi que pour des utilités de l'œuvre qui ne seraient pas l'objet d'un apport. D'ailleurs, les contrats prennent acte de la pratique de la gestion collective et il y est précisé la nécessité pour l'exploitant (par ex. le télédiffuseur dans un contrat d'achats de droits télévisuels) d'obtenir l'autorisation de la société de gestion collective. Ensuite, la SACD (art 2 des statuts et art. 13 du règlement général) permet à l'auteur de céder les droits déjà apportés à un producteur. V. G. Vercken, La pratique des clauses relatives à la gestion collective dans les contrats individuels portant sur les droits d'auteur, *Légipresse*, sept. 2002, n° 194, p. 103.

¹⁰¹⁵ A l'exception notable près de F. Fouilland, art. préc.

¹⁰¹⁶ Par ex. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2005 n° 1170 ; Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, *Litec*, 1993, n° 645. – Pour P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 719 ; Ch. Caron, *op. cit.*, n° 477 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.* n° 1019 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 861 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 807 ; F. Siiriainen, J.-Cl. préc. n° 37. – L'origine de ce rattachement est relativement ancienne : R. Plaisant, J.-Cl. PLA, (ancien) Fasc. 12 (Sociétés d'auteurs), n° 2 (cité par A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971, n° 155).

¹⁰¹⁷ V. *infra* n° 386, sur la compatibilité de la mise à disposition du droit d'auteur avec la fiducie.

particulière »¹⁰¹⁸, ce qui est peu éclairant, l'expression étant d'usage chez une partie de la doctrine pour qualifier toute mise à disposition du droit d'auteur. Ces opérations, aux frontières du droit des sociétés et du droit d'auteur, troublent donc les repères traditionnels des deux disciplines.

3 – La requalification de l'« apport » à une société de gestion collective

231. L'opération étudiée étant écartée de la qualification d'apport en société, il convient de préciser un choix de qualification. Il faut pour cela se pencher sur les prérogatives conférées aux parties. Ces prérogatives ont été façonnées grâce au droit de la concurrence et à la sanction de l'abus de position dominante, montrant que ce droit pouvait être, dans les faits, un facteur d'une meilleure protection des auteurs¹⁰¹⁹. En effet, on sait que les membres bénéficient d'un droit de retrait instituant une dimension de durée à la mise à disposition¹⁰²⁰. Ensuite, la jurisprudence considère que ces « apports » n'emportant pas aliénation ne sont pas des actes de disposition mais d'administration¹⁰²¹, et que l'auteur qui a « cédé » ses droits conserve celui d'en défendre la propriété par l'action en contrefaçon¹⁰²².

¹⁰¹⁸ Cass. 1^{re} civ. 18 oct. 1989, D. 1990, Jur., p. 484, note P.-Y. Gautier.

¹⁰¹⁹ L'idée peut étonner dans la mesure où le droit de la concurrence ne procède en aucun cas de l'esprit de protection de l'auteur de la loi du 11 mars 1957. Néanmoins, le droit de la concurrence peut protéger indirectement les auteurs en sanctionnant certaines clauses statutaires : « les engagements non indispensables à la réalisation de son objet social et qui entraveraient ainsi de façon inéquitable la liberté d'un adhérent dans l'exercice de son droit d'auteur » : CJCE, 27 mars 1974, rec. p. 313. – Sanctionnant dans le même esprit les clauses imposant une cession obligatoire et de portée générale dont la durée allait au-delà du retrait de l'auteur : CJCE, 25 oct. 1979, RIDA, janv. 1980, p. 136. On évoque aussi les décisions GEMA I Commission européenne, 2 juin 1971, aff. IV/26760, JOCE n. L. 134 du 30 juin 1971, p. 15. et la décision GEMA II 6 juillet 1972, aff. IV/26760, JOCE n. L. 166 du 24 juillet 1972, p. 22. Ces décisions prises à l'encontre d'une société de gestion collective allemande prévoient une possibilité de retrait des œuvres par démission ou de retrait partiel par catégories de droits apportés (sur ces décisions, v. N. Binctin, *Le capital intellectuel*, Litec, 2008, n° 367).

¹⁰²⁰ Evoqué par les articles 28 et 34 des statuts de la SACEM modifiés. Le retrait est autorisé dans des conditions plus souples par l'article 40 des statuts de la SACD.

¹⁰²¹ Cass. 1^{re} civ. 4 avril 1991, Picasso c. Picasso et SPADEM. Bull. I, n° 115, p. 77. D. 1992, II, 505, note P.-Y. Gautier, RTD civ. 1992, p. 160, obs. Patarin. – V. également : CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 14 avr. 2010, Omar Sy et a. c/ Dailymotion, CCE 2010, comm. 74, note A. Debet et CCE avril 2011, Chron. 4, Un an de droit de la musique X. Daverat (v. spéc. n° 6). Ici, deux sociétés de production exploitant les œuvres de deux co-auteurs humoristes (Omar et Fred) ayant par ailleurs apportés leurs droits à la SACEM agissaient en contrefaçon contre le site internet Dailymotion. La société exploitant ce site contestait le droit à agir de ces deux sociétés : « en conséquence de l'apport à la SACEM, par les auteurs, de leurs droits patrimoniaux de reproduction mécanique et de représentation publique, les sociétés Korokoro et Coccojet ne pourraient être cessionnaires des droits patrimoniaux revendiqués ». La cour n'admit pas cet argument, et fut amenée à se prononcer sur un aspect de la nature des apports à la SACEM : « l'adhésion à la SACEM n'est pas un acte de disposition susceptible de priver de ses droits celui qui y consent mais un acte d'administration par lequel la société de gestion collective se voit conférer la perception et la répartition des droits produits par l'exploitation de l'œuvre ».

¹⁰²² Cass. 1^{re} civ. 24 févr. 1998, TF1 c. Sté Sony Music Entertainment France, RTD Com. 1998, p. 592 ; D. 1998, 471, note A. Françon : « Y a-t-il un droit d'agir en contrefaçon pour les adhérents de la SACEM ? » et au D. Affaires, 26 mars 1998, n° 220, p. 539 ; RIDA, n° 177, p. 213, note A. Kerever ; H.-J. Lucas (Dir.), Propriété littéraire et artistique, étude, JCP E 1999, obs. Ph. Chevet, p. 148.

On regrettera que la jurisprudence s'abrite derrière les notions fonctionnelles d'acte d'administration et d'acte de disposition et n'opte pas explicitement pour la qualification de licence ; mais la reconnaissance de cette opération, sur le fond, est bien là. Au fil de cette longue construction jurisprudentielle, et en dépit de l'usage traditionnel du terme « cession », la qualification de licence semble se préciser. Dans tous les cas, cette licence n'existerait pas à l'état pur, mais intégrerait un contrat d'exploitation complexe, représenté par les statuts de chacune de ces sociétés de gestion collective. Le schéma est identique à celui que nous rencontrerons pour tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur, opérations complexes construites autour d'une mise à disposition de l'œuvre, généralement qualifiable de licence.

En définitive, que l'on admette ou non la qualification d'apport au sens strict, cette qualification n'exclut pas celle de licence. L'adhérent à la SACEM, par son acte d'adhésion, s'engage dans une opération juridique d'une double nature : associé par l'apport numéraire du « droit d'entrée », et donneur de licence, et à ce titre créancier, pour la jouissance de l'œuvre conférée à la société. L'acte d'apport reflète différentes réalités juridiques, que l'on se concentre sur son importance dans l'accès de l'associé au pacte social ou plutôt sur les effets que cette convention produira au bénéfice des parties. Dans cette dernière acception, la qualification de licence ne rencontre pas d'obstacle.

232. Une autre question est celle des contrats que passera la société de gestion collective, investie de cette licence. Onéreux en principe et parfois gratuits, leur qualification dépend de la qualification des droits préalablement conférés la société de gestion : réels ou personnel (et dans cette dernière catégorie : mise à disposition ou mandat). Comme l'étude des statuts et de la jurisprudence nous a incliné à la qualification de licence, ces contrats ont vocation à être qualifiés de sous-licence, la SACEM ne pouvant transmettre plus de droit qu'elle n'en a. Si en revanche on retient la qualification de mandat (pour la SACD par exemple), rien ne s'oppose à ce que cette dernière puisse engager l'auteur et l'exploitant dans de véritables cessions.

Un autre domaine de la pratique du droit d'auteur illustre notre réflexion sur la contrepartie que reçoit l'auteur lorsqu'il confie son œuvre à l'usage d'autrui. L'apparente gratuité masque parfois l'intérêt de celui dont elle émane. Quelles conséquences pouvons-nous tirer de cette situation « complexe » sur la qualification de licence de droit d'auteur ?

II – La mise à disposition « intéressée » de l’œuvre

233. Plan. La mise à disposition « intéressée » de l’œuvre correspond à une notion qu’il convient d’illustrer (A), de qualifier (B) et de pourvoir d’un régime (C). Cette étude s’achèvera par l’établissement de ce qui doit distinguer la licence-prêt de la licence *stricto sensu* : c’est-à-dire le passage de la gratuité à l’onérosité. Nous concluons alors sur ce qui est, ou n’est pas, susceptible de constituer la contrepartie de la licence de droit d’auteur (D).

A – Le prêt intéressé de l’œuvre : notion et illustrations

234. Gratuité de la mise à disposition de l’œuvre et droit d’auteur dans l’économie. Le droit d’auteur tel que nous le décrivons dans ces lignes apparaît comme un droit d’auteur dans l’économie – sans doute l’expression relève-t-elle du lieu commun. Ses liens avec la société, un des instruments privilégiés de son exploitation, l’ont confirmé. L’idée d’un « droit d’auteur économique » a été avancée¹⁰²³, présenté comme une exception construite par opposition à un droit d’auteur traditionnel dédié, dans le maintien d’un certain équilibre, à la protection des intérêts de l’auteur. L’idée nous paraît être à relativiser, l’intervention de l’auteur dans une société, notamment de gestion collective, n’étant pas en contradiction avec les objectifs de protection historiquement prêtés au droit d’auteur français, mais constituant un moyen de gestion apte à assurer la réalité de cette protection.

En revanche, cette intrusion du droit des affaires dans le droit d’auteur, dont on peut critiquer les modalités, sans qu’elle soit en elle-même antinomique, semble en totale contradiction avec la question de la gratuité de son exercice. Précédemment, nous avons présenté comme autant de « schémas simples » l’opposition entre licence onéreuse, véritable licence qualifiée de bail, et « licence » gratuite, relevant du prêt à usage ou de formules innommées le cas échéant. Le prêt à usage, auquel nous avons rattaché la mise à disposition temporaire et gratuite, correspondait à un schéma « simple » car s’inscrivant dans une dualité : la présence ou l’absence de gratuité se traduisait certainement par l’admission ou l’exclusion de la licence, synonyme de bail. Le schéma qui est étudié ici est plus complexe : la gratuité apparente, technique, du contrat n’est pas exclusive de réciprocité, elle peut être

¹⁰²³ Sur cette expression, v. Ch. Caron, *op. cit.*, n° 341. Pour une critique, v. Partie II, Titre II au sujet du formalisme des contrats du droit d’auteur. (V. *infra* n° 736 et ss.)

intéressée¹⁰²⁴. La mise à disposition du droit d'auteur peut, à défaut de prix stipulé, ne pas être exclusive d'un intérêt pour celui qui autorise l'usage de l'œuvre. Dans cet intérêt, on peut être tenté d'identifier une véritable contrepartie. Cette dernière imprimerait alors une coloration si particulière à cette mise à disposition qu'elle la rapprocherait par ce caractère onéreux de la licence, et l'évincerait du prêt.

235. Le plus élémentaire des contrats¹⁰²⁵, mis en cause par l'intérêt du prêteur. La problématique n'est, encore une fois, que le reflet d'une question plus vaste qui, partant du droit des affaires, interroge ses fondements juridiques que l'on reconnaît dans le droit civil. Au prêt à usage des origines, traditionnellement conçu comme un acte de bienfaisance, s'ajoute un prêt intéressé dont le siège se trouve dans la pratique des relations d'affaires. Cette présentation est critiquable¹⁰²⁶, car elle postule une sorte d'« âge d'or » du prêt à usage prétendant à une absence absolue d'intéressement des parties. Au demeurant, il est vrai que la physionomie de ce contrat est marquée par une évolution déjà ancienne. Les mêmes illustrations offertes par la jurisprudence sont reprises par la doctrine, et témoignent de la pratique courante de ces prêts intéressés s'insérant dans des rapports contractuels, en particulier de distribution¹⁰²⁷. Cette tendance à considérer l'originalité de ces prêts intéressés provient de la croyance répandue selon laquelle ils ne seraient jamais que les simples modalités d'opérations d'ensemble. Dépourvus de réelle autonomie, ils justifieraient l'application d'éléments de régime de la convention principale, par la théorie de l'accessoire¹⁰²⁸.

¹⁰²⁴ Sur les notions de gratuité et d'intérêt, v. : D. Guével, La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ?, *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz – LGDJ, 2009, p. 229.

¹⁰²⁵ En ce sens : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 620.

¹⁰²⁶ V. R. Fabre, Le prêt à usage en matière commerciale, *RTD Com.* 1977, p. 193 (spéc. n°7 et ss.) pour qui cette « pureté de l'intention procède (...) de l'utopie ». – V. également les références citées par cet auteur sur l'admission du prêt intéressé en droit romain : C. Mauro, Permanence et évolution du commodat, *Deffrénois*, 2000, n° 27. Pour un autre auteur, le prêt à usage a pu être envisagé comme contrat intéressé par les rédacteurs du Code civil (sans, bien sûr, que son essor dans les relations d'affaires ne soit alors prévisible) ; S. Bénils, *Essai sur la gratuité en droit privé*, Thèse, Montpellier, 2006, n° 167, p. 99. – *Adde* : J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, n° 293, p. 264.

¹⁰²⁷ On cite généralement le prêt de chariots de supermarchés, de matériel permettant leur installation aux brasseurs et pompistes (sur les difficultés suscitées par ces contrats, v. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 5^e éd., Litec, 2008, n°582), le prêt de matériel publicitaire ou encore le prêt de signe distinctif (marque ou enseignes) qui relève d'un prêt de choses incorporelles. V. par ex. R. Fabre, art. préc., v. spéc. n° 2. ; N. Decoopman, La notion de mise à disposition, *RTD civ.* 1981, p. 300, spéc. n° 40 et ss. ; D. Grillet-Ponton, Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, *D.* 2000, *Chron.*, p. 31. – D'autres exemples, ainsi que la description de cette évolution du prêt, sont généralement traités dans les ouvrages de droit des contrats spéciaux que nous citons. V. par ex. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecq, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 605.

¹⁰²⁸ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 632.

236. Illustrations en droit d'auteur. Prenons l'exemple des mises à disposition gratuites d'éléments publicitaires ou de signes distinctifs dont la protection par le droit des marques se cumule à celle conférée par le droit d'auteur¹⁰²⁹. Le cas se rencontre dans la pratique du *character merchandising*¹⁰³⁰ au stade de la commercialisation des produits auprès du consommateur : mettre à disposition d'un franchisé des matériels publicitaires représentant les personnages d'un dessin animé, consiste bien à mettre à disposition, indépendamment de ce support, une œuvre de l'esprit, en vue de sa représentation. Le caractère intéressé d'un tel prêt ne signifie pas qu'il ait une contrepartie directe sous une forme monétaire ou du moins évaluable. Plus subtilement, tout en demeurant gratuit, il s'intègre, comme pièce d'un ensemble, dans une opération onéreuse elle-même étrangère à toute intention libérale. L'intérêt de la convention, qui est traditionnellement celui de l'emprunteur, devient ici commun aux deux parties¹⁰³¹. A l'inverse de ce constat, en droit d'auteur, le prêt peut être également intéressé par lui-même, lorsqu'il constitue une opération ponctuelle, ne contribuant pas à des relations préexistantes et plus vastes : l'auteur peut trouver un intérêt à voir son œuvre diffusée et son nom apposé sur les exemplaires ou mentionné à chaque représentation¹⁰³².

B – Le prêt intéressé de l'œuvre : essai de qualification

¹⁰²⁹ Evoquant cette question de l'application résiduelle du Livre I^{er} du CPI, comme conséquence du cumul de protection de la création publicitaire : Ch. Bigot, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, n° 273, p. 203. On pourrait également considérer comme relevant du prêt intéressé la mise à disposition des droits d'exploitation de logiciels (dès lors que leur utilisation dépasse les simples actes d'utilisation non réservés par le droit d'auteur : simple utilisation et copie de sauvegarde par exemple, auquel cas il s'agirait d'un contrat de services à titre gratuit).

¹⁰³⁰ La représentation d'un personnage de fiction (par exemple l'image du héros d'un film) met en jeu de multiples droits : les droits de la personnalité de l'acteur (nom, image, voix...) et les droits des créateurs du film, droits d'auteur ainsi que des droits de marques (sur cet aspect, v. X. Desjeux, Le « *Character Merchandising* » et le droit français, *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 3, n° 2, janv. 1991, p. 193). – Les contrats ayant pour objet la mise à disposition, en général onéreuse, de ces créations, empruntent les voies de la cession et davantage encore ceux de la licence. V. R. Vogel, *Le character merchandising à la lumière de l'analyse économique du droit (Droit français et droit allemand)*, Thèse, Montpellier, 1999, spéc. n° 1081, p. 702 ; G. Bigle, *Droits dérivés. Licensing et character merchandising*, Delmas, 1987, p. 57 et ss. Sur ces questions, voir tout particulièrement les écrits très complets de Mme Durrande déjà évoqués pour la définition de la licence de droit d'auteur : *J.-Cl. Contrats - Distribution fasc. 4060* : S. Durrande, *Contrat de merchandising*, v. spéc. n° 22 et ss. Enfin, pour une illustration pratique, v. : Y. Pérennou, *Papeterie scolaire : La licence, un passeport pour l'export*, *Le MOCI*, n° 1349-1350, 6-13 août 1998, p. 23.

¹⁰³¹ La réalité de la notion de contrat d'intérêt commun (mandat, prêt...) et les conséquences juridiques qui doivent lui être attachées font l'objet de discussions qu'il ne nous appartient pas d'entreprendre ici : outre la seconde partie de l'article de M. Fabre (précité), v. par ex. Th. Hassler, *L'intérêt commun*, *RTD com.* 1984, p. 581 ; Ph. Grignon, *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution*, *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 127.

¹⁰³² Par exemple l'exposition de tableaux par des peintres peu connus, cité par : O. Lalignant, *La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983, p. 112 et 113.

237. La problématique de cette évolution du prêt est restée la même depuis sa formulation par un auteur : il s'agit « d'apprécier dans quelle mesure et jusqu'à quel point l'intérêt dont bénéficie le prêteur affecte la qualification du prêt à usage, et dire dans quelle mesure le contrat de prêt à usage peut être un contrat intéressé. »¹⁰³³. Lorsque la présence d'une intention libérale – critère traditionnellement subjectif et positif – est remplacée par l'absence de contrepartie – critère négatif¹⁰³⁴ et objectif –, il est permis d'admettre le maintien de la qualification de prêt, mais au prix d'une certaine dénaturation de la catégorie et d'une adaptation du régime du contrat par la jurisprudence, en défaveur du prêteur « intéressé »¹⁰³⁵. Les opinions sur le sujet restent partagées, et au maintien de la qualification de prêt à usage assortie d'une adaptation de ses obligations, l'*innommé* est parfois préféré¹⁰³⁶.

238. L'intérêt du prêteur : un élément de complexité perturbant la qualification de prêt à usage. Cette exclusion du prêt intéressé de sa qualification d'origine de prêt à usage appelle la critique : elle ne permet pas d'instituer un outil de lecture cohérent des contrats que nous rencontrons en droit d'auteur. La considération de prêts « intéressés » suscite donc un élément de complexité dans le schéma simple de cette dualité que nous avons présentée : actes onéreux et actes gratuits ; licence et « licence gratuite ». Or, cette conception tripartite ne semble pas être celle que retient le Code, qui présente la distinction comme une véritable dichotomie¹⁰³⁷. En outre, elle ne traduit pas cette réalité juridique pourtant constatée par la doctrine la plus autorisée : « Comme beaucoup de contrats traditionnels, il devient une technique juridique neutre qui, indifféremment, peut servir à des fins multiples. »¹⁰³⁸. Il est donc regrettable de voir échapper de nombreux contrats à une qualification juridique, non pas tant en raison de leur nouveauté ou de leur caractère inhabituel, mais en raison de critères de qualification peu aisés à mettre en œuvre, car en partie subjectifs. C'est le cas de la gratuité, et plus particulièrement de sa composante morale : l'intention libérale.

¹⁰³³ R. Fabre, art. préc., v. spéc. n° 9.

¹⁰³⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 911.

¹⁰³⁵ *Ibid.* n° 918, v. la jurisprudence citée en ce sens (présomption de connaissance des vices par le prêteur professionnel, obligation d'information).

¹⁰³⁶ Par ex., pour la disqualification du prêt intéressé, *Ibid.* n° 911, p. 524. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 632. – Pour le maintien de la qualification mais une adaptation du régime plus favorable à l'emprunteur confronté à un prêteur professionnel : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 605 ; Ph. Rémy, obs. sous TGI Paris, 26 mai 1983, RTD civ. 1984, p. 121 ; J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 22109, p. 919.

¹⁰³⁷ Représentée par les articles 1105 et 1106 du Code civil (S. Bénils, *op. cit.*, n° 150, p. 89).

¹⁰³⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 911 ; ces auteurs optent pourtant pour le contrat innommé.

239. Le choix d'un critère : la qualification du prêt se fait au regard de son essence gratuite, elle se défait par l'absence de gratuité. Nous avons déjà envisagé les différents éléments de qualification du commodat¹⁰³⁹. La complexité de la situation étudiée ici repose sur les contours de l'un d'entre eux : la gratuité. Tout autre élément de qualification acquis, c'est donc la chute de cette gratuité qui doit entraîner la disqualification du prêt (au profit de l'innommé, ou du louage en cas de véritable rémunération). Pour cette raison, nous pouvons critiquer la conception retenue par un auteur qui affirme que « la satisfaction procurée au prêteur par l'exécution de la charge » pourrait disqualifier le contrat de prêt à usage en contrat innommé, sans pour autant l'exclure du titre gratuit¹⁰⁴⁰. C'est là ajouter à l'opération un élément de qualification non prévu par la loi. L'article 1876 du Code civil dispose que « Ce prêt est essentiellement gratuit »... et non qu'il est désintéressé. Sans prendre parti, à ce stade, sur le rôle discutable de ces notions d'« intérêt » ou de « désintéressement » dans la qualification du commodat, constatons qu'elles ne sont jamais constitutives de critères autonomes, leur rôle se limitant à celui d'indices du véritable critère qu'est la gratuité. On voit donc mal comment cet intérêt pourrait disqualifier le contrat de commodat, sans dans le même temps porter atteinte à cet élément essentiel de qualification qu'est la gratuité. Tout autre élément mis à part (durée, nature du droit d'usage conféré), si l'intérêt du prêteur est considéré comme propre à dénaturer le contrat, ce n'est qu'en tant qu'il porterait atteinte à la gratuité, essence de ce contrat.

240. La caractérisation de la gratuité en question. Deux éléments doivent être en présence de manière cumulative pour la qualification d'un acte gratuit :

- Le premier est objectif, ou matériel : il s'agit d'un avantage conféré sans contrepartie¹⁰⁴¹.

- Le second est un élément subjectif, ou moral : l'intention libérale¹⁰⁴². Cette intention libérale – *animus donandi* – peut se définir comme la volonté d'enrichir le patrimoine d'autrui, ce qui est le cas des libéralités au sens strict. Dans notre cas, le prêt n'emportant pas de transfert définitif, il s'agira de la volonté de rendre service à autrui¹⁰⁴³. L'intention libérale

¹⁰³⁹ V. *supra*. n° 184 (droit d'usage, durée et gratuité).

¹⁰⁴⁰ D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat innommé*, Thèse, Lyon III, 1982, n° 39, p. 48 : « La satisfaction procurée au prêteur par l'exécution de la charge a pour effet d'interdire le rattachement de l'opération au cadre du prêt à usage, mais sans toutefois l'exclure du titre gratuit. Tout au plus la réciprocité des engagements confère-t-elle au contrat une nature synallagmatique et innommée. »

¹⁰⁴¹ Sur la notion, v. par ex. P. Malaurie, *Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Defrénois, 2010, n° 350.

¹⁰⁴² P. Malaurie, *op. cit.*, n° 293 et n° 351 et s.

¹⁰⁴³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 67 (l'appauvrissement corrélatif à l'avantage attribué n'est remarquable que dans les libéralités, donations au sens strict, et non dans les actes de bienfaisance : prêts).

est la cause du contrat gratuit. Sans cette intention, l'enrichissement ou l'avantage conféré serait sans cause et relèverait du quasi-contrat ouvrant droit à l'action *de in rem verso*¹⁰⁴⁴.

Ce second critère, mettant en jeu la notion de cause, concentre tout naturellement les difficultés d'interprétation. Ces discussions relèvent en fait du débat sur les notions de cause proche et cause lointaine, transposé à cette matière. A partir de très nombreuses références que nous nous garderons bien de vouloir imiter ici¹⁰⁴⁵, nous pouvons néanmoins résumer sommairement la situation : on oppose ainsi conceptions « *abstraites* » et « *affectives* » de l'intention libérale. Mais, comme le remarque M. Malaurie, chaque terme peut avoir des sens différents¹⁰⁴⁶, car il existe différents niveaux de réflexion :

- On peut considérer l'intention libérale comme concept abstrait (la volonté de gratifier, de faire plaisir, dans une intention dominée par l'altruisme). En d'autres termes, l'intention libérale ainsi comprise fournirait la « cause typique » de l'acte, identique par type de contrat¹⁰⁴⁷ : on fait ici référence à la cause objective. Commune à tous les actes gratuits, cette cause serait « une volonté abstraite et inexplicite d'avantager autrui »¹⁰⁴⁸. Cette conception encourt la critique d'une abstraction excessive, faisant fi des mobiles déterminants, et à ce titre à la fois insuffisante à caractériser la libéralité et inutile pour en assurer le contrôle. Selon une autre doctrine, il conviendrait au contraire de préférer une conception plus subjective ou « atypique » de la cause, qui impliquerait la prise en compte des mobiles déterminants de l'acte¹⁰⁴⁹. Ainsi, l'intention libérale peut se comprendre d'une conception dite affective : le mobile déterminant, la cause impulsive et déterminante, ce qui suppose un examen de la psychologie de l'opération, exclusive de tout motif égoïste¹⁰⁵⁰. Dans tous les cas (cause objective et cause subjective), on notera la même référence au désintéressement et à l'altruisme.

- Un autre niveau de lecture appelle une toute autre distinction, qui s'attache davantage au contenu prêté à l'intention libérale.

Dans une conception dite affective ou *concrète*, on peut voir une intention purement altruiste en ce qu'elle exclut tout intérêt, y compris d'ordre moral : la gratuité, terme

¹⁰⁴⁴ V. par ex : A. Bénabent, *Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, 2010, n° 491, p. 348 ; S. Bénils, *op. cit.*, n° 136 et s.

¹⁰⁴⁵ S. Bénils, *op. cit.*, n° 146 et ss. p. 86 et ss. ; J. Rochfeld, *op. cit.*, n° 286.

¹⁰⁴⁶ P. Malaurie, *op. cit.*, n° 293. Nous nous appuyons essentiellement sur les écrits de cet auteur pour notre présentation sommaire de ces significations.

¹⁰⁴⁷ J. Rochfeld, *op. cit.*, n° 286.

¹⁰⁴⁸ J. Rochfeld, *op. cit.*, n° 287.

¹⁰⁴⁹ J. Rochfeld, *op. cit.*, n° 288.

¹⁰⁵⁰ F. Terré, Y. Lequette, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, 3^e éd., Dalloz, 1997 n° 253 ; P. Malaurie, *op. cit.*, n° 352.

juridique, étant une manifestation juridique de l'altruisme et du *désintéressement*¹⁰⁵¹. Se référant à la notion d'intérêt, on peut encore lire que *l'auteur de la gratuité* « ne retire aucun avantage de la prestation qu'[il] fournit »¹⁰⁵². Cette conception de l'intention libérale dominée par le désintéressement a pu être critiquée comme mettant en jeu les mobiles de l'acte ; or, les notions ne doivent pas être confondues – quand bien même les mobiles ou motifs, plus lointains que l'intention¹⁰⁵³, servent utilement à la preuve de cette dernière¹⁰⁵⁴.

On peut voir au contraire dans l'intention libérale la simple intention de ne pas recevoir de contrepartie, sans pousser davantage l'examen de cette intention, en considérant que l'appréhension morale des mobiles qu'elle suppose n'entre pas dans le raisonnement juridique de qualification. Cette considération peut être reliée à celle de la cause objective, conçue de façon *abstraite*¹⁰⁵⁵.

Quelle que soit la dénomination choisie, conception affective, concrète, subjective de l'intention libérale, l'idée d'inclure l'analyse de l'intérêt de l'acte pour l'auteur de la gratuité perturbe la qualification de l'acte de bienfaisance, à supposer même qu'il ne soit pas rémunéré. La qualification de ces actes, « imparfaitement gratuits, insuffisamment onéreux »¹⁰⁵⁶ n'est donc pas tranchée et cet embarras trouve un écho en droit d'auteur.

241. Le flou des qualifications en droit d'auteur suscité par la conception subjective de l'intention libérale. Analysant cette question, un auteur retranscrit en termes de qualification des contrats d'auteur la situation évoquée plus haut : « Si l'absence de contrepartie ne suffit pas à caractériser la gratuité d'un contrat translatif, sa présence suffit à rattacher un contrat translatif aux contrats à titre onéreux »¹⁰⁵⁷. La seconde partie de la phrase correspond au « schéma simple » que nous avons identifié, celui de la licence qualifiée de location ; la première concentre les difficultés, puisque le caractère « intéressé » de la mise à

¹⁰⁵¹ V. l'examen critique de cette conception : M. Grimaldi, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°1006 ; S. Bénils, *op. cit.*, n° 188.

¹⁰⁵² A. Bénabent, *Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, 2010, n° 18, p. 14.

¹⁰⁵³ Sur la notion de mobiles et son assimilation à celle de motifs, leur distinction de la notion d'intention : v. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 241 et ss.

¹⁰⁵⁴ S. Bénils, *op. cit.*, n° 198.

¹⁰⁵⁵ Dernièrement, sur cette analyse : S. Bénils, *op. cit.*, n° 190 et ss. Elle ne se confond pas pour autant avec le consentement.

¹⁰⁵⁶ D. Grillet-Ponton, thèse préc., n° 33, p. 41. L'auteur évoque par cette formule les contrats de donation et de prêt à usage assortis de l'espoir d'un gain ou d'un profit futur ou d'une charge.

¹⁰⁵⁷ N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 295.

disposition semble bien s'immiscer entre la gratuité et l'onérosité, perturbant le processus de qualification.

Quel serait cet « intérêt » de l'auteur qui, faute d'un altruisme authentique, interdirait la qualification de prêt, sans être pour autant une véritable contrepartie digne d'un loyer ? Apparemment pas la stipulation d'une obligation d'exploitation de l'œuvre : celle-ci serait, selon cet auteur, une véritable contrepartie ; le contrat serait donc qualifié de louage¹⁰⁵⁸. En fait, l'exploitation de l'œuvre par l'emprunteur pourrait disqualifier le prêt, en deux distincts : dans le cas d'une obligation d'exploitation, on pourrait considérer cet intérêt comme constitutif d'une véritable rémunération, et cela entraînerait la requalification en licence-location¹⁰⁵⁹ ; dans le cas d'une absence d'obligation, cette exploitation facultative serait néanmoins, le cas échéant, porteuse d'une notoriété accrue de l'auteur et de l'espérance de nouvelles exploitations, quant à elles onéreuses. Cette conception « affective » a pu être appliquée au droit d'auteur par la jurisprudence¹⁰⁶⁰. On trouverait là cet « intérêt » pour l'auteur, prêteur, propre à dénaturer le prêt à usage, et imposant le recours à l'innommé. L'auteur conclut : la mise à disposition de l'œuvre sans contrepartie pourrait être un prêt à usage. Mais au prix d'une certaine ambiguïté, la qualification innommée lui est finalement préférée¹⁰⁶¹. Si la qualification de prêt est donc théoriquement possible, elle semble peu envisageable en pratique, car on pourrait déceler dans chaque exploitation un intérêt pour l'auteur. Que penser de cette proposition ? On rappellera que l'usage d'une œuvre en tant qu'objet de propriété ne peut consister qu'en son exploitation. Par conséquent, à en croire le modèle proposé, la qualification de prêt devrait également être théoriquement impossible.

¹⁰⁵⁸ N. Blanc, *op. cit.*, n° 315.

¹⁰⁵⁹ Pourtant, en cas de cession, l'auteur exclut également la qualification de donation au profit de l'innommé pour les mêmes raisons, (*Ibid.* n° 293).

¹⁰⁶⁰ V. en ce sens le cas d'une affaire « Picasso » au sujet de la cession de l'ouvrage *Toros y toreros*, dans laquelle la conception morale ou affective de l'intention libérale est retenue, CA Paris, 1^{er} juill 1998, D. 1998, I R, p. 203 ; RIDA ; janv. 1999, p. 390, obs. A. Kerever, p. 327, « (...) l'édition de l'ouvrage avec les dessins du peintre apportait à celui-ci non seulement une satisfaction morale mais lui permettait de faire connaître ses œuvres d'un plus grand public, d'accroître sa notoriété tant en France qu'à l'étranger dans la mesure où l'ouvrage devait faire l'objet de coéditions anglaise, allemande et espagnole ; De même, la diffusion internationale d'un tel ouvrage ne pouvait que contribuer à augmenter la cote de l'artiste et la valeur des dessins reproduits ; Il s'ensuit que ces avantages excluaient l'intention libérale du peintre ». Si le pourvoi formé contre l'arrêt est rejeté (Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2001, obs. Ch. Caron, Variations sur la gratuité en droit d'auteur, CCE avril 2001, p. 13, comm. n° 34) *il est important de préciser que les motifs sur la gratuité, surabondants, ne sont pas examinés par la Cour de cassation.*

¹⁰⁶¹ « Lorsque la mise à disposition est faite sans aucune contrepartie, la qualification de prêt à usage pourrait être retenue. L'absence de réelle gratuité de la convention justifie toutefois le recours à l'innommé. », N. Blanc, *Op. cit.*, n° 316 et n° 308 (plus nuancé). – *Contra*, admettant de même l'intention libérale en l'absence de contrepartie et d'obligation d'exploitation, mais l'admettant aussi dans le cas où l'auteur trouve un intérêt moral à l'opération : V. S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec-IRPI, 2009, n° 141 et s. L'auteur évoque la question de la gratuité principalement à travers l'exemple de la donation et des règles de forme qui s'imposent à elle.

Nous ne voyons pas dans cette indécision un quelconque défaut d'analyse, mais davantage la conséquence, en droit d'auteur, de l'imperfection des critères traditionnels de la gratuité.

242. Critique et proposition de l'application de la conception objective de la gratuité aux contrats d'auteur. Une présentation très sommaire nous a rappelé l'existence de diverses conceptions de l'intention libérale. Les acceptions dites « affectives » de l'intention libérale vont aboutir à rendre un grand nombre de contrats d'auteur innommés, dans la mesure où l'usage d'une œuvre, plus que de tout autre bien et pourvu qu'elle se fasse en conformité avec les droits moraux, est la source d'une gratification pour son auteur. Cet état repose cependant davantage sur la complexité de ce critère du droit civil que sur l'originalité des formules du droit d'auteur. En effet, qu'y aurait-il si de particulier à ce qu'un auteur autorise la diffusion gratuite de son œuvre et en retire une satisfaction morale ou l'espoir d'une notoriété accrue, pour que la situation ne puisse être reçue par les catégories contractuelles existantes ?

Si la qualification de prêt à usage peut être maintenue en droit d'auteur, c'est à condition d'adopter une lecture plus objective et compréhensive de la notion de gratuité. Sans revenir sur les sources lointaines de cette conception, nous pouvons relever l'idée encore récemment exprimée chez des auteurs démontrant la nécessité de distinguer gratuité et altruisme. Les deux objets relèvent de champs d'observation différents : le droit et la morale¹⁰⁶². Cette différence, de niveau épistémologique, devrait apparaître en termes juridiques, sans nécessairement interférer dans la qualification de l'acte. Ce débat concerne le travail de classification des contrats, ce qui ne devrait évidemment pas exclure le contrôle de la cause illicite dans son acception subjective, ni le traitement fiscal attaché à ces opérations¹⁰⁶³.

C'est donc la cause objective d'un acte qui apparaît comme suffisante à révéler son caractère gratuit : l'intention libérale dans son acception abstraite. La détermination de la

¹⁰⁶² S. Bénilsi, *op. cit.*, n° 207 et n° 246 et ss. – Estimant la conception subjective dangereuse (*sic*) car prêtant à l'arbitraire : v. J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Bibl. dr. Privé, t. 91, LGDJ, 1969, p. 199.

¹⁰⁶³ La conception objective de l'intention libérale reconnue au stade de la qualification de l'acte n'empêche en rien les contrôles traditionnels de la moralité et de la licéité de la cause subjective qui relèvent de l'ordre public. M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 1006. – A propos du prêt à usage et dans une conception que l'on pourra juger objective à l'extrême : v. F. Grua, J.-Cl. Civil Code, Art. 1875 à 1879 Fasc. unique : Prêt à usage : Caractères, (actualisé par N. Cayrol), spéc. n° 28 : « l'obligation de restitution trouve simplement sa cause dans la tradition. Ainsi, quoique le prêt à usage soit un contrat de bienfaisance, l'intention libérale n'intervient pas ici. ». Cela n'exclut évidemment pas le contrôle de la licéité et de la moralité de la cause, qui implique selon cet auteur l'examen des mobiles (v. *Ibid.* n° 29). Sur le traitement fiscal de l'opération : C. Mauro, *Permanence et évolution du commodat*, Defrénois, 2000. 1024. n° 22, 24 et s.

gratuité suppose l'observation de la situation du bénéficiaire de cette gratuité : doit-il ou non une contrepartie ? Cela impose un abandon de l'observation traditionnelle de l'« acteur » de cette gratuité, dont les motivations pourront relever à différents degrés d'altruisme ou d'intérêt¹⁰⁶⁴. Cette conception suppose aussi un abandon de la considération des mobiles de l'acte gratuit, et la considération d'un critère technique de la gratuité : le critère de partage entre gratuité et onérosité est la rémunération¹⁰⁶⁵ : « à partir du moment où il est clairement établi que sont onéreux les contrats dans lesquels le prestataire est rémunéré, il faut considérer, *a contrario*, que tous les autres contrats, c'est-à-dire tous ceux dans lesquels le prestataire n'est pas rémunéré, sont gratuits, indépendamment des mobiles poursuivis par l'acteur »¹⁰⁶⁶. Ainsi l'intention libérale peut-elle se définir comme « la conscience et l'intention de s'appauvrir au bénéfice d'autrui »¹⁰⁶⁷, transposée aux contrats de bienfaisance : « l'intention de fournir un service gratuitement, sans recevoir de contre-prestation (...) : intention gratuite, intention d'agir gratuitement »¹⁰⁶⁸.

Le schéma « complexe » redevient « simple », et l'on retrouve ici la dualité des actes onéreux ou gratuits du Code civil : soit le contrat comporte une contrepartie, et il est onéreux : la qualification de licence peut être envisagée. Soit le contrat n'en comporte pas, et cette gratuité, indifférente aux mobiles du prêteur, permet de maintenir la qualification de prêt à usage de l'œuvre, souvent intéressé, dans le giron du droit civil. De la sorte, comme nous l'avons montré, la qualification de la licence en bail, comme la qualification de son pendant à titre gratuit en prêt à usage, rappellent la « normalité » des formes élémentaires de mise à disposition de l'œuvre protégée en vertu du droit d'auteur.

C – Le prêt intéressé de l'œuvre : éléments de régime

243. Les conséquences en termes de régime de l'application de la conception objective de la gratuité aux contrats d'auteur. Si ce choix permet de restaurer la rigueur du travail de qualification en proposant un critère objectif, on pourra s'interroger sur ses conséquences en termes de régime. A une qualification fondée sur un critère objectif, technique, répond un traitement différencié selon les cas. Loin de présenter un régime unifié, la gratuité dépend des circonstances de son utilisation. La jurisprudence montre que

¹⁰⁶⁴ S. Bénils, *op. cit.*, n° 246 et s.

¹⁰⁶⁵ S. Bénils, *Ibid.*, n° 167.

¹⁰⁶⁶ S. Bénils, *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁰⁶⁷ M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 1006.

¹⁰⁶⁸ S. Bénils, *op. cit.*, *loc. cit.*

l'opportunité d'un régime n'est pas indifférente à ce choix¹⁰⁶⁹. Le titre gratuit s'accompagne généralement d'un régime favorable à l'auteur de cette gratuité. Ce constat s'accorde bien au principe d'interprétation des contrats *in favorem auctoris*, même si l'auteur de la gratuité n'est pas nécessairement l'auteur de l'œuvre, mais éventuellement un ayant droit : héritier ou société cessionnaire.

244. Illustration : gratuité et formalisme. Le rejet ou l'admission de la gratuité peut, selon les espèces, participer à la protection de l'auteur. Le rejet de la gratuité participe de cette protection lorsqu'elle laisserait craindre un dépouillement irréfléchi de l'auteur. En sens inverse, l'admission de la qualification gratuite peut être recherchée par l'auteur ou ses ayants droit. Ainsi, à la nullité – encore incertaine – de la cession gratuite ne respectant pas le formalisme *ad validitatem* de l'article 931 du Code civil, répond la soumission au formalisme *ad probationem* de l'article L. 131-2 du CPI des *autorisation gratuites d'exécution*. Ainsi, la qualification d'autorisation gratuite d'exécution – dont le caractère ponctuel nous permet de voir des prêts à usage – a pu être maintenue par un arrêt¹⁰⁷⁰, alors même que l'auteur professionnel de photographies mises gratuitement à disposition d'une revue devait recevoir en contrepartie des espaces publicitaires. L'autorisation prétendue ne pouvant être prouvée faute d'écrit, la société gestionnaire de la publication est condamnée pour contrefaçon. L'impératif de protection de l'auteur permet ici d'aborder avec une certaine souplesse le travail de qualification contractuelle. La solution est cependant des plus contestables, car outre l'élément de moral de la gratuité, c'est l'élément matériel qui faisait ici défaut : certes, l'accroissement de la notoriété du photographe publié ne relèverait que de l'intérêt du prêteur à usage et ne devait pas remettre en cause l'intention gratuite. Ce seul intérêt ne constituerait pas davantage une rémunération, exclusive de l'élément matériel de l'acte de bienfaisance. En revanche, la mise à disposition d'encarts publicitaires en contrepartie de l'autorisation d'utiliser les clichés constituait une véritable rémunération : un prix non monétaire, mais une contre prestation au montant aisément déterminable, qui devait entraîner la qualification de licence et l'admission de sa preuve selon le droit commun¹⁰⁷¹.

Un parallèle nous est permis : là où une conception subjective disqualifie la gratuité, et permet de sauver les « donations intéressées » ne respectant pas, notamment, le formalisme

¹⁰⁶⁹ Par exemple lorsqu'il s'agit d'admettre la validité ou la nullité d'un acte, sans parler des implications d'ordre fiscal de ces qualifications.

¹⁰⁷⁰ Par ex. CA Paris 4^e ch., 9 mars 2005, RLDI, juin 2005, n° 160, obs. L. Costes.

¹⁰⁷¹ La preuve de la licence devrait obéir au droit commun des contrats et non aux articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI réservés à certains contrats. Sur cette démonstration, v. spéc. *infra* n° 701 et ss. et n° 748 et ss.

*ad validitatem*¹⁰⁷², on voit ici une conception objective qui qualifie la gratuité, et permet à l'auteur de se dégager d'un engagement qu'il juge inopportun. Cet exemple illustre l'opportunité qu'il peut y avoir à opter pour la gratuité ou l'onérosité, cette option n'étant pas indifférente à la conception objective ou subjective de la gratuité.

245. Illustration (suite) : gratuité et obligations des parties. Sur le fond, ce choix de qualifications est souvent guidé par la recherche du statut le plus protecteur du locataire (garantie, sécurité, stabilité). Or, on a fait valoir que les avantages conférés au prêteur sont issus de dispositions supplétives et ont été relativisés par le droit positif¹⁰⁷³. De surcroît, attachés à une certaine matérialité de la chose, ils ont peu de portée en droit d'auteur. On pourra cependant noter la faculté de restitution anticipée de la chose avant le terme convenu par les parties, règle tout à fait étrangère à la licence, dont la durée déterminée s'impose aux parties comme au juge. La prérogative est, en un sens, plus décisive qu'un droit moral de retrait, car non explicitement soumise à indemnisation. Mais elle s'en distingue nettement, par son exercice notamment : potestatif pour le droit de retrait, soumis à l'appréciation du juge pour la restitution¹⁰⁷⁴.

Il semblerait donc que le caractère onéreux ou gratuit soit le seul critère essentiel permettant de distinguer sur le fond la licence au sens strict de « bail » de la licence-prêt. Si le travail de qualification doit être fondé par la recherche d'un régime, dans ce cas précis, il est avant tout inspiré par la cohérence des classifications.

D – Titre gratuit ou titre onéreux : la nature de la contrepartie dans la licence de droit d'auteur

246. De l'intérêt à la contrepartie. Nous avons vu que les effets d'une diffusion de l'œuvre pouvaient avoir un intérêt pour l'auteur : intérêt moral ou matériel. La recherche de cet intérêt supposait d'explorer les tréfonds de l'âme de l'auteur. Or, nous avons conclu à

¹⁰⁷² V. l'exemple d'une donation effectuée en vue de la réfection d'une église. Le juge écarte la qualification de donation, et sauve de la nullité l'acte qui n'avait pas été passé sous la forme authentique. Les mobiles de la donatrice sont examinés et l'on comprend bien l'opportunité de cet examen : « son but principal a été (...) de pouvoir plus souvent faire célébrer l'office divin, et de venir, à ses heures, prier sur la tombe de son mari ; que pour qu'il y eût donation, il faudrait que la demanderesse ait préféré la commune à elle-même, mais que telle n'a pas été son intention. », T. civil de Mamers, 2 févr. 1875, D. 1875, 5, p. 188, également cité par S. Bénils, thèse préc., 2006, n° 188.

¹⁰⁷³ Par exemple, les régimes de la garantie des vices cachés ou d'éviction sont davantage fondés par l'absence de prix que sur un désintéressement quelconque : S. Bénils, *op. cit.*, n° 170, p. 100 et ss. La responsabilité du fait des produits défectueux pourrait quant à elle, transcender ces qualifications : S. Bénils, *op. cit.*, n° 176.

¹⁰⁷⁴ Art. 1889 C. civ.

l'intérêt limité de ce sondage : l'intérêt du prêteur ne devrait pas s'opposer à la qualification de prêt à usage, car il ne contredit pas la condition de gratuité entendue de manière objective.

En revanche, la discussion redevient essentielle lorsque cet intérêt est tel qu'il s'approche d'une véritable contrepartie. Dans ces cas, il faut conclure à la requalification du contrat de bienfaisance en véritable licence, c'est-à-dire en bail. Quels avantages, quoique non monétaires, pourraient, ou ne devraient pas, recevoir la qualification de rémunération ?

247. La notoriété tirée de la diffusion de l'œuvre n'est pas une contrepartie.

Nous avons évoqué plus haut la mention du nom de l'auteur, sur les exemplaires ou à l'occasion de représentations. Des auteurs y voient le principal argument pour disqualifier la licence libre étudiée plus haut¹⁰⁷⁵ ou pour livrer à l'innommé la plupart des mises à disposition du droit d'auteur non rémunérées¹⁰⁷⁶. L'argument de la notoriété exclusive de l'intention libérale est parfois reçu par la jurisprudence¹⁰⁷⁷ ; il devrait cependant être rejeté en droit d'auteur, car cette mention est une obligation légale. Le respect du nom de l'auteur est indépendant, du moins dans son principe, du contrat et de sa qualification : ne pas commettre de contrefaçon des droits moraux ne saurait constituer la contrepartie d'une obligation contractuelle, puisqu'il s'agit d'une conséquence que la loi impérative attache à toute exploitation de l'œuvre. L'obligation faite à l'emprunteur de respecter l'œuvre n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'obligation de conservation de la chose du droit commun (article 1880 du Code civil). Rien ne permet d'exclure la qualification du prêt à usage.

248. L'exploitation obligatoire de l'œuvre n'est pas une contrepartie. La diffusion, lorsqu'elle est obligatoire, serait-elle une contrepartie ? Conformément au droit commun, l'usage de la chose prêtée est facultatif ; dès lors qu'il cesse de l'être, se pose un

¹⁰⁷⁵ V. *supra* n° 198.

¹⁰⁷⁶ V. N. Blanc, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁷⁷ En droit d'auteur : CA Paris, 1^{er} juill 1998, D. 1998, IR, p. 203 ; RIDA janv. 1999, p. 390 (précité). – Comp. en droit commun : Cass. com. 19 juill. 1971, Bull. IV, n° 213, p. 198, cité et commenté par : R. Fabre, Le prêt à usage en matière commerciale, RTD Com. 1977, p. 193 (spéc. n°12). Une société éditant un catalogue de timbres avait autorisé l'usage de son système de classement à une autre société à condition que le nom de la première soit mentionné à chaque fois que la seconde utiliserait son classement. La qualification de commodat est rejetée pour deux raisons : la première est que le classement n'était pas un bien susceptible d'être prêté, surtout « la mention du nom de cette dernière société n'en constituait pas moins pour elle une certaine publicité, laquelle faisait du contrat litigieux une convention à titre onéreux synallagmatique ». V. également Cass. 1^{re} civ. 9 mai 1966, Bull. I, n° 272 : le prêt d'une voiture à des fins publicitaires n'a que les « apparences d'un commodat » mais ne constitue pas un acte de pure bienfaisance, en raison de l'avantage procuré aux deux parties.

problème de qualification¹⁰⁷⁸. L'argument au soutien de cette thèse est ancien, mais repris par la doctrine la plus récente¹⁰⁷⁹. Il demeure cependant fragile, et ce pour plusieurs raisons.

- **L'indifférence de principe de l'obligation d'exploitation sur la qualification du contrat.** Le fait que la qualification dépende du caractère obligatoire ou non de l'exploitation doit être rejeté, de la même façon que ce caractère n'intervient pas dans la qualification de la licence *stricto sensu*. En effet, si elle n'est pas obligatoire, l'intérêt moral retiré par l'auteur dans l'hypothèse d'une exploitation est bien le même que dans le cas où cette exploitation est certaine. Dans le cas d'une exploitation incertaine, cet intérêt du prêteur est simplement assorti d'un aléa. Cela n'est pas en soi exclusif de la qualification de prêt à usage.

- **Une illustration de la confusion traditionnelle entre la licence et le contrat d'exploitation.** En outre, l'argument offre une bonne illustration de la confusion possible entre la nature et le régime de la mise à disposition de l'œuvre (la licence, la cession, le prêt...) et l'étude des contrats spéciaux d'exploitation du CPI qui peuvent la contenir : édition, production, représentation¹⁰⁸⁰. Considérer que tout contrat portant obligation de reproduire l'œuvre est un contrat onéreux parce que le contrat d'édition, traditionnellement onéreux, comporte une telle obligation, c'est s'appuyer sur un syllogisme erroné. Celui-ci consiste à confondre la nature de la mise à disposition de l'œuvre (gratuite ou onéreuse) avec le contrat d'exploitation au régime impératif (traditionnellement onéreux). En d'autres termes, on ne peut déduire de l'onérosité traditionnellement admise du contrat d'édition – par ailleurs archétype de l'obligation d'exploitation – que tous les contrats imposant l'exploitation sont des contrats onéreux.

L'argument tiré de la comparaison avec le contrat d'édition serait pourtant séduisant et non dénué d'intérêt. En effet, pourquoi ne pas voir dans l'article L. 132-1 du CPI un argument

¹⁰⁷⁸ Sur la possibilité d'une obligation d'exploiter la chose prêtée, v. : R. Fabre, *op. cit.*, n° 47 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 624, proposant par ex. de requalifier le prêt à des fins publicitaires de *sponsoring*, variété de contrat d'entreprise ; Rappr. : Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009, RDC juillet 2009 n° 3, p. 1138, note P. Puig : « Prêt à usage : l'emprunteur a le droit de percevoir les fruits de la chose prêtée ! ».

¹⁰⁷⁹ En ce sens : N. Blanc, *op. cit.*, n° 292, pour la cession : l'auteur envisage la qualification de donation avec charge et n° 308 pour le prêt, alors disqualifié en contrat innommé ; S. Raimond, *op. cit.*, n° 142. – L'argument trouve ses origines antérieurement à la loi de 1957 : E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et droit de représentation*, Paris Marchal et Billard, 3^e éd., 1908, par Maillard et Claro, t. 1, n° 255 ; J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz, 1927 ; J. Lardeur, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Arthur Rousseau, 1893, p. 171 ; G. Huard, *Traité de la propriété intellectuelle, Tome 1 Introduction - Propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, Paris, 1903, n° 67, p. 112 : « Le contrat de publication est un contrat consensuel et synallagmatique. Il 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 ».

¹⁰⁸⁰ Cette confusion que nous relevons fréquemment tout au long de cette recherche est une constante de la doctrine en droit d'auteur. Sur ce point précis, on la rencontre par exemple chez : N. Blanc, *op. cit.* n° 292 et s.

pour assimiler l'obligation d'exploitation à une rémunération ? « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion. ». Entendue ainsi, sans rémunération monétaire, l'obligation de diffusion serait néanmoins la contrepartie du transfert de propriété. Le contrat ne serait alors ni une donation faute de gratuité, ni une vente faute de prix monétaire, mais une convention innommée (*do ut facias*). Cette position encourt la critique : *si l'obligation d'exploitation est bien une obligation pesant sur l'éditeur, elle n'est pas pour autant une contrepartie*¹⁰⁸¹. La contrepartie du contrat d'édition est la redevance payée à l'auteur, assise sur le prix de vente des exemplaires. C'est donc par un détour intellectuel hasardeux que l'on verra dans l'obligation d'exploitation la contrepartie. En revanche, il est vrai que cette exploitation, par les revenus qu'elle fait naître, permettra à l'éditeur de s'acquitter de la contrepartie due à l'auteur. Quel serait le sort du contrat dont la contrepartie se bornerait à une obligation d'exploitation ? Assurément la nullité, cette obligation ne relevant ni du principe de rémunération proportionnelle, ni de l'exception du forfait. Rappelons que si la gratuité est admise, la qualification onéreuse plie le contrat aux règles impératives de fixation du prix prévues par le CPI, sans compter la nécessité d'un prix déterminé du bail¹⁰⁸².

Enfin, ne serait-il d'ailleurs pas inique d'admettre l'onérosité d'un contrat dans lequel l'auteur ne percevrait pas de rémunération, mais qui serait source de revenus pour l'éditeur ? Certainement, à moins d'exiger que l'exploitation soit nécessairement déficitaire ou neutre pour assurer la gratuité du contrat, ce qui n'a guère de sens. Pourquoi en revanche ne pas voir dans l'attribution d'un nombre inhabituel d'exemplaires à l'auteur une forme de rémunération ? Comme on l'a vu, rien ne s'oppose à ce que le prix du bail, déterminé, soit payé en nature¹⁰⁸³.

249. Conclusion. Une illustration de la confusion entre contrat unilatéral et contrat à titre gratuit, d'une part ; entre contrat synallagmatique et contrat à titre onéreux, d'autre part. Voir dans l'obligation d'exploitation une contrepartie, c'est-à-dire un

¹⁰⁸¹ Ainsi, un contrat onéreux par nature prévoyant une obligation d'exploitation sans prix mais sans intention libérale devrait encourir la nullité.

¹⁰⁸² Sur ces questions, v. *infra* n° 796 et ss. Nous rappellerons que le contrat d'édition, bien qu'il s'organise autour d'une licence, n'est pas lui-même un contrat de bail, mais mêle dans une convention complexe, mise à disposition et service.

¹⁰⁸³ Des concours destinés à de jeunes talents ont pour « lot » principal la conclusion d'un contrat d'édition, ainsi qu'un objet (ordinateur, etc.).

prix à la mise à disposition de l'œuvre, repose sur une *confusion entre contrat unilatéral et contrat à titre gratuit corrélatif à la confusion entre le contrat synallagmatique et le contrat onéreux*. Il est vrai que cette confusion n'est pas évitée par la formulation de l'article 1106 du Code civil¹⁰⁸⁴. Mais en dépit de cette rédaction jugée maladroite, la distinction entre ces deux critères de classification est constamment rappelée avec rigueur par la doctrine : la réciprocité d'avantages distingue le titre onéreux du titre gratuit, alors que la réciprocité d'obligations distingue le bilatéral de l'unilatéral¹⁰⁸⁵. De ce qui précède, nous savons que l'onérosité s'induit de la présence d'une contrepartie ; le fait qu'une partie soit chargée d'obligations n'en fait pas nécessairement une contrepartie.

Nous avons vu que le prêt est en principe un contrat unilatéral gratuit : telle est la position de la jurisprudence¹⁰⁸⁶. Le fait que de rares obligations pèsent sur le prêteur relativise ce caractère unilatéral, au point que des auteurs, et notamment Pothier, le qualifient de contrat synallagmatique imparfait¹⁰⁸⁷, voire de contrat synallagmatique parfait¹⁰⁸⁸. Mais le prêt d'une œuvre en vue de son exploitation est un contrat plus nettement synallagmatique. Il n'en demeure pas moins à titre gratuit : il existe une obligation de faire de la part de l'emprunteur, mais pas de contrepartie à proprement parler. A l'image des donations avec charge, on pourrait évoquer l'analogie d'un prêt avec charge¹⁰⁸⁹.

250. Conclusion, suite. Éléments essentiels, naturels et accidentels de la licence-prêt de droit d'auteur. Nous pouvons reprendre pour la licence-prêt, comme nous

¹⁰⁸⁴ « Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose. »

¹⁰⁸⁵ H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 103. Sur cette distinction : v. par ex. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 67 ; Ch. Larroumet, *Droit civil, t. 3 : Les Obligations, Le Contrat, 1^{re} partie : Conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007, n° 191 et ss. ; A. Sériaux, la notion de contrat synallagmatique, *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777, n° 3. – Pour une étude approfondie de la question et incluant l'étude des opinions contraires : S. Bénils, *Essai sur la gratuité en droit privé*, Thèse Montpellier, 2006, n° 78 et ss., p. 44 et ss.

¹⁰⁸⁶ Cass. 1^{re} civ. 28 mars 1984, Bull. I, n° 120 : « Mais attendu qu'après avoir justement énoncé que le contrat de prêt, qui n'impose d'obligation qu'à l'emprunteur, n'a pas de caractère synallagmatique et n'implique donc qu'il soit établi en autant d'exemplaires que de parties ».

¹⁰⁸⁷ Pothier, *Traité de droit civil et de jurisprudence française, Traité du prêt à usage et du précaire*, Paris, 1771, art. II, p. 672, n° 7. – Pour des écrits récents, v. : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 637 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 345, p. 257. Sur ce constat, v. également : C. Mauro, *Permanence et évolution du commodat*, Defrénois, 2000, 1024, n° 2.

¹⁰⁸⁸ J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 22134. *Contra*, affirmant clairement le caractère réel et unilatéral : « Le prêteur n'a donc aucune obligation puisque la remise est une condition de formation du contrat. », F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 601 ; A. Sériaux, art. préc., n° 2.

¹⁰⁸⁹ F. Grua, J.-Cl. Civil Code, Art. 1875 à 1879 Fasc. unique, Prêt à usage : Caractères, actualisé par N. Cayrol (Cote : 01-2010), n° 66. – Dans une autre optique, soulignant la spécificité de la cause de la libéralité, un auteur va plus loin en admettant qu'il y a bien une contrepartie dans la libéralité, mais spécifique à cette catégorie d'acte : J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, n° 273 p. 265.

l'avons fait pour la licence *stricto sensu*, l'ancienne distinction des éléments essentiels, naturels et accidentels du contrat¹⁰⁹⁰. Les éléments essentiels sont l'obligation de restitution (en fait l'esprit de retour), la gratuité et le droit pour l'emprunteur d'utiliser l'œuvre en l'exploitant. L'allègement des obligations de l'emprunteur relèverait de l'élément naturel. Enfin, une obligation d'exploiter l'œuvre constituerait l'élément accidentel, relevant du choix des parties et n'intervenant pas plus que l'élément naturel dans la qualification du contrat.

251. Conclusion du paragraphe 2. Les schémas contractuels étudiés au sein de ce paragraphe se sont révélés complexes car à la dualité : onérosité / gratuité, correspondant sous réserves d'autres conditions à la dualité licence / prêt, s'est substitué un débat sur la nature même de la rémunération de la mise à disposition du droit d'auteur. Certains contrats comportent sans conteste une rémunération : apport en jouissance en société, « apports » des droits d'auteur à la SACEM. Malgré les difficultés liées à la nature de ces rémunérations, nous avons retenu la qualification de licence. Au contraire, d'autres contrats se caractérisent par une absence de prix, suggérant la qualification de prêt et l'exclusion corrélatrice de la licence. Pourtant, dépourvue d'altruisme et instrument de relations d'affaires, cette gratuité purement technique interroge nos catégories juridiques : en particulier celle du prêt à usage conçu initialement comme un « service d'ami ». Dans ce dernier cas, nous avons pu constater que l'intérêt que pouvait trouver le prêteur à l'opération ne constituait ni un élément nécessitant l'abandon du contrat à l'innommé, ni davantage une contrepartie nécessitant la requalification de l'opération en licence. La mise à disposition temporaire et gratuite de l'œuvre, même intéressée, est un prêt à usage que l'on peut dénommer licence-prêt ou licence gratuite.

252. Conclusion de la Section 2. La précédente section s'achevait sur le rattachement sans réserve de *l'obligation du donneur de licence* – faire jouir le licencié – avec l'obligation du bailleur. Au terme de la présente section, la seconde partie de ce diptyque se conclut sur le rattachement de la *cause de cette obligation* avec la cause de l'obligation du bailleur : le paiement d'un loyer. L'identité de l'obligation du locataire à l'obligation réciproque du licencié s'est faite au terme d'une série d'exclusions : si l'octroi de parts sociales a pu être assimilé à un loyer, en revanche, la gratuité la plus pure tout comme la

¹⁰⁹⁰ V. *supra* n° 172. – F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 33 et ss., p. 35 et ss. L'exemple du prêt à usage est traité au n° 34, p. 36. – Sur ces notions : Pothier, *Traité des obligations selon les règles tant de la conscience que du for extérieur*, (Part. I, chap. I), p. 11 § 5.

gratuité intéressée se sont vues exclure de la qualification de licence dans les mêmes termes que le droit commun impose leur exclusion de la qualification de bail.

253. Conclusion du Chapitre 1. La licence de droit d'auteur est un bail : un bail dont le régime est nécessairement adapté à la nature spécifique de la chose. La chose louée étant un bien essentiellement frugifère, le bail est, essentiellement un bail d'exploitation. Doit-on pour autant conclure au tarissement du débat des qualifications de l'exploitation du droit d'auteur ? Assurément pas. Si les frontières de la licence de droit d'auteur sont fixées, cela n'autorise pas à penser que toute exploitation de l'œuvre emprunte ce chemin. L'auteur peut louer son œuvre, en apporter la jouissance à une société, la prêter. Ces qualifications relèvent toutes de la catégorie des contrats à effet personnel. Mais l'auteur peut également exercer ses droits de propriétaire sur l'œuvre en la vendant, en la démembrant par la constitution de droits réels. A l'opposé de ce constat de la pluralité de qualifications possibles, fruit de la liberté contractuelle, certains s'empressent de réduire l'exploitation contractuelle du droit d'auteur à ces dernières formules, du type de la cession, au sein de la catégorie du contrat à effet réel. Tout contrat d'auteur serait une cession plus ou moins étendue du droit d'auteur, et la qualification de licence deviendrait erronée ou du moins inutile.

Il nous appartient alors d'invalider cette conception faussement unitaire du contrat d'auteur en distinguant la cession de la licence : à l'exclusivité du recours à la cession répond au contraire une concurrence des qualifications.

Chapitre 2 – La concurrence des qualifications et les critères de distinction de la licence et de la cession

254. De la licence à la cession de droit d’auteur : jouissance locative ou droit réel sur l’œuvre ? Précédemment, nous avons opéré le rattachement de la licence au bail, laissant à la « cession », telle qu’employée par le Code de la propriété intellectuelle, le rôle d’une forme générique de contrat à effet réel dont l’archétype est la vente. Le critère de l’effet réel ou personnel du contrat est donc l’élément déterminant qui permettra la distinction entre cession et licence, entendue au sens le plus large, car on a vu que la licence à proprement parler impliquait, en tant que bail, une rémunération.

Par l’effet personnel caractéristique de la licence, la jouissance locative, le licencié est autorisé à jouir de la chose par l’intermédiaire du donneur de licence.

Par l’effet réel caractéristique de la cession, le cessionnaire du droit de propriété ou d’un droit réel, jouira directement de ce droit transféré.

C’est en laissant de côté, à ce stade, l’intervention des obligations, personnelles (par exemple de garantie) formant une sorte de « droit commun spécial » à ces contrats¹⁰⁹¹, pour s’interroger sur la source et le fondement du droit d’exploiter l’œuvre, que l’on constatera la profonde différence de nature des opérations. Dans le premier cas, la jouissance trouve sa source dans une créance du licencié contre le donneur de licence. Dans le second cas, le cessionnaire, devenu propriétaire, ou titulaire d’un droit réel, jouit directement de la chose à ce titre. La distinction de ces « deux jouissances » sous cet angle purement théorique a été faite précédemment¹⁰⁹². Desbois, exposant ces « deux manières de tirer profit des droits

¹⁰⁹¹ Nous constaterons en seconde partie que les éléments de régime sont souvent des éléments communs aux contrats de différentes natures. Citons dès à présent, par ex. : P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l’honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 ; P.-Y. Gautier, Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux in *Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, Débats, RDC, avril 2006/2. p. 610. – Au-delà de ce constat, assez communément partagé, certains auteurs en tirent argument pour affirmer le caractère réel du droit du locataire, auquel viennent s’ajouter des obligations : « Le contrat de vente lui aussi fait naître des obligations à la charge vendeur, qui sont aussi des obligations de délivrance et de garantie. L’acquéreur qui devient propriétaire est aussi créancier du vendeur. », J. Derruppé, Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, 1996.

¹⁰⁹² V. *supra* n° 156. Pour l’exposé des thèses acceptant ou récusant la distinction entre cession et licence, v. *supra* n°13 et ss.

patrimoniaux de l'auteur »¹⁰⁹³ avant de prendre parti dans le sens que l'on a vu, constate qu'entre cession et concession, « Le contraste semble absolu »¹⁰⁹⁴.

255. De l'« exclusivité » à la « concurrence » des qualifications. De ce contraste, une importante doctrine, de la plus « classique » à la plus « moderne », croit devoir tirer une option : toute mise en œuvre contractuelle de l'œuvre serait une licence. Au contraire, pour une branche plus importante encore de la doctrine, la cession en serait le mode unitaire. Ce parti pris ne se limite pas à la contemplation de la loi, mais repose sur une série d'arguments qu'il nous incombe d'examiner et de discuter. Nous tâcherons de démontrer qu'à l'opposé de cette prétendue « exclusivité » de l'opération de cession (plus rarement de la licence), il convient de constater la « concurrence » des deux formules contractuelles. Nous nous autoriserons encore de Desbois, dont l'avis sur cette question est – rappelons-le – très nuancé : « Entre deux positions, aussi radicalement opposées, le choix semble difficile. *A vrai dire, est-il nécessaire ? Les deux types de convention ne peuvent-ils coexister, de même que, parallèlement, sont conclus des contrats de vente et de location ?* »¹⁰⁹⁵.

256. L'effet personnel ou réel, induit du contenu du contrat. Cette simple juxtaposition de deux formes de « titres d'occupation » aurait pu suffire. Car la logique voudrait que le constat du caractère réel ou personnel, c'est-à-dire la détermination de la nature du contrat, permette d'en déduire les éléments de régime, le contenu contractuel associé. *La nature détermine le régime*¹⁰⁹⁶. Certes, mais encore faut-il déterminer la nature¹⁰⁹⁷. Or, comment définir une nature juridique, qui est une abstraction, à partir de ces éléments de qualification – effet réel ou personnel – eux mêmes hautement abstraits ?

L'utilisateur légitime d'une chose, quoique n'étant pas censé ignorer *le droit*, peut ignorer la nature juridique *son droit* : réel ou personnel. Ces points seront parfois, pour les juristes, des sujets de discussion. Ils ne viendront que rarement à la connaissance de notre utilisateur. En revanche, la conscience de sa situation de propriétaire, d'usufruitier, de

¹⁰⁹³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 491, p. 604.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.* n° 491, p. 605.

¹⁰⁹⁵ H. Desbois, *op. cit.*, n° 491, p. 606.

¹⁰⁹⁶ J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255.

¹⁰⁹⁷ Rapp. « La qualification conduit à l'application du régime juridique [en note : À la vérité, il lui arrive aussi d'incorporer à la définition des éléments du régime juridique] applicable à la notion définie. C'est l'intérêt pratique de l'opération. Mais, dans le rapport nature-domaine (ou nature-régime), la nature est élément premier plutôt qu'élément déduit. Certes, le processus inverse de la définition d'expédient n'est pas exclu, surtout en jurisprudence. Ce n'est pas la démarche droite et naturelle. » G. Cornu, Les définitions dans la loi, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77, n° 26.

locataire, d'emprunteur ou d'occupant précaire est une évidence pour lui. Dès lors, les prérogatives et obligations attachées à son statut, comme la stabilité ou la précarité de sa jouissance, lui apparaîtront nettement, à la simple condition d'un « certain sens de la langue »¹⁰⁹⁸.

Déterminer ce qui départage l'effet réel de l'effet personnel en droit d'auteur nécessite de mener le débat à plus grande échelle, l'objet observé étant plus restreint. Des éléments tirés du contenu des contrats nous permettront d'en induire les catégories plus vastes de l'effet réel ou de l'effet personnel. En définitive, c'est bien l'observation du contrat qui permettra de trancher entre ces catégories. Si une présentation didactique fait du régime la suite de la nature, la nature juridique est une construction de l'esprit, fruit du travail de qualification, alors que la connaissance d'un régime est le fruit de l'observation. C'est donc bien le régime d'un contrat qui nous permettra d'en induire la nature¹⁰⁹⁹. Bien évidemment, au sein de ce régime, seuls quelques éléments essentiels, *caractéristiques*, seront pertinents. La spécificité de la licence se mesurera à l'aune de ces seuls éléments.

257. Le partage entre effet réel et effet personnel. Le lien existant entre l'œuvre et l'auteur est un lien de propriétaire à chose. L'auteur cédant se dépouille de son œuvre, en ce qu'elle est cessible ou, selon une autre conception, constitue un droit réel sur l'œuvre. En revanche, l'auteur donneur de licence se borne à constituer un droit personnel autorisant son contractant à jouir de l'œuvre. Dans les deux cas, un élément diffère. Il s'agit du lien établi entre l'exploitant et l'œuvre et sa conséquence nécessaire : l'intensité du lien subsistant entre l'auteur et l'œuvre. Ce que l'auteur garde, ou ce que l'auteur consent, permet d'identifier la nature de l'acte de mise à disposition. Ce que l'exploitant reçoit permet d'identifier la nature de son titre. Quels éléments permettent d'établir la nature des droits conférés par l'auteur ? Quels éléments doivent être exclus ?

¹⁰⁹⁸ Rapp. : « La distinction de la propriété et de la possession est intelligible pour le non juriste pourvu d'un certain sens de la langue ; il ne voit cependant pas clairement en général sa portée et la nécessité de la définir avec précision : n'est-il pas évident que celui qui détient une chose sans en être propriétaire doit la restituer ? Il faut l'expérience juridique pour savoir qu'en dehors des voleurs et des « dépositaires » au sens large, il existe des situations multiples dans lesquelles l'apparence du droit ne correspond pas à la réalité », H. Batiffol, Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35.

¹⁰⁹⁹ On lit parfois que telle qualification contractuelle n'est pas de l'essence du droit d'auteur... « Que faire contre l'essence ? Mais qui décrète de l'essence des choses ? », M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 642, note n° 1.

258. L'exclusion préliminaire de la nature juridique de l'œuvre du travail de distinction entre cession et licence. Nous aurions pu poser comme point de départ à toute réflexion le choix d'une nature unique des contrats du droit d'auteur, et justifier ce choix achevé *a priori* par l'analyse orientée des similitudes entre régimes. Cette démarche n'est pas inconcevable, car les contrats d'auteur appartiennent à un même « ordre », celui des contrats « sur les choses », qui transcende (ou ignore) les « familles » que sont les contrats à effet réel et à effet personnel¹¹⁰⁰. Les points communs sont évidents, et d'autant plus marquants que la chose immatérielle est dotée d'un régime largement impératif. Cette « originalité » de la chose incorporelle éclaire de son régime particulier les contrats autorisant son exploitation, au point que leurs disparités peuvent échapper à l'observation. On pourrait alors décréter que la spécificité du bien mis en œuvre (« droit intellectuel ») amène à présenter au sein d'une même qualification les contrats de la propriété intellectuelle¹¹⁰¹. Or, nous ne voyons pas en quoi l'éventuelle spécificité de régime de cette propriété devrait se traduire par l'unité corrélative des formules contractuelles utilisées en son sein¹¹⁰². La chose marque le contrat de son empreinte ; cependant, réduire le contrat à cette chose relèverait d'un matérialisme simpliste, et ne correspondrait pas à la réalité. Cette chose incorporelle ne portera pas les mêmes vêtements contractuels selon que son usage est acquis définitivement ou temporairement, avec ou sans exclusivité, isolée pour un usage facultatif ou intégrée à une opération organisant son exploitation. C'est donc l'opération *voulue par les parties*¹¹⁰³ qui permet de qualifier le contrat : l'objet du contrat et non l'œuvre, objet de la prestation caractéristique. Ce qui est valable pour la chose l'est également pour chacune de ses utilités, considérées spécialement (représentation ou reproduction et leurs espèces)¹¹⁰⁴. Enfin, si la spécificité de l'œuvre devait unifier les contrats dont elle organise l'usage, pourquoi alors ne pas décréter qu'il en va de même pour les autres biens ? Délivrance et réception, garanties, parfois transfert de propriété, ou la simple matérialité des actes d'usage, sont également proches dans les contrats sur les

¹¹⁰⁰ V. notamment M. Planiol, Classification synthétique des contrats, Rev. Crit. Lég. Jur., 1904, n° 33, p. 470, regroupant dans la catégorie des « Contrats relatifs aux choses » la vente, l'échange (aliénations), d'une part ; le bail, le commodat, l'usufruit (prestations temporaires), d'autre part.

¹¹⁰¹ Récemment : F. Collart Dutilleul, La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens, in Une théorie générale des contrats spéciaux ?, Débats, RDC, avril 2006/2, p. 604

¹¹⁰² *Contra*, par ex. : S. Alma-Delette, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Thèse, Montpellier, 1999, p. 306. Au contraire, nous avons montré en Partie I (v. *supra* n° 13 et ss.) que les liens étaient distendus entre le choix d'une qualification du droit d'auteur (monismes, dualismes, droit *sui generis*...) et le choix d'une qualification des contrats (cession unique, licence unique ou diversité des cessions et licences).

¹¹⁰³ Pour inscrire cette démarche dans un cadre plus général, v. la thèse de M. Terré (v. spéc. son Livre premier) : F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957.

¹¹⁰⁴ Nous verrons en Partie II (v. *infra* n°456 et s.) que l'utilité de l'œuvre mise à disposition, qui intervient dans la qualification d'édition ou de contrat de représentation, n'a pas de conséquence sur la qualification de cession ou de licence.

biens matériels. Cette conclusion doit être rejetée : pour ces biens aussi, la distinction entre effet réel et personnel ne relève pas du confort d'un *a priori*, et doit être le fruit d'une observation... et d'une démonstration¹¹⁰⁵. La démarche expérimentale que suppose le travail de qualification prend nécessairement ce chemin : c'est le contenu des opérations observées qui doit permettre d'induire la nature du contrat. Dans un second temps, l'adoption du modèle rejaillira ensuite sur l'opération dans son ensemble. Nous constaterons ainsi que cette ligne de partage entre cession et licence est une construction menée à partir de l'observation d'éléments matériels. Il importera donc de définir ces éléments.

259. Plan du Chapitre - Éléments indifférents à la distinction et éléments déterminants de la distinction. Certains éléments apparaissent indifférents au travail de qualification que constitue la distinction entre cession et licence, dont ils ne sauraient constituer des critères. Il s'agit des dispositifs légaux impératifs conçus pour la protection de l'auteur : droits moraux, destination des cessions et licences, principe de rémunération proportionnelle. Nous observons que ces éléments ne dépendent pas, en général, de la volonté des parties, mais sont le fruit de dispositions impératives (*Section 1 – Le maintien d'un lien entre l'auteur et l'œuvre indépendant de la volonté des parties : éléments non pertinents de qualification*).

D'autres éléments seront décisifs en matière de qualification du contrat, mais leur rôle dans la distinction prônée est variable. Ainsi, la durée et l'exclusivité du contrat sont déterminants dans la qualification de l'effet réel ou personnel du contrat, mais à différents titres. Nous constaterons que ces éléments, véritables critères pertinents dans le travail de qualification, dépendent très largement de la volonté des parties (*Section 2 – Le maintien d'un lien entre l'auteur et l'œuvre dépendant de la volonté des parties : critères pertinents de qualification*).

¹¹⁰⁵ Il est intéressant de constater que dans les ouvrages récents de droit des contrats spéciaux, la distinction entre droit réel et personnel est l'une des rares « leçons » à être illustrée de schémas.

Section 1 – Le maintien d’un lien entre l’auteur et l’œuvre indépendant de la volonté des parties : éléments non pertinents de qualification

260. Les dispositions impératives du CPI. Plan de section. Deux catégories de règles marquent le contenu obligationnel de tout contrat d’auteur et contribuent à maintenir un certain lien entre l’auteur contractant et son œuvre. Ces dispositions impératives du CPI ont vocation à imposer un contenu contractuel, généralement dans le sens des intérêts de l’auteur. Ces dispositions relevant d’un *ordre public de protection*¹¹⁰⁶, notion que l’on tiendra ici pour équivalente de la notion de règles *impératives*¹¹⁰⁷, échappent ainsi en grande partie à la volonté des parties : la présence d’un auteur au contrat ayant pour objet son œuvre entraîne l’application de ces règles. Elles relèvent cependant de deux corps de règles traditionnellement (et légalement) distinguées : les droits moraux et les droits

¹¹⁰⁶ S’agissant d’un ordre public de protection et non de direction, les violations ouvrent droit à une nullité relative. L’ordre public de direction a une place en droit d’auteur, sous la forme du droit de la concurrence national et communautaire ainsi qu’en application d’une politique culturelle. Envisageant les deux aspects, v. J. Schmidt-Szalewski, *Ordre public et contrats sur droits d’auteur*, in : M.-C. Piatti (dir.), *Autonomie de la volonté et contrats de propriété intellectuelle*, Les cahiers juridiques du Sud-est, Aurely Lyon 1997, p. 117.

¹¹⁰⁷ *Il y a-t-il lieu de distinguer ici règle impérative et ordre public ?* Selon une certaine vision de la seconde notion, relativement récente, élaborée au début du XX^e siècle, oui : car à la différence de celles qui intéressent l’ordre public, les règles impératives protègent des intérêts privés (v. B. Fauvarque-Cosson, *L’ordre public*, in *Le Code civil « 1804-2004 » Le livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 473). On a pu souhaiter affirmer plus nettement une distinction entre les deux notions, en raison de l’inutilité de l’assimilation de l’ordre public à toute règle impérative (v. D. Tallon, *Considérations sur la notion d’ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 883). – D’une manière générale, l’ordre public aurait un domaine plus restreint que la règle impérative : si toutes les lois d’ordre public sont impératives, l’inverse n’est pas exact (V. en ce sens par ex. : F. Terré, *Introduction générale au droit*, 8^e éd. Dalloz, 2009, n° 494). Or, la notion d’ordre public de protection vient troubler ces distinctions, dans la mesure où l’on associe explicitement à la notion d’ordre public la considération d’intérêts privés (v. par ex. G. Couturier, *L’ordre public de protection, heurs et malheurs d’une vieille notion neuve*, *Mélanges Jacques Flour*, 1979, p. 95). Par conséquent, il est admis de tenir les deux notions comme équivalentes (V. en ce sens, par ex. J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 110.). Il y a lieu d’admettre en revanche des degrés dans l’impérativité d’une règle. – En droit d’auteur, les notions sont également regardées comme équivalentes : A. Huguet, *L’ordre public et les contrats d’exploitation du droit d’auteur*, *Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962 ; S. Joly, *La création artistique et l’ordre public*, Thèse, Montpellier, 1999. – Rappelons enfin que la notion relève d’un sens et une fonction particuliers en droit international privé : « mécanisme d’éviction de la loi normalement compétente en tant qu’elle est jugée contraire à des principes tenus pour fondamentaux ou inconciliables avec une politique législative tenue pour essentielle » v. J. Raynard, *Le droit à la paternité de l’auteur de l’œuvre de l’esprit*, JCP 1989, Cahiers du Droit de l’entreprise, n° 2, p. 33 ; sur le sujet, v. par ex. T. Azzi, *Les contrats d’exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions*, RIDA oct. 2007, n° 214, p. 3, spéc. n° 27.

patrimoniaux¹¹⁰⁸. Situées au cœur de l'objectif légal de protection des intérêts des auteurs, ces règles impératives semblent sans influence sur les qualifications contractuelles¹¹⁰⁹.

L'intérêt de l'auteur protégé est essentiellement patrimonial lorsque certaines dispositions relatives à sa rémunération ou à la destination et à l'exploitation de son œuvre maintiennent l'apparence d'un lien avec celle-ci. Celles-ci restent pourtant indifférentes à la qualification de cession ou de licence (*I §*).

Participant également d'un ordre public de protection, les droits moraux de l'auteur impriment sur les contrats une série de contraintes particulières. Ces contraintes sont autant d'atteintes portées aux principes du droit commun des contrats, mais nous verrons qu'elles n'ont pas davantage vocation à intervenir dans leur qualification en termes de contrats spéciaux, et en particulier dans la distinction entre cession et licence (§ 2).

§ 1 – L'indifférence des dispositifs de protection des intérêts patrimoniaux de l'auteur sur la qualification contractuelle

261. Plan. Les parties ne peuvent transiger sur certains éléments impératifs fondés sur la protection patrimoniale de l'auteur contractant¹¹¹⁰. Ces limites à la liberté contractuelle dictent une partie du contenu du contrat¹¹¹¹. Nous en dresserons un tableau dans l'ordre où les évoque le CPI : tout d'abord, nous nous interrogerons sur le rôle prêté à l'obligation de détermination de la destination de la chose dans la qualification du contrat (*I*). Ensuite, nous examinerons les règles relatives au choix entre rémunération proportionnelle ou forfaitaire : nous vérifierons que ces modes de détermination du prix sont indifférents à la qualification de cession ou de licence (*II*). Enfin, nous traiterons de l'éventuel impact de l'obligation d'exploiter dans la distinction entre cession et licence. Les difficultés théoriques rencontrées quant à cette dernière problématique devront être surmontées par la distinction

¹¹⁰⁸ On ne reviendra pas ici sur les débats relatifs à la nature du droit moral, que nous avons conclus en optant pour une conception moniste-réaliste du droit d'auteur. V. Partie I, Titre I, Ch. I. *in fine.* (v. *supra* n° 68).

¹¹⁰⁹ Sur le caractère en principe distinct des démarches de qualification et d'application de la règle d'ordre public, v. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 665, p. 531

¹¹¹⁰ Sur la portée des cessions, v. les études d'ensemble : A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, n° 172, p. 126. Sur le caractère impératif des règles de détermination du prix : n° 193 et ss., p. 139 et ss. V. également : 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, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 63.

¹¹¹¹ D'autres règles impératives guident la forme du contrat. Sont-elles attachées à la mise à disposition du droit d'auteur ou à certains contrats d'exploitations désignés par le CPI ? Cette question fera l'objet de la Partie II, Titre II, Ch. 1. (v. *infra* n° 645 et ss.).

entre la mise à disposition du droit d'auteur et le contrat d'exploitation (III). Le caractère impératif de cette dernière obligation est discuté et nous trancherons définitivement en sa défaveur : celle-ci n'est pas même supplétive, mais simplement facultative. Cependant, une part de la doctrine se fonde sur le caractère impératif de l'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition pour l'imposer à toute mise à disposition du droit d'auteur, et en tire des conséquences sur la qualification du contrat. Si cet argument trouve sa place dans ce paragraphe, il nous appartiendra aussi de le démentir.

I – L'indifférence de la spécification de la destination de la chose sur la qualification de cession ou de licence

262. Destination et formalisme. L'obligation de spécifier la destination de l'œuvre est annoncée à l'article L. 122-7 al. 4 du Code de la propriété intellectuelle, et traitée à l'article L. 131-3 du même code. Notre seconde partie montrera quels liens étroits cette règle de fond entretient avec le formalisme du contrat d'exploitation. L'exigence de la détermination précise de la destination de l'œuvre ne devrait pour autant lui être confondue. En effet, la spécification de la chose, objet de la prestation de l'auteur cédant ou donneur de licence, relève de la détermination de l'objet et vient préciser les modalités d'un principe déjà énoncé à l'article 1129 du Code civil. Cette détermination ne devrait pas être nécessairement formalisée, elle devrait être simplement achevée dans la volonté des parties. En toute logique, cette destination consciente et extériorisée dans tous les cas ne sera expressément indiquée impérativement dans un *instrumentum*, que pour les seuls contrats du CPI soumis à ce formalisme *ad probationem*¹¹¹².

263. Destination et obligation d'exploitation. La destination de la chose ne doit pas être confondue avec l'éventuelle obligation d'exploitation. La destination contractuelle de la chose renseigne sur les actes *autorisés*, non sur les actes *obligatoires*.

264. Destination et licence – destination et cession. La destination de l'œuvre dans le contrat se définit comme « la finalité de la reproduction ou de la représentation

¹¹¹² Sur cette question, v. *infra*, n° 693 et ss. – Une exception notable : l'article L. 131-6 du CPI : « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre 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. »

autorisée »¹¹¹³. Cette destination de l'usage de la chose mise à disposition, issue du CPI, ne s'éloigne apparemment pas de la destination de la chose telle qu'on l'entend pour le contrat de louage de choses¹¹¹⁴. Dès lors, on devine une contradiction difficilement surmontable : la règle semble incompatible avec la cession, dans son sens de contrat à effet réel. Cette contradiction est résolue si l'on veut bien confronter la destination, règle impérative du CPI, avec les qualifications contractuelles proposées :

- En cas de licence, la destination signifie que la mise à disposition de la chose intervient pour un usage contractuel déterminé. Nous avons vu que cela ne permettait pas de défaire la qualification de bail (ou de prêt à usage). Il est même permis de penser que la qualification de droit personnel est favorisée par cette règle. L'idée de maintenir un lien contractuel entre l'œuvre mise à disposition et l'auteur est, il est vrai, très prégnante.

- Mais cela n'exclut en rien la qualification de cession : la cession peut être entendue dans son acception stricte de vente, transfert de propriété contre un prix. Cela suggère que le cessionnaire, devenu propriétaire par l'effet de la vente, accède à une maîtrise exclusive et libre de la chose, « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue », qui trouve sa source dans l'article 544 du Code civil. Or, maintenir l'usage de la chose dans les liens d'une destination contractuelle est-il concevable ? Le droit ne semble pas hostile à cette idée. D'une part, un transfert de propriété finalisé est concevable en l'état de notre droit, quoiqu'il soit généralement distinct de la qualification de vente¹¹¹⁵. Parfois la qualification de vente est conciliée avec une certaine prise en compte de la destination¹¹¹⁶.

D'un autre point de vue, et plus sûrement, définir la destination de l'œuvre signifie simplement la détermination des contours de la chose cédée. Comme nous l'avons vu à

¹¹¹³ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 958 ; H. Desbois, *op. cit.*, n° 288 : « pourquoi, quelle fin ? ».

¹¹¹⁴ « L'usage pour lequel la chose est louée étant de la substance du contrat de louage, comme nous l'avons vu, le consentement des parties contractantes doit aussi intervenir sur les espèces d'usage pour lequel la chose est louée. C'est pourquoi si l'une des parties comptait donner à loyer une chose pour un certain usage, *putà*, un cheval de selle pour le monter, et l'autre partie comptait le prendre pour un autre usage, *putà*, le mettre à une voiture ; il n'y a pas de contrat de louage, faute de consentement sur l'usage pour lequel la chose serait louée. », Pothier, *Traité du contrat de louage*, Paris, 1771, p. 210.

¹¹¹⁵ R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, n° 384 et ss. – Par ex. la fiducie : les fiduciaires « agissent dans un but déterminé » (art. 2011 C. civ.) ; ou encore le prêt d'argent, qui suppose un transfert de propriété des fonds (art. 1893 c. civ.) et le respect de la destination des sommes prêtées, si elles ont été affectées à un usage précis. En ce sens, par ex. : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 379 ; comp. : B. Mallet-Bricout, *Le fiduciaire propriétaire ?*, JCP E 2010, 1191, n° 10 : « Le caractère finalisé de l'opération ou le concept de propriété avec charge ne s'opposent pas à la qualification de propriété, bien d'autres hypothèses de propriétés finalisées ou avec charge existant en droit français. En revanche, la soumission du soi-disant propriétaire à la volonté d'un tiers s'y oppose. Car il est difficile, si l'on s'en tient à la notion classique de propriété - « pilier » de notre droit civil, d'admettre l'idée d'un propriétaire asservi. Or le fiduciaire, tel qu'il est envisagé dans le Code civil, n'est pas un propriétaire libre ».

¹¹¹⁶ V. R. Boffa, *op. cit.* n° 380 et ss. (par ex. un engagement de non concurrence, v. n° 360 : l'auteur évoque une « destination négative »).

plusieurs reprises, outre son caractère immatériel, la propriété intellectuelle obéit à un principe de spécialité. La propriété ne recouvre pas toutes les utilités que l'on peut retirer d'une œuvre, et parmi les utilités couvertes par le droit d'auteur, la cession n'interviendra que pour certaines d'entre elles, disponibles, cessibles. L'auteur peut ainsi se déposséder irrévocablement et pleinement d'un mode d'exploitation (par exemple le droit d'édition et le droit d'adaptation audiovisuelle) et conserver une totale liberté sur les modes non cédés (comme les droits graphiques et théâtraux, les droits dits « numériques »). L'image donnée notamment par Recht¹¹¹⁷ et actuellement promue par MM. Lucas est à ce titre éclairante : « le monopole d'auteur se démembré à volonté »¹¹¹⁸. Selon cette expression, le terme de démembré n'est pas à prendre au sens strict de démembré de propriété (*usus, fructus, abusus*), mais dans celui, plus neutre, de subdivision¹¹¹⁹.

Si la cession correspond à son acception plus générique de contrat à effet réel, la contradiction apparente peut être vite levée. D'une part, l'idée de destination n'est pas étrangère à l'usufruit. On soutient même que la charge pesant sur l'usufruitier de conserver la substance de la chose¹¹²⁰ s'entend aussi plus généralement comme l'obligation d'en conserver la destination¹¹²¹. D'autre part, et plus fondamentalement, on peut transposer le raisonnement tenu pour la cession : sous le terme de « destination », le droit réel constitué ou transféré ne

¹¹¹⁷ P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 147. L'auteur procédant à la cession exclusive d'un de ces droits « (...) cède en réalité un morceau de sa propriété laquelle révèle alors son caractère d'être une vraie propriété divisible et démembrable ».

¹¹¹⁸ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 569, p. 432. Nous nous éloignons des auteurs lorsqu'ils tirent de cette image un argument pour nier la distinction entre cession et licence. Cependant, l'idée mérite d'être maintenue dès lors que l'on examine les cessions sans pour autant exclure la licence.

¹¹¹⁹ Le terme (ce que mentionnent MM. Lucas) est préféré par M. Huet pour cette raison : *op. cit.* n° 11112, notes 17 et 48.

¹¹²⁰ Article 578 C. civ. : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. ».

¹¹²¹ Un auteur constate que la jurisprudence et la doctrine dominante conçoivent les deux sens de cette obligation : conserver l'identité concrète du bien mais également sa destination. V. E. Dockès, *Essai sur la notion d'usufruit*, RTD civ. 1995, p. 479 (spéc. n° 6 et n° 10). L'auteur relève ensuite que la source de cette destination peut être supposée (v. n° 20 et la réf. à l'art. 593 C. civ. : selon « l'usage du pays ou la coutume des propriétaires ») ou subie (v. n° 21, par ex. du fait de l'autorité publique). Dans les autres cas, le propriétaire dispose d'un droit de *veto* qui n'est cependant pas discrétionnaire : le changement de destination peut être autorisé par le juge ou validé *a posteriori* lorsqu'il est une modalité de gestion nécessaire à la conservation du bien ou de son utilité (v. n° 23) ; par ex. : Cass. com. 28 janv. 1980, Bull. IV, n° 41, JCP, 1980, II, 19416, note Ch. Atias V. également : Ch. Atias, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd. Litec, 2007, n° 223 et ss.). – Pourquoi la destination ne pourrait-elle pas être « voulue », c'est-à-dire convenue dans la convention d'usufruit ? D'autres auteurs défendent l'idée selon laquelle la charge pesant sur l'usufruitier est essentiellement de conserver non pas la substance au sens matériel du terme mais la destination, en ce sens : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 332, p. 491 : « (...) l'usufruitier doit utiliser la chose à l'image du propriétaire, conformément à la destination par lui donnée. ». Un autre auteur invoque l'art. 618 C. civ. qui permet au juge de mettre fin à l'usufruit en cas d'abus de jouissance, que l'on a pu transposer à l'altération du droit résultant du changement de destination de la chose : B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 582, p. 251 et s.

porte que sur une ou plusieurs utilités de l'œuvre laissant la pleine propriété du reste à l'auteur.

265. *Dans ces cas, il ne s'agit pas tant de faire usage de la chose pour une certaine destination, que de mettre à disposition les seules utilités de la chose, correspondant à des usages déterminés.* La considération de la détermination précise de la destination de l'œuvre comme critère de qualification doit donc être écartée : en dépit de la comparaison possible de cette obligation avec le droit du bail, elle n'intervient pas dans la distinction entre cession et licence, car elle est transposable, par un mécanisme différent, aux deux catégories contractuelles.

II – La rémunération proportionnelle ou forfaitaire : le caractère successif du prix est indifférent à la qualification de cession ou de licence

266. Les notions de « prix forfaitaire » et de « prix proportionnel » associent une réflexion sur la rémunération et sur la durée. L'obligation du licencié de payer le prix est la réciproque de l'obligation caractéristique : la jouissance locative, qui est celle du donneur de licence. Nous avons vu que l'existence d'un prix ou la nature du prix avait une conséquence sur la qualification du contrat. Qu'en est-il de la « durée du prix » ?

Une distinction doit s'imposer selon l'intervention de la notion de durée dans l'obligation : la durée d'une obligation doit être regardée différemment selon qu'il s'agit de l'obligation caractéristique du contrat ou d'une autre obligation, fût-elle déterminante dans la qualification du contrat. Ainsi, nous verrons que la durée de la jouissance est un trait essentiel de qualification de la licence¹¹²². L'effet caractéristique de la vente, qu'il soit différé par un terme ou suspendu par une condition, est en principe instantané. En revanche, la durée de la rémunération, c'est-à-dire son caractère successif ou instantané, quoique décisif dans le calcul économique qui précède la convention, ne devrait pas jouer un tel rôle en matière de qualification¹¹²³. Le principe étant rappelé, quelle est son application au droit d'auteur ?

¹¹²² V. *infra* n° 329 et ss. La durée est un critère déterminant dans la distinction entre cession et licence.

¹¹²³ En droit commun : le prix de la vente peut consister en un versement régulier. En ce sens : J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 11189 ; inversement, le prix du bail n'est pas nécessairement périodique : *Ibid.* n° 21144 ; *Adde* : J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM 1999, n° 48 : « (...) si la location est un contrat à exécution successive, rien n'interdit de prévoir que le loyer sera versé une fois pour toutes par le locataire en début de contrat. ». En ce sens : A. Esmein, note sous T.

267. Le prix d'une licence comme d'une cession peut être forfaitaire ou proportionnel. En droit d'auteur, le choix entre ces deux formules est en grande partie indépendant de la volonté des contractants. L'idéal de la rémunération proportionnelle, innovation de la loi du 11 mars 1957 censée garantir les intérêts de l'auteur en l'associant aux résultats de l'exploitation, est le principe, d'ordre public¹¹²⁴, le forfait étant l'exception¹¹²⁵.

L'idée de forfait suggère l'instantanéité d'un prix de vente, alors que la rémunération proportionnelle se rapprocherait davantage de la périodicité des loyers. L'argument est tout trouvé pour dénier la qualification de cession-vente en cas de rémunération proportionnelle¹¹²⁶. *D'une clarté apparente, l'argument repose néanmoins sur une confusion entre un mode de détermination du prix et ses modalités de paiement.* Si l'on associe un caractère successif à la rémunération proportionnelle et un caractère instantané à la rémunération forfaitaire, cette correspondance – quoique souvent vérifiée dans les faits¹¹²⁷ – n'est pas systématique : elle doit donc être combattue.

268. La rémunération forfaitaire dissocie simplement le prix des résultats d'exploitation. Elle consiste en une somme globale prédéterminée pour la durée de la licence. Or, rien n'empêche que cette somme soit versée en une fois ou selon une périodicité choisie par les parties, annuelle par exemple¹¹²⁸. Dans ce cas, rien ne vient troubler la qualification de licence. Cependant, lorsque le prix représenté par ce forfait est échelonné dans le temps, il n'est pas pour autant caractéristique d'un loyer, et peut aussi bien tenir le rôle du prix de vente. Si la nature de la contrepartie a pu contrarier les qualifications de bail et de vente¹¹²⁹, la périodicité de la contrepartie monétaire forfaitaire n'est qu'un élément – certes important – de régime. Il ne devrait pas influencer le cours des qualifications.

com. Seine, 4 juin 1896, Sirey, 1899 2, 217. spéc. § 3 ; *Contra* : Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code : De l'échange et du louage*, t. 1, Paris, 1852, n° 21, p. 95 et ss.

¹¹²⁴ V. par ex. : CA Paris 4^e ch., 9 oct. 1995 ; RIDA avr. 1996, p. 269, obs. A. Kéréver et p. 311.

¹¹²⁵ Art. L. 131-4 du CPI, complété par l'art. L. 132-6 pour le contrat d'édition. – En ce sens, par ex. : Ph. Allaëys, *Hypothèses de forfait en droit d'auteur*, Prop. intell. 2007, p. 269-278.

¹¹²⁶ En ce sens : B. Laronze, *op. cit.*, n° 476.

¹¹²⁷ Pour le contrat d'édition, v. : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 688 ; J. Rault, *op. cit.*, p. 315.

¹¹²⁸ En ce sens, insistant sur l'opportunité économique des différentes clauses de prix : A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 580, p. 303. – La pratique est constatée en licence de marques : « le contrat de licence de marque peut prévoir le versement d'un *cash* par le licencié au jour de la signature du contrat. Cette pratique est notamment courante lorsque le donneur de licence communique un savoir-faire et/ou des informations confidentielles au licencié. », C. Guthmann, J.-Cl. Marques - Dessins et modèles, fasc. 7402, Licence de marques – Formules. Conseils pratiques, art. 9.

¹¹²⁹ On a vu l'exemple de l'apport en jouissance en société, rémunéré en parts sociales, nous avons exclu la qualification de licence *stricto sensu*. De même, le transfert de propriété d'une chose dont la contrepartie serait un transfert de même nature serait un échange et non une vente.

269. La rémunération proportionnelle, quant à elle, associe l'auteur au succès de l'œuvre. C'est ce dont dispose l'article L. 131-4 al. 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle : la cession « doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation ». L'évaluation de cette rémunération, selon les éléments objectifs¹¹³⁰ que sont l'assiette et le taux, suppose naturellement que l'œuvre ait été exploitée, et donc une dimension de durée. Cette situation est naturellement compatible avec la nature de loyer. Elle est illustrée par des exemples connus : le bail commercial connaît les « clauses-recettes »¹¹³¹. En droit des brevets¹¹³², en droit des marques¹¹³³ ou en droit des dessins et modèles¹¹³⁴, ces clauses sont le principe. Dans ces cas, si l'assiette exacte de la rémunération a fait débat (chiffre d'affaires, bénéfice ou prix de vente des exemplaires au public ?¹¹³⁵), il est d'usage que le prix de la licence dépende, pour tout ou partie, d'une manière ou d'une autre, des résultats de l'exploitation. Si ce régime du prix suggère la nature d'un loyer, rien n'exclut que le prix de la cession-vente connaisse semblables modalités¹¹³⁶. La rémunération proportionnelle, qu'elle soit imposée par la loi impérative ou librement choisie par les parties, ne devrait donc pas influencer sur le cours des qualifications¹¹³⁷.

¹¹³⁰ La cession comme la licence supposent un prix déterminé ou du moins objectivement déterminable. La question posera problème en matière d'édition et de production audiovisuelle où l'objectivité de cette détermination est à relativiser (v. Partie II, *infra* n° 796 et ss.).

¹¹³¹ Par exemple, admettant la « clause-recette », le montant est alors fixé en fonction du chiffre d'affaires du locataire commerçant : Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, « Aff. Théâtre Saint-Georges », Bull. III, n° 30. En ce sens, v. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 691.

¹¹³² J.-J. Burst, *Breveté et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Librairies techniques, 1970, n° 330, p. 194 et n° 408 et ss. p. 251 et ss.

¹¹³³ La pratique est la plus courante en matière de licence de marque. V. par ex. E. Tardieu-Guigues, *J.-Cl. Marques - Dessins et modèles, Fasc. 7400 : Transmission du droit sur la marque*, n° 90 ; C. Guthmann, *J.-Cl. préc.*, Art. 9.

¹¹³⁴ La rémunération proportionnelle reste la règle en raison de l'application du Livre I^{er} du CPI (principe du cumul de protections), F. Greffe, *J.-Cl. Marques - Dessins et modèles, fasc. 3210, Personnes protégées – Cession. Cessionnaires* n° 80 ; P. et F. Greffe, *Traité des dessins et modèles*, Litec, 8^e éd. 2008, n° 1229 et ss.

¹¹³⁵ Si la loi et la jurisprudence n'imposent pas de taux, en revanche, on s'accorde traditionnellement sur l'assiette : le prix de vente des exemplaires (le cas échéant) au public hors taxes. La jurisprudence, constante, confirme cette base de calcul. V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 15 oct. 1996, Affaire Uderzo, Bull. I, n° 356, p. 249, RIDA, janv. 1997, p. 321 ; D. Aff., 1996, p. 1396 ; *Contra* : A. Lucas, L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur, D. 1992, p. 269, proposant la base du chiffre d'affaires de l'éditeur. V. également, démontrant que le choix de cette assiette présente des inconvénients et n'est pas immuable : F. Gaullier, G. Vercken, Rémunération proportionnelle des auteurs : Atténuations et remises en cause du principe de l'assiette « prix public hors taxes », Prop. intell., avril 2006, n° 9, p. 155.

¹¹³⁶ En droit des brevets, la solution est admise, v. par ex. : TGI Paris, 3^e ch., 22 mars 2002 (Clause de cession d'exploitation insérée dans une cession de brevet), Prop. ind., janv. 2003, p. 20, comm. n° 1, J. Raynard ; *Adde* : J. Huet, *op. cit.*, n° 11189, pour les exemples de la cession de fonds de commerce ou de droit sociaux. – Pour la cession de marques : v. par ex. E. Tardieu-Guigues, *J.-Cl. préc.* n° 29 ; C. Guthmann, *J.-Cl. préc.*, Art. 4, pour qui le cas est évoqué mais resterait peu fréquent. Pour la cession de brevet à prix proportionnel : C. Meyrueis, *La cession d'invention brevetée*, Thèse, Strasbourg, 1991, n° 522, p. 344.

¹¹³⁷ En ce sens, en général : V. Fortier, *Le prix proportionnel*, Thèse, Montpellier, 1986, n° 434, p. 289.

270. Entre forfait et rémunération proportionnelle : un critère peu pertinent.

Enfin, il est des cas où la frontière entre forfait et rémunération proportionnelle peut s'avérer bien poreuse en pratique. Tout d'abord, l'association d'un forfait à la rémunération proportionnelle est fréquente. On ne songera pas à en déduire le caractère mixte de l'opération. Autrement stipulée, une rémunération « théoriquement » proportionnelle peut produire les mêmes effets qu'un forfait¹¹³⁸. Nous pouvons citer la pratique de l'« à-valoir sur rémunération proportionnelle », que l'on trouve dans la plupart des contrats associant une commande à une licence ou une cession. Un exemple significatif en est offert par le contrat de traduction d'une œuvre littéraire, contrat autorisant pourtant le recours au forfait « à la demande du traducteur »¹¹³⁹ (*sic*). Cette pratique est aujourd'hui « codifiée » dans un « Code des usages pour la traduction d'une œuvre de littérature générale »¹¹⁴⁰. De fait, cet à-valoir, sur lequel est censé s'imputer la rémunération proportionnelle d'un nombre initial élevé d'ouvrages, représente souvent l'essentiel de la rémunération attendue par l'auteur, et son montant est calculé dans cet esprit. Tirer du mode de calcul « faussement proportionnel » de la rémunération un critère de la distinction entre cession et licence reposerait ici sur des bases incertaines. Cette expression ne préjuge en rien de la légitimité de cette pratique, souvent plus favorable à l'auteur qu'une rémunération exclusivement proportionnelle. Cette pratique a également cours en matière d'audiovisuel, sous un jour semble-t-il plus négatif¹¹⁴¹.

271. Enfin, comme signe de la nécessaire indifférence du mode de rémunération choisi dans la qualification de cession ou de licence, on mentionnera la possibilité de substituer le forfait à la rémunération proportionnelle (article L. 131-4 du CPI *in fine*¹¹⁴²).

¹¹³⁸ Un auteur évoque les « paiements forfaitaires distincts du forfait » : Ph. Allaëys, *Hypothèses de forfait en droit d'auteur*, Prop. intell., 2007, p. 269-278, spéc. p. 270.

¹¹³⁹ Art. L. 132-6 7° du CPI.

¹¹⁴⁰ Extrait de l'art. IV : « VI – Rémunération du traducteur

Les parties rappellent que, sauf convention contraire, la rémunération du traducteur doit être calculée et versée ouvrage par ouvrage. (...) Sauf cas particulier d'une rémunération forfaitaire, la rémunération du traducteur est assurée par :

- un à-valoir sur droits d'auteur proportionnels, dont le montant, négocié entre les deux parties et fixé au contrat, dépend notamment de la longueur et de la difficulté de la traduction, ainsi que de la compétence et de la notoriété du traducteur. / - un droit d'auteur proportionnel aux recettes provenant de l'exploitation de l'ouvrage. (...) »

¹¹⁴¹ Sur ce constat : Ph. Allaëys, art. préc. spéc. p. 277. L'auteur, par ailleurs critique, note : « Une parade très pratiquée pour éluder l'obligation de verser une rémunération proportionnelle est celle de prévoir un minimum garanti élevé et un taux de rémunération suffisamment faible pour que l'avance garantie ne soit jamais recoupée et donc suivie d'un paiement de redevances proportionnelles. »

¹¹⁴² « Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties. »

Cette modification du contrat ne peut intervenir, à la demande de l'auteur (*sic*)¹¹⁴³, qu'en cours d'exécution du contrat et non à sa formation. Il s'agira en fait d'annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties. Cette faculté de conversion est présentée comme une façon de simplifier la gestion des contrats en cours¹¹⁴⁴. Cet exemple nous intéresse à deux titres : le forfait ou la rémunération proportionnelle ne devraient pas être associés à des qualifications contractuelles de vente ou de bail, car on imagine mal le contrat d'auteur changer de nature juridique au cours de son exécution (la convention serait néanmoins théoriquement possible et pourrait être rapprochée, dans ses effets et très prudemment, du crédit-bail¹¹⁴⁵). Par ailleurs, cet exemple démontre surtout que le forfait ne doit pas être confondu avec la notion d'instantanéité, la loi prévoyant expressément son échelonnement, lui conférant ainsi un caractère successif.

III – L'obligation d'exploiter et la distinction entre cession et licence

272. Plan. Certaines thèses justifient la présence d'une obligation d'exploiter au regard de la nature particulière de la cession (A) ; elles appelleront la critique (B).

A – Thèses justifiant la présence d'une obligation d'exploiter au regard de la nature particulière de la cession

¹¹⁴³ L'expression, rencontrée plus haut, peut surprendre. De fait, l'initiative est généralement celle de l'exploitant : en ce sens, v. F. Gaullier, G. Vercken, art. préc., *in fine*.

¹¹⁴⁴ Ph. Allaey, art. préc., spéc. p. 276. L'auteur souligne deux difficultés d'interprétation de ce texte : « l'on ne voit pas ce qui empêcherait les parties de prévoir cette conversion immédiatement après avoir signé le contrat. ». Néanmoins, si la conversion est concomitante à la signature du contrat, on retombe dans l'hypothèse du forfait. Ensuite, le texte évoque « les contrats en cours », ce qui suggère que l'éditeur doit être lié à l'auteur par au moins deux contrats (ce sera généralement le cas, en raison du contrat d'adaptation audiovisuelle fréquemment associé au contrat d'édition).

¹¹⁴⁵ Mais ce mécanisme de financement est-il pour autant dans l'esprit du contrat d'auteur ? Ce n'est pas à exclure : son recours a été envisagé en matière de logiciels (v. E. M. Bey, *Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ?*, Gaz. Pal., 1985, doctrine, p. 396), et la pratique de l'audiovisuel en témoigne. A moins que le crédit-bail ne porte sur le droit d'auteur à proprement parler (exploitation), l'étude précitée suppose l'existence d'un droit d'usage du logiciel, concevable en 1985, mais que nous avons démenti après observation du droit positif (v. *supra* n° 84 et ss.) – La question est également évoquée par M. Gautier en matière d'audiovisuel. Le schéma est le suivant : un établissement financier finance un film et se voit céder les droits d'auteur, puis le loue au producteur (crédit preneur) contre un loyer tiré des recettes. Au terme de l'opération : le rachat du film par le producteur. L'opération demeure innommée car non prévue par la liste limitative de l'art. 313-7 du CMF). Elle ne se fonde pas davantage dans les contrats d'exploitation du CPI ou les opérations simples du Code civil : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, 6^e éd., PUF, 2007, n° 64 (non repris dans l'éd. suivante). L'auteur cite l'article de Y.-H. Nedelec, *Images juridiques*, 1^{er} août 1990, p. 1.

273. Obligation d'exploiter et licence. Précédemment, nous avons démontré en quoi la mise à disposition de l'œuvre se prêtait parfaitement à la qualification de licence, entendue comme synonyme de bail. Nous constatons alors que l'exploitation de l'œuvre s'accordait au mieux avec la notion de jouissance locative, peu important que l'exploitation ne soit qu'une simple faculté reconnue au licencié, ou que par l'effet de stipulations contractuelles, elle devienne une véritable obligation¹¹⁴⁶. Si des voix isolées avaient pu y voir un argument pour écarter la qualification de location, l'argument s'est révélé peu décisif.

274. Obligation d'exploiter et cessions. En revanche, l'argument est plus perturbant lorsqu'il s'agit d'éprouver la qualification de cession. Nous avons vu que la « cession », terme employé par le Code de la propriété intellectuelle dans un sens générique dépourvu de valeur qualificative, devrait en toute rigueur se concevoir comme le synonyme de vente des utilités de l'œuvre, ou désigner, par extension, les contrats emportant effet réel. Une *summa divisio* de la matière est présentée par une doctrine « classique » qui distingue les contrats comportant obligation d'exploiter des cessions « pures et simples »¹¹⁴⁷. Si les premiers commentateurs de la loi du 11 mars 1957, en particulier Desbois, hésitaient à calquer la distinction entre cession et licence (concession), ce n'était pas tant pour exclure la licence, comme le fait la doctrine la plus récente, mais par crainte des effets préjudiciables à l'auteur d'une cession « pure et simple » entendue comme strict synonyme de vente¹¹⁴⁸. Aussi l'auteur, en admettant de la formule de « cession »¹¹⁴⁹, s'attachait-il à démontrer son association à une obligation d'exploitation en cas d'exclusivité¹¹⁵⁰. Ainsi, en admettant l'effet réel des deux formules, la cession « pure et simple » pourrait s'accommoder de la qualification de vente, alors que la nature de la cession avec obligation d'exploitation serait

¹¹⁴⁶ Une obligation d'exploiter pèse-t-elle sur le licencié ? C'est ce débat que l'on tranchera en étudiant la licence non plus comme une opération isolée, mais en tant que composante d'un contrat complexe et impératif (v. *infra* n° 756 et ss.).

¹¹⁴⁷ V. par exemple Desbois, *op. cit.*, n° 492 ; C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz, 1999, n° 330, p. 262 ; S. Denoix de Saint Marc, Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir du contrat de commande, RIDA, janv. 1999, n° 1, p. 3. Pour cet auteur, la nature du droit d'auteur français n'impose pas l'obligation d'exploitation, car il donne lieu à des cessions. – Distinction observable en jurisprudence : Cass. 1^{re} civ. 18 oct. 1994 « Polygram », RIDA, juill. 1995, p. 271, note A. Kerever, D. 1994, IR, p. 249.

¹¹⁴⁸ H. Desbois, *op. cit.*, n° 492, p. 608, spéc. § 3. En ce sens, notamment : R. Fernay, La cession et le contrat d'édition, RIDA, avril 1958, n° 19, p. 257 (v. spéc. p. 295).

¹¹⁴⁹ L'auteur – qui ne recourt pas pour autant à la notion d'effet réel – précise : « le contrat d'édition repose sur une cession, et non pas sur la base d'un droit personnel, qui appartiendrait à la même famille que les concessions de brevets d'invention. », *Ibid.* n° 492, p. 607, § 2. – Le recours à l'effet réel est fait pour l'exposé théorique des notions de cession et de concession (*Ibid.* n° 491, p. 605), mais n'intervient pas dans leur confrontation à la conception française. Antérieurement, Desbois a pu analyser le contrat d'édition en termes de concession (v. H. Desbois, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, D. 1957, Lég. 357).

¹¹⁵⁰ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 492, p. 610, spéc. § 5.

toute autre. Dès lors, le postulat d'une obligation d'exploiter suffirait à exclure définitivement la qualification de cession en vente¹¹⁵¹. Cette thèse doit cependant être rejetée, en vertu de différents arguments.

275. Obligation d'exploiter et hypothèse d'une licence à effet réel. Notre opposition entre cession et licence repose sur série de constats qui ne devraient pas échapper à la discussion : la licence est porteuse d'effets personnels, et la cession, pour l'essentiel, d'effets réels. Les auteurs actuels qui font porter à tout contrat sur l'œuvre un caractère nécessairement réel disqualifient la licence au profit de la qualification de cession. Cette analyse ne doit pas être confondue avec l'ancien débat sur la nature du droit du preneur : rejeter la location (licence) au profit de la vente (cession) est une chose, admettre la location et lui prêter des effets réels¹¹⁵² en est une autre. Sans revenir ici au débat sur la nature du droit du preneur, on mentionnera deux cas pour lesquels on a pu être tenté de prêter un effet réel au contrat de location ou de licence. La simple existence de ces discussions atteste que l'obligation d'exploitation ne préjuge pas de l'effet réel ou personnel du contrat. Ainsi, des contrats que l'on ne songe plus à qualifier de *sui generis* posent des problèmes de classification semblables à ceux rencontrés avec la cession et la licence. Par exemple, s'agissant du bail commercial, la doctrine comme la pratique désignent par les termes de « propriété commerciale » la stabilité conférée par la loi au preneur d'un bail commercial : « l'ampleur de la durée de jouissance consentie par le bailleur « réalise » le titre d'occupation du preneur. (...) Tout se passe comme si le bail dégénérait en une de vente édulcorée. »¹¹⁵³. Il est vrai que l'on s'accorde à critiquer la justesse de la notion de « propriété commerciale » ; mais on en reconnaît ce faisant le pouvoir évocateur. L'obligation d'exploitation du preneur n'a en aucun cas gêné cette analogie avec l'effet réel. La comparaison est-elle plus sûre avec certains baux que la loi elle-même pourvoit d'un effet réel ? Tel est le cas du bail à construction, qui associe l'effet réel (article L. 251-3 C. constr. hab.) et un élément essentiel qu'est l'obligation de construction du preneur¹¹⁵⁴. Tel est le cas aussi du bail emphytéotique. Mais la lecture que l'on en peut avoir est à l'inverse de celle du bail commercial : l'effet réel

¹¹⁵¹ En ce sens, v. également : A. Tournier, Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?, RIDA, juill. 1958, XX, p. 3. (v. spéc. p. 19) ; 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, n° 49.

¹¹⁵² V. not. les références citées *supra* (Introduction) n°VIII. Par ex. : J. Derruppé, Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, *Mélanges L. Boyer*, Toulouse, 1996, p. 169.

¹¹⁵³ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 265 ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et des sociétés*, 12^e éd. Economica, 2003, n° 646 et s.

¹¹⁵⁴ Par ex. v. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 486.

de l'emphytéose est certain (article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime), et son caractère de bail est en revanche contesté¹¹⁵⁵.

276. La cession appréhendée comme un effet du contrat de licence ? Critique.

Une autre thèse, isolée¹¹⁵⁶, se propose de mettre à mal le rattachement de la licence aux contrats à effet strictement personnel, mais permettrait d'illustrer la compatibilité de l'obligation d'exploiter une chose avec un mécanisme d'effet réel. Selon cette conception, le terme de « cession » énoncé par le CPI n'impliquerait pas de prise de parti concernant la qualification du contrat d'auteur (vente, louage, etc.), ce que nous admettons volontiers. En revanche, cette « cession » serait une réalité juridique en tant qu'effet du contrat d'auteur. Ainsi, la licence, dont l'effet principal demeurerait la constitution d'un droit personnel de jouissance d'une chose, aurait en outre un effet translatif portant sur les fruits de la chose consistant en chaque acte d'exploitation de l'œuvre. L'analyse confronte le droit d'accession du propriétaire et la simple qualité de détenteur (et non de possesseur) du preneur, pour fonder juridiquement la nécessité d'un transfert des fruits du premier au second. De la sorte, l'obligation d'exploitation, qui peut disqualifier la vente¹¹⁵⁷, ne contredirait pas pour autant la qualification de cession annoncée par le CPI, qui ne serait qu'une référence à cet effet translatif des fruits. Cette construction, quoique stimulante, repose sur une vision éculée du droit aux fruits dans le bail. En effet, sous d'importantes nuances, on reconnaît unanimement que l'attribution de la propriété des fruits au preneur ne relève pas d'une cession, mais que ceux-ci naissent dans le patrimoine du locataire sans détour par celui du propriétaire¹¹⁵⁸. L'idée qui guide cet argumentaire est louable, en ce qu'elle tente d'accorder la lettre des textes évoquant la « cession » avec l'in vraisemblance qui résulte d'une telle qualification imposée à tous les contrats d'auteur. Admettre l'absence de transfert des fruits de la chose louée du bailleur au preneur nous amène à la conclusion inverse. Il est dès lors vain de rechercher dans le terme de « cession » la volonté d'une stricte qualification contractuelle. La thèse présentée ci-dessus en est finalement l'illustration : la complexité d'analyse que suscite

¹¹⁵⁵ *Ibid.* n° 482 : « n'étant pas un bail (...) ».

¹¹⁵⁶ S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec-IRPI, 2009, n° 493

¹¹⁵⁷ En cas de rémunération proportionnelle, celle-ci n'étant pas l'accessoire d'une obligation d'exploitation, argument que nous discuterons.

¹¹⁵⁸ Cela en vertu du contrat de bail : H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de Droit civil, T.III vol. 2 Principaux contrats (2^e partie), Baux d'habitation, Baux ruraux, Entreprise, etc.*, 5^e éd. Par M. de Juglart, Montchrestien 1985, n° 1069, p. 386 et s : « Le droit du preneur, s'il n'est pas un *jus in re*, un droit réel, est un *jus ad rem*, un droit de créance particulier qui s'exerce à propos d'une chose. » – On a également expliqué ce mécanisme par la notion de jouissance d'utilité : M. Zenati-Castaing. – Sur la définition de la jouissance locative, v. *supra* n° 157.

une compréhension littérale du terme de cession n'apporte rien à la matière et n'aide certainement pas à sa compréhension.

277. L'obligation d'exploitation ou l'apparence d'un critère de distinction des cessions et des licences. Tout d'abord, il est évident que le transfert de propriété, et partant de droit réel, autorise nécessairement au cessionnaire l'exploitation. Ce qui est vrai en droit commun n'est pas contredit en propriété intellectuelle : le droit consenti est nécessairement un droit d'exploitation¹¹⁵⁹. Mais cette exploitation, si le contrat échappe aux régimes impératifs du CPI, doit être stipulée pour devenir une véritable obligation : l'effet réel ou personnel du contrat n'apporte pas de changement sur ce point. En droit d'auteur, contrairement à ce que l'on observera en propriété industrielle, l'obligation d'exploiter peut se « fondre », mais non se fonder, dans les obligations comparables du locataire ou de l'usufruitier de conservation de la chose¹¹⁶⁰, découlant indirectement de la nécessité du breveté ou du titulaire de marque d'exploiter son propre droit¹¹⁶¹. Selon la formule évocatrice d'un jugement ancien relatif au droit d'auteur, « le droit de disposer ainsi de son œuvre pour en tirer une valeur vénale et de passer dans ce but des contrats s'analyse en une simple faculté dont l'exercice est subordonné à un acte de volonté purement potestatif »¹¹⁶².

Il existe cependant une différence majeure entre la cession et la licence de droit d'auteur sur ce point : certes, dans le cas de la licence, l'obligation d'exploitation est « accidentelle » car elle suppose une clause¹¹⁶³. Pour autant, elle ne remet pas en cause la qualification de l'acte dans son ensemble : la jouissance locative peut être une obligation pour le preneur, elle ne change pas pour autant de nature¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁹ Nous avons montré qu'un *usus* conçu comme un droit d'usage de l'œuvre *stricto sensu* n'avait pas de sens en droit d'auteur *positif* : utiliser l'œuvre telle que protégée par le droit d'auteur, c'est nécessairement l'exploiter (*fructus*). – En ce sens : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 333, p. 491 : « L'acquisition des fruits est en fait une forme d'usage, certains biens ne présentant d'autre utilité que celle de produire des fruits, ce qui explique qu'elle soit réputée incluse dans la notion de jouissance. ».

¹¹⁶⁰ Sur la comparaison des situations en droit d'auteur et en droit de la propriété industrielle, v. *infra*, par ex. n° 792. L'obligation d'exploiter du licencié exclusif a pu être rapprochée de l'obligation de conservation de la chose, que l'on peut déduire notamment de l'obligation de restitution (art. 1730 C. civ.). L'usufruitier connaît une obligation de conserver la substance de la chose (art. 578 et 618 C. civ.) aux effets comparables.

¹¹⁶¹ Si une obligation d'exploitation pèse sur le cessionnaire d'un brevet ou d'une marque, ce n'est pas en tant que contractant, mais en tant que propriétaire (risque de licence obligatoire pour le brevet ou de déchéance pour la marque). La source de cette obligation est donc différente de l'obligation d'exploiter du licencié ou de l'usufruitier. On se gardera donc de la confusion consistant à y voir une identité de situation entre cessionnaire et licencié. Comp., en ce dernier sens : B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 460, p. 208.

¹¹⁶² Affaire Jamin c. Dame Canal, T. civ. de la Seine, 1^{er} avril 1936, D. 1936, II, p. 65, note M. Nast, Confirmé en appel : CA Paris, 23 févr. 1938, Sirey, 1938, I, p. 169, note Esmein.

¹¹⁶³ Ce point fera l'objet d'une démonstration, v. *infra* n° 756 et ss.

¹¹⁶⁴ Ce qui est valable pour le principe. En réalité, nous constaterons que même si leurs contrats sont organisés autour de licences, les obligations d'un éditeur ou d'un producteur ne peuvent être réduites à cette formule.

Quant à la jouissance de l'usufruitier ou du propriétaire, cessionnaire, de l'œuvre, elle pourrait aussi être obligatoire, mais cette obligation relèverait de toute autre chose que de l'usufruit ou de la vente. Elle établirait un lien d'obligations entre les parties qui porterait une atteinte considérable à la libre jouissance de la chose. Elle dépasserait dans leur portée les liens personnels que produisent traditionnellement les contrats à effet réel (délivrance¹¹⁶⁵, prix, garanties). De plus, si l'indépendance théorique entre l'usufruitier et le nu-propriétaire est à juste titre relativisée par l'observation des régimes juridiques, l'obligation de faire qui lierait le propriétaire auteur à l'usufruitier exploitant ferait disparaître toute trace de ce principe.

278. Une propriété affectée ? On objectera à cela que la propriété des utilités de l'œuvre pourrait être « affectée » à une exploitation, sans pour autant remettre en cause la nature de propriété. Tout comme en droit commun, la question reste débattue¹¹⁶⁶. A l'admettre, l'affectation d'une propriété ne remettrait pas en question la qualification de cession, vue comme une simple technique de mise à disposition de la chose. Et l'on pourrait arguer que la qualification de vente ne change pas en fonction de la finalité de celle-ci, de l'affectation à une exploitation, ou encore de la présence d'une charge d'exploitation¹¹⁶⁷. Toutefois, maintenir la qualification de vente en cas d'obligation d'exploitation deviendrait ici insoutenable, car cela réduirait le contrat d'exploitation à son « radical » : l'effet réel. Or, cet effet réel est un moyen plutôt qu'une fin. Caractéristique de la vente, l'effet réel, dans le contrat d'exploitation (édition, production, ou autre contrat innommé) devient en quelque sorte « l'accessoire » du « principal »¹¹⁶⁸ que constitue l'exploitation¹¹⁶⁹. C'est d'ailleurs en constatant cette insuffisance de la vente, archétype du transfert onéreux de propriété, que la cession de l'œuvre est évoquée en termes de fiducie par une importante doctrine, dont nous écarterons les conclusions pour de tout autres raisons.

¹¹⁶⁵ Pour l'usufruit, il s'agirait d'une action réelle en délivrance. F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 345.

¹¹⁶⁶ Le débat se noue principalement autour de la fiducie, récemment introduite dans notre droit. Le fiduciaire est-il un véritable propriétaire, en dépit de la détermination des modalités d'exercice de son droit ? (V. *infra* n° 386 et ss.).

¹¹⁶⁷ R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, n° 384 et ss. ; *Ibid.* n° 473 : « (...) le contrat d'auteur est une vente (ou une entreprise) consentie avec *charge d'exploitation* pour le partenaire économique. » ; N. Blanc, *op. cit.*, n° 287.

¹¹⁶⁸ Nous plaçons ces termes évocateurs entre guillemets, car nous verrons qu'en termes de qualification, les éléments que constituent l'autorisation d'exploiter (obligation de *dare* ou de *praestare*) et l'organisation des modalités de l'exploitation (obligations de faire) ne relèvent pas à proprement parler d'une relation de principal à accessoire.

¹¹⁶⁹ On a vu que la prestation caractéristique du contrat d'auteur pouvait être la mise à disposition ou, le cas échéant, l'obligation d'exploitation (v. conception de M. Raynard, *supra* n° 63).

279. L'obligation d'exploitation, accessoire du prix proportionnel de la vente? Traitant des liens entre qualification de vente et rémunération proportionnelle de la cession de droit d'auteur, la doctrine dominante affirme, et il nous est permis d'y souscrire, que la qualification de vente pourrait être reçue lorsque la rémunération proportionnelle s'associe à une obligation d'exploitation¹¹⁷⁰. L'obligation d'exploitation ne serait que le corollaire, la conséquence de l'obligation de payer le prix, celui-ci étant alors lié à la rentabilité de la chose. Poussant cette analyse autorisée dans ses retranchements, un auteur poursuit : lorsque la cession comporte une obligation d'exploiter, mais associée à une rémunération *forfaitaire*, elle se verrait en revanche exclue de la qualification de vente. En effet, en pareil cas, la rémunération n'étant plus fonction de l'exploitation de l'œuvre, le lien de principal à accessoire entre prix et exploitation serait brisé. L'obligation d'exploiter serait alors un élément dénaturant la vente¹¹⁷¹. Il est permis de s'interroger sur la pertinence de l'argument. En effet, nous ne saurions affirmer que l'obligation d'exploitation est l'accessoire du prix proportionnel. La solution, parfois regrettable, reflète pourtant le droit positif : en droit d'auteur, le prix proportionnel n'implique aucune obligation d'exploitation¹¹⁷². *Le prix est la contrepartie, la réciprocité de la jouissance qui autorise l'exploitation*. Le fait qu'il soit *proportionnel ou forfaitaire n'en est qu'une modalité*. L'exploitation n'est donc pas l'« accessoire » d'un « principal » que serait le prix proportionnel. Les deux objets d'étude sont indépendants, et si certains contrats du CPI relient ces deux modalités dans l'intérêt de l'auteur, elles peuvent exister alternativement dans un contrat. La réticence que l'on peut avoir à qualifier de vente une opération associant un transfert à une obligation d'exploitation pourra être vaincue par l'étude de la structure exacte des contrats d'exploitation du droit d'auteur. Ce point, qui sera l'objet de notre seconde partie, doit être dès à présent évoqué à titre d'hypothèse.

¹¹⁷⁰ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 643 et 645, p. 572 et s. ; Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, n° 479, p. 329 ; J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6^e éd., 2006, n° 472. Dernièrement, en ce sens : N. Blanc, *op. cit.*, n° 298 ; S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec-IRPI, 2009, n° 525. Ce dernier auteur opère une distinction des cas dans lesquels l'obligation d'exploiter est un accessoire du prix (et ne contredirait pas la vente) et les cas dans lesquels les deux éléments sont dissociés (excluant la qualification de vente). Il nous semble plus conforme à l'état du droit positif de considérer que ces éléments sont disjoints par principe.

¹¹⁷¹ « (...) aucune raison déterminante ne commande l'éviction de la qualification de vente lorsque l'obligation d'exploiter apparaît l'accessoire de la rémunération proportionnelle (...) », S. Raimond, *op. cit.*, n° 563 et n° 548. Comp., rejetant cette qualification en présence d'une obligation d'exploiter v. par ex. : J. Lardeur, *Du contrat d'édition en matière littéraire*, Arthur Rousseau, 1893, p. 23 et s.

¹¹⁷² Pour la démonstration : V. *infra* n° 777.

B – Thèse retenue : l'indifférence de l'obligation d'exploitation dans la distinction entre cession et licence, éclairée par la distinction entre contrat d'autorisation et contrat d'exploitation

280. Le débat sur l'opportunité de disqualifier la vente en cas d'obligation d'exploiter non reliée à un prix proportionnel, ou d'admettre cette qualification lorsque le prix proportionnel est relié à l'obligation d'exploiter, nous semble quelque peu vain en droit d'auteur. Il manifeste la confusion classique entre l'autorisation de jouir de l'œuvre et le contrat spécial d'exploitation du droit d'auteur organisant cette exploitation. La conception que l'on exposera en seconde partie doit être brièvement présentée ici : les contrats d'exploitation du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁷³ sont construits autour d'une autorisation d'exploiter une œuvre que l'on qualifiera de vente, bail, transfert ou constitution de droit réel selon les cas. Mais ils ne sauraient se résumer à ces formules élémentaires. Pourquoi ne pas admettre que le contrat d'édition, par exemple, soit fondé sur la vente ou la location d'une œuvre par un exploitant ? En revanche, déduire de ces formules « simples » l'obligation de commercialiser des exemplaires et de promouvoir une œuvre est hasardeux. De même, nous verrons que le contrat de production audiovisuelle contient une présomption de « cession » qui, à l'analyse, pourrait selon les cas relever soit de la vente, soit du bail. Mais pourquoi les multiples étapes qui jalonnent la réalisation et l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle se résumeraient-elles à ces formules élémentaires ?

Plutôt que de voir une nature particulière dans l'acte d'autorisation (fiducie, cession finalisée, *sui generis*), ou de résumer inutilement les contrats d'exploitation à des formules élémentaires (vente, bail)¹¹⁷⁴, on peut également considérer l'obligation d'exploitation et la précision de ses modalités comme un pacte qui vient s'ajouter à la cession. Elle n'ôte pas à la cession sa qualification de vente, et confirme l'application de son régime pour ce qui est relatif au transfert de propriété, au prix, aux garanties, etc. Cependant, l'exploitation d'une œuvre est une opération complexe. La vente des utilités d'une œuvre, la constitution d'un droit réel sur celle-ci, ou encore la licence, ne sont généralement que les mécanismes juridiques fondamentaux intégrant des opérations plus vastes dont l'objet est l'exploitation d'une œuvre.

¹¹⁷³ Principalement : contrat d'édition, de production audiovisuelle, contrats de représentation, commande pour la publicité.

¹¹⁷⁴ Nous développerons cette problématique en seconde partie.

281. Conclusions. L'obligation d'exploiter se fonde dans la qualification de bail ; en revanche, elle est étrangère à la vente. L'idée d'obligation d'exploitation n'est pas pour autant antinomique de la vente, ou du moins du contrat à effet réel. Il faut pour cela se représenter l'obligation d'exploitation comme un pacte susceptible de s'ajouter à une vente sans pour autant en déformer l'essence.

282. Conclusion du paragraphe 1. Les dispositifs de protection de l'auteur relevant de la sphère patrimoniale se sont avérés indifférents à la qualification de cession ou de licence. Tout en maintenant cette conclusion, un certain choix entre les différentes analyses qui la fondent reste permis : ainsi, la destination, la rémunération proportionnelle, l'obligation d'exploiter peuvent être considérés comme compatibles avec l'objet du contrat (la location et la destination) ou plus simplement extérieurs (la vente et l'obligation d'exploiter). Compatibles ou indifférents, ces dispositifs sont dans les deux cas insusceptibles d'interférer dans la qualification de cession ou de licence. L'intérêt de cette conclusion est grand : ces éléments étant généralement marqués par un caractère impératif, leur indifférence dans les qualifications de cession et de licence suggère à ce stade la liberté de choix entre ces formules contractuelles concurrentes, et une place accordée à l'autonomie de la volonté en droit d'auteur.

Le débat qui suit est structurellement le même. Ainsi, nous savons que l'existence des droits moraux, autre source importante de règles impératives, est l'un des principaux arguments pour dénier la possibilité d'une véritable cession du droit d'auteur. Le lien entre l'œuvre et son auteur serait maintenu par ce faisceau de prérogatives. Or, l'observation nous permet d'émettre une hypothèse que le développement qui suit devra éprouver : ces droits sont d'une part extérieurs au contrat ; d'autre part, leur influence avérée sur le contenu contractuel ne remet pas en cause l'objet de ce dernier. Les droits moraux ne devraient pas affecter la *concurrence* entre les qualifications de cession et de licence.

§ 2 – L'indifférence des droits moraux sur la qualification contractuelle

283. Plan. L'intervention des droits moraux sur le contrat porte ici sur l'étendue des actes autorisés ou prohibés, ce qui nous amène à nous interroger à nouveau sur *l'objet* du contrat, entendu par ellipse comme « la chose ». Ces champs de recherche sont immenses ; aussi nous limiterons-nous à cette question, la seule indispensable à notre étude : *l'impact des*

droits moraux sur les droits accordés à l'exploitant est-il susceptible d'affecter la présence des deux catégories contractuelles que sont la cession et la licence ? La question sera abordée selon deux points d'observation : d'abord l'exclusion des droits moraux de l'assiette de l'autorisation donnée par l'auteur (*I*), ensuite l'impact des droits moraux sur le contenu de cette autorisation (*II*).

I – L'exclusion des droits moraux de l'assiette de l'autorisation

284. Plan. Le principe d'inaliénabilité des droits moraux interdit à ces derniers d'intervenir sur la qualification du contrat, car ils échappent à l'objet du contrat. Il nous sera indispensable de réaffirmer le principe d'inaliénabilité des droits moraux, qui survit au gré des adaptations que l'on peut y apporter (*A*). De ce principe, il conviendra de tirer les conséquences sur les qualifications concurrentes de cession et de licence (*B*).

A – Le principe d'inaliénabilité des droits moraux : l'impossible « licence de droit moral »

285. Plan. La présence d'atténuations aux effets de ce principe cardinal du droit d'auteur ne devrait pas le fragiliser pour autant (*I*). La conséquence la plus élémentaire de ce principe est l'impossibilité de concevoir en droit français des cessions – cela va de soi – mais également – et la question est alors discutée – des licences de droit moral (*2*).

1 – La vigueur du principe d'inaliénabilité des droits moraux et son atténuation constatée

286. L'inaliénabilité des droits moraux de l'auteur¹¹⁷⁵. Les droits moraux présentent une série de caractères permettant à la doctrine dominante de prétendre à une certaine unité. Comme nous l'avons vu, les thèses divergent à l'extrême : tantôt en faveur de la catégorie des droits de la personnalité, dans lesquels ils occupent cependant une place à part, tantôt rattachés à la catégorie du droit de propriété, ou conçus comme une série de

¹¹⁷⁵ Comp. la reconnaissance de l'inaliénabilité du droit moral de l'artiste-interprète : Cass. soc. 10 juill. 2002, Tenenbaum, dit Jean Ferrat c. Sté Universal Music, JCP G, 2003, II, 10 000, note Ch. Caron ; Légipresse, 2002, n° 195, III, p. 174, note A. Maffre-Baugé.

dérogrations à l'exercice normal de celle-ci¹¹⁷⁶. Une constante : c'est généralement l'œuvre, et non l'auteur, qui est objet d'un droit moral¹¹⁷⁷. Ces droits moraux présentent certains caractères, dont chacun trouve des limites : perpétuité¹¹⁷⁸, imprescriptibilité, inaliénabilité¹¹⁷⁹, caractère absolu, c'est-à-dire opposabilité *erga omnes*, objet incorporel mais pour autant « droit attaché à la personne » (article L. 121-1 du CPI)... Les différentes conceptions semblent s'accorder sur un point : « L'inaliénabilité du droit moral est de l'essence de ce droit »¹¹⁸⁰.

Le principe est illustré par une phrase célèbre de Desbois, souvent tronquée de la nuance qui la suit, et que nous citerons ici : « L'*inaliénabilité* procède de la nature extra-patrimoniale des attributs de droit moral : l'auteur ne peut renoncer à la défense de sa personnalité sous peine de commettre un « suicide moral ». Mais encore convient-il de mesurer la portée de la prohibition. Les attributs du droit moral ne peuvent avoir la même énergie en toute circonstance. »¹¹⁸¹. Nous tiendrons le principe d'inaliénabilité pour acquis ainsi que les limites légales¹¹⁸² ou conventionnelles qu'on lui prête habituellement.

287. Cas d'inflexion du principe d'inaliénabilité. Les aliénations du droit de divulgation¹¹⁸³ et l'hypothèse d'école de celle du droit de retrait ou de repentir¹¹⁸⁴ ont fait

¹¹⁷⁶ V. Partie I, Titre I, Ch. I (*supra* n° 13 et ss.) sur les différentes conceptions du droit d'auteur reçues par la doctrine sous l'empire de la loi du 11 mars 1957.

¹¹⁷⁷ Par exemple F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 554.

¹¹⁷⁸ V. par exemple, pour le constat d'un aménagement de ce caractère : Gutierrez-Lacourt S., *Le temps dans les propriétés intellectuelles. Contribution à l'étude du droit des créations*, Litec, 2004. Contestant plus nettement ce caractère perpétuel : A. Lucas-Schloetter, Cosette ou le temps des illusions : de la prétendue perpétuité du droit moral en droit français, *Droit de la famille*, mars 2002, p. 8.

¹¹⁷⁹ V. par exemple B. Parisot, L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique, *D. S.*, 1972, Chron. p. 71. spéc. n° 14 et ss. ; J. Raynard, Le droit à la paternité de l'auteur de l'œuvre de l'esprit, *JCP* 1989, Cahiers du Droit de l'entreprise, n° 2, p. 33.

¹¹⁸⁰ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 360.

¹¹⁸¹ H. Desbois, *op. cit.*, n° 382, p. 470.

¹¹⁸² Par ex. l'art. L. 121-5 du CPI relatif à l'achèvement de l'œuvre audiovisuelle ou l'art. L. 121-7 restreignant les droits moraux de l'auteur du logiciel. La dévolution successorale des droits moraux obéit à un régime particulier, illustre une certaine transmissibilité des droits moraux. Sur ces questions, v. notamment : J.-L. Goutal, Le droit moral et les contrats d'exploitation des œuvres, in : M.-C. Piatti (dir.), *Autonomie de la volonté et contrats de propriété intellectuelle*, Les cahiers juridiques du Sud-est, Aurely Lyon 1997, p. 103 et ss.

¹¹⁸³ *Droit de divulgation et inaliénabilité* – Sur le sujet, v. notamment O. Lalignat, *La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983, p. 239 et ss. ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 305 et ss., p. 279 et ss. Cet auteur doute, au regard de la fonction du droit de divulgation, de son aptitude technique à faire l'objet d'une cession (v. spéc. n° 309, p. 284). – Rapp. : P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris 2, 1985, p. 252 : d'après cet auteur, il s'agirait d'une hypothèse d'école. – *Contra*, évoquant l'aliénation du droit de divulgation dans le cadre du contrat de mécénat : B. Parisot, L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique, *D. S.*, 1972, Chron. p. 71, (spéc. n° 15 et ss.). Plus nuancé et dans un sens plus libéral : v. A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité, Etude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002, n° 611 et ss., p. 449 et ss. Cet auteur rappelle l'art. L. 121-2 du CPI : « l'auteur a seul de droit de divulguer son œuvre », mais appelle à une distinction « entre le droit de se

l'objet d'importantes études. Cependant, les principaux exemples conventionnels d'atténuation au principe d'incessibilité des droits moraux sont relatifs au droit au respect, particulièrement en cas de commande ou de « cession » du droit d'adaptation : dans ce dernier cas, l'œuvre originale créée est par définition différente de l'œuvre originelle¹¹⁸⁵. La jurisprudence la plus récente s'est prononcée avec fermeté contre les « renonciations globales et anticipées », en rappelant sur le fondement des articles L. 121-1 du CPI et 1174 du Code civil : « Attendu que l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement

prononcer sur le principe même de la divulgation qui appartiendrait toujours à l'auteur, et le droit de choisir les conditions de la divulgation qui pourrait dans certains cas être confié à un tiers. ». Mais on pourra objecter : que l'art. L. 121-2 du CPI ne prévoit pas cette distinction : « il [l'auteur] détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci. ». La question peut être posée d'une autre manière : la seconde « étape » comporte un certain degré de technicité et ne se borne plus à la décision de divulguer : s'agit-il encore du droit de divulgation ? Sur la distinction entre ces deux aspects : S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur (en droit allemand, français et scandinave)*, P.A. Norstedt et Söners förlag, Stockholm, 1973, 2^e Partie, t. II, n° 196 b a, p. 203. En ce sens, pour une dissociation du droit de divulgation – droit moral – et du droit de communication au public sorte de « droit patrimonial à caractère personnel », v. O. Laligant, *op. cit.*, n° 9 p. 50 et s. et n° 76, p. 243. – La situation est à rapprocher du contrat (v. *supra* n° 73 et ss.) par laquelle un auteur s'interdit d'exploiter son œuvre pour un certain temps : cette convention ne devrait pas interdire la simple divulgation.

¹¹⁸⁴ *Droit de retrait et de repentir et inaliénabilité* – Pour de rares auteurs, davantage de praticiens, les prérogatives morales peuvent faire l'objet de conventions du type des licences, mais à l'exception du droit de repentir : « La mise en œuvre de cette composante du droit moral est en effet soumise à une appréciation trop personnelle pour pouvoir être le fait d'une personne autre que l'auteur, aussi digne de confiance soit elle » : A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 610, p. 449 ; en ce sens : Michaelidès-Nouaros, *Le droit moral de l'auteur*, Paris, A. Rousseau, 1935, n° 61, p. 110. On invoquera le caractère viager du droit de retrait et de repentir, qui ne peut être exercé que par l'auteur et non ses héritiers. A la limite, les conséquences désastreuses pour l'auteur en termes de notoriété ou simplement économiques suffisent à asseoir une telle crainte. L'auteur note que la convention (illicite) portera plus certainement sur la renonciation à l'exercice du droit. Pour le même constat d'illicéité, en ce que ce droit est exorbitant à l'art. 1134 du Code civil (sans référence au caractère personnel de la prérogative), v. : J. Raynard, *op. cit.*, n° 312, p. 287. – Notant la rareté voire l'inexistence de ces conventions : P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 259. En revanche, la question d'une détermination de l'indemnité à payer ou d'une clause résolutoire en cas d'exercice du droit de repentir est davantage discutée : v. *Ibid.* p. 260 et ss.

¹¹⁸⁵ P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 278 et ss., notant qu'en matière de contrats relatifs à la création d'une œuvre composite, le droit au respect ne peut être absolu. V. en ce sens : A. Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, Chron., p. 55, spéc. p. 68 et ss. ; A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 615 et ss., p. 451 et ss. Cet auteur se prononce en faveur de la cession de l'exercice du droit au respect, sous réserve de la sanction de l'abus du cessionnaire. En cas de conflit, la voix de l'auteur ayant conservé la jouissance de la prérogative serait prépondérante (*Ibid.*, n° 621, p. 456).

Pour une illustration : Le droit d'adaptation est une utilité de l'œuvre relevant des droits patrimoniaux et faisant l'objet de cessions, mais intimement liée dans son exercice au droit au respect. Il serait tentant d'y voir une forme de concession du droit au respect ou du moins une renonciation. En revanche, lorsque l'auteur ratifie expressément un usage de l'œuvre susceptible de porter atteinte aux droits moraux (v. art. L. 132-11 du CPI), ce n'est pas une convention sur le droit moral, mais plus vraisemblablement une redéfinition de l'étendue et de la destination, c'est-à-dire de ce qui est cédé. Dans le même sens, si l'auteur accepte *a posteriori* une modification à l'initiative de l'exploitant, ce n'est pas tant une renonciation ou une convention ayant pour objet le droit moral, mais une redéfinition de son acte créatif : l'intervention de l'éditeur n'est pas forcément une œuvre, mais si l'auteur l'accepte librement, il consent à redéfinir son œuvre, donc à un nouvel acte de création ; la cession interviendra sur ce nouvel objet (en ce sens : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 581).

auxquels il plairait à ce dernier de procéder »¹¹⁸⁶. La résistance de la cour de renvoi, dernièrement vaincue par la Cour de cassation, témoigne sans doute, outre d'un débat juridique, d'un certain décalage entre la sévérité du principe et les réalités de l'exploitation des œuvres. A l'issue de ce trop bref aperçu, concentrons-nous sur le cas du droit à la paternité de l'auteur, qui sera le mieux à même d'illustrer notre propos.

288. Une atténuation relative à la rigueur du principe d'inaliénabilité : l'admission des engagements précaires en matière de droit de paternité. Le droit usuellement désigné « de », ou « à la » paternité, est énoncé par la loi comme le droit de l'auteur « au respect de son nom, de sa qualité (...) » (article L. 121-1 al. 1^{er} du CPI). Ce droit est traditionnellement présenté sous son double aspect : « l'un *positif*, l'autre *négatif* ; l'auteur peut exiger que l'œuvre paraisse sous son nom et interdire à autrui d'en usurper la paternité »¹¹⁸⁷. Ce caractère « négatif » est également lu comme la faculté pour l'auteur de cacher sa qualité¹¹⁸⁸. A propos des conventions relatives à ce droit, on songe le plus volontiers à la pratique ancienne des conventions dites de « nègre littéraire »¹¹⁸⁹ ; mais les situations sont en fait très variées, et concernent par exemple les cas particuliers du pseudonyme et de l'anonymat, expressément légiférés¹¹⁹⁰. Sont plus généralement concernées toutes formes d'abdication de la qualité d'auteur en faveur d'un tiers, fréquentes en matière d'arts appliqués ou d'audiovisuel¹¹⁹¹, spécialement en cas de pluralité d'auteurs. La situation évoque la notion de renonciation, qui peut être simplement abdicative ou « translative » lorsqu'elle autorise un

¹¹⁸⁶ L'arrêt est rendu à propos de l'utilisation de la chanson « On va s'aimer » aux fins de promouvoir les restaurants Flunch, et adaptée en ces termes « On va fluncher » : Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, CCE 2003, comm. n° 21, Ch. Caron. La cour de renvoi refusa de se plier à cette solution, essentiellement pour des raisons de fait : l'absence de preuve d'atteinte au droit moral, v. CA Paris, 15 déc. 2004, CCE 2005, comm. 28, Ch. Caron. Cet arrêt fut cassé : Cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 2006, JCP G, 2007, I, 101, n° 6, obs. Ch. Caron. Dernièrement, un arrêt de rejet statuant sur le même cas : Cass. 1^{re} civ. 2 avril 2009, CCE 2009, comm. 52, note Ch. Caron (*Adde* : les nombreuses références citées par : Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 252).

¹¹⁸⁷ H. Desbois, *op. cit.*, n° 418, p. 510.

¹¹⁸⁸ J. Raynard, *op. cit.*, n° 310, p. 285 ; Ch. Caron, *op. cit.*, n° 268 ; X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, n° 623 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 461 et ss.

¹¹⁸⁹ Admises par le passé, on cite généralement en référence l'affaire A. Dumas c. A. Maquet : T. civ. de la Seine, 3 févr. 1858 et CA Paris, 14 nov. 1859, Ann. Propr. ind. 59. 390.

¹¹⁹⁰ L'anonymat emporte application d'un régime particulier. V. les art. 113-6 et L. 123-3 du CPI. – Sur le sujet : G. Bonet, *L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique*, Th. Dactyl., Paris, 1966 (v. p. 215 et ss. pour les conventions qui nous intéressent ici). On citera également l'art. L. 132-11 al. 3 CPI relatif aux obligations de l'éditeur : « Il doit, sauf convention contraire, faire figurer sur chacun des exemplaires le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur. », ce qui constitue une limite à ce droit suggérant bien la possibilité de conventions contraires. En ce sens, v. J. Raynard, *op. cit.*, n° 310, p. 285.

¹¹⁹¹ V. par ex. cet étonnant modèle de « Lettre de renonciation à la qualité d'auteur », rémunérée, destinée à prévenir toute contestation lorsque la contribution en cause ne sera pas exploitée : C. Martel, *La production audiovisuelle – Les contrats*, Dixit éditions, 2003, p. 105.

tiers à signer l'œuvre¹¹⁹². Une partie de la doctrine a pu plaider pour leur nullité pour défaut d'objet¹¹⁹³. Néanmoins, en contemplation d'une pratique qui, pour l'immoralité que l'on peut lui prêter, n'est pas nécessairement illégitime¹¹⁹⁴, ces conventions sont généralement admises. Elles demeurent, de l'avis concordant de la jurisprudence¹¹⁹⁵ et de la doctrine¹¹⁹⁶, éminemment précaires en raison du principe d'incessibilité du droit de paternité. Evoquée un temps, l'appréciation de leur licéité attachée à l'examen des mobiles de l'acte¹¹⁹⁷ et sauvée par le constat d'un motif d'intérêt général, est généralement rejetée pour son caractère arbitraire et sa contrariété au droit positif¹¹⁹⁸. En revanche, leur révocation préjudiciable pour le contractant n'échapperait cependant pas à la sanction d'un éventuel abus¹¹⁹⁹. La solution est conforme à la conception majoritairement admise du droit moral : impératif, absolu... mais non discrétionnaire, car susceptible de voir son exercice sanctionné en cas d'abus de droit¹²⁰⁰.

2 – L'impossible « licence de droit moral »

289. La proposition d'une « licence de droit moral ». Dans un sens plus libéral et admettant plus largement ces conventions, Mme Lucas-Schloetter propose de subordonner leur validité à une limitation dans le temps, préférable à une révocabilité *ad nutum*¹²⁰¹. Ne serait-ce qu'en opportunité, la position est critiquable : certes, par la fixation d'un terme, il s'agit d'interdire les « véritables cessions du droit de paternité », ce qui est légitime. Pourtant,

¹¹⁹² R. Plaisant, Les conventions relatives au droit moral de l'auteur, *Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz 1974, p.63.

¹¹⁹³ Gavin, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation française*, thèse 1960, Dalloz, n° 54, p. 61 ; P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 317 (l'auteur distingue l'effet limité et la révocabilité *ad nutum* des renoncements au droit de signer de la nullité des cessions de ce droit à un tiers) ; C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz 1999, n°141, p. 119.

¹¹⁹⁴ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et droit de représentation*, Paris Marchal et Billard, 3^e éd., 1908, par Maillard et Claro, n° 121, p. 156.

¹¹⁹⁵ Cass. 1^{re} civ. 5 mai 1993, *Petites Affiches*, 1994, n° 100, p. 10, note Ch. Caron ; Cass. 1^{re} civ. 13 févr. 2007, *Bull. I*, n° 60, CCE 2007, comm. 53, obs. Ch. Caron ; *JCP G*, 2007, I, 176, n° 8 du même auteur ; *Prop. intell.*, 2007, n° 23, p. 207, obs. J.-M. Bruguière (pour une clause d'anonymat).

¹¹⁹⁶ En ce sens : H. Desbois, *op. cit.*, n° 439, p. 532. V. également : A. Françon, art. préc., v. spéc. p. 56 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 632.

¹¹⁹⁷ J. Raynard, Le droit à la paternité de l'auteur de l'œuvre de l'esprit, *JCP* 1989, *Cahiers du Droit de l'entreprise*, n° 2, p. 33.

¹¹⁹⁸ La thèse était défendue par Michaelidès-Nouaros, *Le droit moral de l'auteur*, Paris, A. Rousseau, 1935, n° 56, p. 100 et ss. *Contra* : H. Desbois, *op. cit.*, n° 437 et s., 529 et s. ; V. également : R. Plaisant, art. préc.

¹¹⁹⁹ En ce sens, notamment : A. Françon, art. préc., p. 55 : « Cette révocation ne donne pas lieu à dommages-intérêts dus par l'auteur à son cocontractant, sauf dol éventuel nous paraît-il. » ; P.-Y. Gautier, *L'œuvre écrite par autrui*, RIDA, janv. 1989, n° 139, p. 63.

¹²⁰⁰ Spécialement pour des cas de « négritude littéraire » ou de renonciation au droit au respect, dans des cas où l'auteur revient sur ce qu'il a consenti librement, de mauvaise foi ou dans un but mercantile : v. Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec., Coll. Le droit des affaires. Publications de l'IRPI Henri Desbois, 1998, n° 258, p. 231 et s. et n° 320, p. 281 et s. Le caractère non discrétionnaire du droit moral, encore discuté, sera traité : v. *infra* n° 301.

¹²⁰¹ A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 638 et s., p. 464 et s.

la protection conférée par un terme extinctif serait bien théorique. On rappellera que les « cessions » des utilités économiques de l'œuvre sont déjà limitées dans le temps ; or, la règle de pur principe est inapte à protéger les intérêts de l'auteur, la durée de la cession pouvant être celle du droit d'auteur lui-même¹²⁰².

Plus précisément, la thèse proposée s'inspire d'un mécanisme admis par la doctrine majoritaire allemande et appliqué au droit moral, également incessible dans ce pays¹²⁰³ : tout en admettant le rejet des cessions pures et simples du droit moral, il y aurait lieu d'admettre la cession de son exercice. Cette « cession » n'aurait qu'un effet personnel, son bénéficiaire n'étant pas investi du droit moral, ni même d'une partie de celui-ci. L'assimilation au mandat, concevable en la matière¹²⁰⁴, est rejetée car le bénéficiaire exercerait le droit moral en son nom. La formule « se situe en fait entre la représentation et la cession, sans pour autant se rattacher ni à l'une ni à l'autre. Il s'agit en réalité ni plus ni moins de la licence telle qu'elle est définie en droit français, c'est-à-dire la concession d'un droit d'usage, sans effet translatif. »¹²⁰⁵. L'auteur se refuse finalement à qualifier la convention au regard du droit français¹²⁰⁶. Les caractères en sont néanmoins précisés : « Il s'agit dans tous les cas d'une renonciation à l'exercice de la face négative de la prérogative et d'une cession de l'exercice de la face positive. Le bénéficiaire ne devient pas réellement titulaire du droit moral mais n'acquiert que le pouvoir de le mettre en œuvre, l'auteur ou l'artiste conservant toujours la jouissance de la prérogative en cause. »¹²⁰⁷. Davantage que dans cette distinction, évoquant une « renonciation translative », la qualification de *licence non exclusive* nous apparaît clairement¹²⁰⁸.

290. La licence de droits moraux reste cependant inconcevable en droit français. Tout d'abord, le caractère inaliénable des droits moraux serait aisément contourné

¹²⁰² Sur l'utilité relative de la mention de la durée, v. *infra*, n° 341 et 675 et ss.

¹²⁰³ A l'instar du droit d'auteur lui-même, en vertu d'une conception moniste-personnaliste.

¹²⁰⁴ V. le cas des sociétés de gestion collective.

¹²⁰⁵ *Ibid.* n° 602, p. 444.

¹²⁰⁶ A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 605. Le débat sur la qualification de la « cession » de l'exercice du droit moral est abandonné au profit de l'examen du pouvoir conféré à chacun : « En effet, quelle que soit la formule retenue (cession de l'exercice, cession constitutive ou cession fiduciaire), il s'agit de constructions juridiques nouvelles qui n'entrent pas dans les classifications traditionnelles du droit civil. » (*Ibid.*, note n°148.). L'auteur souligne l'intérêt de la fiducie, mais rejette la qualification au regard du droit d'alors (*Ibid.* n° 602, p. 444 et s.). Cette exclusion n'est pas remise en cause par la consécration récente de la fiducie dans le Code civil, tout à fait incompatible avec les contrats d'auteur, comme on l'a vu. En revanche, l'admission de la licence en droit d'auteur aurait pu mettre fin à cette hésitation.

¹²⁰⁷ *Ibid.* n° 643, p. 466.

¹²⁰⁸ ...quoiqu'à raisonner à tout prix en ces termes, l'ingérence de l'auteur revendiquant sa paternité ne relèverait-elle pas de la garantie contre l'éviction ? Le trouble de fait (ou de droit puisqu'il s'agit de revendiquer un droit) serait alors commis par le débiteur de l'obligation de faire jouir.

par l'admission de « licences de droits moraux » de longue durée. Or, nous avons vu que l'admission de la licence ne pouvait être l'instrument du contournement des dispositifs impératifs du CPI, dont font partie les droits moraux. En effet, l'inaliénabilité énoncée par la loi (article L. 121-1 du CPI) trouve une application particulière dans son incessibilité¹²⁰⁹. Or, l'incessibilité doit être entendue par référence au terme de « cession » tel qu'entendu par le CPI : notion générique, recouvrant toute forme de transfert ou mise à disposition. Dès lors que le droit moral est « incessible » au sens du CPI, il ne devrait pas davantage pouvoir être loué.

En outre, et plus décisivement – si les droits moraux se prêtent bien aux conventions – une convention ayant directement pour objet la « cession » ou la « licence » d'un droit moral, par delà le constat évident de la contrariété à une règle impérative, devrait encourir la nullité pour défaut d'objet¹²¹⁰, faute de chose susceptible d'être mise à disposition.

Il est intéressant de constater que la règle s'impose quelle que soit la conception retenue de ce droit : la justification traditionnelle de l'incessibilité réside dans l'affirmation du caractère personnel du droit moral, comme on l'a vu. Mais on peut tout autant trouver cette incessibilité dans la conception moniste-réaliste du droit d'auteur définissant les droits moraux comme des dérogations à la qualité de l'œuvre en tant que chose : « 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. »¹²¹¹. Dans cette hypothèse, les droits moraux apparaissent contenus dans le bien, l'œuvre, comme autant de « règles dont la vocation technique est de contrarier l'exploitation de celui-ci ou, plus généralement, le régime de droit commun qui lui est normalement associé. »¹²¹². Or, dans ce cas, que céder ? Quel objet donner en licence ? Cet ensemble de prérogatives qui ne constitueraient pas des droits subjectifs autonomes du monopole peut tout au plus donner lieu à des renonciations très circonstanciées.

291. Conclusion. L'impossibilité de louer (*a fortiori* de céder) les droits moraux ne devrait cependant pas affecter le droit positif, qui tolère les conventions sur le droit moral

¹²⁰⁹ On pourra tenir ici ces termes comme équivalents ; ils sont employés indifféremment par la doctrine. En ce sens : J. Raynard, *op. cit.*, n°303 (bis), p. 276 ; P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 217 et ss.

¹²¹⁰ Comp. « Or, en notre matière, les conventions translatives de paternité et, plus généralement, de renommée ne sont pas conceptuellement inadmissibles ; l'observation de droit français a montré que le seul ordre public, de protection, en justifiait la nullité. » J. Raynard, Le droit à la paternité de l'auteur de l'œuvre de l'esprit, art. préc. (spéc. p. 35). Nous considérons que la cession ou la licence de droit moral est conceptuellement inadmissible en droit français, faute d'objet cessible. En revanche, une renonciation circonscrite dans les termes qui suivent est tout à fait concevable.

¹²¹¹ J. Raynard, *op. cit.*, n° 349, p. 318.

¹²¹² J. Raynard, *op. cit.*, n° 362, p. 329.

tout en les maintenant à la lisière du droit et de la force obligatoire¹²¹³ : ainsi devraient être admises les « renonciations »¹²¹⁴ intervenant pour l'avenir¹²¹⁵ et, on l'a vu, circonstanciées et précaires, librement révocables par l'auteur, sous réserve de la sanction d'un comportement abusif de ce dernier. Quoi qu'il en soit, le droit moral ne fait en aucun cas l'objet d'une mise à disposition, donc d'une licence. Toute renonciation translatrice d'une certaine stabilité encourt le même grief, car elle produit des effets similaires à ceux d'une licence.

B – Les conséquences de l'inaliénabilité des droits moraux sur les qualifications de cession et de licence

292. L'incessibilité de source légale des droits moraux et leur exclusion du champ des cessions et licences. Les droits moraux, incessibles, ne peuvent faire l'objet d'une licence ni d'une cession, mais leur présence n'exclut pas la licence ou la cession de l'œuvre pour ses utilités aliénables. Cette conclusion s'impose par le rapprochement de deux de leurs caractères : les droits moraux sont incessibles et « absolus »¹²¹⁶. Leur respect par le contractant de l'auteur s'impose, mais n'est pas une obligation de source contractuelle, celui-ci n'ayant pu lui être cédé. Malgré les rappels du CPI au sein même de la réglementation des contrats spéciaux¹²¹⁷, et la possibilité reconnue de procéder à des aménagements par contrat, *les droits moraux sont par principe retranchés, extérieurs, à l'objet du contrat d'autorisation, cession comme licence. Ils ne viennent donc pas troubler la qualification de ces catégories.*

Afin de justifier la cession de droit d'auteur comme formule opposée à la licence, on a pu tenter une comparaison avec l'admission de la vente assortie d'obligations de faire ou de

¹²¹³ Une certaine force obligatoire s'attache toutefois à ces conventions : l'éditeur ne respectant pas l'anonymat consenti par l'auteur engage sa responsabilité. Par ex. CA Paris, 5 juill. 1979, RTD com. 1980, p. 245, obs. A. Françon ; D. 1981, IR, p. 84, obs. Colombet.

¹²¹⁴ R. Plaisant, Les conventions relatives au droit moral de l'auteur, *Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 63 : l'auteur évoque la distinction pertinente dans les faits, mais sans portée juridique, entre renonciation abdicative (l'auteur renonce à signer) et renonciation translatrice (l'auteur autorise un tiers à signer à sa place). Le terme de renonciation est discutable : d'une part en raison la force obligatoire pour le moins ténue de cette convention, d'autre part parce que l'opération se limiterait à une obligation de ne pas faire, ce qui ne résume pas la renonciation.

¹²¹⁵ R. Plaisant, *ibid.*, v. spéc. p. 66.

¹²¹⁶ Composante du droit d'auteur, ils sont opposables à tous (art. L. 111-1 du CPI).

¹²¹⁷ Rappel détaillé : art. L. 132-11 (contrat d'édition), de principe : art. L. 132-22 (contrat de représentation) ou discret : art. L. 132-24 (contrat de production audiovisuelle). D'autres contrats, innommés, ne contiennent pas en général ce type de rappel. Au contraire, ils contiennent des clauses susceptibles d'attenter au droit moral, ce qui est indifférent à leur soumission à ces règles impératives : v. par ex. M.-E. Laporte, Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, JCP G, 1991, I, 3540 (spéc. n° 83 et ss., donnant l'exemple des clauses relatives aux coupures publicitaires).

ne pas faire¹²¹⁸, de charges¹²¹⁹. Quoique parlante et validant la distinction proposée entre cession et licence, cette analogie doit cependant être évitée. Ces « charges » que constitueraient les droits moraux ne sont pas le fruit d'une volonté des parties, mais bien des « charges » légales, impératives, extérieures à l'acte. On ajoutera que contrairement aux dispositifs issus des droits patrimoniaux que nous avons évoqués plus haut, également impératifs, l'obligation de respecter les droits moraux ne naît pas du contrat, bien qu'elle s'y révèle souvent¹²²⁰. Elle s'impose à chacun ; rien d'original en cela, la propriété elle-même s'imposant au locataire comme aux tiers.

293. Les droits moraux sont extérieurs au contrat – l'obstacle surmonté de la conception du droit d'auteur retenue. Les droits moraux étant extérieurs au contrat, ils ne peuvent pour cette raison simple constituer un obstacle à la cession, entendue comme vente, formule opposée à la licence. Ceci vaut quelle que soit la conception du droit d'auteur choisie. On s'accordera cependant à exclure de ce tableau un strict monisme-personnalisme, présenté comme une construction de référence par certains auteurs, mais qui ne semble plus guère défendu en tant que système juridique sous l'empire du droit positif¹²²¹.

294. Illustrations. Tout d'abord, selon une conception dualiste, l'indifférence des droits moraux dans la qualification se conçoit aisément. La thèse dissocie clairement les deux catégories de droits, qui peuvent avoir une nature et un destin séparé. Les droits patrimoniaux aliénables (donc à l'exception du droit de suite) sont les seuls objets du contrat.

Ensuite, les théories monistes présentant une diversité certaine, elles doivent être distinguées. Une de ces conceptions présente le plus de difficultés, car l'unité d'objet que constitue l'œuvre serait un obstacle à la cession de celle-ci. L'argument est principalement défendu par MM. Zenati-Castaing et Revet : l'œuvre ne peut faire l'objet d'une cession entendue comme synonyme de vente car le droit moral est une composante de la propriété de l'auteur¹²²². D'après cette conception, si cession il y a, ce n'est jamais que par le recours au

¹²¹⁸ En ce sens : S. Raimond, thèse préc., n° 416.

¹²¹⁹ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 473. L'auteur, pour admettre la cession en droit d'auteur malgré le droit moral, compare la situation avec une vente avec charges.

¹²²⁰ Même si le droit de retrait ou de repentir n'a vocation à jouer qu'envers le contractant de l'auteur, L. 121-4 du CPI : « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait *vis-à-vis du cessionnaire*. (...) ». Nous soulignons.

¹²²¹ V. *supra* n° 33 et ss.

¹²²² F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n°71, p. 120 ; M. Recht évoquait la distinction entre domaine utile (droits patrimoniaux) et domaine éminent (droits moraux), P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969.

droit réel qui permet à l'exploitant de jouir de la chose d'autrui : l'auteur demeure le propriétaire de l'œuvre. Mais un autre monisme résout la question : si l'on considère le monisme-réalisme comme le fait M. Raynard¹²²³, la vente est au contraire possible, car le droit moral se révèle comme une série de règles dérogeant au droit commun. Le nouveau propriétaire devra subir les contraintes du droit moral soustrayant certaines prérogatives normalement offertes à l'acquéreur d'une chose, sans enlever à la nature de son titre.

295. Utilités non réservées. En fait, une autre lecture peut être proposée, qui a le mérite de s'accorder avec les conceptions dualistes comme monistes du droit d'auteur. Nous sommes fréquemment appelés à évoquer le caractère spécial de l'appropriation intellectuelle¹²²⁴. Le droit d'auteur est unitaire dans son ensemble par le recours à la notion de propriété. Quant aux droits patrimoniaux, qui en sont la composante principale, ils sont classiquement présentés en droit français de façon synthétique : le droit d'auteur ne se résume pas à une adition de prérogatives isolées, mais caractérise la relation d'exclusivité entre un sujet et un objet. Il n'en demeure pas moins que le droit d'auteur, propriété intellectuelle, ne peut s'appliquer qu'aux objets et pour les utilités désignées expressément par la loi. Nous retrouvons ici la présentation imagée de propriétés intellectuelles formant un archipel de propriété dans un océan de liberté¹²²⁵.

Ce débat intéressant le droit des biens trouve naturellement son application dans une analyse contractualiste : le téléchargement contractuel d'un logiciel, l'achat d'un billet pour l'opéra ont tous deux pour objet un certain usage, une certaine jouissance de l'œuvre, esthétique, fonctionnelle. Cependant, cet usage ne relève pas de la jouissance locative du licencié, ni du droit de propriété du cessionnaire de droit d'auteur. La propriété sur une œuvre, pour présenter les mêmes traits essentiels et une intensité comparable à la propriété sur les choses corporelles, doit nécessairement voir son étendue, son assiette spécialement circonscrite. Pour les besoins de la collectivité, toutes les utilités de l'œuvre, parfois même économiques, ne sont pas des utilités *réservées*.

296. Utilités réservées mais indisponibles. En quoi ce constat intéresse-t-il le rapport entre les droits moraux et les qualifications de la mise à disposition de l'œuvre ? En ce que la méthode que nous avons suivie pour distinguer l'œuvre protégée par le Livre I^{er} du CPI

¹²²³ V. références précitées.

¹²²⁴ V. *supra* n° 85.

¹²²⁵ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 9 ; M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, p. 22.

de l'œuvre au sens courant peut être transposée ici. La différence est bien entendu majeure, dans la mesure où les droits moraux participent évidemment du droit d'auteur. S'il y a cession, ce qui est acheté par l'exploitant n'est jamais que l'œuvre en tant qu'objet patrimonial susceptible d'être exploité. Ce n'est pas l'œuvre dans sa totalité, perceptible par les sens et l'intelligence, *utilités non réservées*. Ce n'est pas non plus l'œuvre dans l'ensemble des règles et prérogatives morales et patrimoniales qui lui sont attachées par la loi en vue de la protection de son auteur, *utilités indisponibles*. Le cédant acquiert *la propriété des utilités de l'œuvre, c'est-à-dire la propriété de l'œuvre pour certains usages*. Pourvu que l'on considère ainsi l'objet de la cession de droit d'auteur, celle-ci est compatible avec la qualification de vente. Se trouve ainsi confirmée la différence de nature des contrats de cession et de licence et leur « concurrence » possible sur le « marché du droit ».

297. Conclusion. Le travail de qualification contractuelle s'opère, dans ces lignes et ailleurs, par l'examen de l'objet du contrat. Or, le droit moral se trouve nécessairement exclu de l'objet des cessions comme des licences. Par conséquent, il ne peut être qu'indifférent à ces qualifications. On ne peut donc prétendre, comme le faisait Rault, au caractère *sui generis* des contrats du droit d'auteur en raison de l'obligation de respect du droit moral qui domine le contrat et les rapports entre auteur et l'exploitant, tout en relevant que ce droit demeure « en dehors du champ du contrat »¹²²⁶. Ce qui est en dehors du contrat ne saurait le qualifier ou le disqualifier. Ce raisonnement est-il suffisant ? Assurément pas, le recours rassurant au syllogisme cachant mal un certain simplisme. Le droit moral, quoique retranché de la mise à disposition, demeure une source de prérogatives pour l'auteur. Celles-ci sont-elles à même d'influer le cours des qualifications contractuelles étudiées ?

II - L'impact des droits moraux sur le contenu de l'autorisation

298. Plan. Les droits moraux ayant été préalablement retranchés du champ de la mise à disposition opérée par la licence¹²²⁷, il n'en demeure pas moins que ces prérogatives conservées entre les mains de l'auteur vont interférer dans le champ contractuel. *L'étude de l'impact du droit moral sur la qualification du contrat suppose que l'on se détache du débat*

¹²²⁶ J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz 1927, p. 90 . Il est vrai que cet auteur exprime cette thèse dans un contexte législatif différent.

¹²²⁷ Ou du transfert opéré par la cession.

sur sa nature pour se pencher sur les effets qu'il produit sur la convention. Les droits moraux étant, dans leurs effets, communs à d'autres mécanismes du droit privé, ils n'ont pas vocation, à l'instar de ces derniers, à dénaturer les qualifications de licence et de cession. L'étude suppose deux étapes : l'exposé de la démarche constatant l'indifférence de la nature des droits moraux et l'importance de l'analyse de leurs effets sur le contrat (A), puis le rattachement des droits moraux aux catégories du droit privé ; se posera alors le choix entre deux catégories : droit discrétionnaire ou droit potestatif ? (B).

A – L'indifférence de la nature des droits moraux et l'importance de l'analyse de leurs effets sur le contrat

299. Nous savons que l'on peut voir dans le droit moral – alternativement et parfois cumulativement – l'émanation de la personnalité de l'auteur, un droit *sui generis*, une manifestation de sa qualité de propriétaire ou une série de dérogations à cette propriété. Ces oppositions révèlent de conceptions juridiques d'ensemble du droit d'auteur dans lesquelles transparaissent les convictions philosophiques, économiques et sociales, l'opportunité d'une solution d'espèce, ce qui rend somme toute assez vain l'anéantissement de la thèse adverse. Pour illustrer de cette situation, nous constatons précédemment que les conséquences de ce débat sur la nature du contrat se sont révélées équivoques¹²²⁸. Affirmer que les droits moraux, qui maintiennent un lien entre l'auteur et l'œuvre, participent d'une certaine place accordée à l'auteur dans la société et dans les consciences est une évidence, qui doit être traduite en termes juridiques. C'est à ce titre seulement que leurs effets sur le contenu du contrat peuvent être appréhendés.

300. Les droits moraux influent sur toute utilisation de l'œuvre, sans pour autant requalifier le contrat. Ainsi, sans préjuger de leur nature au sein des grandes catégories du droit privé, les droits moraux peuvent être rapprochés des différentes techniques connues du droit des biens et du droit des obligations. Il nous semble que ce n'est qu'à ce titre que la qualification du contrat confronté aux effets des droits moraux se pose. Par exemple, l'idée d'une « forme de servitude au monopole d'exploitation » est avancée par

¹²²⁸ V. Partie I, Titre I, Ch. I, (*supra* n° 67) où nous relevons la relative indifférence entre les conceptions retenues pour qualifier le droit d'auteur et celles retenues par les mêmes auteurs pour qualifier le contrat : admettre ou rejeter la distinction entre cession et licence n'est pas, dans la doctrine actuelle considérée dans son ensemble, la conséquence de l'adhésion au monisme-réalisme, au dualisme ou à une qualification *sui generis*.

MM. Mousseron, Raynard et Revet¹²²⁹. L'idée d'un tel rapprochement est présente, plus discrètement, dans les écrits de M. Gautier¹²³⁰, ou encore dans ceux de M. Caron. Partisan de la conception dualiste, ce dernier auteur analyse le droit moral en droit de la personnalité, mais n'hésite pas à faire la comparaison avec une servitude immobilière. Certes, il s'agit, du propos même de l'auteur, d'une « analogie très relative »¹²³¹. Mais il convient de se poser la question : doit-on dépasser le stade de l'analogie en assimilant les droits moraux à d'autres instruments du droit privé ?

B – Le rattachement des droits moraux aux catégories du droit privé : droit discrétionnaire ou droit potestatif ?

301. Plan. Nous devons démontrer que le caractère exorbitant des droits moraux n'est pas spécifique à la catégorie, mais se rattache à des mécanismes connus du droit commun. L'intérêt d'une telle démonstration est de vérifier qu'aussi notables soient les effets des droits moraux sur le contrat, ces effets ne conduisent pas à préférer l'une des qualifications – cession ou licence – à l'autre. Le choix entre ces catégories contractuelles relève d'un contenu contractuel laissé à la liberté contractuelle. Afin de donner un nom à ces mécanismes divers, nous constaterons l'exclusion des droits moraux de la catégorie des droits discrétionnaires (1-) pour les rattacher à celle des droits potestatifs (2-).

1 – Le constat du caractère non discrétionnaire des droits moraux¹²³²

302. Définition du droit discrétionnaire. Dans un souci légitime d'asseoir les prérogatives morales des auteurs, une partie de la doctrine, et parfois la jurisprudence, n'ont

¹²²⁹ J.M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, De la propriété comme modèle, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

¹²³⁰ « (...) l'existence du droit moral pèse sur le contrat et n'en altère pas la nature (rappr. en droit civil les ventes avec charges, les servitudes légales, etc.). En bref, l'originalité n'est pas suffisante pour disqualifier. » P.-Y. Gautier, *op. cit.*, 2010, n° 467. L'auteur se prononce ainsi en faveur de l'admission de véritables cessions.

¹²³¹ Ch. Caron, Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, JCP G 2004, I, 162. (spéc. n° 7). – Rappr. : B. Edelman, Le droit moral dans les œuvres artistiques, D. S., 1982, Chron., p. 283. Cet auteur évoque le droit moral en termes de « droit réel » et en déduit que la propriété de l'acquéreur de l'œuvre d'art est celle d'une chose « incomplète », une propriété « imparfaite », ou encore que « l'œuvre est affectée d'une condition réelle » ; Comp. : récusant la qualification du droit d'auteur en droit de propriété : du même auteur : La rue et le droit d'auteur, D. 1992, Chron. n° 18, p. 91.

¹²³² Le caractère non-discrétionnaire des droits *patrimoniaux*, quant à lui, n'est plus guère discuté aujourd'hui, en raison de leur rattachement au droit de propriété, terre d'élection de la théorie de l'abus de droit. Le constat a d'autant plus de valeur qu'il est fait par un des rares auteurs actuels affirmant le caractère discrétionnaire des droits *moraux* : en ce sens, F. Pollaud-Dulian, Abus de droit et droit moral, D. 1993, Chron. p. 97.

pas hésité à qualifier les droits moraux de droits discrétionnaires. A supposer avérée l'existence de droits discrétionnaires dans notre droit privé – catégorie au demeurant très contestée¹²³³ car tous les droits seraient relatifs, contrôlés, c'est-à-dire susceptibles d'abus¹²³⁴ – il reste à prouver que les prérogatives extrapatrimoniales de l'auteur se rattachent à cette catégorie. Pour des raisons tenant à la nature des droits discrétionnaires, l'administration d'une telle preuve paraît bien mal engagée.

Cette catégorie de droits subjectifs, dont la qualification de « discrétionnaires » est attribuée à Rouast¹²³⁵, a également été décrite par de nombreux auteurs. On citera par exemple Ripert, qui les qualifie d'« arbitraires »¹²³⁶ en raison du caractère éminemment personnel des mobiles de ceux qui les exercent. Selon Josserand, ces droits « non causés » ou « prérogatives asociales »¹²³⁷ voient leur spécificité dans le fait que leur « défaut de limites subjectives est rendu supportable par l'existence de frontières objectives très étroites »¹²³⁸. Dabin conclut son étude du droit subjectif par ce constat d'une justification, et par là même d'un trait commun de ces droits : « La seule idée commune à ces divers exemples de droits discrétionnaires est que le souci de moralité qui fonde la théorie de l'abus de droit doit parfois céder devant des soucis d'un autre ordre, dont la méconnaissance engendrerait, socialement, plus d'inconvénients que les abus possibles. »¹²³⁹. Mais c'est en prenant acte de l'insuffisance de ces définitions que, plus récemment, M. Roets constate l'absence d'un concept clairement déterminé du droit discrétionnaire et privilégie une approche empirique de la notion : « à défaut de théorie, il y a explication théorique » justifiant « le postulat que, dans certains cas,

¹²³³ Nous ne saurions, dans le cadre de cette étude, rendre compte de manière exhaustive de la doctrine pléthorique sur ce sujet. Celle-ci est généralement hostile à la notion, niée, ou évoquée au conditionnel ; les auteurs récents évoquent généralement le déclin de la catégorie. Pour une « Approche critique des droits discrétionnaires », voir la synthèse faite par Ch. Caron *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 1998, n° 56 et s., p. 51 et s. V. également la synthèse et les nombreuses références citées : D. Roets, *Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?*, D. 1997, Chron. 92. Cet auteur souligne néanmoins l'intérêt de la notion. – Sur la notion : A. Bénabent, *Le discrétionnaire*, *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11.

¹²³⁴ Termes employés par exemple par : H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.II, vol. I, Obligations, théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 459. – Sur la notion d'abus, susceptible de différentes acceptions selon l'aspect du phénomène contractuel concerné (faute d'un contractant ou limite à la force obligatoire d'une clause), Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

¹²³⁵ A. Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p. 1 : « on ne saurait parler d'abus ; aucun contrôle du juge n'est possible au sujet de l'utilisation qui en est faite : ce sont des droits discrétionnaires. ».

¹²³⁶ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 100.

¹²³⁷ L. Josserand, *De l'esprit des lois et de leur relativité - Théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, 1927, n° 306.

¹²³⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²³⁹ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 307 et s. (v. p. 304 : « l'abus n'est pas pris en considération, la légalité suffit »). En ce sens, par ex. : D. Roets, art. préc.

par hypothèse exceptionnels, il est utile de neutraliser la théorie de l'abus de droit »¹²⁴⁰. Les droits discrétionnaires peuvent donc se définir par la négative, au travers du rapport qu'ils entretiennent avec la sanction de l'abus de droit dont ils sont autant d'exceptions, ou d'« îlots de résistance »¹²⁴¹. Ainsi, inaccessibles à tout contrôle judiciaire, les droits discrétionnaires justifient l'abus commis à l'occasion de leur l'exercice, qu'il s'agisse selon un critère classique d'un acte dont l'intention de nuire est le mobile¹²⁴², ou d'un détournement de la finalité sociale de la règle de droit (pourvu que l'on soit en présence d'un droit-fonction susceptible de connaître une telle finalité)¹²⁴³. Ces droits ne peuvent que difficilement être énoncés, et peu d'arrêts de la Cour de cassation en consacrent¹²⁴⁴, l'essentiel étant le fruit d'une doctrine pour le moins partagée. Ainsi, à titre d'exemple, on enseigne comme discrétionnaires des prérogatives aussi variées dans leur objet que le droit de réméré ou encore les droits de repentir du droit de la consommation¹²⁴⁵, ainsi que la plus part des droits de la personnalité¹²⁴⁶.

303. Le caractère non-discrétionnaire des droits moraux. Les droits moraux, en ce que leur caractère impératif apporte des atténuations à la force obligatoire des conventions, ne pourraient-ils de ce fait être accueillis parmi les droits discrétionnaires ? Très tôt, cet argument fut écarté par une jurisprudence aujourd'hui passée dans l'Histoire. La Cour de cassation affirmait dans l'arrêt Lecocq, outre une conception dualiste du droit d'auteur, que

¹²⁴⁰ D. Roets, *Ibid.*

¹²⁴¹ Ch. Caron, Thèse préc., n°22, p. 25.

¹²⁴² V. l'arrêt « Cocquerel c. Clément-Bayard », Cass. Req. 3 août 1915, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, Tome 1 Introduction- Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux - Successions*, 12^e éd, Dalloz, 2007, n° 67.

¹²⁴³ Ce critère est celui défini par L. Josserand, *op. cit.*, n° 291 et ss. – Rapp. sur le caractère « finalisé » des droits de propriété intellectuelle : M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n° 1, p. 3 et ss. (obs. sous : Cons. const. 8 janv. 1991 ; Cass. com. 1^{er} juin 1999 et C. A. Paris, 26 févr. 2003.)

¹²⁴⁴ V. les ex. cités par D. Roets, *op. cit.*, spéc. p. 94 : droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur, droit du propriétaire de défendre tout empiètement sur son fonds, l'option de l'acquéreur d'une chose atteinte d'un vice caché entre l'action rédhibitoire et estimatoire.

¹²⁴⁵ J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001. Pour les facultés conventionnelles de reprise du type du réméré : n° 11162 ; pour les droits de rétractation du droit de la consommation, *Ibid.* n°11164 ; en ce sens : J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 8^e éd. Dalloz, 2010, n° 105. – Pour le réméré : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n°159. Comp. du même auteur, *Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, 2010, n° 553 note n° 51, l'auteur n'admettant au titre des droits discrétionnaires que le droit de révoquer un testament et le droit de refuser un empiètement sur son terrain.

¹²⁴⁶ Pour d'autres exemples : H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.II, vol. 1, Obligations, op. cit.*, 1998 n° 459 : le droit de réponse en matière de presse (quoique discuté), le droit des ascendants de s'opposer au mariage de leurs enfants majeurs, le droit pour les parents de refuser leur consentement au mariage de leurs enfants mineurs (droit de faible portée depuis que l'âge légal est ramené à 18 ans : art. 144 C. civ. modifié par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006). *Adde* : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF Coll. Quadrige, 2011, p. 349 (à « discrétionnaire ») : la révocabilité d'un mandataire ordinaire par le mandant.

l'exercice du droit moral est soumis à la sanction de l'abus de droit¹²⁴⁷. M. Caron remarque à cet égard : « le droit moral naissant est déjà contrôlé par la théorie de l'abus de droit, elle-même en cours de gestation à cette époque. »¹²⁴⁸.

304. Remises en cause du principe. Si la doctrine s'est majoritairement ralliée au caractère relatif des droits moraux¹²⁴⁹, certains auteurs, au premier rang desquels Desbois, ont cependant persisté à affirmer le caractère discrétionnaire du droit moral¹²⁵⁰. Pourtant, la position de l'éminent auteur sur le sujet ne lasse pas de troubler : ainsi l'affirmation vigoureuse du caractère discrétionnaire du droit de retrait ou de repentir¹²⁵¹ est-elle instamment mise en cause : « Un abus, un détournement en est commis, si l'intéressé s'en sert comme simple prétexte, pour dissimuler des mobiles d'une tout autre nature. »¹²⁵². L'ambiguïté de cette position est à relier avec celle de la jurisprudence rendue sous le droit positif. Un arrêt de la Cour de cassation, très discuté, affirme « que l'exercice de son droit

¹²⁴⁷ Ainsi, le droit moral ne saurait être utilisé de manière fautive par l'auteur divorcé, « dans un but de vexation à l'égard de son conjoint ou des représentants de ce dernier » : Cass. civ. 25 juin 1902, Lecocq, D. P., 1903, I, p. 5, comm. A. Colin, concl. Proc. gén. Baudouin. Il s'agissait en l'espèce du droit de modifier ou de supprimer l'œuvre, que l'on peut comparer à l'actuel droit de retrait ou repentir. En ce sens : Cass. civ 14 mai 1945, D.1945, p. 285, note H. Desbois.

¹²⁴⁸ Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec. Coll. Le droit des affaires. Publications de l'IRPI Henri Desbois. 1998, n° 36, p. 36. L'auteur, avec la doctrine, note que l'expression « but de vexation » désigne une application de la théorie de l'abus de droit. – A ce titre, on soulignera la proximité de l'arrêt avec une autre décision fondatrice : Cass. civ., 14 mars 1900, William Eden c. Whistler, D. 1900.1.497, note M. Planiol, rapport Rau, concl. Av. gén. Desjardins ; V. S. Strömholm, Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement. Etude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957, *Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 73 ; *Comp.* la note de F. Pollaud-Dulian, sous : Cass. 1^{re} civ, 14 mai 1991, Chiavarino dit Maric c. SPE, JCP G, 1991, II 21760, notant le caractère obsolète de ces solutions depuis la loi du 11 mars 1957, en matière de régimes matrimoniaux comme en matière de droit moral de source légale et aux contours mieux définis.

¹²⁴⁹ V. notamment : C. Carreau, Propriété intellectuelle et abus de droit, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 17 ; Ch. Caron, Abus de droit et droit d'auteur. Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français, RIDA, avril 1998, n° 176, p. 3 ; P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris 2, 1985, p. 567 et s., pour le droit au respect : v. p. 307, note n° 1 (ailleurs, l'auteur évoque pourtant le caractère discrétionnaire du droit de divulgation : p. 248).

¹²⁵⁰ H. Desbois, Le droit moral, RIDA, avril 1958, XIX, p. 121 (l'auteur reste toutefois nuancé : v. spéc. p. 151 et ss.) ; CA. Paris, 30 mai 1962, Buffet c. Fersing, D. 1962, p. 570, note H. Desbois ; Ph. Vergnaud, Les droits du peintre sur son œuvre, D. 1966, Chron. I 1975 ; F. Pollaud-Dulian, Abus de droit et droit moral, D. 1993, Chron. 97. – Rouast qualifiait ce droit de « semi-discrétionnaire », l'abus pouvant être caractérisé en cas de détournement de sa finalité : art. préc. v. spéc. n° 17.

¹²⁵¹ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 396, p. 487 : « Le législateur n'a pas prévu que les juges auraient à apprécier les mobiles, qui inspirent à l'auteur la volonté de se rétracter ; il n'a pas même exigé que le repentant justifie son attitude. La décision présente un caractère unilatéral, absolu et discrétionnaire ; (...) ». Pour le droit de divulgation, v. n° 386, p. 475.

¹²⁵² H. Desbois, *op. cit.*, n° 396, p. 488. Pour une analyse des positions nuancées de Desbois, v. Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Thèse préc., n° 52, p. 48.

moral par l'auteur de l'œuvre originale revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge »¹²⁵³.

305. Réaffirmation du principe et opinions divergentes. Un arrêt ultérieur rendu par la Cour de cassation vient mettre fin aux doutes en rappelant que l'exercice du droit moral de retrait et de repentir pour des motifs pécuniaires caractérise « un détournement des dispositions de ce texte et un exercice abusif du droit qu'il institue »¹²⁵⁴. Qualifié par Ch. Caron¹²⁵⁵ de « clé de voûte » d'une renaissance de l'abus de droit moral, cet arrêt ne mit pas fin à la controverse, celle-ci se déplaçant sur la notion même d'abus de droit¹²⁵⁶.

¹²⁵³ Cass. 1^{re} civ, 5 juin 1984 « Maddalena », Bull. I, 184, p. 157. D. I.R., p. 312, note C. Colombet. L'arrêt affublant de la sorte le droit de paternité de l'auteur d'un caractère discrétionnaire voit sa portée réduite à néant par la plupart des commentateurs, car les faits concernaient plus exactement un refus de l'auteur de consentir à une adaptation et non le droit moral : « L'affirmation du caractère discrétionnaire du droit moral, dans ces conditions, ne s'imposait pas » : note P. Sirinelli, sous Cass. 1^{re} civ. 14 mai 1991, RIDA, 1992 n° 1, p. 283. En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 454, constatant qu'il ne s'agissait que d'un refus de contracter. L'arrêt est qualifié de « déphasé » par M. Gautier, l'emploi de la notion n'apportant rien à la solution d'espèce : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 199, note n° 1 ; également critique : v. les obs. de C. Colombet, D. 1984, I.R., p. 312 ; *Adde* : C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins, op. cit.*, p. 130, n° 134.

¹²⁵⁴ Cass. 1^{re} civ, 14 mai 1991, Chiavarino dit Maric c. SPE, JCP G, 1991, II 21760, obs. F. Pollaud-Dulian ; note P. Sirinelli, sous Cass. 1^{re} civ. 14 mai 1991, RIDA, 1992, n° 1, p. 283.

¹²⁵⁵ Ch. Caron Thèse *précitée*, n° 41. V. les autres références jurisprudentielles citées.

¹²⁵⁶ M. Stoffel-Munck voit dans cet arrêt une application explicite de la notion d'abus de prérogative par détournement (Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 695). – M. Pollaud-Dulian déduit des « conditions précises » édictées par l'art. 32 de la loi du 11 mars 1957 (actuel art. L. 121-4 du CPI) son caractère discrétionnaire : « une loi bien rédigée ne devrait pas être susceptible d'abus ». Suivant cette analyse, le droit de repentir impose en effet à l'auteur qui l'exerce, outre l'indemnisation préalable du cessionnaire, l'obligation de proposer à ce dernier, aux conditions initiales, une éventuelle nouvelle publication de l'œuvre. Ensuite, la possibilité d'un abus de droit moral est spécialement édictée en matière de droit de divulgation, mais à l'encontre des seuls héritiers de l'auteur, et encore faut-il que cet abus soit notoire (art. L. 121-3 du CPI. Ancien art. 20 de la loi de 1957). Ces éléments seraient de nature à exclure le contrôle de l'abus de ces droits du vivant de l'auteur. Mais le raisonnement ne saurait emporter la conviction car cet encadrement légal strict montre justement que cette prérogative *ne doit pas être exercée abusivement*, ce qui ne signifie évidemment pas qu'elle ne puisse l'être. Ensuite, M. Pollaud-Dulian estime que la sanction de l'abus de droit prononcée par la Cour ne caractérisait en réalité que « l'absence d'une condition essentielle d'exercice de ce droit » (v. obs. et article précités). L'auteur croyant bénéficier de son droit moral en invoquant un motif économique ne commettrait pas un abus de droit mais – la distinction est classique – un dépassement dû à un défaut de droit. Le caractère discrétionnaire du droit serait sauf, car « à partir du moment où l'auteur invoque des considérations artistiques, intellectuelles ou morales correspondant à la défense de sa personnalité à travers son œuvre, le juge n'a pas à apprécier la valeur de ces motifs ». Mais tout détournement d'un droit ne pourrait-il alors être assimilé à un dépassement de droit ? En réalité, la condition essentielle faisant manifestement défaut à la prétention de l'auteur était la volonté d'assurer la protection de ses intérêts moraux. C'était donc bien la finalité de la règle de droit qui était détournée. Ici, la protection du droit moral constituait tout autant une condition essentielle de l'exercice du droit que sa propre finalité. On retrouve bien là un critère de l'abus de droit. Enfin, selon l'auteur, c'est la nature personnelle du droit moral qui interdirait au juge d'en contrôler les mobiles dans le but d'y déceler l'ombre de l'abus. On retrouve là le critère de définition proposé par Ripert (*op. cit.*). A l'appui de cette affirmation, M. Pollaud-Dulian invoque l'actuel art. L. 112-1 du CPI, qui interdit au juge de considérer « le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination de l'œuvre de l'esprit ». La justification est hasardeuse : ici, il ne s'agit nullement de juger si une œuvre « mérite » ou non d'accéder au rang d'objet de propriété, mais de juger le fondement des prétentions d'un auteur dans l'exercice de cette propriété. Dans tous les cas, on pourrait conclure : « Il n'y a pas de « for intérieur » qui ne doive être scruté, dès lors que l'exercice du droit a vocation à modifier la situation des autres sujets » (P.-Y. Gautier, *Op. cit.* n° 200).

De ces débats, nous pouvons conclure que les droits moraux de l'auteur, dans leurs différentes composantes, ne sauraient être qualifiés en droit positif de droits discrétionnaires. Le caractère dérogatoire et la puissance des effets de ces droits « contrôlés » restent toutefois intacts, et la question de leur influence sur les qualifications de licence et de cession demeure entière. Ceci nous conduit naturellement à nous interroger sur la nature potestative des droits moraux.

2 – Le rattachement des droits moraux à la catégorie des droits potestatifs

306. Plan. L'examen de la notion de droit potestatif en droit privé (*a*) nous permettra d'en faire l'application aux droits moraux de l'auteur (*b*). Le but de la démonstration est de montrer que l'assimilation des droits moraux à des mécanismes dérogatoires, mais banals car intégrés au droit privé, ne permet pas à ces derniers de remettre en cause la liberté du choix entre les qualifications de cession et de licence en droit d'auteur.

a) La notion de droit potestatif en droit privé

307. La notion de droit potestatif, récemment apparue dans la doctrine française¹²⁵⁷, décrit une réalité juridique préexistante de notre droit positif. Selon la définition de référence de M. Najjar, les droits potestatifs sont les pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre et unilatérale¹²⁵⁸. Droit subjectif distinct du droit personnel et du droit réel, le droit potestatif se caractérise par un lien de sujétion unissant un sujet actif¹²⁵⁹ à un sujet passif. Cette notion a vocation à s'appliquer dans toute branche du droit privé, dès lors qu'une prérogative permet à son titulaire de modifier unilatéralement par une simple manifestation de volonté une situation juridique intéressant autrui. Ainsi se voient fréquemment rattachés à cette catégorie : le droit d'option d'une

Cependant, l'arrêt cité prouve qu'une appréciation utile et juste du caractère fautif de l'exercice du droit, ou d'un détournement sa finalité, ne nécessite aucunement une telle intrusion dans la conscience de l'artiste.

¹²⁵⁷ Sur ce sujet, voir : J. Rochfeld, Les droits potestatifs accordés par le contrat, *Etudes offertes à Jacques Ghestin*. LGDJ, 2001, p. 747.

¹²⁵⁸ Définition de I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, n° 99 ; en ce sens : S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, Thèse, Lille, 1999, p. 6 ; du même auteur : Potestativité et requalification du contrat. *Dr. et patrimoine*, juin 1999, n° 72, p. 72. V. également : A. Bories, *Le réméré*, Thèse, Montpellier, 2004, n° 740 et ss., p. 416 et ss.

¹²⁵⁹ Egalement nommé le *potentior* : F. Hage-Chahine, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTD Civ. 1982, p. 705.

promesse unilatérale de vente, le droit de résiliation dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, le droit de réméré, le droit de fixer unilatéralement le terme d'une obligation, le prix dans un contrat-cadre, ou encore le droit de divulgation de l'auteur. Cette liste incomplète recoupe en partie celle des droits discrétionnaires. Il faut y voir le fruit du caractère fluctuant de la notion de droit discrétionnaire car un droit potestatif ne saurait être discrétionnaire. Ce constat ouvre la possibilité d'une qualification des droits moraux en droit potestatifs.

308. Distinction du droit potestatif de la condition potestative et du droit discrétionnaire. Qu'ils soient accordés par le contrat¹²⁶⁰ ou par la loi (c'est le cas des droits moraux), leur existence a pour cause l'intérêt exclusif de l'une des parties (sujet actif) au détriment de l'autre (sujet passif). De plus, leur exercice s'effectue au moyen d'une action unilatérale. Pour autant, l'étude de la notion démontre qu'elle n'est pas une simple transposition de la potestativité de l'article 1174 du Code civil, cantonnée au mécanisme de la condition et étroitement liée à l'idée d'arbitraire¹²⁶¹. La notion n'est pas davantage le synonyme du droit discrétionnaire.

Tout d'abord, le droit potestatif n'est pas une simple transposition de la *condition potestative* hors du cadre restreint des obligations conditionnelles¹²⁶². En effet, contrairement à la condition potestative, ce n'est pas nier l'essence du droit potestatif que d'affirmer qu'il puisse impliquer une contrepartie, un sacrifice¹²⁶³. Par exemple, la vente à réméré (vente avec

¹²⁶⁰ J. Rochfeld, art. préc. On trouve des droits potestatifs de source contractuelle dans notre matière : les conditions d'acceptation de l'œuvre par le commanditaire, ou encore l'admission d'une exploitation facultative. V. Cass. com. 19 juin 1990, D. 1991, Jur., p. 436, note P.-Y. Gautier (Teledis c. Vauban). L'auteur évoque un « terme purement potestatif », JCP E 1991, I, 104, n° 19, obs. J.M. Mousseron, J. Raynard. (V. les références citées : *infra* n° 756 et ss. sur l'absence d'obligation d'exploiter l'œuvre.).

¹²⁶¹ En ce sens : J.-J. Taisne, J.-Cl. civil, fasc. 40 à 43, n° 34 et ss. ; J. Ghestin, La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 243 ; G. Goubeaux, Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, Defrénois, 1979, art. 31986 ; S. Gjidara, Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : Le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du C. civ., Petites affiches, 21 et 22 juin 2000, n° 123, p. 4.

¹²⁶² La sanction de la condition potestative, la nullité, suppose avant toute autre considération que l'on soit en présence d'un mécanisme de condition. Ce qui explique que la potestativité soit admise en dehors de ce cadre : S. Valory, art. préc., n° 72, p. 72. Cependant, des clauses non conditionnelles ont été qualifiées d'arbitraires et de ce fait sanctionnées, parfois même sur le fondement de l'art. 1174 C. civ. V. J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, D. 1973, Chron. p. 293.

¹²⁶³ En cas de condition, le risque d'une décision arbitraire du débiteur, justifiant l'application de l'article 1174 du Code civil, peut être décelé par un double examen des conditions dans lesquelles le titulaire d'une prérogative va l'exercer. Il s'agit de prendre en considération d'une part les *conséquences* de la décision du débiteur, et d'autre part les *facteurs*, les mobiles de cette décision. Ainsi « Il y aura condition potestative nulle si par un acte insignifiant ou par des exigences excessives, le débiteur peut, sans conséquences préjudiciables pour lui, éluder sa dette. ». Au contraire « Si en revanche les conséquences de l'acte à accomplir sont telles que pour éluder sa dette le débiteur doit s'imposer un sacrifice, la jurisprudence admet que le risque d'arbitraire est exclu », J.-J. Taisne, J.-Cl. préc., spéc. n° 39. En ce sens : J. Ghestin, art. préc. ; v. la note de R. Libhaber, « Les chemins actuels de la potestativité », sous Cass. 1^{er} civ, 16 oct. 2001, Defrénois 2002. 37 486, p. 251. *Adde* : à propos de la commande d'une œuvre, « la faculté de ne pas livrer apporte une notable restriction à l'existence de

faculté de « rachat ») est généralement qualifiée de droit potestatif¹²⁶⁴, car si son exercice est subordonné à une action unilatérale, il impose, aux termes de l'article 1673 du Code civil, le remboursement du prix et des frais de la vente¹²⁶⁵. D'une manière générale, S. Valory synthétise la profonde divergence entre condition et droit potestatif en notant qu'en présence d'une contrepartie, « le pouvoir de volonté demeure mais pas l'arbitraire : la clause donne naissance à un droit potestatif non arbitraire »¹²⁶⁶. Il est également possible que le droit potestatif ne comporte pas de contrepartie. Cette hypothèse apparaît clairement au terme de ce que l'on peut qualifier de revirement jurisprudentiel sur les conditions de validité des clauses de dédit. Leur gratuité étant désormais admise, on pourrait, comme le suggère M. D. Mazeaud, « craindre que le droit potestatif qu'incarne la faculté de dédit ne dégénère en un pouvoir arbitraire. »¹²⁶⁷. Il n'en serait rien, car le droit potestatif étant susceptible d'abus, il ne saurait non plus être confondu avec la catégorie des *droits discrétionnaires*. Ainsi, la faculté de dédit fût-elle gratuite, son exercice abusif pourra être sanctionné¹²⁶⁸.

b) L'application de la notion de droit potestatif aux droits moraux de l'auteur

309. Plan. L'intérêt du rattachement des droits moraux à cette catégorie se devine aisément : le caractère dérogatoire des droits moraux ainsi décrit est intégré à notre système juridique. Il est associé, comme une modalité possible, à différents contrats, en particulier à la vente (réméré, dédit) dont il ne trouble en aucun cas la qualification. Les qualifications concurrentes de vente et de louage de droit d'auteur ne sont ainsi en aucun cas affectées par les droits moraux. Des auteurs nous servent dans cette analyse, en assimilant les droits moraux à la catégorie des droits potestatifs, sans que cela suppose une prise de parti quant à

l'obligation. (...) elle constituerait une condition purement potestative, annulant l'engagement, si l'on décidait que le refus de livrer n'entraîne pas au moins l'obligation d'indemniser celui qui a fait la commande acceptée par l'artiste », note P. Esmein sous CA Paris, 14 mars 1962, D. 1962, p. 104.

¹²⁶⁴ Et plus précisément de droit potestatif d'option. En ce sens, v. A. Bories, *Le réméré*, Thèse, Montpellier, 2004, n° 755, p. 425. *Adde* : C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002, n° 68 ; O. Milhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ, 2001, n° 652.

¹²⁶⁵ A. Bories, *Le réméré*, Thèse préc., n° 823 et ss., p. 465 et ss.

¹²⁶⁶ S. Valory, Thèse préc., n° 482, p. 333. Notons que l'auteur aboutit pour finir à une approche unitaire de la potestativité.

¹²⁶⁷ Cass. com. 30 oct. 2000, D. 2001, somm. com. p. 3241, note D. Mazeaud, « Se dédire sans dédit, vaut ! » ; en ce sens, par ex. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 481.

¹²⁶⁸ Sans peine, si l'on retient toutefois le critère très extensif de la « prise en considération de l'intérêt du cocontractant » relevé par J. Rochfeld, art. préc. – Sur le refus de prendre en compte un dédit exercé de mauvaise foi et notant le caractère non-discrétionnaire de ce droit : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit., loc. cit.* – Dans le même sens, la reconnaissance d'un droit potestatif de fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre de distribution a été accompagnée, à la charge de cette liberté, du contrôle judiciaire de son abus (sur cette jurisprudence, v. *infra* n° 796 et s.).

leur nature propre. Il convient de faire l'analyse de ces droits en nous fondant principalement sur le droit de retrait et de repentir : les traits définis par la loi et le caractère dérogatoire le plus remarqué par la doctrine justifient qu'il serve de modèle à nos explications (α - *Le droit potestatif de retrait ou de repentir et la qualification du contrat*). L'analyse sera néanmoins transposable aux autres droits moraux. (β - *Le droit potestatif de divulgation* ; γ - *Les droits potestatifs à la paternité et au respect de l'œuvre*).

α – *Le droit potestatif de retrait ou de repentir et la qualification du contrat*

310. Le droit de retrait ou de repentir : principe. Le droit de retrait et de repentir suscite moins l'intérêt des plaideurs que de la doctrine. Il demeure peu usité, probablement en raison des conditions strictes de mise en œuvre imposées à l'auteur. Dès 1958, Desbois pressent « qu'en maintes circonstances la faculté, qui lui est offerte, s'évanouira comme un mirage »¹²⁶⁹. Les illustrations jurisprudentielles existent pourtant¹²⁷⁰. Le droit de retrait ou de repentir est régi à l'article L. 121-4 du CPI¹²⁷¹. Il constitue, dans son régime actuel plus que dans son esprit, une innovation de la loi du 11 mars 1957¹²⁷².

Le contenu de la prérogative est sujet à discussion. Quant à son domaine tout d'abord : il est généralement admis que cette faculté porte sur les contrats impliquant la mise à disposition de l'œuvre par cession ou licence, et non sur le seul support corporel, ce qui doit exclure le contrat de commande¹²⁷³. Quant à son contenu ensuite : Desbois proposait deux

¹²⁶⁹ H. Desbois, *Le droit moral*, RIDA, avril 1958, XIX, p. 121. Il a pu être tenu pour « une fantaisie de théoriciens » par P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, p. 145.

¹²⁷⁰ Pour un exemple intéressant (Cass. soc. 8 mai 1980, RTD com. 1980, p. 549, obs. A. Françon) car appliqué non pas au droit de reproduction mais au droit de représentation (suppression d'un personnage d'une pièce de théâtre), et illustrant selon les termes de Françon la « réaction en chaîne » suscitée sur d'autres contrats (ici le contrat rompu de... l'interprète du rôle).

¹²⁷¹ Art. L. 121-4 du CPI : « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées. ».

¹²⁷² Car on peut voir dans les affaires Lecocq et Canal (précitées) la reconnaissance de la faculté de l'auteur « de faire ultérieurement subir des modifications à sa création ou même de la supprimer (...) ». On s'est interrogé sur la portée de ces solutions : rendues en matière de régimes matrimoniaux, pouvait-on les transposer aux rapports de l'auteur avec des tiers ? Sur cette question : P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris 2, 1985, p. 598 et ss.

¹²⁷³ L'art. L. 121-4 ne visant que les cessions des droits d'exploitation, il a toutefois été étendu aux contrats de commande. V. en ce sens : C. Colombet, *op. cit.*, p. 151, n° 170. Notant que l'admission du refus de l'auteur de livrer l'œuvre commandée à l'occasion de l'arrêt Whistler ne concernait que la cession du *corpus mechanicum* : S. Strömholm, *Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement. Etude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957, Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 73 ; H. Desbois, note sous CA. Paris, 30 mai 1962, Buffet c. Fersing, D. 1962, p. 570. En ce sens : R. Savatier, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957*, JCP G 1957, I, 1398, n° 38. *Contra* : P. Sirinelli, *Le*

interprétations fondées sur la lecture d'un ordre chronologique dans l'énonciation de la loi. Selon une première interprétation, le repentir, dans la sphère de l'intime, précéderait le « passage à l'acte » du retrait¹²⁷⁴. Une seconde interprétation, finalement préférée par le commentateur, distinguait le repentir, antérieur à la publication, et le retrait, postérieur à cette dernière¹²⁷⁵. Ces interprétations ne semblent pourtant pas découler de la lettre du texte, qui évoque bien deux prérogatives et non un quelconque ordre chronologique : « droit de repentir *ou* de retrait »¹²⁷⁶. Ainsi, plus rigoureusement, par le repentir, l'auteur procéderait à des modifications de son œuvre ; par le retrait, il mettrait fin au contrat d'exploitation¹²⁷⁷. La portée de ces distinctions est généralement considérée comme limitée par la doctrine en raison de l'admission générale de ces différentes facultés¹²⁷⁸.

On pourrait noter qu'en termes « civilistes », pourtant, la différence est grande. Le droit de retrait met fin à l'exploitation, le droit de repentir modifie unilatéralement l'objet du contrat, ou plus exactement l'objet de la prestation de l'auteur, c'est-à-dire la chose incorporelle. Cette chose n'est cependant pas atteinte dans son essence, dans la mesure où les utilités pour lesquelles l'œuvre est mise à disposition ne changent pas, et le contrat n'en est pas affecté : l'œuvre en tant qu'objet sensible est modifiée, non l'œuvre considérée à travers ses utilités économiques, sa destination, la détermination des conditions d'exploitation.

311. Le droit de retrait ou de repentir : une potestativité bien tempérée. Il est donc permis de qualifier le droit de retrait ou de repentir de droit potestatif. Mais encore faut-il noter que cette potestativité est bien tempérée. Certes, la manifestation de volonté est unilatérale et affecte le contenu du contrat, voire le lien contractuel lui-même, mais outre le fait que la possible sanction de l'abus écarte la qualification de droit discrétionnaire, l'obligation d'indemnisation préalable du cessionnaire ôte qui plus est tout risque

droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats, Thèse, Paris 2, 1985, p. 257 et p. 561 et ss.; S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 1999, n° 396, p. 166. En revanche, l'auteur pourra invoquer son droit de divulgation.

¹²⁷⁴ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 393, p. 484. Rapp. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 448, qui considèrent que la prérogative consiste techniquement en un droit de retrait et que le repentir n'est que la justification de son exercice, ce qui évoque les mobiles de l'acte, dont le contrôle pourra caractériser un abus.

¹²⁷⁵ H. Desbois, *op. cit.*, n° 398 ; en ce sens : C. Colombet, *op. cit.*, n° 163.

¹²⁷⁶ En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006, n° 465, p. 361. Ces auteurs ajoutent que si l'on devait retenir la seconde lecture de Desbois, le terme « repentir » serait confondu avec celui de « divulgation ».

¹²⁷⁷ Gavin, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation française*, Thèse, 1960, Dalloz, n°56, p. 64. En ce sens, par ex. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 465 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 656 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 264.

¹²⁷⁸ Ionasco, *Le droit de repentir de l'auteur*, RIDA, janv. 1975, p. 21. En ce sens : P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 257.

d'arbitraire¹²⁷⁹. La lecture de la doctrine la plus autorisée enseigne qu'il est possible de concilier une approche du droit d'auteur dans laquelle la personnalité de l'auteur est centrale, et l'analyse des effets des droits moraux en termes de technique juridique grâce à la notion de droit potestatif.

312. Le rapprochement du droit de retrait ou de repentir avec le droit civil ou le droit de la consommation – objections surmontées. Le parallèle est fait par MM. Mazeaud et M. Chabas, suivis plus récemment par M. Pollaud-Dulian, entre droit de retrait et de repentir et facultés de rachat ou réméré¹²⁸⁰. Or, ces dernières sont généralement citées, avec les facultés de rétractation du droit de la consommation, comme exemples de la catégorie des droits potestatifs¹²⁸¹. Des objections ont été avancées, notamment par M. Sirinelli dans sa thèse¹²⁸², qui s'attachent essentiellement aux régimes des prérogatives comparées. On pourrait tout d'abord considérer l'absence de délai d'exercice du droit moral, alors que les droits de réméré et les droits consommateurs sont enfermés dans des délais. Mais cette différence de régime semble s'imposer en droit civil et en droit de la consommation et non en droit d'auteur, par la nature même des objets considérés, respectivement : des objets corporels mobiliers ou des prestations de services dans un cas, des objets incorporels dans l'autre. Ensuite, on a pu constater une certaine originalité du droit de retrait ou de repentir, en ce qu'il comporte une obligation d'indemnisation. L'argument d'une indemnisation apparaît peu satisfaisant, car il souligne davantage le caractère exorbitant du droit de la consommation, système plus récent et sur ce point précis plus audacieux que celui du droit d'auteur.

¹²⁷⁹ P. Sirinelli, *op. cit.*, n° 940, p. 612. Comme l'écrit M. Valory : « Le droit potestatif et le lien de sujétion qui lui est associé se doublent donc d'un lien de charge. Tant que l'auteur n'aura pas satisfait aux obligations de remboursement imposées par la loi, il sera privé de l'exercice de son droit de repentir. Le mécanisme légal suppose la coexistence d'un droit potestatif (qui détruit le rapport contractuel) et d'un droit injonctif (qui subordonne l'exercice du droit au paiement des indemnités compensatoires) » (*Ibid.* n° 298, p. 196). L'auteur reprend ainsi une illustration de la classification des droits proposée par F. Hage-Chahine, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTD Civ. 1982, p. 705, n° 48 et s.

¹²⁸⁰ H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de Droit civil, T.III, vol. 2, Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd. Par M. de Juglart, Montchrestien, 1987, n° 764, p. 29. En ce sens : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 663.

¹²⁸¹ Par ex. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 5^e éd., Litec, 2008, n° 591. Sur la faculté de rétractation du consommateur à la suite d'un démarchage ou d'une vente à distance (art. L. 121-16 et L. 121-25 C. conso.) : « Les obligations souscrites seront ainsi remises en cause unilatéralement et même potestativement puisque le consommateur n'a pas à « justifier de motifs ni à payer de pénalités » (C. conso., art. L. 121-20) ; cette rétractation peut s'analyser comme une condition résolutoire malgré l'article 1174 du Code civil. ». L'auteur invite au rapprochement de ces facultés avec le réméré, faculté de rachat de l'article 1659 C. civ. En ce sens : A. Bories, *Le réméré*, Thèse, Montpellier, 2004. Cet auteur note, dans le cadre d'une cession de droit d'auteur, une possible articulation entre exercice du réméré et droit de retrait : l'exercice du réméré est limité par un délai de 5 ans, contrairement au droit moral ; en revanche le réméré n'impose aucune obligation de préférence, contrairement au droit de retrait (art. L. 121-4 du CPI).

¹²⁸² P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 699 et ss.

Nous ajouterons une autre objection possible à ce rapprochement : les effets du droit de retrait, qui retire une œuvre du circuit économique, dépassent par leur ampleur les diverses facultés de rachat et de rétractation du droit des contrats. Mais il faut voir dans ces effets considérables une nécessité dictée par la finalité de la mise à disposition de l'œuvre et du droit d'auteur lui-même : retirer son consentement à une cession ou une licence de droit d'auteur consiste nécessairement en une remise en cause d'une exploitation commerciale. Cette intensité d'effets est liée à la nature de la chose, mais n'implique pas une différence de nature entre ces prérogatives diverses.

313. Conclusion. La compatibilité du droit moral avec les qualifications de vente ou de location. Le droit potestatif de retrait ou de repentir, par ses effets, est-il de nature à exclure la qualification de cession-vente ou de licence-louage ? Certainement pas : au regard de ce qui précède, le droit de retrait ou de repentir n'est pas un « terme » qui transformerait la cession en licence ou en contrat de durée quelconque, ni même ne crée un lien entre l'auteur et l'œuvre de nature à exclure la cession. De même, on ne songe pas à ce qu'une clause de dédit, une faculté de rachat, ou les droits de repentir du droit de la consommation, viennent disqualifier la vente en louage ou en usufruit contractuel. Le droit de retrait ou de repentir fait donc davantage exception au droit commun des obligations, à la force obligatoire du contrat (article 1134 du Code civil), qu'il n'intervient sur les qualifications concurrentes de bail ou de vente. *Le domaine d'application de toutes ces prérogatives est transversal : le contrat est remis en cause quel qu'il soit. Les mécanismes étudiés relèvent du droit des obligations et de ses propres limites et non du choix possible au sein des statuts spéciaux.*

On ajoutera que voir dans la protection de la personnalité de l'auteur la source de cette prérogative est une conception envisageable, mais que ce rattachement, à le supposer avéré, demeure indifférent à la considération des effets produits sur le contrat. Si la conception moniste-réaliste est la mieux à même de recevoir la transposition de la vente et de la location en droit d'auteur, les conceptions personalistes ne la rendent pas impossible pour autant : la qualification de droit potestatif n'est en rien exclusive de celle de droit de la personnalité. Qu'en est-il des autres droits moraux ?

314. Droit de divulgation et compatibilité avec la vente et la licence. Le caractère dérogoire du droit de divulgation apparaît mieux dans son aspect négatif (droit de ne pas divulguer)¹²⁸³ et conflictuel, c'est-à-dire notamment lorsque l'auteur s'oppose à la prétention de son commanditaire de livrer l'œuvre. La question du domaine d'application de ce droit est moins discutée qu'en matière de retrait ou repentir : on reconnaît aussi bien cette faculté à l'auteur d'une œuvre commandée, entendue comme support matériel, qu'à l'auteur « cédant » les utilités de l'œuvre¹²⁸⁴. Avec l'exception notable du régime des œuvres audiovisuelles (art. L. 121-6 du CPI)¹²⁸⁵, on s'accorde à noter une certaine continuité entre l'état du droit antérieur et postérieur à la loi du 11 mars 1957¹²⁸⁶. La règle permettant à l'auteur de s'opposer à la livraison forcée de son œuvre non divulguée vaut que l'œuvre soit jugée par son auteur achevée ou non¹²⁸⁷. L'hypothèse se distingue de celle du retrait ou repentir, car outre ses spécificités de régime, ce dernier ne concerne l'œuvre qu'une fois divulguée¹²⁸⁸.

La décision fondatrice la plus importante est reconnue par la majorité dans l'arrêt Whistler¹²⁸⁹ sur la livraison de l'œuvre commandée. Si le terme n'apparaît pas expressément et que l'espèce ne porte que sur la propriété corporelle et non sur les utilités de l'œuvre¹²⁹⁰, on lui attribue généralement le principe d'un droit de « publier » devenu droit de divulgation¹²⁹¹ :

¹²⁸³ Le droit de divulgation comporte lui aussi un aspect positif (droit de décider si et comment l'œuvre sera divulguée) et un aspect négatif (droit de s'opposer à la divulgation), en ce sens : O. Lalignant, *La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983, n° 76, p. 234 et s. ; P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 248. – S'il ne nous appartient pas d'entrer dans ce vaste débat, on notera que la doctrine est partagée sur cette consistance de l'acte de divulgation. Ainsi, des auteurs éminents voient dans ce droit une prérogative essentiellement *négative* ayant pour fonction de protéger l'auteur contre sa propre production : droit de non-divulgation. Par ex. : H. Mazeaud, *Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence* (à propos de l'arrêt de la Cour d'Orléans rendu dans l'affaire Pierre Bonnard), D. 1959, Chron., XX, spéc. n° 9, p. 135 ; S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur (en droit allemand, français et scandinave)*, P.A. Norstedt et Söners förlag, Stockholm, 1973, 2^e Partie, t. II, n° 198, p. 294. *Contra* : Desbois, pour qui le droit de divulgation est une prérogative essentiellement *positive* : un acte d'ordre essentiellement psychologique dont la fonction est de séparer l'œuvre de la personne de l'auteur. V. spéc. note : H. Desbois sous CA Paris, 19 janv. 1953, « Affaire Bonnard », D. 1953, p. 409. Sur ces débats, v. O. Lalignant, *op. cit.*, n° 12 et ss., p. 54 et ss.

¹²⁸⁴ P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 665 ; S. Denoix de Saint Marc, *op. cit.*, n° 350, p. 149.

¹²⁸⁵ Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, n° 214 et ss.

¹²⁸⁶ S. Denoix de Saint Marc, *op. cit.*, n° 356 et s, p. 151.

¹²⁸⁷ Sur l'œuvre inachevée, v. P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 540 ; S. Denoix de Saint Marc, *op. cit.*, n° 354 et ss., p. 150.

¹²⁸⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 462, p. 357.

¹²⁸⁹ Cass. civ, 14 mars 1900, William Eden c. Whistler, D. 1900, 1.497, note M. Planiol, rapport Rau, concl. Av. gén. Desjardins ; une confirmation de la solution se trouve dans l'arrêt Camoin : CA Paris, 6 mars 1931, D. P. 1931, 2, p. 88, note M. Nast ; CA. Paris 1^{re} ch, 19 mars 1947, Vollard c/ Rouault, Gaz. Pal., 1947, 1^{re} sem, p 184, concl. Av. gén. Frèche.

¹²⁹⁰ Ce point est souligné mais n'est pas considéré comme décisif, par ex. : S. Strömholm, art. préc.

¹²⁹¹ Ce point est généralement partagé par les auteurs cités : v. en particulier, sur la construction de cette notion, œuvre conjointe de la jurisprudence et de la doctrine : S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur (en droit allemand, français et scandinave)*, *op. cit.* n° 191 b β.

« la convention par laquelle un peintre s'engage à exécuter un portrait moyennant un prix déterminé constitue un contrat d'une nature spéciale, en vertu duquel la propriété n'est définitivement acquise à la partie qui l'a commandé, que lorsque l'artiste a mis ce tableau à sa disposition et qu'il a été agréé par elle ».

315. Le droit de divulgation est-il un droit potestatif ? Il est majoritairement, et légalement, admis que le droit de divulgation ne conditionne pas la naissance de la propriété de l'auteur, mais qu'il peut en affecter l'exercice¹²⁹². Lorsque l'exercice du droit de divulgation doit intervenir après la conclusion du contrat (encore que la conclusion d'un contrat d'édition permette d'induire le souhait de l'auteur de divulguer son œuvre¹²⁹³), on note une dérogation notable au principe de l'effet obligatoire des contrats¹²⁹⁴. Un auteur note ainsi que « de toutes les prérogatives du droit moral, le droit de divulgation [est] incontestablement la plus intense. »¹²⁹⁵. Ce caractère impératif s'impose : admettre que l'auteur ne puisse se raviser au prétexte d'une « cession » antérieure de ce droit reviendrait à reconnaître une pleine force obligatoire à cette « renonciation translative » anticipée, ce qui n'est pas envisageable en droit positif, nous l'avons vu¹²⁹⁶.

En vue de limiter la portée de ce droit, on souligne que la non-livraison de l'œuvre commandée et la résolution du contrat aux torts de l'auteur s'imposeraient par application du droit commun. L'article 1142 du Code civil qui exclurait ici l'exécution forcée trouve son terrain d'élection dans les contrats dont l'objet est une activité intellectuelle ou artistique¹²⁹⁷. Cependant, la solution que l'on prête au droit commun doit bien être écartée si l'œuvre est achevée. La livraison pourrait faire l'objet d'une exécution forcée : l'œuvre étant achevée, il ne peut s'agir d'une obligation de faire au sens strict (par opposition à l'obligation de *praestare*). La différence doit être également soulignée en matière de principes, et l'on notera la différence entre admettre que la réparation soit fondée sur l'inexécution fautive d'un contrat, ou sur l'exercice d'un droit, certes contrôlé, mais parfaitement légal et légitime¹²⁹⁸.

Ainsi, dans le sens du caractère authentiquement dérogatoire du droit de divulgation, M. Sirinelli note que le régime de droit commun de l'obligation de livrer est peu favorable à l'auteur dans ces hypothèses d'œuvre achevée : en droit commun selon l'article 1138 du

¹²⁹² J. Raynard, *op. cit.*, n° 357, n°362 et ss. et *Passim*. V. également, par ex. : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 462. *Contra* : H. Desbois, *op. cit.*, n° 387, p. 476.

¹²⁹³ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 260. Le constat généralement partagé, est plus ancien : H. Desbois, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁹⁴ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 462, p. 357.

¹²⁹⁵ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 260, p. 211.

¹²⁹⁶ En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁹⁷ P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 526. En ce sens, par ex. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 362, p. 358.

¹²⁹⁸ A. et H.-J. Lucas, *Ibid.*, n° 463, p. 358.

Code civil, elle interviendrait par le consentement des parties et l'œuvre devrait être transférée à son achèvement, ce qui évoque en fait la vente de chose future¹²⁹⁹. Selon les statuts spéciaux, qu'il s'agisse d'un contrat d'entreprise avec fourniture de la matière : le maître est resté propriétaire¹³⁰⁰, ou sans : le transfert a lieu lorsque la chose est en état d'être livrée, ici à l'achèvement. « Ainsi, quelle que soit la qualification que peut recevoir, selon les normes du Code civil, la convention par laquelle une personne commande un objet à créer, le transfert de propriété s'opère toujours au plus tard lors de l'achèvement de la chose, en sorte que le débiteur ne pourra s'opposer à sa saisie ou à la demande en livraison forcée. »¹³⁰¹. M. Sirinelli poursuit en constatant que dès lors, deux obstacles s'opposent néanmoins à cette solution tirée du droit commun : le premier est pratique, et tient à la détermination de l'achèvement de l'œuvre, l'autre est technique et tient au droit de divulgation.

Quand bien même, si l'on admet que la solution du droit de divulgation n'est pas différente de celle qu'aurait donnée l'application du droit commun des contrats (article 1142 du Code civil), une véritable potestativité se reporte dans la décision d'achèvement de l'œuvre par l'auteur, distincte de celle de divulgation. Si l'œuvre est achevée : l'obligation devrait être de donner, mais l'auteur, débiteur de cette obligation, reste libre de déterminer unilatéralement l'état d'achèvement de sa création, rendant ce critère impraticable¹³⁰². Bien souvent, l'achèvement sera vérifié par la délivrance elle-même¹³⁰³. Si l'on persiste à considérer que la potestativité ne se loge pas dans le refus de divulguer entraînant la résolution de l'obligation en dommages-intérêts, elle se loge dans le constat de l'achèvement de l'œuvre, qui devrait en théorie signer le passage d'une obligation de faire à une obligation de donner (ou de *praestare*, donner à usage, si le contrat à l'occasion duquel l'auteur fait valoir son droit de divulgation est une licence). Quoi qu'il en soit, à l'opposé de ce qui est enseigné pour le contrat d'entreprise, le transfert de la propriété de l'objet commandé ne serait pas un simple effet du contrat, mais dépendrait d'un *acte de volonté unilatéral de l'auteur partie au contrat*¹³⁰⁴.

¹²⁹⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 203. Au moment de la réception par le maître lit-on plus généralement pour le contrat d'entreprise : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n°726.

¹³⁰⁰ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit. loc. cit.*

¹³⁰¹ P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 546.

¹³⁰² Ce point semble faire l'unanimité, v. par ex. : O. Lalignant, *op. cit.*, n° 40, p. 108 et ss.

¹³⁰³ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 203, p. 247.

¹³⁰⁴ En ce sens : S. Durrande, *J.-Cl. PLA, fasc. 1342, Contrat de commande*, spéc. n° 39. La solution a été présentée comme un retour à la solution du droit romain du transfert de propriété par *tradition* : P. Kayser, Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat de mécénat, in *Etudes offertes à André Audinet*, PUF, Aix-en-Provence, 1968, p. 129 et ss. spéc. n°11 p. 139.

316. Caractère potestatif du droit de divulgation. On retrouve dans cette évocation du droit de divulgation les mêmes caractères que ceux du droit potestatif vus précédemment : unilatéralisme, modification de la situation juridique intéressant autrui ; mais pas d'arbitraire, car l'exercice du droit de divulgation peut supposer un sacrifice pour l'auteur, tenu d'indemniser le contractant¹³⁰⁵. Enfin, le droit reste contrôlé par la sanction d'un éventuel abus. La potestativité de la prérogative n'a pas échappé aux commentateurs. Citons Esmein, notant à propos de la commande d'une œuvre : « la faculté de ne pas livrer apporte une notable restriction à l'existence de l'obligation. (...) elle constituerait une condition purement potestative, annulant l'engagement, si l'on décidait que le refus de livrer n'entraîne pas au moins l'obligation d'indemniser celui qui a fait la commande acceptée par l'artiste »¹³⁰⁶. Outre la reconnaissance légale de la prérogative de nature à écarter le grief, la potestativité de cette faculté est atténuée, lavée de son caractère arbitraire par le sacrifice imposé à l'auteur. Cette potestativité, licite, apparaît clairement comme un droit potestatif¹³⁰⁷.

317. Le droit de divulgation : une dérogation apportée au principe de la force obligatoire du droit commun des contrats, et non aux statuts contractuels spéciaux. Il y a donc dérogation au droit commun des obligations prenant la forme d'un droit potestatif. Cette situation doit-elle interférer dans les qualifications de cession, licence, entreprise, vente d'un exemplaire ? En ce sens, on pourrait invoquer des décisions anciennes précitées, en particulier à la suite de l'arrêt Whistler, justifiant la reconnaissance du droit moral de l'auteur et la contravention à l'article 1138 du Code civil par l'affirmation du caractère *sui generis* de son obligation, de la « nature spéciale » du contrat de commande. Cette solution pourrait s'autoriser des conclusions de M. Strömholm, pour qui le droit de divulgation, aussi contestable que soit le concept aux yeux de l'auteur, pouvait néanmoins justifier le caractère *sui generis* du contrat de commande¹³⁰⁸. Cette conception semble devoir être abandonnée

¹³⁰⁵ Solution admise dès les arrêts fondateurs précités.

¹³⁰⁶ Note P. Esmein sous CA Paris, 14 mars 1962 : D. 1962, p. 104 ; v. également : P. Sirinelli, *op. cit.*, p. 557 ; S. Durrande, *J.-Cl. préc.*, spéc. n° 48 : « On peut se demander si la possibilité ainsi donnée à l'auteur de se soustraire à l'obligation mise à sa charge par le contrat ne constitue pas une condition potestative annulant l'engagement ».

¹³⁰⁷ Comp. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 200 : « On ne saurait le qualifier de droit potestatif et il ne suffit pas de rappeler que le droit moral est une prérogative de la personnalité, pour en inférer l'absence de tout contrôle. ». Il semblerait qu'à travers la notion de « droit potestatif », l'auteur dépeigne en fait les traits du *droit discrétionnaire* tel que nous l'avons précédemment étudié. Or, il est déjà acquis que ce dernier concept est inapte à décrire le droit moral.

¹³⁰⁸ S. Strömholm, art. préc. L'auteur propose comme autre possibilité l'admission d'une qualification nommée assortie d'exceptions liées à l'existence du droit de divulgation : S. Strömholm, ouvrage préc., n° 187, p. 357. L'auteur souligne toutefois le caractère surtout théorique, « relevant surtout de la systématique », de ces choix de qualification (n° 187, p. 358).

depuis la reconnaissance légale du droit de divulgation¹³⁰⁹. Le droit de divulgation n'empêche donc pas doctrine et jurisprudence de qualifier le contrat de commande en contrat d'entreprise¹³¹⁰.

Si dérogation il y a, l'échec porté à l'obligation de transférer la propriété porte atteinte à une obligation commune à toute sorte de contrats sur les choses : vente, entreprise, et non à la qualification de ces catégories¹³¹¹. Pour le louage, il s'agirait ici de l'échec porté à la mise en jouissance. La remarque a déjà été faite à propos du droit de retrait ou de repentir : l'atteinte portée l'est à la force obligatoire du contrat, au mode normal du transfert de propriété, et non aux catégories constituant les contrats spéciaux. Le caractère potestatif du droit de divulgation ne s'oppose pas plus à la qualification de contrat d'entreprise qu'à celle de cession comme formule opposée à la licence. Le choix entre ces deux dernières formules n'est dès lors en rien atteint par cette prérogative exorbitante.

318. Droit potestatif et droit subjectif. Une dernière objection pourrait mettre en doute la qualification du droit de divulgation en droit potestatif ; elle peut néanmoins être levée. La loi du 11 mars 1957 n'aidant pas à clarifier ce point, le constat d'une « imbrication »¹³¹² de la prérogative avec les droits patrimoniaux est souvent partagé. A l'extrême, on a retiré la nature de droit subjectif au droit de divulgation, au terme d'une analyse profonde résumée en ces termes par M. Strömholm : « la question se pose alors de savoir s'il convient réellement d'adopter le terme de « droit subjectif » pour désigner la faculté d'annoncer une décision, dont la non-conformité avec les conditions d'un contrat préalable transforme l'obligation créée par celui-ci en une obligation d'indemniser son contractant. »¹³¹³. Cependant, l'hypothèse étudiée du refus de livrer l'œuvre lorsqu'elle est achevée n'illustre-t-elle pas justement une dissociation de l'acte d'exploitation que constitue

¹³⁰⁹ S. Denoix de Saint Marc, *op. cit.*, n° 56, p. 26 : « (...) l'avènement d'une protection légale de l'auteur, notamment la consécration du droit moral, en affermissant les solutions que la jurisprudence avait mises en œuvre, permet de s'affranchir d'une qualification innommée du contrat de commande, devenue partiellement inutile. ».

¹³¹⁰ *Ibid.*, n° 51 et ss., p. 24 et ss. et les références citées.

¹³¹¹ Par exemple, on s'accorde aujourd'hui à assimiler, mention faite de spécificités de la matière, le contrat de commande d'œuvre d'art au contrat d'entreprise. En ce sens, notant cependant que cette assimilation est permise en raison du caractère sommaire, mais souple, du contrat d'entreprise : *Ibid.*, n° 597, p. 245.

¹³¹² Par ex. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 458. – Elle apparaît très clairement dans d'autres systèmes : droit allemand par ex. Le constat était davantage partagé avant la codification de la matière, le droit de divulgation n'était pas énoncé dans l'article 6 de la loi du 11 mars 1957 aux côtés des autres droits moraux au respect et à la paternité, mais « isolée » dans un art. 19 (même remarque pour le droit de retrait ou de repentir à l'art. 32).

¹³¹³ S. Strömholm, art. préc., p. 73. § n° 16 ; du même auteur : ouvrage préc., vol. II, t. 2 n° 196 p. 212. En ce sens : J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 315 et ss. *Contra* : O. Laligant, *op. cit.*, n° 75 et ss., p. 231 et ss. Comp. le débat sur la nature positive ou négative du droit de divulgation, évoquée plus haut.

le consentement à une « cession » et de la divulgation ? Comme le note un auteur : « Ainsi, le droit de divulgation trouve dans le contrat de commande l'occasion de prendre tout son relief. Il n'est plus seulement cette prérogative incertaine, dont on se demande si elle ne se confond pas avec l'exercice des droits patrimoniaux ou la cession du support matériel de l'œuvre ; bien plus, exercé de manière négative, il permet à l'auteur de refuser à son cocontractant l'exécution de la prestation promise. »¹³¹⁴. Dès lors, l'exercice souvent conjoint du monopole économique et du droit de divulgation, la mixité réelle des motivations en partie patrimoniales du droit de divulgation, les différences aussi ténues soient-elles entre ces prérogatives, ne doivent pas nécessairement impliquer la confusion des deux actes sur le plan des principes.

Nous n'entrerons pas davantage dans ce débat, qui nous éloignerait de notre étude. Par ailleurs, doit-on admettre que la considération, ou la négation, du droit de divulgation en un droit subjectif autonome serait de nature à entraver la qualification de droit potestatif ? L'évidence des mots suggérerait une réponse positive, car au regard des références citées pour sa définition, le droit potestatif se définit comme un droit subjectif. Mais l'examen suggère une autre réponse : à titre de comparaison, on admet que les notions de droit discrétionnaire ou contrôlés ne fassent pas référence aux seuls droits subjectifs *stricto sensu*. En ce sens, la théorie de l'abus de droit « s'étend à toute prérogative aux contours suffisamment définis pour que sa mise en œuvre paraisse *a priori* licite »¹³¹⁵. Ce qui vaut pour les droits discrétionnaires devrait valoir *a fortiori* pour les droits potestatifs. Par cette catégorie, il ne s'agit au fond que d'apprécier l'intensité et le mode d'exercice d'une prérogative plus que de trancher au sujet de sa nature. Dans ses lignes par ailleurs critiques à propos de la notion de droit potestatif, jugée inutile, M. Larroumet conclut : « on peut considérer que le droit potestatif n'est rien d'autre que l'exercice d'une prérogative qui est comprise dans un droit préexistant et notamment un droit de créance. »¹³¹⁶. Dans tous les cas, que le droit de divulgation apparaisse comme un droit subjectif autonome ou qu'on lui dénie cette qualité, cette faculté est potestative en ce que, unilatérale dans son exercice, elle influe sur la situation juridique intéressant autrui en mettant en cause l'exécution normale des obligations du débiteur.

¹³¹⁴ S. Denoix de Saint Marc, Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir du contrat de commande, RIDA, janv., 1999, n° 1, p. 3. (v. spéc. p. 11).

¹³¹⁵ D. Roets, Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? D. 1997, Chron. 92. spéc. p. 93.

¹³¹⁶ Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. 3 : *Les Obligations, Le Contrat, 1^{re} partie : Conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007, n° 11 (l'exemple est donné du droit d'option dans une promesse de vente : le bénéficiaire est créancier de l'autre partie au contrat).

319. Le rapprochement du droit au respect et à la paternité des mécanismes dérogatoires du droit des obligations semble moins évident, non en raison de leur caractère dérogatoire, de leur unilatéralisme ou de leurs effets, mais en raison de leur mécanisme. En effet, on peut voir dans ces deux catégories un simple exercice d'une propriété particulière, la propriété littéraire et artistique. Nous l'avons vu, ces utilités sont incessibles, seule l'œuvre en tant qu'objet exploitable étant cédée ou louée. Car il ne s'agit pas nécessairement de remettre en cause le contenu ou l'exécution d'un contrat, mais d'exiger le respect de prérogatives attachées par la loi à la qualité d'auteur.

320. Droit au respect et potestativité. Ainsi, l'invocation du droit au respect est moins l'occasion pour l'auteur d'imposer une action unilatérale positive à l'encontre de l'exploitant qu'un *moyen de défense contre l'unilatéralisme de l'exploitant*. En effet, l'association dans un même visa des articles L. 121-1 du CPI et 1174 du Code civil a permis à la Cour de cassation de sanctionner le prétendu droit potestatif qu'un cessionnaire s'arrogeait sur l'œuvre : « l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement »¹³¹⁷. Davantage qu'un droit potestatif exercé « positivement », le droit au respect apparaît ici en « négatif », comme une réaction à la potestativité du cocontractant de l'auteur¹³¹⁸. En quoi ce qui ne relève que d'un caractère impératif serait également ici potestatif ? Assurément dans l'exercice du droit au respect ou à la paternité, où

¹³¹⁷ Cass. 1^{re} civ. 28 janv. 2003, CCE 2003, comm. n° 21, Ch. Caron ; D. 2003, Actu. Jur. p. 559. note J. Daleau : « Droit au respect de l'œuvre et condition potestative ». En ce sens, dans la même affaire « Barbelivien et Montagné » : Cass. 1^{re} civ. 5 déc. 2006, JCP G, 200, I, 101, n° 6 obs. Ch. Caron ; Cass. 1^{re} civ. 2 avril 2009, CCE 2009, comm. 52, obs. Ch. Caron.

¹³¹⁸ Dans ces cas, c'est alors la potestativité bénéficiant à l'exploitant qui est sanctionnée sur le fondement du droit au respect et de l'art. 1174 C. civ. La solution est discutable d'un strict point de vue juridique : dans cette affaire « Barbelivien et Montagné » (précitée), il ne s'agissait en aucune manière d'une obligation conditionnelle. Comme nous l'avons déjà remarqué, l'article 1174 du Code Civil ne saurait résumer toute la question de la potestativité. Il n'en ordonne la sanction que lorsque cette dernière entache d'arbitraire une obligation conditionnelle telle que définie à l'article 1168 du même code. Or, dans cet arrêt, il ne s'agissait pas pour le cessionnaire de suspendre, de résoudre ni même de résilier son engagement de façon arbitraire et unilatérale. Ces travers étant le propre d'une condition potestative que l'on aurait pu traduire en ces termes : « J'exploite l'œuvre *si* je le veux ». Il était ici question d'un pouvoir arbitraire portant sur le contenu et la destination même de l'œuvre : « J'exploite l'œuvre *comme* je le veux ». Cette faculté de modifier unilatéralement la « chose » et donc, indirectement l'objet même du contrat s'apparente plus à un véritable droit potestatif qu'à une condition potestative. L'usage de l'article 1174 du Code civil était-il donc justifié ici ? Oui, si toutefois l'on admet que la sanction de l'art. 1174 ne se cantonne pas strictement aux obligations conditionnelles pour devenir un instrument de contrôle de l'arbitraire contractuel.

l'on constate l'exercice unilatéral¹³¹⁹ d'une faculté consistant, pour un sujet actif (l'auteur), à modifier une situation juridique intéressant autrui, un sujet passif (l'exploitant). Les caractères du droit potestatif, précédemment énoncés, se retrouvent donc dans le droit au respect.

321. Droit à la paternité et potestativité. Nous avons vu que sa renonciation n'avait, pour l'auteur seul, pas de véritable force obligatoire¹³²⁰. La revendication du « nègre littéraire » ayant exercé jusque là l'aspect « négatif » de son droit permet de voir, dans sa face « positive » également, un droit potestatif. Rappelons aussi que si l'auteur est libre de se dégager unilatéralement de sa « convention de nègre » - sous la seule réserve de l'indemnisation en cas d'abus de droit - l'anonymat convenu engage en revanche l'autre partie, qui se voit soumise au droit potestatif de l'autre d'exiger la mention de sa paternité.

322. Conclusion. Démontrer le caractère potestatif, mais non discrétionnaire, des droits moraux de l'auteur n'est pas une fin en soi. Cette démonstration a pour but de souligner qu'en tant que prérogatives exorbitantes du droit commun, les droits moraux ne peuvent en cela même remettre en cause les qualifications des principaux contrats spéciaux permettant la mise à disposition d'une œuvre. Le droit moral, en dépit du lien que maintiennent ses prérogatives entre l'auteur et l'œuvre, n'empêche pas pour autant la qualification de cession. Pas plus qu'un droit de réméré ne s'oppose à la qualification de vente et ne requalifie le contrat de durée : location ou usufruit par exemple. Interrogeant les solutions normales du droit commun des contrats, l'impact des droits moraux sur le contenu de la mise à disposition s'est en revanche révélé neutre en termes de qualifications contractuelles.

323. Conclusion du paragraphe 2. En introduction de ce développement, nous posons cette question : l'impact des droits moraux sur les droits accordés à l'exploitant est-il susceptible d'affecter la présence des deux catégories contractuelles que sont la cession et la licence ? Nous opterons ici pour une réponse négative, tant nous avons pu constater l'indifférence des droits moraux sur les qualifications contractuelles concurrentes de cession et de licence. La réponse supposait un double point de vue :

- D'une part, les droits moraux, par leur caractère incessible réaffirmé, devaient nécessairement être soustraits au contrat. Qu'il s'agisse d'une cession ou d'une licence,

¹³¹⁹ Pour le droit de paternité, notant que la faculté de ne pas signer résulte d'une décision unilatérale : par ex. P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris 2, 1985, p. 309.

¹³²⁰ V. *supra* n° 288.

l'objet de la prestation de l'auteur ou du titulaire du droit ne porte que sur l'œuvre en tant qu'objet susceptible d'être exploité. Autrement dit, parmi les *utilités réservées, celles qui sont disponibles, aliénables* entrent directement dans l'objet de la mise à disposition. Dans cette première acception, les droits moraux, exclus de l'assiette de la mise à disposition, ne pouvaient interférer sur la qualification de ce dernier.

- D'autre part, les droits moraux, distraits du contrat, ont néanmoins une influence indirecte sur son contenu. Il fallait donc trouver un cadre dans les notions du droit commun pour décrire cette influence. Le caractère unilatéral et la puissance des effets des droits moraux trouvent quelques limites dans l'obligation d'indemnisation et le contrôle de l'abus de droit. L'exclusion de la qualification de droit discrétionnaire allait de pair avec l'admission de la qualification de droit potestatif. Mais l'influence constatée de ces droits sur les contrats s'est avérée sur le droit commun des contrats (force obligatoire, exécution forcée), plus que sur les qualifications des contrats spéciaux (vente, louage, entreprise).

Rien ne permet donc d'affirmer que les droits moraux perturbent les schémas contractuels issus du Code civil. La distinction entre cession et licence et leur présentation en formules nettement distinctes n'est donc pas remise en cause.

324. Conclusion de la Section 1. Une série de règles impératives, leur existence laissant peu de place à la volonté des parties, s'est avérée cependant impuissante à remettre en cause l'influence de l'autonomie de la volonté. Celle-ci, parfois limitée en droit d'auteur par un ordre public de protection, s'est révélée intacte quant à l'aptitude des parties à faire un choix entre cession et de licence. En dépit du lien entre l'auteur et l'œuvre maintenu par les droits moraux et certains dispositifs intéressant les intérêts patrimoniaux, la cession peut être comprise comme synonyme de vente. *A fortiori*, la qualification de licence n'est pas affectée par ces éléments et peut coexister avec eux. Une influence de ces éléments impératifs sur les qualifications aurait pu se traduire par l'exclusion de l'une d'entre elles (particulièrement la cession au profit de la licence). Mais nous avons démontré qu'il n'en était rien : les deux qualifications coexistent et l'une n'est donc pas exclusive de l'autre. *La concurrence entre les formules de cession et de licence en sort donc confirmée.*

Ces éléments ne troublant pas les qualifications, ils ne sauraient donc constituer des critères permettant de les distinguer. Des critères efficaces de qualification, donc de distinction de la cession et de la licence, doivent à présent être recherchés. Ces critères, à l'opposé des précédents, laissent une plus grande place à la liberté contractuelle : *le choix entre cession et licence dépendra donc au premier chef de la volonté des parties.*

Section 2 – Le maintien d’un lien entre l’auteur et l’œuvre dépendant de la volonté des parties : critères pertinents de qualification

325. Les éléments essentiels de qualification contractuelle, laissés au libre choix des parties. La permission d’utiliser l’œuvre sera-t-elle exclusive, sera-t-elle durable ? L’exploitant sera-t-il habilité à défendre son droit contre les atteintes qui lui seraient portées et aura-t-il la faculté d’autoriser à son tour ? Ces questions sont essentielles pour les parties au contrat. Le sont-elles à la qualification du contrat ? Ces éléments sont en principe – exception faite de quelques règles propres aux contrats d’exploitation du CPI¹³²¹ – laissés à la liberté contractuelle. La « liberté surveillée » des contrats du droit d’auteur, selon l’image de Françon¹³²², l’était par l’effet conjugué des droits moraux, du formalisme et des règles veillant aux intérêts patrimoniaux de l’auteur. Cette liberté contractuelle retrouve sa plénitude lorsqu’il s’agit de déterminer l’essentiel.

Nous constatons précédemment que les éléments impératifs de régime, restrictions à la liberté contractuelle, ne portaient pas atteinte à la qualification de licence comme formule opposée à la cession. Les éléments étudiés ici ont au contraire deux caractéristiques notables : ils sont d’une part libres, d’autre part déterminants en matière de qualification. C’est-à-dire qu’ils ne sont plus ces éléments intangibles mais insusceptibles d’affecter la nature des droits conférés, mais de véritables critères de qualification laissés à l’appréciation des parties. Dès lors, la qualification de licence ou de cession est le fruit de cette volonté¹³²³.

326. L’incitation de la pratique à une certaine confusion des genres. Ces éléments (durée et exclusivité) sont essentiels aux parties, mais en quoi sont-ils aptes à qualifier le contrat ? La question est débattue : une doctrine influente note l’indifférence de ces éléments quant à la qualification du contrat. Ces derniers ne seraient que les modalités d’une formule contractuelle unique de « cession » pouvant être modulée à l’envie des parties : exclusive ou simple, définitive ou temporaire, etc. Reprenons la formule de MM. Lucas :

¹³²¹ Ces règles seront étudiées dans notre seconde partie.

¹³²² A. Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d’auteur, D. 1976, Chron., p. 55.

¹³²³ Dans un autre contexte, sur la relation entre l’opération de qualification et l’application de la règle d’ordre public, v. F. Terré, *L’influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, not. n° 661 et ss.

« Comment ne pas voir en effet que le sort de l'exploitant qui bénéficie d'une cession limitée à une brève durée, à un mode d'exploitation précis et à un territoire restreint est moins enviable que celui du licencié exclusif auquel le titulaire des droits a concédé pour toute la durée du monopole tous les modes d'exploitation connus pour le Monde entier ? »¹³²⁴. Selon cette analyse, la licence pourrait être exclusive et consentie pour la durée du monopole, c'est-à-dire définitive. La cession pourrait ne valoir que pour une brève durée. On ne niera pas qu'à suivre ce raisonnement, la distinction entre cession et licence ne présente aucune sorte d'intérêt¹³²⁵. Cependant, avant d'avancer plus profondément dans la démarche de qualification, nous pouvons soulever ici une critique. En effet, les coauteurs prennent acte des dénominations de la loi, et d'usage en jurisprudence, pour en déduire l'inexactitude des critères traditionnels de distinction entre cession et licence. Or, on sait que les termes de licence et de cession sont employés maladroitement par la pratique, et que ni la loi ni la jurisprudence ne tirent des termes de cession et de licence les conséquences juridiques qui s'imposent¹³²⁶. A titre d'exemple, en matière de logiciels, nous avons relevé des contrats définitifs et exclusifs intitulés « licence », quand l'observation permettait d'y déceler de véritables ventes. Nous avons également relevé de pseudo-licences, en réalité ni licence, ni cession, car ayant pour objet l'utilisation du logiciel, mais ne mettant à disposition aucun droit d'auteur. A l'inverse, les contrats portant sur des œuvres littéraires ou artistiques seront par tradition dénommés « cessions », dans la plus grande indifférence à l'égard de leur contenu. A titre de comparaison enfin, on observera un certain flou terminologique en matière de brevets. Mais ce peu de rigueur n'a pas échappé à la doctrine : MM. Foyer et Vivant notent qu'une cession limitée dans le temps est sans doute « propre à masquer une licence qui ne s'avouerait point »¹³²⁷. Il appartient donc au juge saisi d'un litige de lever ce masque, en application de l'article 12 du Code de procédure civile¹³²⁸. Par conséquent, plutôt que de prendre acte de prétendues « cessions » temporaires et de pseudo « licences » définitives pour en déduire l'inefficacité de la distinction entre cession et licence, il nous semble plus constructif de confirmer, après leur vérification, les critères de distinction traditionnels, pour

¹³²⁴ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 567. En ce sens : B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM 2006, n° 457, p. 207.

¹³²⁵ Si ce n'est par exemple la titularité de l'action en contrefaçon. Cet élément est important, mais il n'est pas certain qu'il soit le plus déterminant, comme on le verra (v. §3).

¹³²⁶ V. notamment notre Introduction générale : *supra* n° VI.

¹³²⁷ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 424 et s.

¹³²⁸ Art. 12 CPC (extrait) : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. / Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. (...) ».

mettre en avant, le cas échéant, l'inexactitude des dénominations d'usage. Après cette incitation à ne pas valider sans discernement les dénominations issues de la pratique, il nous incombe d'établir la différence entre la cession et la licence.

327. Des familles (l'effet réel et l'effet personnel) aux espèces (cession et licence) : les éléments déterminants de la distinction. La ligne de partage est connue : nous avons préalablement rattaché, en termes généraux, la cession à la vente ou à l'usufruit et, plus strictement, la licence à la location. La différence consiste en la présence d'un effet *essentiellement réel* dans le premier cas, et d'un effet *exclusivement personnel* dans le second.

Mais comment réaliser le passage de l'« abstraction » des catégories de l'effet réel et de l'effet personnel à la « réalité » d'une qualification contractuelle : vente, location, usufruit contractuel ? A ces catégories, il faut des critères. L'étude nous a permis d'exclure à différents stades de réflexion plusieurs éléments impropres à perturber la qualification de la licence comme formule opposée à la cession : la nature du droit d'auteur¹³²⁹, les règles impératives maintenant un lien entre l'auteur et l'œuvre (droits moraux ou autres). Nous verrons que d'autres éléments doivent être regardés comme indifférents – du moins en théorie – à la distinction entre cession et licence : le type d'œuvre et sa destination, son mode d'exploitation. En effet, si ces éléments jouent un rôle en termes de qualifications, ils n'interviendront que dans le choix des contrats d'exploitation du Code de la propriété intellectuelle (édition, représentation, production), et seulement dans une certaine mesure¹³³⁰. Le rôle de ces éléments dans le travail de qualification, nul ou effectif mais spécifique, est finalement le même qu'en matière de contrats sur les choses corporelles.

328. Plan. Quels critères reste-il ? La durée, l'exclusivité, la titularité de l'action en contrefaçon, la faculté de disposer librement du droit. Ces éléments sont-ils de nature à modeler l'objet du contrat au point que leur manifestation permette d'induire une qualification contractuelle ?

- **L'effet de retour.** Exprimé principalement par une durée au terme de laquelle le plein usage de l'œuvre revient au concédant, il ne saurait être en lui-même le critère unique du

¹³²⁹ Si nous avons constaté que la thèse moniste-réaliste était la mieux à même de recevoir la distinction entre cession et licence, nous avons également noté que la justification de cette distinction se trouvait, sans contradiction majeure, dans la plupart des conceptions actuellement observables du droit d'auteur. V. Partie I, Titre I, Ch. I. (v. *supra*, spéc. n° 37 et ss.)

¹³³⁰ V. *infra* n° 456 et s. – Un autre élément s'est avéré déterminant en matière de qualification de la licence : l'onérosité ou la gratuité du contrat. Mais l'argument n'étant autre que celui de la cause objective, il ne constitue pas un critère de distinction entre catégories de différentes natures, il est inapte à départager la cession de la licence, l'effet réel de l'effet personnel.

bail¹³³¹. Nous avons vu que la prestation caractérisant ce contrat était la jouissance locative. La durée est certes un élément essentiel du bail¹³³², ce qui ne signifie pas qu'elle doit être son principal critère de qualification. En revanche, la durée intervient nécessairement dans cette qualification : cette jouissance locative est nécessairement temporaire. La durée est donc un élément, un indice du caractère personnel de la jouissance. Cependant, une concurrence existe avec d'autres formes de jouissances « non locatives » mais également temporaires car comportant l'idée d'un retour de l'usage d'œuvre à l'auteur. Il conviendra d'opérer le départ entre ces formes concurrentes de jouissance, dont le point commun est l'idée de retour de l'usage de la chose entre les mains de l'auteur (§ 1 – *Effet de retour et qualification de la licence de droit d'auteur*).

- **L'exclusivité.** L'exclusivité est également amenée à participer au travail de qualification. Mais à quel titre ? La formule de licence est souvent reliée en pratique à l'absence d'exclusivité. Doit-on en inférer un critère de distinction entre cession et licence ? Vraisemblablement pas : le bail de droit commun n'est-il pas exclusif, et ne supporte-t-il pas la non-exclusivité ? En revanche, on devra s'interroger sur la possibilité d'une cession non exclusive : peut-on encore soutenir sa qualification en vente ou en un mécanisme relevant d'un quelconque effet réel ? (§ 2 – *Exclusivité contractuelle et qualification de la licence de droit d'auteur*).

- **La titularité de l'action en contrefaçon.** Un autre élément est souvent mis en avant pour induire le caractère réel ou personnel du droit conféré et serait un élément de distinction de la cession et de la licence. Nous devons nous prononcer sur la place qu'il convient d'accorder à cet élément : l'action en contrefaçon s'attache-elle à cession, à l'exclusivité ? Est-elle en elle-même un critère de qualification dans la mesure où bien souvent, faute de disposition contractuelle, seul le litige amènera à s'interroger sur la question ? (§ 3 – *Titularité de l'action en contrefaçon et qualification de la licence de droit d'auteur*).

- Reste enfin la faculté pour le bénéficiaire de l'autorisation, licencié ou cessionnaire, de **disposer librement de son droit** au bénéfice d'autrui. Cette expression n'étant pas univoque, il conviendra d'en préciser le sens (§ 4 – *Faculté de disposer de son droit et qualification de la licence de droit d'auteur*).

¹³³¹ Ce dont témoigne, qu'on l'approuve ou non, le système de classification des contrats proposé par Planiol. V. M. Planiol, Classification synthétique des contrats, Rev. crit. lég. jur., 1904, n° 33, p. 470.

¹³³² V. nos développements sur la jouissance locative et, par exemple : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 525 : « Contrat essentiellement à exécution successive, le bail s'inscrit dans la durée. ».

§ 1 – Effet de retour et qualification de la licence de droit d’auteur

329. La notion d’effet de retour. *L’effet de retour est la manifestation de l’esprit de retour, c’est-à-dire de la volonté des parties de conférer un temps limité à l’autorisation*¹³³³. Contrairement à l’œuvre cédée, qui fait l’objet d’un transfert en ce qu’elle est cessible, l’œuvre donnée en licence ne quitte jamais le patrimoine du concédant, qu’il soit auteur ou cessionnaire. De la même manière, le bien corporel d’un bailleur ne quitte pas son patrimoine, le bail constituant d’ailleurs un mode normal d’exercice du droit de jouissance du propriétaire. La licence se distingue donc de la cession car au transfert instantané et définitif effet caractéristique de la seconde, s’oppose l’« espoir de retour »¹³³⁴ présent dans la première. Une précision cependant : au terme de la licence, ce n’est pas l’œuvre qui revient à l’auteur, au donneur de licence, mais *la faculté d’en faire à nouveau un usage personnel*. Cet esprit se manifeste dans le contrat de licence par un effet : l’extinction du droit personnel d’usage concédé au licencié. Il se réalise classiquement par une obligation de restitution, obligation dont le « matérialisme » a pu être vu comme un obstacle à la qualification de licence de droit d’auteur. Nous verrons qu’il n’en est rien : cette restitution, tout comme la délivrance, s’adapte naturellement à la nature de la chose louée¹³³⁵. En outre, l’obligation de restitution concrète d’un objet matériel n’est qu’une modalité de réalisation de cet effet du contrat de bail. L’essentiel est que sa durée soit limitée, et cette dernière circonstance nous ouvrira la voie d’une qualification : « (...) dès lors qu’il n’y a pas eu de volonté de transfert des prérogatives du monopole, le propriétaire des droits n’a pas perdu sa vocation à retrouver la pleine jouissance de la chose louée »¹³³⁶.

330. Concurrence des modes de jouissance sur une chose. Le contrat de bail a été décrit comme le moyen d’organiser une jouissance concurrente sur une même chose¹³³⁷. La jouissance temporaire d’une œuvre peut prendre ainsi la forme de la licence et se fonder sur la constitution de droits personnels. Mais cette fonction n’est pas exclusive au bail : elle

¹³³³ Nous pourrions employer les deux termes dans des situations proches.

¹³³⁴ Sur cette notion, v. J. Raynard, Le contrat d’exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l’arrêt de la cour d’appel de Paris du 14 novembre 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8.

¹³³⁵ Sur la fin du contrat, v. *infra* n° 844 et ss.

¹³³⁶ *Ibid.*

¹³³⁷ V. *supra*, n° 156.

pourrait relever d'un effet réel, impliquant un transfert de propriété temporaire ou la seule constitution d'un usufruit contractuel. Ces différentes formes de jouissance sont « concurrentes » à deux titres : en un sens, elles organisent l'usage concurrent d'une même chose par plusieurs parties ; ensuite elles sont concurrentes entre elles, dans la mesure où l'élection d'une de ces formules relève d'un choix des parties au contrat.

331. Plan. L'effet de retour n'est donc pas le seul élément permettant de caractériser la licence. Il conviendra de faire la distinction avec l'effet de retour que l'on croit pouvoir retrouver dans des formules à effet réel, relevant d'autres opérations et régimes (*II – La signification de l'effet de retour dans le contrat de licence*). Avant de tirer les conséquences de ce caractère en termes de qualification, il est indispensable d'en effectuer une observation et une définition (*I – Les manifestations de l'effet de retour dans le contrat de licence*).

I – Les manifestations de l'effet de retour dans le contrat de licence

332. Plan. L'exigence de fixation de la durée du contrat est commune à toutes les « cessions » du CPI. *Or, comment une exigence commune à une famille de contrats pourrait-elle se voir érigée en élément de distinction d'espèces en son sein ?* Nous verrons que le paradoxe n'est en fait qu'apparent, et cède aisément par l'observation de la portée effective de cette règle (*A – L'exigence de détermination de la durée du contrat. Tentative de compréhension d'une exigence légale*). Cette réflexion préalable achevée, nous pourrions approfondir la notion : que doit-on entendre par cet « esprit de retour » ? Se confond-il avec la notion de durée ? (*B – L'expression de l'esprit de retour*). Enfin, nous concluons notre étude des principales manifestations de l'idée de retour en constatant une certaine relativité de la notion (*C – Relativité de l'exigence d'une durée de la mise à disposition du droit d'auteur : la cession pour la durée du droit d'auteur*).

A – L'exigence de détermination de la durée du contrat. Tentative de compréhension d'une exigence légale

333. Plan. Un contrat synallagmatique associe plusieurs obligations, chacune pouvant s'inscrire dans la durée ou, instantanée dans son exécution, voir ses effets revêtir un caractère définitif. Il importe donc de déterminer ce que l'on entend par la « durée du

contrat ». A ce stade, nous nous concentrerons sur la durée d'existence du contrat (1-). Ce choix en implique un autre : le choix de l'obligation dont la durée caractérisera celle du contrat. Plusieurs obligations peuvent s'inscrire dans la durée, mais pour que le contrat revête un effet de retour, cette durée doit s'attacher à la prestation caractéristique du contrat (2-). Enfin, nous nous pencherons plus précisément sur la réglementation de la durée du contrat par le CPI, et tâcherons de déterminer ce que l'on doit entendre par l'exigence de détermination qu'il prescrit (3-).

1 – Durée d'existence et durée d'exécution de la licence

334. Durée d'existence et durée d'exécution. Par « durée du contrat », nous entendons ici sa durée d'existence : son point de départ est sa conclusion définitive, et il s'achève par la fin de la convention¹³³⁸. Cette durée d'existence coïncide ici avec la durée d'exécution de l'obligation caractéristique¹³³⁹, c'est-à-dire la jouissance des utilités de l'œuvre¹³⁴⁰. Cette notion de durée d'existence est suffisante à ce stade de notre étude : il s'agit d'étudier la licence en tant que contrat de mise à disposition des utilités d'une chose. Nous verrons en revanche que lorsque cette licence intègre un contrat d'exploitation régi par le CPI, la durée de la licence (ou l'effet définitif de la cession) se distingue de la durée des obligations de l'exploitant (prix, exploitation), ce qui n'est pas sans poser certains problèmes¹³⁴¹.

2 – Distinction de la durée des obligations et de l'effet de retour

335. Distinction de la durée des obligations réciproques et la durée de l'obligation caractéristique. Nous savons que la durée de l'obligation réciproque, à savoir le

¹³³⁸ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 3^e éd. LGDJ, 2001, n° 148, p. 183 et ss.

¹³³⁹ La durée d'exécution n'est pas nécessairement la durée d'existence : par exemple lorsque l'exécution est retardée par un terme suspensif (par ex. en raison du régime de la chronologie des médias). La durée d'efficacité prend quant à elle pour point de départ le moment où l'obligation devient exigible, et peut se prolonger au-delà de l'extinction des obligations (ex. garanties). Sur ces notions, v. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³⁴⁰ Classiquement, c'est la durée de la jouissance qui détermine celle du bail. V. par ex. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n°299, p.226. Cette analyse classique est critiquée par un auteur : I. Pétel, *Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse, Montpellier, 1984 (par ex. n° 15, p. 15). Le contrat produit plusieurs effets dont les durées peuvent être différentes. La notion de durée du contrat est délaissée au profit de la notion des durées d'efficacité du contrat (par ex. d'autres obligations nées du bail peuvent être d'exécution instantanée : nous avons vu que cela pouvait être le cas du loyer de la licence, tout comme dans la vente le prix peut intégrer une dimension de durée).

¹³⁴¹ V. *infra* n° 482 : on verra l'exemple du contrat d'édition : le transfert est présenté comme définitif, alors que l'obligation de l'éditeur d'assurer l'exploitation de l'œuvre, obligation de faire, ne peut rationnellement pas se prolonger pour une telle durée.

prix, ne devrait pas intervenir dans la qualification. Les modalités du prix ne caractérisant pas le contrat, il en résulte que son caractère successif ou instantané devrait rester indifférent à l'appréciation du contrat dans son ensemble comme une vente ou un louage.

336. Durée du contrat et « durée » du prix. Illustration. Il est pourtant courant d'affirmer que la vente, contrat en principe instantané, puisse revêtir un caractère successif en cas de prix proportionnel (ou d'obligation d'exploitation)¹³⁴². Cette affirmation n'emporte pas la conviction : la vente comporte nécessairement des obligations successives, en particulier de garantie, on ne songe pas pour autant à faire de la vente un contrat à exécution successive. Il devrait en aller de même pour le prix. Lorsqu'il est échelonné, le prix de la vente s'inscrit dans la durée. Mais la durée de cette *obligation réciproque* ne remet pas en cause le caractère instantané et définitif du transfert de propriété, *effet caractéristique* de ce contrat. Ce caractère définitif de l'effet caractéristique implique que le contrat de vente est dépourvu d'esprit de retour. On doit donc distinguer la durée des diverses obligations de la durée de l'obligation caractéristique. Les modalités des autres obligations, si importantes soient-elles dans le calcul économique des parties, sont impuissantes à déterminer la catégorie juridique du contrat. En revanche, la durée de la mise à disposition de la chose ou le caractère définitif de son transfert permettent de discerner cet esprit de retour ou son absence.

La solution est transposable à la licence qui serait convenue contre un prix au comptant et sans obligation d'exploitation. L'instantanéité de l'obligation réciproque ne fait pas de cette licence un contrat instantané. C'est encore ici la durée de l'obligation caractéristique, à savoir la jouissance locative, qui permet d'affirmer le caractère successif du contrat.

Enfin, la question de la suspension du paiement à un terme est une question fondamentale : le paiement est parfois suspendu à la première exploitation de l'œuvre ou à un nombre prédéfini d'exemplaires commercialisés. Mais ces modalités dont nous verrons qu'elles pourraient faire encourir au contrat les sanctions du droit commun (absence de cause, condition potestative lorsque ce terme n'en est pas un¹³⁴³) n'ont, pas plus qu'en droit commun, vocation à intervenir dans sa qualification.

¹³⁴² M. Huet montre que si son exécution est en principe instantanée, la vente, parfois, « s'inscrit dans la durée », v. J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 11448, p. 403. Pour notre matière : G. Vercken, *Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur*, Prop. intell., act. 2003, n° 9 (spéc. p. 372) affirmant que la cession est un contrat à exécution successive ; en ce sens : N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 299, p. 259.

¹³⁴³ V. *infra* n° 780.

3 – Sens de la détermination de la durée dans les contrats du CPI¹³⁴⁴

337. La source de la durée du bail. L'esprit de durée de la licence trouve sa source dans le Code civil. Ce constat est le fruit du rattachement accompli de la formule avec le bail. La prestation caractéristique étant une jouissance temporaire, à caractère successif, limitée dans le temps, la durée est un élément essentiel commandant la qualification ainsi que la validité du bail¹³⁴⁵. Parmi d'autres références faites à la notion de durée (articles 1736 à 1740 du Code civil), la source légale de cette nature se trouve sous la forme la plus explicite dans l'article 1709 du Code civil : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose *pendant un certain temps*, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. ». Une autre source, plus implicite et indirecte, se trouverait dans la traditionnelle et controversée prohibition générale des engagements perpétuels¹³⁴⁶ : le caractère personnel du lien tissé par le contrat entre deux personnes le rend nécessairement temporaire, ou du moins interdit que soit *convenu* ce caractère.

338. La notion de durée intervient donc en deux sens : en un sens, la longueur extrême associée à la stabilité, c'est-à-dire la certitude de cette durée, fait pencher la convention vers l'effet réel. En un autre sens, l'instabilité, c'est-à-dire l'incertitude de cette durée, souvent courte, disqualifie le bail en convention d'occupation précaire. Au centre, une durée limitée ou indéterminée mais non révocable *ad nutum* permet à la qualification de jouissance locative de s'épanouir. On pourrait objecter à cette présentation qu'elle confond la stabilité de la jouissance et sa durée. Or, le lien entre ces deux éléments relèverait de la corrélation et non de la causalité. Sans insister davantage sur ce point, on notera que le caractère temporaire du bail est confirmé par les textes des nombreux statuts spéciaux, fixant

¹³⁴⁴ Cette situation sera développée en seconde partie. A titre d'exemple : la cession prise isolément est un contrat à exécution instantanée, en contemplation du caractère instantané de son élément essentiel : le transfert de propriété. En revanche, le contrat de production audiovisuelle est un contrat à exécution successive. Sa prestation caractéristique ne réside plus dans le seul transfert de propriété permis par le mécanisme de la cession, mais dans la réalisation et l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle. Cela ne permet pas d'inférer que la cession, simple mécanisme juridique, soit en tant que telle un contrat successif.

¹³⁴⁵ Par ex. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 258 et n° 298 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 461 ; J. Huet, *op. cit.*, n° 21145, p. 719, v. les nombreuses références jurisprudentielles citées.

¹³⁴⁶ V. *infra* n° 372 et s., sur la prohibition des engagements perpétuels.

le régime souvent contraignant de ces durées, et notamment leurs durées minimales¹³⁴⁷ et leurs modalités de renouvellement.

339. La durée du contrat dans le CPI. On trouve dans le Code de la propriété intellectuelle de nombreuses indications relatives à la durée du contrat ou du moins d'obligations.

- Ces mentions concernent l'ensemble des contrats. Pour l'essentiel, on retrouve l'article L. 131-3 al. 1^{er} : « 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. ». On ajoutera un article L. 131-7 du CPI, moins usité, peut-être en raison de sa faible utilité : les règles édictées pour les « cessions » valent aussi pour les « cessions partielles » et pour les licences, le terme de « cession » n'ayant pas la fonction qualifiante que l'on peut lui prêter en droit commun : « En cas de cession partielle, l'ayant cause est substitué à l'auteur dans l'exercice des droits cédés, dans les conditions, les limites et pour la durée prévues au contrat, et à charge de rendre compte. ».

- Les autres sont propres à chaque contrat spécial d'exploitation ou à certaines obligations. Le traitement de ces éléments trouvera sa place en seconde partie de cette recherche, où l'on étudiera l'interaction entre la notion de licence et ces contrats. On y constatera que les exemples du contrat d'édition et du contrat de représentation sont révélateurs d'une certaine contradiction, laissant apparaître une juxtaposition de règles régissant la durée ou des délais d'exécution des contrats, sans que la loi ne leur appose pour autant de limite temporelle explicite¹³⁴⁸.

340. Distinction des dispositions du CPI relatives à la durée et de la nature de contrat de durée du bail. Doit-on mettre sur un même plan ces deux séries de règles évoquant un même sujet : les références à une durée délimitée des contrats du CPI et le caractère essentiellement temporaire du bail ? De même, peut-on comparer dans son esprit et ses modalités cette exigence formulée par le CPI avec la réglementation de la durée relevée

¹³⁴⁷ Souvent 3 ou 6 ans, v. par exemple l'art. 10 de la loi du 6 juillet 1989 pour le bail d'habitation ; 9 ans, v. par exemple l'art. L. 145-4 C. com. pour le bail commercial, et l'art. L. 411- 46 du Code rural et de la pêche maritime, pour le bail rural.

¹³⁴⁸ L'étude plus approfondie de la durée de ces contrats ainsi que des autres relève de la Partie II, (V. *infra*, par ex. n° 482). – Nous pouvons toutefois citer l'article L. 132-31 du CPI sur l'œuvre de commande pour la publicité et l'article L. 132-34 sur le nantissement de logiciel limité à 5 ans sauf renouvellement, mais pour ce dernier, il ne s'agit pas à proprement d'un contrat d'exploitation du droit d'auteur.

dans les baux spéciaux ? L'examen des textes suggère une réponse négative : la durée des baux spéciaux tend à assurer la stabilité de la jouissance du preneur, qu'il s'agisse par exemple de son habitation principale, de son exploitation commerciale ou agricole. D'une part, la durée minimale imposée est « chiffrée » ; d'autre part, les divers droits au renouvellement, qui se traduisent par la possibilité de baux de longue durée, ont pour finalité et résultat effectif la protection de cette partie faible. La situation apparaît comme inversée en droit d'auteur : la partie faible n'est plus le preneur mais le bailleur (lorsqu'il est auteur, mais le producteur peut être également en état de faiblesse dans la relation qui le lie au diffuseur). Et c'est bien la longueur de l'engagement qui profite à l'exploitant et qui est susceptible de porter atteinte aux intérêts de l'auteur, partie normalement protégée. Cette situation marque ainsi une limite des comparaisons menées entre droit d'auteur et dispositifs protecteurs de la partie réputée faible : commerçant, artisan, agriculteur ou résident. En droit d'auteur, le schéma classique s'inverse puisque la partie à protéger n'est pas l'exploitant ou l'occupant, mais le propriétaire, le bailleur. C'est donc la limitation effective de la durée de ces contrats qu'ont pu appeler de leurs vœux des organisations d'auteurs¹³⁴⁹.

341. Utilité et inutilité de l'obligation de détermination de la durée.

L'exigence de détermination de la durée apparaît comme une exigence utile lorsqu'elle est énoncée dans l'acte au titre du formalisme¹³⁵⁰. Elle permet alors à l'auteur d'être informé de la portée de son engagement. En revanche, cette obligation ne joue aucun rôle supplémentaire dans la protection de l'auteur, car elle n'est assortie d'aucune limitation dans le temps : la pratique répandue, de principe dans certains domaines, des cessions consenties pour la durée du droit d'auteur est bien la preuve de cette défaillance¹³⁵¹.

342. Compréhension proposée de l'exigence légale de fixation de la durée des « cessions ». *L'exigence légale de fixer la durée des « cessions » n'est pas le signe que les « cessions » doivent être – ou puissent être – temporaires, mais qu'un choix est ouvert aux parties entre licence et cession, entendue au sens de contrat translatif et définitif.*

¹³⁴⁹ Livre blanc pour la relance de la politique culturelle, t. 1, Propriété Intellectuelle, Commission pour la Relance de la Politique Culturelle : ACOF, AFD, ANJRPC-FREELÉNS, CAAP, FASAP FO, FRAAP, Fédération SAMUP, Qwartz, SAIF, SAMUP, SNDT, SNEA-UNSA, SNLA FO, SNM FO, SN2A FO, SNJ, SNSP, SPEDIDAM, UMJ, UNPI, UPC, <http://www.crpc.free.fr/C.R.P.C/index.html> (consulté : 20/10/2011) (v. spéc. p. 172). Il y est par exemple fait proposition d'une limitation de la durée du contrat d'édition à 10 ans renouvelables par accord écrit des parties. V. également les recommandations faites par la SGDL et la SCAM en matière d'édition de livres numériques (*infra* n° 480).

¹³⁵⁰ V. *infra* n° 677.

¹³⁵¹ La validité en est discutée, point que nous aborderons plus bas.

B – L'expression de l'effet de retour

343. Plan. L'effet de retour de la licence trouve à s'exprimer par deux techniques juridiques : la plus courante est la stipulation d'un terme (1-). Une autre forme s'éloigne de la stricte notion de durée et consiste en la détermination d'un nombre limité d'actes d'exploitation autorisés au licencié (2-).

1 – La clause de durée, principale technique de mise en œuvre de l'effet de retour

344. Plan. La clause de durée consistera le plus souvent en la seule énonciation d'une période de temps, mais la « simplicité » de la formule n'occulte pas les difficultés (a). L'expression de la durée pourra être assortie de modalités instillant une certaine complexité dans ce schéma (b).

a) Clause de durée : schémas « simples »

345. Le choix d'une durée. Cette situation s'exprime généralement par la mention d'une durée chiffrée au contrat. La mention de la durée apparaît généralement dans une clause dédiée : « Durée », parfois dans une clause intitulée : « Etendue des droits cédés » ou « Objet du contrat ». Il n'est pas rare que la durée soit indiquée par renvoi dans des « conditions particulières. ». Nous verrons en seconde partie que l'exigence de formalisme propre à certains contrats d'exploitation n'impose pas pour autant de formule « sacramentelle »¹³⁵² ; le juge a pu, dans de rares cas, déduire la durée de la mise à disposition de la durée d'une autre obligation : celle de payer une redevance¹³⁵³.

¹³⁵² A. Maffre-Baugé, Le formalisme contractuel en droit d'auteur, in : J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 265 ss. et spéc. p. 272. L'auteur cite les exemples de certains cautionnements (loi du 1^{er} août 2003 « pour l'initiative économique » aux art. L. 341-2 et L. 341-3 C. conso.). Sur ce point, v. *infra* n° 675 et ss.

¹³⁵³ CA Versailles, 22 juin 2000, Juris-data n° 156150, cité par A. Bories, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Thèse, Montpellier, 2007, n° 147. – Comp. : « La cession de droits d'auteur notamment dans sa durée ne peut être ambiguë et doit résulter d'une volonté claire et précise. En conséquence, constitue une contrefaçon, la reproduction de photographies sans autorisation, alors que les factures produites ne contenant aucune indication sur la durée mais se référant à chacune des collections saisonnières, les photographies ne pouvaient être exploitées sans autorisation du photographe » (CA Paris, 4^e ch. B, 23 mai 2008, JurisData n° 2008-367399). Cité par A. Maffre-Baugé, *J.-Cl.*

Quels facteurs incitent les parties à opter pour une certaine durée ? On est naturellement porté à croire que la durée prévisible de l'exploitation de l'œuvre est déterminante¹³⁵⁴. D'autres facteurs peuvent intervenir, car c'est avant tout un calcul économique qui devrait suggérer le choix d'une durée. La contemplation d'un droit d'auteur « traditionnel » mettant en confrontation un auteur personne physique protégée et un exploitant professionnel nous incline à voir dans les engagements de longue durée le terreau potentiel d'atteintes à l'intérêt de l'auteur. Inversement, un engagement plus bref est perçu comme une stipulation plus favorable à ce dernier. Cette analyse ne doit pas être repoussée, mais gagne à être nuancée au regard de la grande variété des œuvres protégées et des actes d'exploitations imaginables.

Une illustration de cette prévision mérite d'être rapportée. Partant d'une analyse économique en matière de licence de marques¹³⁵⁵, elle nous semble transposable à notre matière pour les productions mettant en jeu, avec des droits de propriété industrielle, le droit d'auteur, mais relevant d'un caractère essentiellement industriel (mode¹³⁵⁶, *merchandising*, etc.). Ainsi, la dépréciation de la qualité des produits et du « capital réputationnel »¹³⁵⁷ du donneur de licence est un risque souvent associé à la conclusion d'une licence. Le licencié, dont « l'horizon » est plus court que celui du propriétaire, n'a pas nécessairement le même intérêt à maintenir la qualité ou la réputation du produit dans le temps et à investir en ce sens, bien que des clauses du contrat de licence organisent souvent ce contrôle de qualité. On a ainsi constaté, particulièrement dans le domaine de la mode¹³⁵⁸, que la brièveté d'une licence, permettant un accroissement artificiel et temporaire des ventes, inciterait le licencié à sous-investir et à négliger la qualité des produits, principalement à l'approche du terme du contrat.

PLA, Fasc. 1310, Droit d'auteur. Exploitation des droits . – Dispositions générales (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9), n° 57.

¹³⁵⁴ A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 536, p. 281. Par exemple, dans le domaine de la haute couture, généralement de faible durée (4 ans). Une justification avancée par les donneurs de licence est de ne pas perdre la maîtrise de leur processus de création.

¹³⁵⁵ F. Lafontaine, *Agency Theory and Franchising : Some Empirical Results*, *Rand Journal of Economics*, 1992, n° 23, p. 81 ; J.-F. Satin et M. Smirnovna, *La gestion des licences de marque : L'apport des modèles dynamiques*, Working Paper, Université de Paris I, ATOM, 2004, p. 1. Analyses reprises par : X. Greffe, *Economie de la propriété artistique*, *Economica*, 2005, p. 16 et s. ; A. Abello, *op. cit.*, n° 649 et ss.

¹³⁵⁶ Rappelons que si le droit des dessins est modèles semble tout indiqué, la protection du droit d'auteur s'étend à ce type de créations : article L. 112-2 du CPI (extraits) : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : [...] 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement. ».

¹³⁵⁷ J.-F. Satin et M. Smirnovna, art. préc.

¹³⁵⁸ V. les études précitées qui portent sur ce thème.

Un allongement de la durée de la licence semblerait donc préférable à la succession de contrats de courte durée renouvelés¹³⁵⁹. Cette apparente rationalité est-elle la règle ? Pas nécessairement, et la durée semble parfois davantage le fruit d'un rapport de force entre contractants, lorsqu'elle n'est pas le résultat d'une tradition.

346. Illustrations – cas de nullité. On constate ainsi des durées de quelques années à une trentaine d'années dans le secteur de l'audiovisuel ; on a pu y voir l'influence des sociétés d'auteur et de leurs usages¹³⁶⁰. Citons ici la clause de durée figurant dans les divers contrats types proposés par la SACD : « Article 3 – Durée : 1. Les droits énumérés à l'article 2 ci-dessus sont cédés à titre exclusif au Producteur pour une durée de ... (.....) années à dater de la signature des présentes. »¹³⁶¹. Pourtant, la clause la plus répandue, notamment en matière d'édition, calque la durée de la cession sur la durée des droits : « La cession est consentie pour la durée de la propriété littéraire d'après les lois françaises et étrangères et les conventions internationales, actuelles et futures, y compris les éventuelles prorogations qui pourraient être apportées à cette durée »¹³⁶². Cette formule suggère un caractère définitif excluant – en apparence – toute idée de retour. Elle marque, comme on le verra, le passage à la cession, à moins que d'autres dispositions légales ou contractuelles ne viennent remettre en cause ce caractère définitif¹³⁶³. La différence pourrait n'être que verbale, mais la cession conclue sans clause de durée¹³⁶⁴, ou encore explicitement

¹³⁵⁹ A. Abello, *op. cit.*, n° 651.

¹³⁶⁰ B. Montels, *Pratique des contrats audiovisuels*, CCE juill.-août 2003, p. 13.

¹³⁶¹ La clause est pareillement structurée dans les autres contrats de ce type proposés par la SACD. L'exemple cité est issu du contrat intitulé : « CINEMA - CONTRAT DE PRODUCTION AUDIOVISUELLE - CESSION DE DROITS D'AUTEUR - SCENARIO/ADAPTATION/DIALOGUES – REALISATION ». Disponible sur le site officiel de cette société de gestion collective (20/10/2011): <http://www.sacd.fr/Modeles-de-contrats-cinema.236.0.html> ; Autre extrait : « 2. Au cas où dans un délai de ... (.....) années à compter de la signature des présentes, le film n'aurait pas été réalisé, le film étant réputé réalisé au moment de l'établissement de la version définitive prévue à l'article L. 121 5, alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle, le présent contrat sera résolu de plein droit par la simple arrivée du terme et sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure ou formalité judiciaire quelconque ; l'Auteur-Réalisateur reprendra alors la pleine et entière propriété de tous ses droits, les sommes déjà reçues lui restant, en tout état de cause, définitivement acquises. ».

¹³⁶² Contrat type proposé par le SNE (art 1 - Objet du contrat § 2), v. J.-Cl. PLA, fasc. 1014, Documentation pratique – Contrats d'édition – Modèles de contrats proposés par le Syndicat national de l'édition (SNE). V. en ce sens le modèle proposé par X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, p. 321. Comp. le choix est laissé aux parties dans le modèle de contrat proposé par la SGDL : « I – Étendue de la cession - A – Dans le temps. La présente cession qui engage tant l'auteur que ses ayants droit est consentie pour une durée de ... années. » Contrat disponible sur le site : <http://www.sgdl.org/>.

¹³⁶³ Ce que nous verrons spécialement à propos du contrat d'édition : v. *infra* n° 483 et ss.

¹³⁶⁴ Par exemple : (précité à propos d'une cession à titre gratuit) Cass. 1^{re} civ. 23 janv. 2001, « Cercle d'art c. Picasso », obs. A. Maffre-Baugé, in : M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n° 14 ; obs. Ch. Caron, Variations sur la gratuité en droit d'auteur, CCE avril 2001, p. 13, comm. n° 34. V. également : Cass. 1^{re} civ. 9 févr. 1994, Inédit, RIDA, janv. 1995, p. 197 : « la cession des droits d'exploitation autre que cinématographique doit être déterminée dans le temps » (l'arrêt est rendu sous l'état du droit antérieur à la loi de 1985 instaurant le régime actuel du contrat de production audiovisuelle. La présomption ne concernait

« sans limitation de durée », est sanctionnée par la nullité pour violation de l'article L. 131-3 du CPI¹³⁶⁵. Le résultat sur le contenu du contrat est pourtant strictement identique à la cession définitive, reconnue par ailleurs. Cette situation nous semble relever de l'usage¹³⁶⁶, du rapport de fait entre l'auteur isolé et l'éditeur, plutôt que d'une véritable nécessité économique. Il existe cependant des exceptions dans lesquelles les juges admettent l'absence de clause de durée. Les conséquences de cette admission exceptionnelle sont parfois opposées : le contrat dépourvu de terme est parfois admis au rang des cessions pour la durée du droit, instantanées et définitives¹³⁶⁷; à l'inverse, les juges ont pu y voir un contrat à durée indéterminée résiliable à tout moment, moyennant un préavis¹³⁶⁸.

Quelques autres illustrations peuvent être données : les « licences » d'exploitation de logiciel (véritables contrats d'auteur car portant sur des actes autres que l'utilisation) sont généralement définitives et constituent des formes de cessions¹³⁶⁹. Les contrats d'achats de droits de diffusion télévisuelle sont généralement limités à quelques mois. Il en va de même pour les contrats d'adaptation, limités à quelques années, généralement une dizaine¹³⁷⁰, ce qui n'est pas sans poser de problème lorsque la licence dont bénéficie l'adaptateur arrive à son terme : en pareil cas, l'exploitation de l'œuvre adaptée peut être paralysée, car illicite dans son principe même¹³⁷¹.

Il semble donc difficile de voir dans tous les choix d'une durée par les parties au contrat de licence le fruit d'une réflexion poussée sur le devenir de l'exploitation.

alors que les droits cinématographiques. Ce point est souligné par S. Durrande, J.-Cl. PLA, fasc. 1310, Exploitation des droits. Dispositions générales., n° 31).

¹³⁶⁵ CA Paris, 4^e ch., 22 oct. 2003, Prop. intell., janv. 2004, 1^{re} esp., p. 556, note A. Lucas.

¹³⁶⁶ Par exemple E. Pierrat, Le contrat d'édition, Légicom 2001/1, p. 5 (spéc. p. 8), notant que cette pratique est critiquée par des groupements d'auteurs, en particulier de science-fiction.

¹³⁶⁷ Le contrat de production audiovisuelle sans clause de durée est valide et la cession s'étend à la durée du droit (v. *infra* n°690 et ss.).

¹³⁶⁸ Par exemple TGI Paris, 9 juillet 2008, *Légipresse* 2008, n° 256, III, p. 183, note S. Choisy, fondant sur le principe de prohibition des engagements perpétuels la révocation à tout moment (avec préavis) du contrat d'édition à durée indéterminée. Rapp. J. Raynard, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 novembre 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8.

¹³⁶⁹ Pour autant qu'elles sont exclusives (sur ce critère, v. § 2). Ainsi les différentes licences libres étendent leurs effets à la durée de la propriété intellectuelle, elles ne sauraient, entre autres raisons, être qualifiées de « licences » (V. *supra* n° 188 et ss.).

¹³⁷⁰ En ce sens, voir le commentaire (n° 6) sous le contrat type d'adaptation audiovisuelle proposé par la SGDL : « Nous n'avons pas voulu réduire la nécessaire liberté de négocier entre les deux partenaires en indiquant une durée arbitraire ; mentionnons seulement qu'en matière audiovisuelle, les options sont en général de 3, 5, 8 ans maximum. Cette durée peut être renouvelable par tacite reconduction, ce qui semble le système le plus souple. Ainsi, par exemple, un auteur pourra céder ses droits pour une période de 5 ans, renouvelable une fois, soit en tout 10 ans, à l'issue desquels, faute d'exploitation, l'auteur reprend ses droits. Il peut se libérer plus tôt au cours des trois derniers mois précédant chaque nouvelle période, en notifiant à l'éditeur, par lettre recommandée avec accusé de réception, que faute de projet d'adaptation, il reprend les droits cédés initialement. » http://www.sgd.org/component/docman/cat_view/83-telechargement?orderby=dmdate_published&ascdesc=DESC. (Consulté : 20/10/2011).

¹³⁷¹ Sur cette question, v. *infra* n° 851.

b) Clause de durée : schémas « complexes »

347. Principe. La considération de la durée revêt parfois une certaine complexité, dans le sens où elle ne se limite pas à une unique donnée chiffrée. Les obligations peuvent intégrer un terme suspensif : « Le temps dilatoire se retrouve lorsque l'exécution immédiate est inutile »¹³⁷²... ou illicite. On distinguera par exemple la suspension de la prise d'effets de la cession et la suspension de l'exploitation (imposés par exemple par le système de la chronologie des médias)¹³⁷³ ou un terme extinctif incertain, autre que celui des 70 ans *post mortem auctoris*. Le contrat peut également contenir une faculté de reconduction.

348. Illustrations. Plutôt que d'entreprendre l'inutile relevé de ces différentes modalités, nous analyserons à titre d'exemple pratique un contrat dont la clause de durée est rédigée ainsi : « Article 4 – Durée : Les droits énumérés à l'article 3 ci-dessus sont cédés à titre exclusif au Producteur pour le Monde entier et pour une durée courant à compter de la signature des présentes et expirant cinquante ans après la date de première exploitation commerciale du film. Il est d'ores et déjà convenu entre les parties que le Producteur bénéficie d'une option de renouvellement (*sic*)¹³⁷⁴ du présent contrat. Dans le cas où le Producteur souhaiterait exercer son option et renouveler ainsi le présent contrat, il devra manifester sa volonté en adressant à l'Auteur une lettre recommandée avec accusé de réception au plus tard deux mois avant la date d'expiration du contrat. Dans cette hypothèse, le contrat sera reconduit automatiquement pour une durée de quinze ans courant à partir de la date d'expiration et dans les charges et bénéfices stipulés aux présentes. (...) »¹³⁷⁵.

Quelle analyse proposer de cet exemple de clause de durée ? Celle-ci comprend un terme *a quo*, point de départ du contrat : la signature. Le terme *ad quem* est fixé à 50 ans après la première exploitation commerciale du film. Ce terme est donc incertain car on ne peut

¹³⁷² A. Etienney, *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008, n° 281, p. 205.

¹³⁷³ Ce système règlementaire qui détermine l'ordre et les délais (de quelques semaines à plusieurs mois) dans lesquels auront lieu les différentes exploitations d'une œuvre audiovisuelle (cinéma, puis télévision payante, télévision, V&D, DVD, ...). Sur le sujet, v. par ex. B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 64, p. 96 et ss. ; F. Balle, *Médias & sociétés*, 14^e éd., Montchrestien, 2009, n° 137 et ss. ; S. Berland, La chronologie des médias : un mécanisme à contretemps ?, *Gaz. Pal.* 16 mai 2006, n° 136 p. 11. Cette chronologie est périodiquement révisée pour intégrer les nouveaux modes de diffusion, généralement dans le sens d'un raccourcissement des délais (v. dernièrement : Arrêté du 9 juillet 2009 pris en application de l'article 30-7 du code de l'industrie cinématographique).

¹³⁷⁴ Il s'agirait davantage d'une prorogation, consistant en un report du terme à une échéance ultérieure sans emporter la formation d'un nouveau contrat.

¹³⁷⁵ Contrat intitulé : « Contrat de cession de droits d'auteur d'un film de court métrage (Scénario / Adaptation / Dialogues / Réalisation) ».

déterminer à l'avance la date de première exploitation du film. Cette indétermination ne devrait pas être un obstacle en elle-même : après tout, le terme le plus fréquemment stipulé prenant pour référence la mort de l'auteur n'est-il pas aussi, en principe, incertain ?¹³⁷⁶ En revanche, la « potestativité » de ce terme est à craindre, la première exploitation commerciale arrivant au terme d'événements mettant en jeu de multiples facteurs, au nombre desquels la volonté du débiteur¹³⁷⁷. Ce grief peut être écarté si, comme c'est généralement le cas, un délai maximal de quelques années est imparti à l'exploitant pour s'acquitter de son obligation de réaliser et de lancer l'exploitation de l'œuvre, au-delà duquel le contrat sera résilié. Enfin, autre difficulté : la faculté de reconduction reconnue au seul exploitant rappelle nettement un cas « classique » d'engagement perpétuel¹³⁷⁸. Ce grief peut également être écarté, si l'on veut bien reconnaître dans cet engagement une véritable cession – et ce malgré l'énoncé de ces délais – dépourvue de fait de tout véritable esprit de retour. En revanche, l'exclusion du formalisme lors de chaque reconduction pose problème¹³⁷⁹ : pourrait-on s'en dispenser si le même contrat était prorogé sans formation d'une nouvelle convention ? Sans doute : d'une part en application de la distinction entre prorogation, reconduction et renouvellement¹³⁸⁰ ; d'autre part en application du domaine spécifique du formalisme qui, en matière d'adaptation, ne devrait porter que sur l'hypothèse du contrat de cession du droit d'adaptation dans le cadre du contrat d'édition, visée à l'article L. 131-3 al. 3 du CPI¹³⁸¹.

Une autre clause peut être donnée en exemple : « Le présent contrat prend effet à sa signature et durera aussi longtemps que le programme et / ou les droits afférents pourront être exploités et au minimum pour une durée de 25 années. »¹³⁸². Ce type de clause nous paraît contestable, aussi bien en raison des difficultés d'interprétation qu'elle laisse présager qu'en termes de validité : qui détermine si une œuvre peut être encore exploitée, si ce n'est le débiteur de cette obligation d'exploitation ?

2 – Les clauses de limitation quantitative du nombre d'actes d'exploitation

349. Plan. Nous tâcherons d'exposer ce mode d'expression de l'idée de retour que constitue la clause de limitation quantitative d'actes d'exploitations (a). L'examen du

¹³⁷⁶ Sur la validité de ce terme, v. *infra* n° 370 et ss.

¹³⁷⁷ Sur ce risque et l'admission contestable de ces « termes potestatifs », v. *infra* n° 780.

¹³⁷⁸ Sur l'engagement perpétuel, v. *infra*, n° 372 et s.

¹³⁷⁹ Excluant la tacite reconduction en droit d'auteur en raison du formalisme : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 594, note n° 1.

¹³⁸⁰ Sur cette distinction, v., par ex. A. Bénabent, *Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, 2010, n° 311.

¹³⁸¹ Sur la question du formalisme : v. *infra* n° 665 et ss.

¹³⁸² Clause personnellement observée dans un « contrat de commande et de cession de droits ».

mécanisme nous permettra de relever les lourds inconvénients de ce type de clause et de possibles remèdes (b). Nous confronterons ensuite ce mode de détermination de la durée du contrat avec la notion de précarité, en cherchant s'il y a lieu de l'y assimiler (c). Enfin, nous pourrions conclure sur la nature de la clause de durée et la classification du contrat qu'elle implique (d).

a) La clause de limitation quantitative d'actes d'exploitation : une clause de durée exprimant l'esprit de retour de la licence

350. L'esprit de retour peut se manifester en l'absence de toute référence explicite à une durée. La détermination du nombre d'exemplaires minimal ou maximal n'est pas, en principe, une obligation générale du contrat d'auteur¹³⁸³. Cette détermination, lorsqu'elle a lieu, a été rattachée à la délimitation du domaine d'exploitation en fonction de l'étendue et de la destination¹³⁸⁴. Nous montrerons que cette délimitation relève plus essentiellement d'une considération du temps dans l'exécution du contrat¹³⁸⁵, et plus particulièrement d'une manifestation de l'esprit de retour se rattachant à la délimitation de la durée du contrat. Il importe aussi de ne pas confondre la situation avec le principe de la détermination du prix proportionnel, qui dépend des résultats d'exploitation, soit concrètement du nombre d'exemplaires vendus ou de représentations effectuées. Ici, au contraire, ce critère quantitatif est de toute autre portée, car il sert à évaluer la durée du contrat.

351. Analogies. A titre de comparaison, on rencontre la formule dans des contrats voisins de la licence de droit d'auteur, mais ayant pour seul objet l'accès à l'œuvre. Certains contrats prévoient un nombre limité d'accès à l'œuvre, notamment logicielle, audiovisuelle ou musicale, un volume limité de téléchargements. Le pacte de préférence en matière d'édition¹³⁸⁶ (article L. 132-4 du CPI) propose au rédacteur du contrat l'alternative d'une

¹³⁸³ V. cependant : article L. 132-10 du 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. ». La règle est d'un autre ordre que celle que nous verrons relative au contrat de représentation : ici, il ne s'agit que de déterminer un minimum.

¹³⁸⁴ S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur* Litec-IRPI, 2009, n° 44, p. 44.

¹³⁸⁵ Comp. la distinction mise en exergue par un auteur : au sein d'une même considération du temps, on trouve une distinction entre chronologie « qui permet de situer une chose dans le mouvement de l'avant et de l'après sous la forme d'une date » et chronométrie, « calcul d'une durée, la mesure d'un « espace de temps », A. Etienney, *op. cit.*, v. n° 80, p. 52.

¹³⁸⁶ R. Lindon, *Le « droit de préférence » des éditeurs*, D. S., 1968, Chron. p. 53.

durée limitée à cinq ans (souvent usitée en édition musicale) ou la limite de cinq ouvrages nouveaux¹³⁸⁷ de même genre (souvent pratiquée en matière d'ouvrages de librairie)¹³⁸⁸. Il se peut que les deux exigences se cumulent valablement lorsqu'il en va de l'intérêt de l'auteur¹³⁸⁹. L'exigence est sanctionnée par la nullité relative du pacte et non, comme on l'a proposé, par sa réduction judiciaire aux seuils légaux¹³⁹⁰. L'analogie avec ce qui suit est donc permise.

352. Illustrations. Concernant les contrats intéressant directement l'exploitation du droit d'auteur, sont donnés comme exemples de limitation de « durée » les « cessions » du droit pour une seule représentation publique¹³⁹¹. L'alternative laissée à l'article L. 132-19 al. 1^{er} du CPI est à ce titre la meilleure illustration de ce mode de détermination de l'esprit de retour, ne se manifestant pas par une durée chiffrée : « Le contrat de représentation est conclu pour une durée limitée ou pour un nombre déterminé de communications au public. ». On peut également rencontrer ce type de limitations dans le domaine de l'exploitation des droits de reproduction, dits « droits dérivés » ou droits de *merchandising* ; elle est également envisageable pour la diffusion sur Internet¹³⁹².

353. Journalistes et cas similaires : durée et destination des autorisations. Le domaine du journalisme offrait également une illustration de cette limitation de la « cession » à l'acte d'exploitation, mais une réforme législative du système semble bien contrarier cette analyse. Jusqu'ici – et sauf accords individuels ou collectifs réglant pratiquement la situation¹³⁹³ – une première publication sur support papier épuisait la « cession »¹³⁹⁴ ; or, suite

¹³⁸⁷ Ce qui suppose 4 ouvrages nouveaux, si l'ouvrage en question n'est pas encore créé, et 5 s'il l'est à la signature du contrat (l'œuvre n'est pas future mais actuelle). Un arrêt est généralement cité : CA Paris, 30 juin 1975 « Gallimard c. Burget », RTD com. 1976, p. 511, obs. H. Desbois.

¹³⁸⁸ M.-A. Roux, La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale, *Légipresse*, n°233, II, v. spéc. p. 88.

¹³⁸⁹ CA Paris, 27 mars 1998, RIDA, oct. 1998, p. 259, Robert Laffont c. Signol. Également cité par M.-A. Roux, art. préc.

¹³⁹⁰ Cette dernière position au demeurant isolée est proposée par P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 510.

¹³⁹¹ Par ex. A. Maffre-Baugé, *J.-Cl. PLA, Fasc. 1310* préc., n° 57.

¹³⁹² M. Caron rapporte une limitation du temps en fonction, non pas d'un nombre d'années, mais d'un nombre de connexions : 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, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise n° 22. p. 258 (v. spéc. n° 3).

¹³⁹³ Sur cette pratique, relevant davantage de la logique et des pratiques du droit du travail que du CPI : G. Vercken, Les accords entre entreprises de presse et journalistes au regard du Code de la propriété intellectuelle : quelques réflexions. *Légipresse*, 2001, n° 187, II, p. 149.

¹³⁹⁴ V. par ex. Cass. 1^{re} civ. 21 oct. 1997, Bull. I, n° 285, p. 192, JCP E, 1998, p. 1047, obs. J. M. Mousseron, « l'existence d'un contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle de l'auteur, et qu'à défaut de convention expresse, conclue dans les conditions de la loi, l'auteur des photographies n'avait pas transmis à son employeur, du seul fait de la première publication rémunérée à titre de pège, le droit de reproduction de ses œuvres, pour de nouvelles publications ou une cession à des tiers ».

à celle-ci, « le droit de l'employeur est paralysé »¹³⁹⁵, car toute autre reproduction sur un support de même nature ou autre (par exemple sur internet) suppose l'accord des parties contractantes¹³⁹⁶. Plutôt que de persister à employer ce vocabulaire lié à la notion de cession – comment le droit de propriété de l'exploitant pourrait-il s'épuiser ainsi ? – il paraît plus adapté de considérer que le journaliste concède une licence tacite dans laquelle l'esprit de retour se manifeste par la mise à disposition pour une exploitation unique et pour un mode déterminé. Cette manifestation de l'esprit de retour caractéristique de la licence semble se confondre avec la nécessité de délimiter les modes d'exploitation. Ce système dégagé au fil de la jurisprudence applicable aux journalistes professionnels a été remis en cause par la loi dite HADOPI du 12 juin 2009 dans son article 20, modifiant le Code du travail¹³⁹⁷ et inscrivant dans le CPI une nouvelle section 6 : « Droit d'exploitation des œuvres des journalistes ». Dès lors, le mécanisme change radicalement : il s'agit d'un mécanisme de cession légale exclusive, quoique supplétive, au bénéfice de l'employeur¹³⁹⁸. Ces nouvelles modalités recentrent le débat sur la destination et les modes d'exploitation au détriment de la question de la durée du contrat¹³⁹⁹.

¹³⁹⁵ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 265.

¹³⁹⁶ Sur la question, v., Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009, n° 206, p. 163 offrant un panorama d'ensemble détaillé de ces évolutions. V. également : M. Vivant, Pour une épure de la propriété intellectuelle, in *Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 ; E. Derieux, Le droit d'auteur des journalistes à l'épreuve de l'Internet, note sous CA Lyon, 9 déc. 1999, JCP G n° 13, 29 mars 2000, II, 10280 ; D. Bécourt, La problématique de la rémunération des journalistes dans les nouveaux médias, D. Aff., n° 162, 27 mai 1999, p. 4 ; P. Sirinelli, Le droit des journalistes, l'œuvre collective et les nouveaux médias, D. Aff., n° 162, 27 mai 1999, p. 9. (l'argument de l'œuvre collective n'a pas été reçu : par la réutilisation d'articles, ce n'est pas l'œuvre collective (le journal) qui est exploité, mais certains éléments (des articles) aux contributeurs parfaitement identifiés).

¹³⁹⁷ Par ex. article L. 7111-5-1 du Code du travail : « La collaboration entre une entreprise de presse et un journaliste professionnel porte sur l'ensemble des supports du titre de presse tel que défini au premier alinéa de l'article L. 132-35 du code de la propriété intellectuelle, sauf stipulation contraire dans le contrat de travail ou dans toute autre convention de collaboration ponctuelle. ».

¹³⁹⁸ V. l'art. L. 132-36 du CPI : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 121-8, la convention liant un journaliste professionnel ou assimilé au sens des articles L. 7111-3 et suivants du code du travail, qui contribue, de manière permanente ou occasionnelle, à l'élaboration d'un titre de presse, et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées. ». L'exception à l'art. L. 111-1 al. 3 du CPI est notable (en ce sens, et pour un analyse de la réforme : Ch. Caron, *op. cit.*, n° 206, p. 164). Le domaine de cette véritable cession est étendu car prenant pour assiette le « titre de presse » défini largement par l'art. L. 132-35 du CPI (diffusion des déclinaisons du titre de presse, notamment sur Internet). Cette notion nouvelle élargit considérablement le domaine de la cession, marquant une évolution vers l'indifférence du support, des modes de diffusion ou de consultation et inclut la diffusion sur internet. En revanche, l'auteur conserve son droit de publier ses articles sous la forme d'un recueil (art. L. 121-8 du CPI).

¹³⁹⁹ La question de la durée réapparaît dans ce système, mais dans le cadre de la détermination de la nature et du mode de rémunération du journaliste : la détermination de ces périodes est laissée à la conclusion d'accords d'entreprise ou accords collectifs, prenant notamment en compte la périodicité et la nature du contenu du titre. Elle se fait par un salaire dans un premier temps (art. L. 132-37 du CPI), puis un choix est offert : par redevance relevant du droit d'auteur ou par salaire ensuite (art. L. 132-38 du CPI). Des modalités sont prévues pour l'exploitation de l'article hors du titre de presse initial, c'est-à-dire dépassant le domaine de la cession. Selon les

La solution n'est pas propre aux œuvres de journalisme *stricto sensu* et devrait à ce titre perdurer dans les hypothèses voisines : on citera en exemple le cas des plus banals d'une autorisation pour la parution d'une image dans une revue nommément désignée, sans clause de durée. La Cour de cassation confirme la condamnation du licencié pour contrefaçon, pour avoir fait usage de l'œuvre sur des vêtements, montres et affiches¹⁴⁰⁰. L'atteinte portée au contrat est double : de prime abord, elle concerne la destination et le mode d'exploitation, ce qui va de soi ; mais c'est aussi, nous semble-t-il, la durée de la licence qui est outrepassée : la reproduction pour un ouvrage périodique implique nécessairement une limitation de la licence à la durée de première parution, et donc un esprit de retour. Continuer l'exploitation au-delà du temps de cette première publication constitue en soi, qu'elle qu'en soit la forme, une violation du contrat de licence et un acte de contrefaçon.

b) La clause de limitation quantitative d'actes d'exploitation : inconvénients et remèdes

354. Inconvénients de la clause de limitation de la licence à un nombre d'actes d'exploitation. Revenons au cas général dans lequel le contrat ne trouve d'autre limite temporelle que dans l'épuisement d'un nombre d'actes autorisés. L'inconvénient de cette clause est qu'un tel contrat pourrait se maintenir indéfiniment, à condition que l'exploitant suspende pour une raison quelconque sa production et de ce fait les derniers actes autorisés de reproduction ou de représentation de l'œuvre. La situation pourrait être préjudiciable au donneur de licence, particulièrement en cas d'exclusivité. Dans le cas du contrat de représentation, l'article L. 132-19 al. 3 du CPI apporte certes un élément de solution, mais ne s'attache qu'au cas des droits exclusifs¹⁴⁰¹. Le problème reste entier lorsque le contrat échappe à ce statut spécial et met en œuvre le droit de reproduction. Un rempart contre ce type de comportement pourrait se trouver dans la sanction de l'abus de droit. Mais outre les critères restrictifs traditionnels de mise en œuvre de cette action, l'appréciation de l'abus est délicate. L'abstention d'exploiter un droit avec suffisamment de diligence est toujours soumise à une appréciation, alors que le dépassement d'une durée est constatable

cas, un droit à rémunération (art . L. 132-39) ou la nécessité d'un nouvel accord du journaliste, accord individuel ou collectif (art. L. 132-40 du CPI).

¹⁴⁰⁰ Cass. 1^{re} civ. 9 févr. 1994, n° de pourvoi 92-11309, inédit. V. également : Cass. 1^{re} civ. 21 févr. 1989, Bull. I, n° 90, p. 58. Cet arrêt est également cité par M. Pollaud-Dulian dans les développements consacrés à la durée de la cession : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 959, p. 586.

¹⁴⁰¹ « 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. »

objectivement. L'originalité, et la faiblesse, de ce mécanisme exprimant l'esprit de retour est que le terme extinctif du contrat est incertain. Il est même potestatif en tout ou partie. Cette potestativité, à la supposer qualifiée, pourrait rester hors d'atteinte de la sanction de l'article 1174 du Code civil, disposition traditionnellement attachée au mécanisme de la condition et non du terme. Quoi qu'il en soit, cette potestativité serait entre les mains du créancier de l'obligation de faire jouir (le licencié), et non de son débiteur (le donneur de licence) ; or, pour être sanctionnée, la condition doit être potestative pour celui qui s'oblige¹⁴⁰². Comme nous l'avons déjà observé, la condition écartée de la qualification reste la potestativité : un terme potestatif, illustration de droit potestatif, susceptible en dernier recours de se voir appliquer la théorie de l'abus de droit.

355. Remède : l'exemple de la clause de durée du contrat d'« achat » de droits de diffusion télévisuelle. Un palliatif à cet inconvénient a été élaboré par la pratique. Les clauses de durée sont souvent complexes dans les contrats d'« achats » de droits de diffusion télévisuelle¹⁴⁰³. Comme leur nom ne l'indique pas, ces contrats sont les principaux sièges de la licence. Cette contradiction est fréquemment soulignée en doctrine, où l'usage des guillemets sur les termes évoquant la vente se fait intensif. Ce contrat est ainsi défini par un auteur : « L'objet du contrat d'achat est la « cession » des droits de diffusion télévisuelle pour un nombre de passages donnés sur une période délimitée. »¹⁴⁰⁴. On préférera cette autre définition, débarrassée du champ lexical de la vente : « autorisation rémunérée de diffuser en exclusivité tel film une ou plusieurs fois au cours d'une période déterminée »¹⁴⁰⁵. La nature de contrat de durée ainsi que les modalités de cette dernière apparaissent dans ces définitions du contrat. Le contrat est généralement assimilé au contrat de licence de droit d'auteur, *via* un détour par la qualification de contrat représentation du CPI (ou du moins par analogie)¹⁴⁰⁶. Ainsi les prescriptions légales de ce dernier régime se retrouvent-elles en pratique dans les

¹⁴⁰² On pourrait voir dans un prix proportionnel une solution : le débiteur de l'obligation de payer aurait alors le pouvoir de soumettre l'exécution de cette obligation de payer à sa volonté arbitraire. La potestativité entre les mains du débiteur du prix permettrait d'obtenir l'annulation du contrat. Mais ce raisonnement ne recueille pas les faveurs de la jurisprudence : v. *infra*, n° 780, sur l'absence d'obligation d'exploitation.

¹⁴⁰³ Ce contrat est généralement assimilé à la formule voisine, plus ancienne du « contrat de location de film », intervenant entre un distributeur (tenant le cas échéant ses droits du producteur) et un exploitant de salle de cinéma. En ce sens : P.-Y. Gautier, *op. cit.* ; A. Virenque, Les contrats de diffusion télévisuelle de films cinématographiques, In Ch. Debbasch & C. Gueydan (dir.), *Cinéma et télévision*, PUAM-Economica, coll. Droit de l'audiovisuel, 1992, p. 171.

¹⁴⁰⁴ M.-E. Laporte, *op. cit.*

¹⁴⁰⁵ P.-Y. Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D. 1989, Chron., p. 113.

¹⁴⁰⁶ Dans le sens d'une assimilation : M.-E. Laporte, *op. cit.*, spéc. n° 10. Rejetant cette qualification : P.-Y. Gautier, *op. cit.* Sur ces débats, v. B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 13, p. 38. V. *infra* n° 593 et ss.

stipulations du contrat d'« achat » de droits. Ces premiers éléments invitent irrésistiblement au débat sur la qualification de ce contrat. La question sera traitée en seconde partie ; concentrons-nous ici sur sa seule durée. On retrouve dans cette formule l'association d'un terme extinctif et d'une limitation de la licence à un nombre d'actes d'exploitation prédéfini. Cette association relève certes de la possible application du régime du contrat de représentation¹⁴⁰⁷. Mais dans tous les autres cas, peu importe le droit visé ou la qualification au regard du CPI, cette modalité constitue une sécurité indispensable en cas d'exclusivité : l'exploitant pourrait se garder d'exploiter son nombre imparti, dans le but de geler les droits ou par simple incurie, et empêcher le retour de leur plein usage chez le concédant. Dans le pire des cas, la situation trouvera un terme à l'issue de l'écoulement de la durée stipulée.

Certains contrats ne portent que sur une seule diffusion sur une durée de deux ans¹⁴⁰⁸. Mais rien n'interdit aux parties de moduler ces durées, et l'on rencontre ainsi des nombres illimités de diffusions mais une limitation inférieure ou égale à 5 ans, ou encore une limitation du nombre d'actes associée à une période de diffusion supérieure à 5 ans. Les choses dépendent aussi de la nature de l'œuvre et des médias concernés : un programme consistant en un *jingle*¹⁴⁰⁹, s'il n'est pas cédé purement et simplement, devra se voir limité par une seule durée, car on concevrait mal de quantifier le nombre de diffusions (plusieurs dizaines par jour). Les contrats passés par les chaînes cryptées, du câble ou du satellite comportent un nombre de diffusions souvent élevé. Ces chaînes ont leur propre vocabulaire, certaines clauses précisant un nombre de « passages » correspondant à plusieurs « multidiffusions ». Ils seront néanmoins limités dans leur durée, généralement inférieure à cinq ans.

c) Essai d'application de la notion de précarité aux clauses de durée

¹⁴⁰⁷ Doit-on appliquer les dispositions du CPI protectrices de l'auteur (ici le régime du contrat de représentation et ses limitations temporelles) aux contrats conclus entre exploitants ? La question n'est pas tranchée ; elle pourrait cependant avoir un impact indirect sur la protection des auteurs. Sur la question, v. : B. Montels, La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, CCE juin 2001, p. 19. Le constat des clauses de durée citées, généralement compatibles avec ce statut spécial, tendrait à prévenir de cette possibilité. V. également : du même auteur, Pratique des contrats audiovisuels, CCE juill.-août 2003, p. 13.

¹⁴⁰⁸ V. par exemple un contrat type d'« achat » de droits de diffusion télévisuelle utilisé par France 3 : Art. 2 (extrait) : « Ces droits sont cédés pour 1 diffusion sur une période de 2 ans à compter du jour où France 3 pourra exercer ses droits de diffusion. » (Cité par B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, p. 339). Un auteur fait de cette clause la modalité normale du contrat, ce que l'observation des contrats actuels dément, V. M.-E. Laporte, art. préc., spéc. n° 18. Cette quantité apparaît en fait comme le minimum légal d'exploitation sous peine de résiliation du contrat de représentation à titre exclusif (Art. L. 132-19 al. 3 du CPI, dont le domaine d'application est discuté).

¹⁴⁰⁹ Courte séquence annonçant une coupure publicitaire ou la transition d'un programme à un autre.

356. Durée et « précarité » de l'autorisation. La durée courte de ces contrats d'achat de droits de diffusion télévisuelle, ou toute autre clause de durée comparable, s'assimile-t-elle à une forme de précarité ? Ce qui est précaire est ce qui, dans un premier sens, « ne s'exerce que grâce à une autorisation révocable » et dans un second sens, plus général ce « dont l'avenir, la durée, ne sont pas assurés. »¹⁴¹⁰. Il y a-t-il une place pour la notion de précarité en droit des contrats d'auteur ? En un sens, oui : l'idée de précarité apparaît, en matière de logiciel, sous le terme de « reproduction permanente ou provisoire », pour exclure ensuite dans certaines circonstances ces actes du champ du pouvoir d'interdire du propriétaire de l'œuvre logicielle¹⁴¹¹. Nous avons rencontré une forme de précarité dans les conventions relatives aux droits moraux, reconnues par la jurisprudence, mais essentiellement précaires¹⁴¹². Hors de ce domaine, doit-on interpréter les clauses étudiées ci-dessus comme relevant d'une forme de précarité ? L'intérêt d'un tel constat en matière de qualification est grand : la jouissance locative est par nature temporaire, mais nécessite une certaine stabilité. La précarité de la jouissance ne saurait constituer un terrain fertile à cette jouissance et emporterait la disqualification du contrat de bail (licence) en contrat innommé.

357. Durée et formes « anciennes » de précarité. C'est ce que suggère M. Gautier¹⁴¹³ lorsqu'il propose une assimilation partielle de ce contrat au contrat de précaire, ou *precarium*, connu du droit romain¹⁴¹⁴ comme de l'Ancien droit (Pothier y consacre un chapitre¹⁴¹⁵). Cependant, si l'analogie est éclairante et convaincant par la démonstration que le contrat d'auteur ne se résume pas à une forme unique de « cession », ce rattachement doit être écarté. D'une part, ce contrat relève de la famille des contrats gratuits : il est une forme de commodat, ce qui l'exclut par essence des formules étudiées, même si un prêt à usage « intéressé » est concevable en droit d'auteur, et souvent associé à des licences¹⁴¹⁶. A vrai dire, cet argument n'est pas décisif, car l'on peut imaginer, en contemplation de la seule prestation caractéristique du précaire, une sorte de jouissance rémunérée empruntant au

¹⁴¹⁰ Le Petit Robert de la langue française, éd. 2010, définition de l'adj. « précaire ». Etymologie : du latin juridique *precarius*, « obtenu par prière ».

¹⁴¹¹ V. art. L. 122-6 1° et art. L. 122-6-1 I du CPI.

¹⁴¹² V. *supra* n° 288.

¹⁴¹³ P.-Y. Gautier, art. préc., et sur le contrat d'« achat » de droits télévisuels, v. du même auteur, ouvrage préc. n° 626, p. 698 et ss.

¹⁴¹⁴ V. les références faites au Digeste par P.-Y. Gautier, art. préc.

¹⁴¹⁵ Pothier, *Traité du contrat de louage*, Paris, 1771, Traité de droit civil et de jurisprudence française, Ch. IV, Du précaire, n° 86 et ss., p. 703 et ss.

¹⁴¹⁶ Par exemple les clauses autorisant la diffusion d'extraits gratuits du film à des fins publicitaires, ou le prêt d'un support.

précaire des traits autres que la gratuité¹⁴¹⁷. Quoi qu'il en soit, le caractère révocable *ad nutum* est un autre élément caractéristique du précaire qui semble bien étranger à notre convention. C'est d'ailleurs l'élément de précarité, c'est-à-dire de révocabilité, qui permet de le distinguer du « vrai contrat de prêt à usage »¹⁴¹⁸. M. Gautier note cependant que cet élément était également atténué en droit romain. Mais une fois ces deux dérogations apportées au précaire, aucun élément ne semble distinguer la convention du bail, c'est-à-dire de la licence.

358. Durée et formes « modernes » de précarité. Doit-on alors comparer notre contrat avec les formes actuelles que revêt la précarité ? Il est vrai que le terme « précaire » est souvent employé pour décrire la situation du preneur ou de l'usager au titre d'un droit *ad rem*, personnel, en opposition à celle de propriétaire. Comprise en ce sens large, la détention précaire est fondée en droit et oblige à restitution, mais dans les termes convenus ou légaux : le propriétaire ne peut exiger la restitution quand bon lui semble¹⁴¹⁹. Encore une fois, ce sens peut correspondre à la jouissance locative et ne désigne pas une convention différente de la licence. C'est donc sur une seconde acception, plus technique, que l'on doit se fonder. La précarité désigne alors le « Caractère de ce qui est révocable au gré du maître d'une chose »¹⁴²⁰. L'idée renvoie directement à la convention d'occupation précaire pratiquée notamment dans la distribution, et que nous avons déjà évoquée¹⁴²¹ : « La convention d'occupation précaire se présente alors comme un contrat à durée indéterminée, susceptible de prendre fin à tout moment par la simple volonté du bailleur (*sic*) ou par la survenance d'un évènement prévu, voire même par l'intervention de ces deux facteurs cumulés et

¹⁴¹⁷ Dans son étude, l'auteur, faisant référence au Digeste, ajoute que l'évolution ultérieure de la convention l'ouvre à l'onérosité.

¹⁴¹⁸ V. Pothier, *op. cit.*

¹⁴¹⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd. PUF Coll. Quadrige, 2011, p. 778, définition de « Précaire ». 1^{er} sens, selon l'auteur, le sens technique le plus courant. On notera également dans le cadre de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (projet Catala), que la note explicative de l'article 1146 sur l'obligation de donner à usage (obligation de *praestare* incluant le prêt à usage et le bail) utilise l'expression de détention précaire. Cette obligation « fait un détenteur précaire ; non pas un propriétaire, non pas le débiteur d'une somme d'argent, mais un usager tenu à restitution » (v. *supra* n° 157 sur la jouissance locative). Un article du Code civil en vigueur est cependant de nature à créer la confusion, article 2266 C. civ. : « Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit. Ainsi, le locataire, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui *détiennent précairement* le bien ou le droit du propriétaire ne peuvent le prescrire. » (nous soulignons).

¹⁴²⁰ G. Cornu dir., *op. cit.*, à « Précarité », 2^e sens.

¹⁴²¹ V. références précitées. Comp. la notion de précarité se manifeste différemment selon les secteurs ; par exemple, en matière de relations de travail, le recours au CDD est souvent critiqué pour instituer une forme de précarité, le CDI étant au contraire synonyme de stabilité. Ici, la situation est inversée : le CDD de rigueur en droit d'auteur inspire une (parfois excessive) stabilité, alors qu'une éventuelle convention d'occupation précaire constitutive d'un CDI relèverait de cette situation de précarité.

modulés. »¹⁴²². La jouissance, alors accordée contre une redevance souvent modique¹⁴²³, ne peut atteindre la plénitude de celle du bail, faute de permanence, de stabilité suffisante. Par delà la simple notion de durée, c'est la jouissance elle-même qui se trouve affectée¹⁴²⁴. Cet élément qui distingue la convention d'occupation précaire¹⁴²⁵ du bail est le même qui nous permet d'écarter définitivement son rapprochement avec le contrat d'achat de droits de diffusion télévisée. La courte durée de la première ne doit pas être confondue avec l'instabilité, la précarité de la seconde¹⁴²⁶. Si on note une corrélation entre précarité et courte durée, les deux notions restent bien distinctes : « la précarité [est] appréciée en fonction de la fragilité de la relation et non de sa durée effective »¹⁴²⁷. Dans ce sens, l'autorisation de diffuser un programme, par exemple trois fois dans une période de deux ans, relève d'une certaine brièveté, mais en aucun cas de la précarité telle qu'on a pu la définir plus haut. « La convention d'occupation précaire a pour caractère spécifique d'être conclue dans l'intention commune de ne conférer qu'une emprise provisoire et fragile »¹⁴²⁸. C'est la « fragilité » de l'emprise qui fait ici défaut.

La non-titularité de l'action en contrefaçon pourrait être un argument pour illustrer le caractère limité d'une jouissance précaire¹⁴²⁹, mais cette exclusion peut aussi bien se rencontrer dans la licence, où elle est, nous le verrons, en droit positif, le principe. Les contrats d'achats de droits comportent fréquemment des clauses de garantie contraignantes, d'exclusivité (qui n'est pourtant pas le principe en matière de contrat de représentation) et

¹⁴²² C. Roy-Loustaunau, Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire, RTD com. 1987, p. 333 (spéc. p. 340). Sur la notion et ses caractères, v. également : N. Decoopman, La notion de mise à disposition, RTD civ. 1981, p. 300 (spéc. n° 14 et ss.).

¹⁴²³ C'est le constat des auteurs que nous citons ici sur ce sujet. Il est également souligné que cette indemnité ou redevance ne saurait être qualifiée de loyer (comp. le montant souvent considérable des loyers exigés pour la diffusion télévisée des programmes audiovisuels).

¹⁴²⁴ La précarité trouve deux manifestations, deux indices : la durée contractuelle réduite et la jouissance limitée. Au titre de cette limitation de jouissance, on trouve la possibilité de modifier unilatéralement des éléments : par ex. les locaux ou la surface. C. Roy-Loustaunau, *op. cit.*, spéc. p. 342 et s. – On peut également voir dans la précarité de la situation un obstacle à la naissance d'une véritable jouissance.

¹⁴²⁵ (ou d'autres formes de précarité que l'on pourrait concevoir).

¹⁴²⁶ Sur ce caractère instable : v. notamment : C. Roy-Loustaunau, *op. cit.*, Cet auteur précise en début d'étude que cette instabilité est soulignée par toutes les définitions doctrinales. V. en ce sens les nombreuses références citées.

¹⁴²⁷ D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 5^e éd., Litec, 2008, n° 766. Par ex. Cass. 3^e civ. 16 févr. 2000 (n° de pourvoi : 97-13752), Bull. III, n° 33 p. 23, D. 2000, 207 ; J.-P. Pizzio, La notion de convention d'occupation précaire et son application jurisprudentielle, JCP, 1980, I, 2975.

¹⁴²⁸ C. Roy-Loustaunau, *op. cit.*, spéc. p. 342.

¹⁴²⁹ P.-Y. Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D. 1989, Chron., p. 113.

d'interdiction des « rétrocessions »¹⁴³⁰. Le droit conféré n'étant pas moins étendu que celui d'un locataire¹⁴³¹, rien ne semble devoir imposer le recours à cette convention innommée.

Durée et précarité sont des notions intimement liées dans les faits, mais une durée limitée, même très brève, ne place pas l'exploitant dans une même situation d'incertitude et ne nous semble pas exiger la découverte d'une quelconque originalité.

d) Nature de la clause de durée et classification du contrat en fonction de sa durée

359. Interprétation de la clause. La licence limitée à une simple durée apparaît, à l'image du bail, comme un contrat à exécution successive. Plus précisément, l'obligation de faire jouir revêt le caractère d'une obligation à exécution continue. Le contrat prévoyant un nombre déterminé de pièces est-il un contrat de durée ? Cette durée est-elle déterminée ? La réponse est affirmative, car même en l'absence d'une période de temps explicite, l'exécution normale de son objet implique bien une limitation dans le temps. L'idée de retour est bien présente dans l'esprit de la convention : peu importe son mode d'expression dans un mécanisme contractuel. Le nombre d'actes d'exploitation autorisés étant limité, il est amené à s'épuiser, et l'entier usage de l'œuvre est censé revenir au donneur de licence : auteur ou exploitant cessionnaire.

360. Contrat à exécution successive, contrat à exécution échelonnée. A l'opposé du caractère instantané d'une cession, auquel on relie le caractère définitif¹⁴³², la licence relève du contrat de durée, à exécution successive. Pourrait-on y voir une application de la sous-catégorie¹⁴³³, ou catégorie tierce à part entière selon des auteurs¹⁴³⁴, des *contrats à*

¹⁴³⁰ V. P.-Y. Gautier, art. préc., spéc. n° 12 et ss. ; M.-E. Laporte, Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, JCP G, 1991, I, 3540 p. 371, spéc. n° 18 (v. la 2nde partie de l'article). Il serait plus juste de parler de sous-location.

¹⁴³¹ Comp. « les hypothèses où cette qualification est retenue se caractérisent par le fait que le propriétaire ne semble pas vouloir perdre la gestion et la libre disposition de son bien et qu'il ne confère au preneur (*sic*) qu'un droit moins étendu que celui dont bénéficierait un locataire », N. Decoopman, art. préc., spéc. n° 16.

¹⁴³² « Par effets instantanés, nous entendons des effets sur lesquels on ne peut pas revenir ; il s'agit, essentiellement, des transferts de droit. Le droit réel, voire personnel, sort définitivement du patrimoine du cédant pour s'inscrire dans le patrimoine du cessionnaire. », J.M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 4^e éd. par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, 2010, n° 519.

¹⁴³³ Par ex. J.M. Mousseron, *Op. cit.* n° 531. Les auteurs distinguent, au sein des obligations durables, celles qui sont à exécution continue ou discontinue. L'exécution discontinue semble bien caractériser notre clause de licence limitée à un nombre d'actes d'exploitation. Les contrats synallagmatiques à exécution continue se distinguent, quant à eux, en deux sous-catégories. D'une part les « contrats homogènes » (n° 525, p. 222) : « contrats dont les prestations obligatoires se répartissent harmonieusement dans le temps avec pour effet l'équilibre, à chaque période, à chaque tranche, sinon à chaque instant, sans doute, de ce que réalise et de ce que

exécution échelonnée ? Selon Demogue, auteur de la notion, conçue comme une catégorie distincte, les contrats à exécution échelonnée « font simplement se succéder dans le temps des prestations qui pourraient rationnellement constituer autant de contrats distincts, mais qui sont considérées comme formant un tout en raison de l'unité de l'acte originaire »¹⁴³⁵. Il est vrai que l'idée d'une autorisation dont l'inscription dans la durée prend la forme d'une répétition de prestations successives pendant une certaine période (les actes de diffusion) semble s'éloigner du caractère plus nettement *continu* de la jouissance locative simplement limitée par une durée (plus proche du bail de droit commun, archétype du contrat à exécution successive). Le caractère échelonné du contrat peut être discuté selon les deux modalités que nous avons relevées :

- Tout d'abord, si le contrat se borne à un nombre autorisé d'actes d'exploitation, peut-on considérer que la jouissance est échelonnée ? La réponse est positive, car la jouissance n'est accordée au licencié qu'à ces instants, coïncidant nécessairement avec chaque acte de diffusion préalablement autorisé. Le caractère généralement instantané du paiement du loyer reste, nous l'avons vu, indifférent.

- Ensuite, l'ajout d'un terme sous la forme d'une période de temps à ce *quantum* autorise-t-il le même raisonnement ? La situation peut être interprétée de deux manières.

Soit cet encadrement de la licence par un terme peut être considéré comme indifférent : en apposant des limites temporelles au contrat, on ne modifie pas le caractère ponctuel, échelonné, de chaque acte de jouissance autorisé. Lu ainsi, le contrat reste un contrat à exécution échelonnée à proprement parler.

Soit, autre lecture envisageable, on considère que l'ajout d'un terme *ad quem* au nombre d'actes autorisés réinstaura un caractère continu à cette jouissance. Le caractère ponctuel des actes d'exploitation est alors considéré comme indifférent, car l'obligation principale réside dans le « faire jouir » dû par le donneur de licence pour une durée continue, et non dans la réalisation des actes d'exploitation par le licencié, l'exercice effectif des prérogatives concédées, en principe facultatif. Suivant le sort de cette discussion en droit

reçoit chaque partie » (par ex. le bail ; on ajoutera la licence contre des redevances étalées dans le temps). D'autre part, les « contrats hétérogènes » (n° 526, p. 223) : la catégorie correspond, selon les auteurs, à celles des contrats à exécution échelonnée de Demogue : « contrats dont les prestations obligatoires se répartissent non harmonieusement dans le temps ; l'équilibre des charges et avantages ne sera obtenu qu'au terme d'un certain délai ». L'exemple est donné de la licence de savoir-faire (« délivrance » instantanée et contrepartie étalée dans le temps) ; on peut y ajouter la licence de droit d'auteur contre un prix payable au comptant (jouissance continue, mais prix instantané).

¹⁴³⁴ Sur ce débat, et sur l'ensemble de la question : v. A. Etienney, *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008, n° 74 et ss., p.47 et ss. ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, n° 149, p. 186 et ss.

¹⁴³⁵ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. II, A. Rousseau, 1923, n° 917 *quinquies*, p. 912.

commun des contrats, nous n’y verrons cependant pas plus d’implications significatives¹⁴³⁶. Les conséquences de ces dénominations sur le régime de ces contrats seront envisagées avec l’étude des contrats spéciaux du CPI (ou d’autres contrats innommés) organisant différentes modalités d’exploitation de l’œuvre¹⁴³⁷. Nous verrons que ces derniers, qui peuvent théoriquement être construits autour d’un mécanisme de cession, contrat instantané, sont pourtant essentiellement successifs.

C – Relativité de l’exigence d’une durée de la mise à disposition du droit d’auteur : la cession pour la durée du droit d’auteur

361. Plan. Poursuivant notre examen des clauses de durée, rappelons qu’outre l’intérêt propre de la question, la prévision d’un retour du plein usage de l’œuvre au bénéfice du titulaire du droit sera un élément essentiel de qualification du contrat de licence. Ainsi, la situation inverse devrait exclure la qualification de licence, et orienter *a priori* l’interprète vers la qualification de cession. Les enjeux de ce débat en termes de qualification de licence ou de cession transparaissent déjà, mais seront approfondis plus loin, une fois la discussion sur la durée circonscrite. Nous avons vu que les manifestations de l’esprit de retour étaient diverses. Il s’agit de relever à présent les clauses qui s’opposent à cette idée de retour par la substitution à celle-ci d’un transfert au caractère instantané et à l’effet définitif. Il convient tout d’abord de définir ce que l’on doit entendre par l’effet définitif d’un transfert de droit d’auteur (1). Ce point est le préalable à l’examen de la validité de ce type de clause (2).

1 – La caractérisation du transfert définitif de l’œuvre

362. Plan. La question se pose en ces termes : la disparition de l’esprit de retour conférant au transfert de droit un caractère instantané et aux effets du contrat un caractère définitif se limite-t-elle à la clause de cession pour la durée du droit d’auteur ? Cette

¹⁴³⁶ La faible portée d’un débat essentiellement doctrinal a pu être relevée, par exemple : G. Brière de l’Isle, De la notion de contrat successif, D. 1957, Chron. XXV, p. 153. – Le contrat d’édition a pu être qualifié par la Cour de cassation de contrat à exécution échelonnée au regard de l’obligation d’exploitation permanente et suivie. La qualification de contrat à exécution successive en raison du caractère continu de cette obligation semble plus adaptée. Mme Etienney voit dans ce type de confusions une certaine indifférence à ces distinctions. A. Etienney, *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l’obligation*, LGDJ, 2008, n° 76, p. 49. En ce sens, par ex. Cass. 1^{re} civ. 3 nov. 1983, Bull. I, n° 252, RTD civ. 1985, p. 166, obs. J. Mestre. Sur la durée du contrat d’édition, V. *infra*, n° 482 et ss.

¹⁴³⁷ V. Partie II, Titre I, Ch. 1.

conception arithmétique est-elle la seule pertinente ? Nous verrons que le caractère définitif des effets du contrat se manifeste bien évidemment par cette clause très usitée alignant durée de cession et durée de l'œuvre en tant qu'objet possible d'un contrat. Nous constaterons que le caractère *définitif* d'un transfert doit être considéré relativement à la durée limitée du droit d'auteur (*a*). Cette étude faite, nous constaterons néanmoins que cette vision « arithmétique » de la durée du contrat n'épuise pas la question et que le caractère définitif d'un transfert de droit d'auteur peut emprunter d'autres voies. En effet, la notion de durée de la licence tolère une certaine relativité. Ainsi, le caractère *temporaire* d'une mise à disposition ne devrait pas être évalué au seul relevé d'une durée chiffrée, mais en fonction de la persistance d'un esprit de retour. Cette donnée est donc relative et s'apprécie à l'aune de la possibilité d'une nouvelle exploitation du droit à l'issue de la mise à disposition, par le donneur de licence (*b*).

a) Le caractère définitif d'un transfert est relatif à la durée limitée du droit d'auteur

363. Plan. En préalable au débat sur la validité de la clause, il convient de se demander si la possibilité d'un transfert définitif de l'œuvre est envisageable d'un point de vue théorique (α - *La possibilité théorique d'un transfert définitif*). Cette question suppose une confrontation entre la notion de transfert définitif d'une part, et sa limite « naturelle » qu'est la durée d'existence de l'œuvre d'autre part. La question de la perpétuité de la propriété devra donc être évoquée (β - *Transfert définitif et caractère temporaire de l'existence de l'œuvre en tant que chose*).

α – La possibilité théorique d'un transfert définitif

364. « Caractère définitif du transfert » et « clause de durée » : l'apparente contradiction des notions utilisées. Evoquer le caractère *instantané* et *définitif* d'une cession peut étonner, dans la mesure où dans notre matière, ces caractères se manifestent au moyen d'une clause de durée. Une clause dont il est fait un recours abondant, notamment en matière d'édition, de licence d'exploitation de logiciel, de cession d'une œuvre commandée (*design*, publicité, illustration, traduction technique, etc.), étend la cession à la durée du droit d'auteur¹⁴³⁸. Or, le caractère de ce qui est instantané (le transfert) et permanent (l'effet du transfert) s'oppose à la considération de la durée dans l'exécution du contrat : cette durée

¹⁴³⁸ V. la clause du contrat type proposé par le SNE, précitée.

relèverait du contrat successif. Il y aurait donc quelque contradiction à soutenir que le caractère instantané du contrat s'induit de la clause de *durée* la plus longue concevable.

Cette contradiction n'en est pas une si l'on veut bien considérer la portée véritable de la clause calquant la durée contractuelle sur la durée de vie de l'œuvre. Cette clause, nous l'avons vu, prive le contrat de tout esprit de retour. Au terme convenu, ce retour est *objectivement impossible* car l'œuvre aura cessé d'être un objet de droit susceptible de constituer la chose, objet d'obligations dans un contrat. Cette clause, quoiqu'exprimant formellement une durée, n'a pas pour finalité de circonscrire le contrat à une durée limitée, mais de neutraliser toute idée de retour du plein usage de l'œuvre au bénéfice du titulaire du droit. Une clause stipulant expressément ce caractère « définitif » ou « perpétuel » sera sanctionnée par la nullité, emportant celle du contrat ; mais ce n'est donc pas en raison de l'effet définitif qu'elle porte au contrat, mais en raison du non-respect de l'exigence formaliste de délimitation de la portée des « cessions » quant à la durée. La situation, critiquable pour son artifice¹⁴³⁹, n'empêche en rien qu'une cession revête de fait un caractère définitif.

365. Caractère définitif de la cession et durée du droit d'auteur. Pourrait-on soutenir qu'une cession de droit d'auteur ne saurait être définitive, en raison de cette exigence de fixation de la durée d'une part, en raison de la durée limitée du monopole d'autre part ?

Des développements qui précèdent, nous déduisons que cette position est inexacte. Ce qui est définitif ne l'est pas dans l'absolu, mais en considération de l'objet auquel il se rapporte. L'effet de la cession, le transfert de propriété de l'œuvre, est définitif relativement à la durée de vie limitée de la chose transférée. La comparaison peut être faite avec les biens consommables pour lesquels la propriété ne dure que le temps de leur existence matérielle, ce qui n'a jamais empêché l'idée d'un transfert définitif. La différence est qu'à défaut de corps matériel dont la durée d'existence dépend des lois de la nature, c'est à la loi qu'il revient de définir d'office une durée. On distingue ainsi la durée matérielle de la durée juridique de l'objet de propriété¹⁴⁴⁰. L'écoulement du délai : le terme légal, sanctionne la disparition juridique de l'objet de propriété intellectuelle, sa chute dans le domaine public¹⁴⁴¹. La contrainte matérielle est remplacée, faute de matière, par une contrainte juridique abstraite.

¹⁴³⁹ V. *infra* n° 677, sur le rapport de la détermination de la durée avec les règles de forme du contrat d'auteur.

¹⁴⁴⁰ C. Pourquier, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, PUAM, 2000, n° 40, p. 46. En ce sens, v. par ex. : Th. Revet, Le dénouement de la propriété temporaire, note sous : Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 04-18.372, RTD Civ. 2008, p. 322.

¹⁴⁴¹ C. Pourquier, *op. cit.*, n° 283, p. 240.

366. Perpétuité de la propriété et durée d'existence de l'œuvre en tant qu'objet de propriété. Le débat est à relier avec celui de la durée limitée des propriétés intellectuelles¹⁴⁴², alors que la perpétuité, de principe mais contingente, tend à ne plus figurer parmi les éléments essentiels de la propriété de droit commun¹⁴⁴³.

En matière de droit d'auteur, la disparition de la chose à l'issue de sa durée de protection n'est pas totale : l'œuvre persiste en tant que forme, et les droits moraux survivent à l'extinction de l'œuvre considérée sous le seul angle de monopole¹⁴⁴⁴. Selon l'expression d'auteurs, c'est la disparition de la chose, de caractère temporaire, qui cause la disparition de la propriété, faute d'objet¹⁴⁴⁵. D'autres formules expliquant le caractère perpétuel de la propriété ramènent également ce caractère à la durée de vie de la chose appropriée : « Tant que demeure la chose, la propriété subsiste (...) »¹⁴⁴⁶. On peut également lire, dans des écrits de référence : « La perpétuité du droit de propriété est une conséquence de son caractère absolu. Elle a deux aspects différents : le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose ; le droit de propriété n'est pas éteint par le non-usage »¹⁴⁴⁷. Il est intéressant de constater que le caractère temporaire de la propriété intellectuelle est un argument relevé par les mêmes auteurs afin de lui dénier la qualité de propriété. Or, si l'on admet que la perpétuité de la propriété est relative à la durée d'existence de son objet, on peut tout autant en conclure

¹⁴⁴² S. Gutierrez-Lacour, *Le temps dans les propriétés intellectuelles. Contribution à l'étude du droit des créations*, Litec, 2004, n° 352 et ss. p. 209 et ss.

¹⁴⁴³ Par ex. C. Pourquier, *op. cit.* ; J.M. Mousseron, J. Raynard, Th. Revet, De la propriété comme modèle, *Mélanges Colomer*, Litec 1993, p. 281 ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 370, p. 334 ; F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon 3, 1981, n° 110, p. 120 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1938, n° 1512, p. 836 et n° 1527, p. 846.

¹⁴⁴⁴ Comp. pour une analyse originale utilisant des notions de l'Ancien droit, le domaine éminent perpétuel serait composé principalement des droits moraux, alors que le domaine utile constitué des droits patrimoniaux serait un droit réel temporaire relevant de l'emphytéose (P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969, not. p. 270).

¹⁴⁴⁵ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 234 p. 380. V. également : Th. Revet, Le dénouement de la propriété temporaire, note préc. : « La destruction impérative, à l'issue d'un certain temps, des droits incorporels emporte que leur propriété est toujours temporaire car cette destruction n'a pas une cause endogène - elle n'est que le résultat d'une décision du Prince. ».

¹⁴⁴⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 4^e éd., Defrénois, 2010, n° 463.

¹⁴⁴⁷ H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de Droit civil, T II, vol. 2, Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1994, n°1347, p. 103. La dernière partie de la phrase fait référence à l'imprescriptibilité. En ce sens, V. par ex. : G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. II, *Obligations, contrat-responsabilité, Droits réels, biens-propriété*, t. II, LGDJ, 1957, n° 2254, p. 790.

que la propriété intellectuelle est perpétuelle, autant que dure son objet : la création telle qu'appréhendée par le droit.

367. Dans le cadre de cette étude, nous ne pouvons qu'effleurer ce vaste débat ; évoquons néanmoins deux voies qui s'ouvrent à l'interprète :

- Tout d'abord, il serait possible d'admettre le caractère temporaire de certaines propriétés, tout en affirmant que l'œuvre en tant que telle a vocation à la perpétuité¹⁴⁴⁸. Cependant, constater que l'objet survit éternellement et en déduire le caractère nécessairement temporaire de la propriété est discutable. En effet, au terme du délai légal de protection, l'œuvre subsiste certes en tant que forme perceptible par les sens et l'esprit, en tant qu'objet de certains droits moraux ; mais l'œuvre considérée comme objet de propriété susceptible d'une exploitation exclusive, objet de contrats, disparaît. Ce n'est pas tant la propriété qui disparaît de la chose, que la chose qui cesse d'exister en tant que telle, entraînant avec elle la possibilité d'une appropriation. Nous retrouvons cette distinction déjà éprouvée entre les statuts des différentes utilités de l'œuvre¹⁴⁴⁹.

- Au contraire, il est possible de partir du postulat opposé d'une propriété perpétuelle. Dans ce dernier cas il n'est pas contradictoire avec le droit positif d'affirmer le caractère perpétuel de la propriété intellectuelle. En effet, cette perpétuité n'est jamais que la qualité d'un droit sur une chose. Or, cette qualité étant attachée à cette chose, elle subsiste et s'éteint avec elle. La distinction peut sembler théorique, mais l'écoulement de la durée signe la fin de l'existence de la chose immatérielle, et seulement indirectement le caractère précaire de la propriété.

Au sein de cette propriété portant sur une chose essentiellement temporaire par un choix législatif, le transfert peut être qualifié de définitif, car ses effets, perpétuels, durent autant que dure la chose. En effet, perpétuité ne signifie pas « éternité ».

368. Inversement, l'idée suivant laquelle le contrat aurait un effet nécessairement définitif car le droit est temporaire doit également être écartée. Il est intéressant de constater que le raisonnement inverse a été soutenu, dans notre matière, par Percerou, dans une étude ancienne mais dont les commentateurs actuels soulignent

¹⁴⁴⁸ Sur le caractère perpétuel de l'œuvre de l'esprit, par ex. : S. Gutierrez-Lacour, *op. cit.*, n° 361, p. 213 ; F. Pollaud-Dulian, La durée du droit d'auteur, RIDA, avril 1998, n° 176, p. 83.

¹⁴⁴⁹ Certaines, car seuls les droits patrimoniaux et moraux sont réservés (temporaires ou non, aliénables ou non). D'autres, en l'état du droit positif, sont insusceptibles d'appropriation (jouissance esthétique, utilisation).

l'actualité de la démarche¹⁴⁵⁰. L'auteur mène la qualification du contrat habituellement qualifié « contrat de location de film » en contrat de cession partielle et temporaire. Il est d'usage qu'un distributeur contracte, en son nom et pour le compte du producteur, avec des exploitants de salle en vue de la représentation du film. Cette relation entre le distributeur et l'exploitant de salle est analysée par cet auteur en tant que vente, le distributeur, intermédiaire entre ces deux agents, agissant en commissionnaire pour la vente (et non pour la location). L'auteur récuse la qualification de location en raison du caractère temporaire du droit d'auteur : « lorsque le producteur concède pour un certain temps et pour certains lieux le droit de reproduire ce film par projections, à l'expiration du contrat le droit de reproduction ne fait retour au producteur que pour sa durée restant à courir, c'est-à-dire diminué et en quelque sorte consommé dans sa substance »¹⁴⁵¹. L'argument évoque une disparition de l'esprit de retour de l'usage de la chose au bénéfice du titulaire et n'est pas dénué de pertinence, comme nous le verrons plus loin. En revanche, la justification de l'impossibilité du retour du droit de jouir dans la seule durée limitée du droit lui-même apparaît comme une généralisation abusive. Aussi faut-il replacer cette proposition dans son contexte historique¹⁴⁵². A l'heure où l'éminent auteur écrivait ces lignes, l'exploitation en salle constituait l'essentiel des recettes d'un film. Passé ce temps, la valeur du droit diminuant, on pouvait évoquer une dégradation de la chose. Les techniques et modes de commercialisation actuels des œuvres montrent au contraire qu'il existe plusieurs « vies », plusieurs phases d'exploitation, et que la valeur d'une œuvre peut encore augmenter après plusieurs années d'exploitation¹⁴⁵³. La durée limitée de l'œuvre en tant qu'objet de propriété n'est donc pas un obstacle à des contrats de longue durée, mais toujours authentiquement temporaires. En revanche, l'argument retrouve sa portée lorsque la durée d'une mise à disposition est telle que le retour de l'entier usage de la chose est dépourvu de toute portée pratique.

¹⁴⁵⁰ J. Percerou, Une nouvelle application du contrat de commission de vente – Les Entreprises de distribution de films cinématographiques, *Ann. dr. com.*, 1934, p. 185 : « L'étude du droit, spécialement du Droit romain, faite du point de vue historique, démontre comment des cadres juridiques fort anciens ont pu fréquemment s'adapter avec succès à des situations de fait entièrement nouvelles ».

¹⁴⁵¹ *Ibid.* spéc. p. 189.

¹⁴⁵² La loi du 14 juillet 1866 portait la durée du droit d'auteur à 50 ans *post mortem auctoris*. Sur cette question et ses évolutions : R. Plaisant, La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 351 ; F. Pollaud-Dulian, La durée du droit d'auteur, *RIDA*, avril 1998, n° 176, p. 83.

¹⁴⁵³ V. par ex. B. Dauchez, J.-P. Marguénaud, L'usufruit sur droits d'auteur, *Defrénois*, n° 24/04 38070, p. 1695. spéc. p. 1700.

b) Le caractère temporaire d'une mise à disposition est relatif à la possibilité d'une nouvelle exploitation du droit

369. Nous avons pu relever la présence de transferts définitifs, sans esprit de retour en droit d'auteur. La clause de cession « pour la durée du droit d'auteur » caractérise ce type de clause. Est-ce pour autant le seul mode d'expression de cet esprit translatif ?

Ce critère juridique de l'alignement de la « durée » de cession sur celle du droit a un intérêt : ces cessions sont une pratique fréquente. Cependant, si ce seul critère abstrait, arithmétique, est aisé à caractériser, il l'est également à détourner : un contrat conclu pour la durée du droit d'auteur moins un jour devrait être considéré comme temporaire. L'hypothèse est d'école, mais elle mérite d'être envisagée, car l'on pourrait induire de la faible différence entre la cession et la licence s'approchant de la durée du droit, une négation de la distinction entre cession et licence. On voit donc bien que ce seul critère d'une durée chiffrée est peu pertinent en pratique. Ce qui caractérise le bail, plus qu'une durée expressément stipulée, c'est l'esprit de retour. C'est à cet esprit que l'on doit s'attacher pour caractériser le contrat de durée. Le critère est donc en partie subjectif, économique.

Or, cet esprit de retour est absent si le plein usage de l'œuvre retrouvé par le donneur de licence ne lui permet pas d'accomplir une nouvelle exploitation de l'œuvre. L'obligation de restitution, qui est une conséquence de cette nature temporaire, devient sans portée si elle ne permet pas l'espoir d'une nouvelle exploitation par l'auteur (par exemple, au terme de la licence, l'auteur peut-il espérer conclure une nouvelle licence avec un nouvel exploitant ?). Ce que l'on considère comme temporaire ou définitif pourrait dépendre du type d'œuvre et des moyens, des délais et de la durée requis pour son exploitation.

En fait, l'importance de la discussion est à relativiser : si les modalités de la durée s'expriment de la manière la plus variée, l'observation menée laisse apparaître de manière bien distincte deux catégories de contrats : des contrats temporaires et des contrats définitifs¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵⁴ Les durées constatées s'étendent en général de quelques mois ou d'une poignée d'années (2 à 5) à un nombre plus important (15 à 30 ans) d'une part ; de la durée du droit d'auteur d'autre part. Précisons qu'il s'agit ici du résultat de notre observation personnelle de contrats ; des exemples contraires pourraient bien évidemment être rapportés (par exemple, la clause que nous avons relevée d'une cession pour 50 ans après la première exploitation de l'œuvre, assortie d'une faculté de renouvellement au bénéfice de l'exploitant). – Désormais chacun peut se faire une idée des conditions contractuelles dans le secteur de l'audiovisuel (de la production à l'achat des droits TV) en consultant les RPCA (registres de la cinématographie et de l'audiovisuel) : <http://www.cnc-rca.fr/Pages/Page.aspx?view=RecOeuvre> (consulté : 20/10/2011). – Les contrats de licence en matière de merchandising, déjà évoqués, sont conclus pour quelques années. Notant une pratique de 1 ou 2 ans avec tacite reconduction : J.-Cl. Contrats - Distribution, Fasc. 4070 : Merchandising. – Formules. II. - Contrat de concession de licence de droits dérivés (Propriété littéraire).

2 – La validité du transfert définitif de l'œuvre

370. Plan. La négation de l'esprit de retour imprime à l'autorisation consentie par l'auteur un caractère définitif. Elle s'exprime par la clause de cession pour la durée de validité du droit. Bien que la démarche ne soit pas sans précédent en droit des contrats, il peut sembler curieux de s'interroger sur la validité d'une clause traditionnellement stipulée dans un si grand nombre de contrats. La question, au demeurant peu débattue, se pose pourtant. Deux arguments sont exposés, et seront ici rejetés. La validité se pose en premier lieu au regard de l'exigence de délimitation des droits « cédés » quant à la durée, formulée par l'article L. 131-3 du CPI (a) ; elle se pose ensuite au regard du principe général de prohibition des engagements perpétuels (b).

a) La validité de la clause au regard de l'exigence de délimitation des droits « cédés » quant à leur durée

371. Une certaine relativisation de l'exigence de délimitation de la durée de l'article L. 131-3 du CPI. Ce premier argument, fondé sur les dispositions spéciales du Code de la propriété intellectuelle, a été soulevé afin d'atteindre les clauses de cession pour la durée de la propriété intellectuelle. La clause prévoit certes un élément de durée déterminée (70 ans), mais ce délai prend pour point de départ un événement aussi certain qu'indéterminé : le décès de l'auteur. Une violation de l'article L. 131-3 du CPI a donc pu y être décelée¹⁴⁵⁵. La jurisprudence valide pourtant ce terme incertain et n'y voit pas une contradiction avec l'exigence de délimitation de la durée¹⁴⁵⁶. Finalement, on peut se demander si l'exigence de délimitation de l'article 131-3 du CPI n'est pas ramenée à la simple exigence d'un terme extinctif, ce qui ne trouble pas la doctrine. Des raisons d'opportunité semblent jouer dans l'admission de ce type de clauses. Comme le note M. Caron : « Il serait, en effet, excessif de

¹⁴⁵⁵ Ph. Gaudrat, in *Rép. civ. Dalloz, Propriété littéraire et artistique*, n° 53 : « On peut douter, notamment, qu'une cession consentie « pour toute la durée du droit d'exploitation » soit réellement délimitée, comme l'exige l'article L. 131-3, alinéa 1^{er}, la seule limite temporelle étant celle imposée par la loi. ». En ce sens : A. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd. Dalloz, 1999, n° 8.152 ; A. Bories, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Thèse, Montpellier, 2007, p. 153, n° 148.

¹⁴⁵⁶ « (...) en ce qui concerne la durée, celle-ci est déterminable en application des différentes législations à compter du décès de l'auteur qui est un événement futur certain bien qu'inconnu au jour du contrat. », TGI Paris, 30 nov. 1999, CCE 2001, comm. n° 87, obs. Ch. Caron.

signer l'arrêt de mort d'un contrat à cause d'une clause si générale, alors qu'il est vraisemblable que l'œuvre ne sera exploitée que pendant quelques années dans un périmètre géographique fort limité. Ces clauses générales sont bien souvent au service d'une certaine inutilité et leur rôle consiste surtout à rassurer le cessionnaire »¹⁴⁵⁷.

b) La validité de la clause au regard de la prohibition des engagements perpétuels

372. La portée du principe de prohibition des engagements perpétuels en termes de validité du contrat. La portée de ce « principe virtuel de notre droit »¹⁴⁵⁸ est diversement appréciée. Classiquement, la règle est présentée comme générale¹⁴⁵⁹. Le principe est d'ailleurs traité au titre de la licéité de l'objet, et on le rattache souvent au droit de rompre unilatéralement les contrats à durée indéterminée. Pour d'autres en revanche, même à admettre l'opportunité d'un tel principe, il est clair que les textes qui énoncent cette prohibition restent cantonnés à leur domaine spécial¹⁴⁶⁰.

Outre l'incertitude de son domaine de prohibition, la perpétuité est une notion équivoque. On lui attribue deux sens en droit des obligations selon les contrats : la perpétuité est dite « personnelle » ou subjective lorsqu'elle est appréciée *in concreto* en référence à la vie du contractant. Elle peut être « impersonnelle » ou objective, c'est-à-dire constituée par

¹⁴⁵⁷ Ch. Caron in *Regard sur les sources du droit d'auteur, Congrès ALAI 18-21 septembre 2005*, Paris, 2007, p. 395. Également à propos des clauses qui étendent la « cession » au Monde entier : P.-Y. Gautier, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, RTD civ. 1995, p. 497.

¹⁴⁵⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2 : *Les biens, Les obligations*, PUF, Coll. Quadrige, 2004, n° 1057, p. 2167. L'auteur ne tranche pas nettement en faveur de l'admission d'un principe général.

¹⁴⁵⁹ Par ex. : A. Bénabent, *Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, 2010, n° 312, p. 245 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les Obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 380, p. 366 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 884 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd. Dalloz, 2009, n° 300 ; H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 728, note n° 11 ; I. Pétel, *Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse, Montpellier, 1984, n° 333. Plus nuancés, par ex. : Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, 10^e éd., Litec, 2007, n° 266, p. 193 ; J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, cet auteur, constate que la doctrine majoritaire induit l'interdiction générale d'une série de dispositions spéciales (v. n° 17 p. 14), mais conclut finalement au caractère général de la règle en droit privé (v. n° 37 p. 29).

¹⁴⁶⁰ Par ex. les articles 530, 1709, 1780 et 1869 C. civ. – En ce sens, v. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, précisant en titre « La prohibition de certains engagements perpétuels » (nous soulignons), n° 187 et ss., p. 229 et ss. ; J. Ghestin, Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ?, in *D'ici et d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 251 (l'auteur admet cependant l'intérêt qu'aurait un tel principe, spécialement lorsque la liberté individuelle est menacée) ; F. Rizzo, Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Dr. et patrimoine, janv. 2000, p. 60 et ss., cet auteur s'attache à montrer que la sanction varie selon l'atteinte portée à la liberté individuelle et s'atténue en cas contraire.

l'engagement dépassant la durée de 99 ans¹⁴⁶¹. En fait, y compris dans ces situations, la prohibition s'attache davantage à l'atteinte portée à la liberté individuelle, voire à des considérations économiques¹⁴⁶², qu'à ce terme précis. Cette dernière conception, objective, s'attache surtout aux contrats sur les choses : on peut donc la penser applicable aux contrats d'auteur, ces derniers ayant pour objet une chose. De plus, le bail étant une des principales sources du principe général de la prohibition¹⁴⁶³, on songe tout naturellement à son application à la licence.

Le droit positif ne semble pourtant pas s'orienter vers cette voie : la sanction par l'annulation du contrat des durées maladroitement stipulées « illimitées » ou « perpétuelles » que nous avons constatée, côtoie la pratique validée des cessions « pour la durée du droit d'auteur ». Les deux clauses ayant pourtant des effets strictement identiques, il est difficile d'y voir l'impact de cette règle de fond.

L'application de la prohibition en droit d'auteur a pu être évoquée en doctrine comme une possibilité, sans toutefois emporter la conviction¹⁴⁶⁴. A vrai dire, on imagine mal les conséquences d'une telle sanction – en principe la nullité absolue¹⁴⁶⁵ – alors que la plupart des contrats d'auteur en vigueur de nos jours contiennent une telle clause. Une sanction plus convenable serait l'octroi d'une faculté de résiliation unilatérale¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶¹ J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 21, p. 15 et s. (perpétuité objective) et n° 27 p. 20 et s. (perpétuité subjective). Sur cette distinction, v. également : C. Pourquier, thèse préc., n° 24 et ss., p. 32 et ss.

¹⁴⁶² L. et J. Vogel, *Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution*, CCC, août-sept. 1991, p. 1 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 300.

¹⁴⁶³ v. par ex. J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2001, n° 21145, p. 719 et ss. ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 463. Dans le bail, le seuil des 99 ans peut être vu comme une analogie avec les statuts spéciaux du bail à rente et de l'emphytéose (comp. la durée limitée à 99 ans des sociétés). Une durée supérieure à 99 ans est généralement qualifiée de perpétuelle (si l'on peut parler de « durée » perpétuelle). Mais telle durée est rarement expressément convenue. Le cas le plus fréquent de « perpétuité » est celui du bail à durée indéterminée dans lequel seule l'une des parties détient une faculté de rupture ou au contraire de renouvellement. Ce vice de perpétuité entraîne la nullité absolue de l'engagement (et non sa réduction). Mais cela n'empêche pas qu'un bail se prolonge, de fait, pour une durée comparable. Seule la stipulation à l'avance d'une telle durée est critiquable.

¹⁴⁶⁴ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec 2009, n° 411, p. 346. Comp. TGI Paris 9 juillet 2008, Légipresse 2008, n° 256, III, p. 183, note S. Choisy fondant sur le principe de prohibition des engagements perpétuels la révocation à tout moment (avec préavis) du contrat d'édition à durée indéterminée. La sanction devrait être la nullité du contrat.

¹⁴⁶⁵ Par ex. : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 301.

¹⁴⁶⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 300 : « (...) il est permis de se demander s'il ne serait pas préférable de requalifier ces contrats en contrats à durée indéterminée susceptibles de faire l'objet d'une résiliation unilatérale à tout moment. ». Présentant la solution comme acquise : A. Bénabent, *Les obligations*, *op. cit.*, n°312. Il nous semble que cette sanction suppose toutefois une requalification de l'engagement perpétuel en contrat à durée indéterminée. – En droit d'auteur, v. J. Raynard, *Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ?* (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 nov. 2001), *Prop. ind.*, oct. 2002, *Chron.* 8.

373. Le déplacement du débat sur la validité vers un débat de qualifications.

Ce constat conduit à penser que la question de la durée perpétuelle en matière de contrats d'auteur ne se pose pas tant en terme de *validité* qu'en terme de *qualification*. La clause de cession pour la durée du droit est valable car, loin de constituer un engagement perpétuel, elle le signe le passage du contrat successif inspiré d'une idée de retour (la licence), au contrat à l'effet translatif instantané et définitif (la cession). Or, si « Le droit de propriété est lui-même perpétuel, personne n'a jamais soutenu que la vente, qui le transfère, était un contrat perpétuel »¹⁴⁶⁷. En droit d'auteur, l'idée est exprimée en d'autres termes par M. Gautier : « l'auteur aliène sa chose, pas sa personne »¹⁴⁶⁸. Cependant, l'auteur poursuit : « le contrat est à durée déterminée ». En fait, il semble plus exact d'affirmer que le contrat échappe à cette notion de durée car il devient instantané. La durée indiquée n'est alors plus tant celle du contrat que le rappel de celle de l'objet approprié. Une cession temporaire impliquerait le retour du bien dans le patrimoine du cédant, ce qui n'est évidemment pas le cas ici. Au contraire, à terme, le droit disparaît de la patrimonialité.

Il en résulte qu'une cour d'appel¹⁴⁶⁹ qui, reprenant une pratique établie, évoque, sans contredire sa validité, une « licence perpétuelle » non exclusive, n'institue pas une nouvelle entorse au principe de prohibition des engagements perpétuels mais commet une erreur de qualification contractuelle¹⁴⁷⁰.

Cette analyse ne prétend pas innover ; Planiol la menait déjà dans une note célèbre à propos d'une licence de brevets conclue pour la durée restante du monopole. Le commentateur critique à juste titre la solution qui requalifie le contrat en louage : « ce qui était temporaire, ce n'était pas la concession, c'était la chose cédée »¹⁴⁷¹. Cette confusion, que

¹⁴⁶⁷ J. Azéma, thèse préc., n° 17 p. 14. En ce sens, notant que le vice de perpétuité n'entache pas le contrat instantané : Cass. civ. 27 janv. 1947, JCP, 1947, II, 3627, note E. Bécqué (cession du droit d'extraction de minerai, vente de meuble par anticipation). En ce sens : C. Pourquier, thèse préc., n° 22 p. 31.

¹⁴⁶⁸ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 458.

¹⁴⁶⁹ CA Amiens, 9 nov. 1999, JCP G n° 25, 21 juin 2000, IV, 2115 évoquant une « licence non exclusive d'utilisation à perpétuité d'un logiciel ». On notera qu'il ne s'agissait que d'une « licence » d'utilisation (et non d'exploitation) de logiciel, que nous avons exclue de la qualification de licence (v. *supra* n° 93). L'analogie est cependant permise sur ce point. – On notera également que ces formules de « licences » perpétuelles sont généralement admises en matière de logiciel (par ex. M.-A. Ledieu, Et si la licence de logiciel était une location ?, CCE nov. 2003, p. 12) alors que leur qualification relève du contrat de service pour les licences d'utilisation et de la cession de droit d'auteur pour les licences d'exploitation.

¹⁴⁷⁰ Sur la qualification de ces opérations définitives, non exclusives, v. *infra* n° 443.

¹⁴⁷¹ Note M. Planiol sous CA Orléans, 13 juil. 1892, D.P., 1893, II, 329 (la cour statuait sur renvoi : Cass. civ., 29 juill. 1891, D.P., 92, 1, 150). Cette note est essentiellement citée comme l'illustration de la considération de la licence comme un acte purement négatif (contrairement à l'analyse actuelle de ce contrat en louage). Outre que le point de vue de l'auteur sur ce point était plus nuancé qu'on ne l'affirme parfois, la note garde toute son actualité pour le point qui nous intéresse ici.

l'on rencontre toujours en droit des brevets¹⁴⁷², dont la durée de validité est en principe de 20 ans, n'a pas lieu d'être en droit d'auteur où la durée du monopole permet de faire plus aisément le partage entre contrat de durée et transfert définitif.

374. Conclusion. Pour conclure sur ce point, on notera une certaine imprécision des notions utilisées. Un choix doit être fait pour rétablir une certaine rigueur. Ainsi, en présence d'une clause de cession pour la durée du droit, soit l'on persiste à parler de contrat successif, et le refus de sanction de son caractère manifestement perpétuel peut être interprété comme une dérogation au principe ; soit on doit parler de cession, dans son sens strict de contrat translatif instantané et en principe définitif. D'après ce qui précède, on préférera cette dernière analyse. Dans ce cas, la question de la validité de l'acte cesse de se poser : le transfert des droits est instantané et définitif. Le recours aux notions de « terme extinctif » ou de « durée délimitée » n'est pas approprié, le contrat étant étranger à toute idée de retour.

Deux catégories de contrats apparaissent nettement, en fonction de ce critère de durée. Il convient à présent de traduire ces différences constatées en qualifications contractuelles.

II – La signification de l'effet de retour dans le contrat de licence

375. Rappel des notions : effet de retour et retour de la chose dans un patrimoine. Il nous semble incorrect d'expliquer cette idée de retour en indiquant, comme on le lit fréquemment, que les droits patrimoniaux reviennent dans le patrimoine de l'auteur. *S'agissant d'une licence, ces droits patrimoniaux n'ont jamais quitté le patrimoine de l'auteur. La jouissance que le donneur de licence accorde au licencié est justement un mode d'exercice de ces droits. Il nous semble plus exact d'affirmer que l'esprit de retour permet au bailleur de retrouver le plein usage de son bien au terme de la mise à disposition, par l'extinction du droit personnel d'usage concédé au licencié.* La différence semble n'être que de principe, mais tel n'est pourtant pas le cas. Derrière la nuance des mots se trouve la

¹⁴⁷² Il n'est pas rare de rencontrer des licences de brevet conclues pour la durée du droit (le contrat conclu sans clause de durée est réputé l'être pour la durée du droit, alors que le contrat à durée indéterminée obéit au régime normal de ce type de contrat : rupture unilatérale sous réserve du respect d'un préavis). V., par ex. : P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Partie Spéciale, t. 2, Sirey, 1954, p. 273 ; J.-J. Burst, *Brevet et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Librairies techniques, 1970, n° 360, p. 215 ; J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 443 et ss. ; R. Joliet, *Le contrat de licence de brevet en droit civil belge et français*, RTD com. 1982, p. 167 (v. spéc. p. 221) ; J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd. Dalloz, 2006, n° 490, p. 300 et s. et n° 514, p. 314 ; F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 633, p. 267. La brièveté de protection du droit (20 ans après dépôt) facilite sans doute cette confusion.

distinction du contrat à effet essentiellement réel et du contrat à effet exclusivement personnel.

376. Durée du contrat, liberté contractuelle et qualification. En ouverture du chapitre, nous opposons les éléments n'influençant pas les qualifications contractuelles, éléments essentiellement impératifs (droits moraux et autres règles intéressant des aspects patrimoniaux), et les éléments qui devraient jouer un tel rôle, ces derniers dépendant largement de la volonté des parties. Parmi ces éléments : la durée du contrat. A la lumière des développements qui précèdent, on peut conclure que l'élément de durée a pour caractéristique de dépendre largement de la volonté contractuelle. A-t-il un rôle à jouer en termes de qualification contractuelle ? « (...) le cessionnaire des droits d'exploitation doit [...] pouvoir se prévaloir de la durée légale du monopole d'exploitation pour autant que le contrat puisse effectivement être qualifié de cession. Mais dès lors qu'il n'y a pas eu de volonté de transfert des prérogatives du monopole, le propriétaire des droits n'a pas perdu sa vocation à retrouver la pleine jouissance de la chose louée, même si la propriété n'est que temporaire : la temporalité du monopole n'a pas d'influence sur la nature du contrat qui dépend de la seule volonté des parties (...) »¹⁴⁷³. Il ressort de cette analyse que la qualification « exclusive » de tout transfert définitif en cession suggère *a contrario* la qualification de la mise à disposition temporaire en licence. C'est cependant sur ce dernier point qu'est amenée à se jouer une « concurrence » entre différentes techniques juridiques. Si la durée est essentielle au bail, elle ne lui est pas pour autant exclusive, donc pas nécessairement caractéristique. La jouissance conférée à titre temporaire n'est pas nécessairement « locative ». Ainsi, restant dans le domaine de l'effet personnel, nous avons exclu le prêt à usage et la convention d'occupation précaire de la qualification de bail.

377. Notions : vente et cession. La concurrence des qualifications se manifeste ici à une autre échelle, entre la notion de licence et la notion de cession. Comme nous l'avons constaté, la « cession » est une formule générique correspondant, dans le CPI, à toute mise à disposition ou transfert de droit d'auteur, à l'effet personnel comme à l'effet réel. En revanche, dans le sens juridique commun, la cession désigne plus spécifiquement un transfert de droit. Evoquer l'existence de cessions temporaires recouvre donc deux sens : celui de vente temporaire et celui de la constitution d'un droit réel temporaire. Cette présentation pour

¹⁴⁷³ J. Raynard, note préc., Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8.

laquelle nous optons n'est pas à l'abri de la critique : en effet, la vente s'entend généralement du transfert de propriété. Mais n'est-elle pas limitée à cet objet, car elle peut consister en la cession d'un (autre) droit réel, en particulier l'usufruit¹⁴⁷⁴. Par souci de clarté, nous nous conformerons à l'usage le plus courant attribué à ces termes, en désignant par « vente » le transfert de propriété contre un prix, tandis que la notion de « cession » évoquera indifféremment tout transfert de propriété ou de droit réel (usufruit). Ainsi, la vente apparaît comme une espèce dans la famille des cessions, et non plus comme un synonyme inutile.

378. Plan. La cession est donc un terme équivoque en droit d'auteur et relève de deux catégories de qualifications, relevant toutes deux de l'effet réel. La cession peut être assimilée à un transfert de propriété contre un prix, ce qui évoque la vente *stricto sensu*, mais également la fiducie (*A – L'exclusion de la cession temporaire en référence à son effet translatif de propriété*). La cession, telle qu'utilisée en droit d'auteur, évoque également toute forme de transfert ou constitution de droit réel, autre que celui de propriété. C'est principalement l'usufruit conventionnel qui est alors visé (*B – L'exclusion de la cession temporaire en référence à son effet translatif ou constitutif de droit réel*).

A – L'exclusion de la cession temporaire en référence à son effet translatif de propriété

379. Plan. Les formules contractuelles étudiées peuvent-elles – au regard de leur durée limitée – se fondre dans la catégorie de la vente ? Les mécanismes se rapprochant d'une vente temporaire doivent être confrontés au contrat étudié (*1- L'exclusion de la vente temporaire des utilités de l'œuvre*). Le contrat translatif de propriété ne se borne plus à la vente et peut consister en une fiducie aux fins de gestion. Le rapprochement des contrats d'auteur avec la fiducie est traditionnel. L'introduction récente de ce mécanisme dans notre droit permet enfin, au-delà des comparaisons, une véritable confrontation (*2- L'exclusion de la fiducie*).

1 – L'exclusion de la « vente temporaire » des utilités de l'œuvre

¹⁴⁷⁴ Par ex. H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de Droit civil, T.III, vol. 2, Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd. Par M. de Juglart, Montchrestien, 1987, n° 836.

380. Problématique. La pluralité de régimes et de fonctions attachés à une même formule contractuelle résulte davantage de l'observation du bail, ou du prêt, contrats aux effets exclusivement personnels, que de la vente. Pourtant, au regard de la variété des objets (corporels ou incorporels), des intentions (la vente pour revendre, ou pour l'utilisation pour les besoins d'un commerce), des procédés utilisés ou des modalités des obligations (vente à terme, à crédit), d'éminents auteurs constatent : « La vente n'obéit pas à des règles uniformes. Il n'y a pas, en réalité, un contrat de vente, mais *des* contrats de vente, distincts les uns des autres. »¹⁴⁷⁵. De cette affirmation générale, doit-on inférer l'existence de ventes temporaires ? L'idée d'un retour de l'usage de la chose est-elle antinomique de la qualification de vente ? La propriété, ou du moins l'objet auquel elle s'applique, n'est pas nécessairement perpétuelle. On pourrait en déduire que le transfert de propriété non plus. Dès lors que la durée n'est plus pertinente en termes de qualification de la propriété, un raccourci intellectuel nous suggère qu'elle ne devrait pas l'être en termes de qualification contractuelle. Si la propriété est temporaire, la cession de cette propriété ne pourrait-elle pas être également temporaire ? Les éléments de définition des notions de transfert définitif et de perpétuité étudiées précédemment nous conduisent cependant à une réponse négative : la cession pour toute la durée de la propriété intellectuelle n'est pas un contrat temporaire, mais un contrat aux effets instantanés et définitifs. Surtout, il ne faut pas confondre le caractère définitif de l'effet, à savoir le transfert de propriété, et le caractère définitif ou temporaire de la situation créée, la propriété d'un objet temporaire du cessionnaire. La vente suppose un caractère définitif et instantané, car la perpétuité d'une propriété est une notion relative, calquée sur la durée de la chose elle-même.

381. Plan. Ainsi, l'admission de la vente d'un objet de propriété temporaire n'implique pas l'admission de la vente temporaire. En effet, dans la propriété temporaire, la chose réservée disparaît du patrimoine et même de la patrimonialité. Au contraire, par une vente temporaire, elle disparaîtrait du patrimoine du cessionnaire, mais pour en un regagner un autre : celui de l'auteur. Ce mouvement de retour, de double transfert, ne relève pas de l'économie de la vente. Au mieux, des mécanismes d'exception associés à la vente peuvent être proposés pour justifier le caractère limité dans la durée des contrats d'auteur. Il s'agirait de la vente à réméré (*a*) et plus généralement d'autres figures de la vente sous condition résolutoire (*b*).

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, n° 756.

a) L'exclusion de la vente avec faculté de rachat (anciennement réméré)¹⁴⁷⁶

382. La « vente temporaire »¹⁴⁷⁷ et la nécessité de principe d'un double transfert. Alors que l'esprit de retour présent dans la licence se réalise par l'effet de l'extinction du droit personnel concédé, un esprit de retour associé à la qualification de vente supposerait *a priori* un double transfert. Si la vente était temporaire, l'extinction de la propriété de l'acquéreur au terme convenu serait impuissante à faire revenir la chose dans le patrimoine du vendeur ; serait-elle alors classée dans les *res derelictae* ?¹⁴⁷⁸ Un nouveau transfert, une acquisition dérivée par le propriétaire initial serait donc nécessaire pour mettre fin aux effets du premier¹⁴⁷⁹. Ainsi, on peut imaginer une vente assortie d'une promesse unilatérale ou synallagmatique de rachat en sens contraire. Mais outre les incidences fiscales et formalistes que l'on peut imaginer, la rendant peu praticable, nous n'avons pu déceler dans notre matière de contrats correspondant à cette opération.

383. La définition de la vente avec faculté de rachat ou réméré. En dépit du terme de « rachat », tel n'est pas le mécanisme mis en œuvre dans la faculté de réméré. En effet, le réméré est classiquement analysé en une vente unique, conclue sous condition résolutoire de l'exercice du réméré¹⁴⁸⁰. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si ce régime s'inscrit dans le chapitre VI du Code civil « De la nullité et de la résolution de la vente »¹⁴⁸¹. L'article 1659 du Code civil en donne une définition : « La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix

¹⁴⁷⁶ Le terme « réméré » disparaît du Code civil depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 10. Cela n'impose en rien, croyons-nous, de bannir ce terme de la langue juridique.

¹⁴⁷⁷ Notant que le réméré ne réalise pas une « cession temporaire » : G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. II, *Obligations, contrat-responsabilité, Droits réels, biens-propriété*, LGDJ, 1957, n° 2255, p. 790.

¹⁴⁷⁸ L'hypothèse peut être envisagée, mais semble peu probable en fait : « L'hypothèse qui illustre le plus évidemment la propriété temporaire par assignation d'un terme au droit de propriété organise, dès cette assignation, le sort du bien à l'échéance, et cette organisation consiste à désigner ou à rendre déterminable la ou les personnes appelées à prendre la suite du propriétaire temporaire, quand il ne le sera plus. », Th. Revet, *Le dénouement de la propriété temporaire*, note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, RTD Civ. 2008, p. 322.

¹⁴⁷⁹ En ce sens : R. Libchaber, *Une cession temporaire d'usufruit ?* Defrénois, 15 sept. 2008, n° 15, p. 1656, n° 3881 : « (...) il n'est pas plus envisageable de former une vente, conventionnellement limitée dans sa durée, que de transmettre une propriété qui se révélerait elle-même temporaire. En revanche, il est bien évident qu'existe toujours une technique particulière consistant à susciter une propriété temporaire : il suffit de recourir à un cumul d'actes juridiques. », Th. Revet, note préc.

¹⁴⁸⁰ Sur cette qualification et sa conséquence : les effets rétroactifs, v. notes citées *supra*.

¹⁴⁸¹ Article 1658 du Code civil : « Indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix. ».

principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673. ». Cette condition, éminemment potestative, est néanmoins licite¹⁴⁸². Parfois classée parmi les droits discrétionnaires, il semble plus conforme de la faire figurer parmi les droits potestatifs¹⁴⁸³. En effet, la volonté unilatérale modifie une situation juridique intéressant autrui. Cependant, le risque d'arbitraire est limité par une réglementation minutieuse et contraignante pour le vendeur qui exercerait la faculté. Ainsi, si la volonté unilatérale est au centre du dispositif, le remboursement du prix et des frais dont résulte la restitution de la propriété n'est pas qu'un effet, mais une condition d'efficacité du réméré¹⁴⁸⁴. C'est à ce titre que la comparaison avec le mécanisme du droit moral de retrait ou de repentir a été menée¹⁴⁸⁵.

384. Les caractères du réméré, incompatibles avec les contrats d'auteur observés. Le régime de ce réméré est-il compatible avec le contrat d'auteur, et plus particulièrement avec le contrat de durée ? Le recours à cette comparaison par les spécialistes de la matière peut étonner, en particulier lorsqu'elle est mise en concurrence, comme un choix possible de qualification, avec la licence¹⁴⁸⁶. La question mérite d'autant plus d'être posée, lorsqu'un auteur n'hésite pas à comparer en ces termes vente et louage : « L'affinité vient de ce que parfois la vente peut ne présenter qu'un caractère provisoire ; c'est le cas lorsqu'elle est faite à réméré et l'acheteur, qui s'expose à restituer la chose en cas de rachat par le vendeur, ressemble de ce fait à un locataire »¹⁴⁸⁷. Le réméré imprimerait-il à la vente une dimension de durée ?

La réponse, négative, nous est ici dictée par l'observation des conditions et des effets du réméré. Si le mécanisme ne doit pas être exclu par pétition de principe, nous vérifierons

¹⁴⁸² Sur le constat de ces caractères : H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de Droit civil, T.III, vol. 2, Principaux contrats : vente et échange, op. cit.*, n° 917 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 164, p. 134 ; J. Huet, *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 11456, p. 406. Justifiant le caractère purement potestatif par les conditions strictes de régime et le caractère d'exception du mécanisme prévu par la loi : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 159.

¹⁴⁸³ V. la définition et les exemples cités *supra*.

¹⁴⁸⁴ Sur ce point, v. spéc. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 196, p. 180 ; Cass. req., 19 oct. 1904, DP, 1907, I, 4266 ; Cass. 3^e civ. 20 déc. 2006, pourvoi n° 06-13.078, JCP N 2007, act. 145 : « L'exercice de la faculté de réméré suppose le remboursement du prix de vente et le paiement des frais ».

¹⁴⁸⁵ V. *supra* n° 311.

¹⁴⁸⁶ Par ex. au sujet de la cession de brevet limitée dans la durée : « Toutefois, il arrive que l'on stipule que la cession ne vaut que pour une durée limitée, inférieure à celle du monopole, ce qui fait de l'opération une forme de concession ou une vente sous condition résolutoire. On peut aussi prévoir une faculté de rachat ou réméré. », F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 604, p. 255. – Cependant, rejetant la qualification de réméré, principalement en raison de son caractère rétroactif : B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 102 (spécialement à propos du contrat de représentation). Plus généralement : N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 283.

¹⁴⁸⁷ J. Huet, *op. cit.*, n° 11130.

que la qualification de réméré est peu adaptée à l'opération de mise à disposition temporaire de l'œuvre, telle que nous l'avons décrite jusqu'ici.

- **Tout d'abord, le réméré est un droit potestatif**¹⁴⁸⁸. Il instaure une faculté au bénéficiaire du vendeur. Ce premier point s'oppose à la licence à durée déterminée, en vertu de laquelle la fin de la mise à disposition dépend d'un terme convenu¹⁴⁸⁹ (fût-il incertain dans sa date) et non d'une condition potestative licite (un droit potestatif). Ce faisant, on pourra nous objecter qu'une licence à durée indéterminée, résiliable unilatéralement à tout moment, est théoriquement envisageable en droit d'auteur. Cependant, d'autres éléments sont alors susceptibles d'écarter la qualification de réméré.

- **Le réméré est encadré par un régime impératif contraignant, incompatible avec les modalités habituellement constatées dans les contrats du droit d'auteur.** Ainsi, le réméré est limité à un délai préfix de 5 ans au maximum (art. 1660 al. 1^{er} du Code civil). On notera une coïncidence, mais rien ne permet d'établir de lien avec la durée maximale de l'exclusivité du contrat de représentation, également de 5 ans, en raison de la portée restreinte de ce délai¹⁴⁹⁰. De plus, il importe de souligner que le mécanisme est celui de la condition (par nature incertaine) et non du terme (dont l'échéance, fût-elle indéterminée, est acquise). De la sorte, si la faculté de réméré n'est pas exercée, l'expiration de son délai d'exercice a pour effet de rendre la vente définitive (art. 1662 du Code civil). Ici encore, on cherchera en vain un quelconque rapport avec les conventions de durée étudiées dans ces lignes.

- **Les effets du réméré :** contrairement au terme de « rachat » que suggère l'étymologie latine du réméré, à savoir le verbe « *redimere* », racheter¹⁴⁹¹, il est classiquement enseigné et jugé que le retour de la chose dans le patrimoine du vendeur relève d'un mécanisme de résolution : il est donc rétroactif¹⁴⁹². Ce point est confirmé par une

¹⁴⁸⁸ V. les références aux traités de droit des contrats spéciaux citées *infra*. V. également les références précitées sur la notion de droit potestatif (v. *supra* n° 307). Pour cette analyse : A. Bories, *Le réméré*, Thèse, Montpellier, 2004, n° 740 et ss., p. 416 et ss.

¹⁴⁸⁹ L'argument est soulevé par : M.-E. Laporte, *Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle*, JCP G 1991, I, 3540, p. 371 (spéc. n° 26).

¹⁴⁹⁰ V. *infra* n° 600. – Par ailleurs, en cas de dépassement, la durée du réméré est réduite à ce terme de 5 ans (art. 1660 al. 2 C. civ. Or, nous avons vu qu'en droit d'auteur, les violations des règles de détermination de la durée (pacte de préférence, cessions) étaient, en principe (hors contrat de production audiovisuelle), sanctionnées par la nullité.

¹⁴⁹¹ V. par ex. J. Huet, *op. cit.*, n° 11454.

¹⁴⁹² « L'exercice du réméré par le vendeur a pour conséquence la résolution rétroactive du contrat de vente, les choses étant remises en l'état où elles auraient été s'il n'y avait pas eu vente », M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. X, 1^{re} Partie, Contrats civils*, par J. Hamel, F. Givord et A. Tunc, 2^e éd., LGDJ, 1956, n° 200). En ce sens : G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. II, *Obligations, contrat- responsabilité, Droits réels, biens-propiété*, LGDJ, 1957, n° 2255, p. 790 ; H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de Droit civil, T.III, vol. 2, Principaux contrats : vente et échange*, *op. cit.*, n° 917 ; Cass. req., 21 déc. 1825, Sirey 1826, I, p. 243 ; Cass. civ. 24 oct. 1950, RTD civ. 1951, p. 391,

jurisprudence rare mais récente ajoutant à la définition connue de la faculté qu'elle « ne prive pas la vente de son caractère parfait puisqu'il y a accord sur la chose et sur le prix et que tous les droits attachés à la propriété du vendeur sont transférés à l'acheteur qui peut ainsi disposer de l'immeuble vendu, le louer ou l'hypothéquer ou même le revendre, que seul le caractère irrévocable de la vente entre le vendeur et l'acheteur n'est pas acquis tant que le délai pour exercer le réméré n'est pas expiré »¹⁴⁹³. Le réméré apparaît donc comme un « mode exorbitant d'extinction du contrat »¹⁴⁹⁴, et le mécanisme de cette extinction est la résolution. Il est donc difficile d'identifier à cette faculté le mode normal d'extinction du contrat pour l'avenir que constitue le terme de la licence.

Nous constatons que le mécanisme du réméré, qui confère au vendeur le droit d'anéantir la vente, ne se conçoit aucunement comme un contrat inscrit dans la durée, trouvant un terme normal à l'exploitation de l'œuvre. On ajoutera que le réméré s'analysant en un mécanisme de résolution, pareille résolution de la licence serait difficilement concevable, en raison du caractère successif du contrat¹⁴⁹⁵. Il semble donc vain de rechercher l'esprit de retour qui relève de l'économie de la licence dans cette faculté.

b) L'exclusion de la vente sous condition résolutoire

385. Conditions résolutoires autres que le réméré¹⁴⁹⁶. Il est naturellement possible de considérer le cadre contraignant du réméré comme propre au droit civil, et de laisser aux parties, en vertu du principe d'autonomie de la volonté, la construction d'une forme particulière de cette opération. La chose semble néanmoins difficile, puisque c'est la reconnaissance légale expresse et strictement encadrée qui autorise le recours à ce mécanisme potestatif, le faisant ainsi échapper au droit commun (art. 1174 du Code civil). En revanche, la vente de l'œuvre pourrait être valablement conclue sous une condition résolutoire – nécessairement non potestative – donc autre que l'exercice purement unilatéral du réméré. On peut également envisager la possibilité d'un dédit. Cependant, les effets d'une résolution

obs. J. Carbone ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 196 ; V. également : A. Bories, *Le réméré*, Thèse préc., n° 774.

¹⁴⁹³ Cass. com. 20 nov. 2007, JCP N, 2008, 1061, obs. J.-P. Maublanc.

¹⁴⁹⁴ A. Bories, *Le réméré*, Thèse préc., n° 767.

¹⁴⁹⁵ G. Vercken, Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur, Prop. intell., act. 2003, n° 9. Il est vrai que la spécificité de la résolution tient davantage à sa source qu'à ses effets, qui peuvent être atténués par le juge.

¹⁴⁹⁶ Evoquant brièvement la qualification de vente sous condition résolutoire en cas de cession de brevet à durée limitée, inférieure à celle du monopole : F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.*, n° 604.

seraient identiques à ceux précédemment observés, et rien dans la lecture du CPI comme des contrats effectivement pratiqués ne nous permet de conclure à un tel rattachement.

2 – L'exclusion de la fiducie

386. Une exclusion fondée sur l'examen du droit positif. L'étude de la fiducie aux fins de gestion demeure délicate en raison des multiples étapes ayant jalonné son adoption, et des doutes encore d'actualité au sujet de la nature exacte de la « propriété fiduciaire » qu'elle institue. Celle-ci peut être définie comme « la conséquence d'un acte juridique par lequel une personne, appelée le fiduciaire ou le constituant, transfère à une personne de confiance, appelée le fiduciaire, la propriété temporaire de certains biens, à charge par elle d'en transmettre à son tour la propriété à un bénéficiaire, après en avoir fait dans l'intérêt de celui-ci, l'usage convenu. »¹⁴⁹⁷. La clarté des termes n'efface pas la controverse : le droit transféré au fiduciaire est-il un authentique droit de propriété¹⁴⁹⁸ ?

¹⁴⁹⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 4^e éd., Defrénois, 2010, n° 757. – Comp. Art. 2011 C. civ. : « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de 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. ». Les auteurs (*Ibid.* n° 767) notent que la définition légale ne fait pas référence à un transfert de propriété, mais constatent que rien dans la loi ne s'y oppose et qu'une telle solution découle de la conception traditionnelle de la fiducie.

¹⁴⁹⁸ Le point est généralement admis, par ex., très nettement : Ph. Malaurie, L. Aynès, *op. cit.*, n° 757 et n° 767. Ces auteurs, en application de la conception traditionnelle de la propriété, constatent la présence des prérogatives du propriétaire : *usus fructus abusus* (ils demeurent néanmoins critiques quant à cette qualification). Comp. concluant à la nature de propriété, mais au moyen d'une conception radicalement différente du concept, des auteurs considèrent que le législateur a « admis implicitement que l'exclusivité suffit à faire la propriété » : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 253, v. aussi n° 261. – L'admission se fait plus généralement au prix de nuances. Aussi constate-t-on que la propriété dont il est question s'éloigne à divers degrés de celle de l'art. 544 du Code civil. En ce sens, par ex. : Ch. Larroumet, La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques, D. 2007, p. 1350 ; P. Puig, La fiducie et les contrats nommés, Dr. et patrimoine, n°171, juin 2008, p. 68 (l'auteur compare tour à tour les pouvoirs du fiduciaire à ceux, par ex., d'un acquéreur sous condition de réméré, d'un locataire, d'un entrepreneur et spécialement d'un mandataire) ; C. Kuhn, La mission du fiduciaire, Dr. et patrimoine, n°171, juin 2008, p. 52. – Comp. très critiques à l'égard de cette qualification (à l'exception de la vocation du bénéficiaire à la propriété) et préférant la qualification de « droit réel particulier » supposant une faculté de disposer de la chose : R. Libchaber, Une fiducie française, inutile et incertaine..., in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303 (spéc. n° 13) ; du même auteur : Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, Defrénois, 30 août 2007, n° 15, p. 1094, n° 38631 (1^{re} Partie) et 15 sept. 2007, n° 17, p. 1194, n° 38639 (2^{de} Partie) ; B. Mallet-Bricout, Le fiduciaire propriétaire ?, JCP E 2010, 1191 ; du même auteur : Fiducie et propriété, in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 297. – La nature de propriété a été récemment confirmée par une loi (n° 2009-1255, 19 oct. 2009 « tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers ») ajoutant un second alinéa à l'art. 2011 du Code civil : « Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires selon les stipulations du contrat de fiducie ». Cet ajout, opéré au moyen d'un cavalier législatif, a fait l'objet d'une décision de non-conformité à la Constitution. V. Cons. const., déc., 14 oct. 2009, n° 2009-589 DC. V. notes L. Aynès et P. Crocq, La fiducie préservée des audaces du législateur, D. 2009, p. 2559 ; A. Lienhard, D. 2009, n° 36, act. lég. p. 2412 ; A. Raynouard, JCP N, 2010, n° 3, 1014.

S'il ne nous appartient pas de trancher ici ce débat doctrinal, il nous incombe en revanche d'évaluer la compatibilité de cette formule telle qu'intégrée à notre droit positif (art. 2011 et ss. du Code civil) avec la mise à disposition temporaire du droit d'auteur.

La fiducie, légiférée, est désormais une technique juridique mise au service d'une certaine finalité. Mais cette finalité ne doit pas être confondue avec cette technique. Il importe donc d'appréhender la fiducie autrement que sous l'angle de l'analogie ou de la contemplation de son esprit général. La recherche se doit aujourd'hui d'établir si l'œuvre peut effectivement faire l'objet d'un tel contrat, et si ce contrat correspond aux schémas constatés (ou si la fiducie constituerait une nouvelle construction opérationnelle digne d'intérêt pour le droit d'auteur).

387. L'obstacle d'un régime impératif contraignant. Un premier obstacle à ce rattachement s'est déjà présenté à nous. Ainsi, un contrat d'auteur prétendant à la qualification de fiducie aux fins de gestion devrait encourir la nullité à maints égards : caractère solennel et exprès¹⁴⁹⁹, qualité du fiduciaire¹⁵⁰⁰, durée limitée à 99 ans¹⁵⁰¹. L'argument du domaine actuellement restreint de la fiducie – aujourd'hui suffisant – n'est cependant pas entièrement satisfaisant. Il est en effet possible que le domaine et les conditions de la fiducie soient à nouveau étendus¹⁵⁰², assurant, quant à la forme, sa compatibilité avec les contrats du droit d'auteur. C'est bien l'économie générale de l'opération et le régime qui en découle qui semblent peu compatibles avec la licence, contrat d'autorisation.

388. Une fiducie innommée¹⁵⁰³ en droit d'auteur ? Indépendamment de l'éventualité d'une acclimatation légale de la fiducie au droit d'auteur, ne pourrait-on pas

¹⁴⁹⁹ Art. 2012 C. civ. Selon : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 267 : « la disposition est respectueuse du régime des biens, qui postule une propriété souveraine, toute aliénation est présumée faite à titre non fiduciaire ».

¹⁵⁰⁰ Article 2015 C. civ. : « *Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.* ».

¹⁵⁰¹ V. les développements consacrés aux thèses de M. Gautier, principal promoteur de cette qualification, *supra* n° 46. – V. également le passage consacré à la nature de l'« apport » à une société de gestion collective, généralement rattaché à une cession fiduciaire, *supra*, n°230.

¹⁵⁰² Ce qui était pressenti par des auteurs dès après la loi du 19 février 2007 : Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 4^e éd., Defrénois, 2010, n° 767. En effet, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 – entre autres modifications – étend la liste des fiduciaires initialement cantonnée aux établissements financiers aux avocats (art. 2015 C. civ.) ; elle abroge l'art. 2014 C. civ. limitant la qualité de constituant aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés et fait passer la durée maximale du transfert de 30 à 99 ans (art. 2018 C. civ.). L'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 vient encore parfaire ce régime...

¹⁵⁰³ Sur l'admission de l'opération : C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981.

envisager une opération fiduciaire indépendante de ce cadre contraignant ?¹⁵⁰⁴ En d'autres termes, l'exclusion nécessaire de la fiducie que nous venons de constater suppose que la fiducie rapportée aux contrats d'auteur soit nécessairement celle du Code civil. Peut-on envisager une fiducie innommée appliquée au droit d'auteur ? Et dans ce cas, pour quel régime ?¹⁵⁰⁵ Il ne semble pas que cela puisse être le cas. On fera pourtant valoir que le transfert de propriété peut s'opérer par des actes autres que les contrats nommés traditionnellement considérés comme translatifs¹⁵⁰⁶. De plus, des cas spéciaux relevant de fiducies innommées préexistantes (par exemple la cession de créance « Dailly » des articles L. 313-23 et ss. du C. mon. fin.) ont précédé les dispositions plus générales du Code civil¹⁵⁰⁷. Cependant, toutes ces dispositions légales, y compris celles du Code, fournissent à la fiducie (qu'elle soit nommée ou non) des cadres impératifs et très restrictifs, quand les régimes du bail ou de la vente autorisaient, par leur généralité et leur caractère largement supplétif, une application à l'œuvre de l'esprit. Une fiducie innommée pourrait être perçue comme une échappatoire à ces régimes impératifs contraignants, et invalidée ou requalifiée à ce titre, sous réserve de validité, d'une part, en cession ou en licence ; d'autre part, selon les obligations stipulées et les modes d'exploitation, en contrat d'édition, de représentation ou de production audiovisuelle. Le débat sur le pouvoir de la volonté de créer de nouveaux droits réels sans intervention législative – à le supposer tranché par l'affirmative – n'a donc pas vocation à régler seul la question.

389. La fiducie, concept étranger à la licence-autorisation. En dépit de points communs qui pourraient réunir les contrats sur les choses s'inscrivant dans la durée, il semble pourtant entendu que la seule licence, contrat d'autorisation, ne relève pas de cette essence fiduciaire. Certes, il est vrai que le double transfert de droits que suppose la fiducie¹⁵⁰⁸ évoque

¹⁵⁰⁴ L'opération est envisageable selon P. Puig : la fiducie innommée serait dépourvue de patrimoine d'affectation. L'auteur reste sceptique et admet avec plus de certitude les opérations « d'inspiration fiduciaire », non soumises aux conditions des art. 2011 et ss. du Code civil : P. Puig, *La fiducie et les contrats nommés*, Dr. et patrimoine, n° 171, juin 2008, p. 68. (spéc. p. 70).

¹⁵⁰⁵ Posant également cette question : N. Blanc, *op. cit.*, n° 310.

¹⁵⁰⁶ C. Witz, thèse préc., v. spéc. n° 244, p. 239.

¹⁵⁰⁷ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 253. – Pour d'autres exemples traditionnellement reliés à un mécanisme de fiducie (par ex. fiducie-libéralité : la substitution fidéicommissaire ; fiducie-gestion : le quasi-usufruit conventionnel), et spécialement de fiducie-sûreté, par exemple le gage-espèce, v. R. Libchaber, *Une fiducie française, inutile et incertaine...*, *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303, (spéc. n° 4). V. également : R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, art. préc., v. spéc. n° 24 ; Ch. Larroumet, art. préc.

¹⁵⁰⁸ V., par ex. B. Mallet-Bricout, *Le fiduciaire propriétaire ?*, JCP E 2010, 1191 (spéc. n° 5 pour ce constat et n° 11 et ss. pour les problèmes soulevés par ce système. Cependant, le législateur a opté pour la neutralité fiscale de l'opération en ne considérant, en la matière, que le transfert final au bénéficiaire). V. également : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 261 et n° 287.

une idée de retour, à l'opposé des mécanismes tels que le réméré, comportant un transfert unique et son anéantissement rétroactif par le déclenchement d'une condition résolutoire. Cependant, le contrat ne comportant pas d'obligation d'exploiter ou ne donnant pas à l'exploitant l'exercice de l'action en contrefaçon, indépendamment de la nature de transfert (propriété, droit réel ou personnel), il paraît difficilement conciliable avec l'esprit de la fiducie¹⁵⁰⁹. Car s'agit-il encore de gérer un bien au profit d'autrui ? Et quand bien même, en présence de telles obligations, « Le contrat [de fiducie] n'organise pas la gestion des biens d'autrui mais la gestion par le propriétaire de ses propres biens pour le compte d'autrui. »¹⁵¹⁰. Or, il ne semble pas que tout licencié agisse nécessairement dans l'intérêt¹⁵¹¹ et pour le compte de l'auteur ou du cessionnaire ou licencié dont il tient ses droits, en dépit de son obligation de rendre compte et d'une rémunération fondée sur les résultats d'exploitation¹⁵¹². Il s'agit davantage pour le licencié de percevoir les fruits de l'œuvre louée et exploitée, contre un prix auquel est en principe intéressé l'auteur¹⁵¹³. L'économie de la convention est bien celle du louage de choses, plus précisément du bail d'exploitation¹⁵¹⁴. Ainsi, par l'autorisation d'adapter l'œuvre, de réaliser des produits dérivés, de procéder à un certain nombre d'actes de télédiffusions, etc., il est difficile de relever l'idée d'un transfert de propriété finalisé en vue de sa gestion et sa restitution, dans l'intérêt d'un bénéficiaire¹⁵¹⁵.

Une autre disposition semble réaliser une césure plus profonde encore entre les deux institutions. Selon l'article 2025 du Code civil, les dettes nées de l'exploitation du patrimoine

¹⁵⁰⁹ Comp. Article 2023 C. civ. : « Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs. ». Il nous semble que ces « pouvoirs les plus étendus » incluent la titularité de l'action en contrefaçon, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans la licence.

¹⁵¹⁰ C. Kuhn, La mission du fiduciaire, Dr. et patrimoine, n° 171, juin 2008, p. 52. *Contra* : R. Libchaber, Une fiducie française, inutile et incertaine..., art. préc., v. spéc. n° 14 : en l'absence de transfert de propriété au fiduciaire, celui-ci n'exerce qu'un droit réel particulier sur la chose d'autrui (en l'occurrence : le bénéficiaire qui a vocation à cette propriété).

¹⁵¹¹ Le fait que les contrats d'auteur s'interprètent *in favorem auctoris*, règle d'interprétation, ne signifie pas que l'intérêt de l'auteur soit un élément essentiel au contrat, comme le suggère la définition de la fiducie de MM. Malaurie et Aynès (*Ibid.*). – Soullignant dans sa définition l'intérêt du constituant, v. également : R. Libchaber, Une fiducie française, inutile et incertaine..., art. préc., v. spéc. n° 2.

¹⁵¹² Sur l'obligation de rendre compte du fiduciaire, v. l'art. 2022 C. civ. – Comp. les facultés de contrôle du fiduciaire par le constituant, notamment par la désignation d'un tiers (art. 2017 C. civ.). V. également l'art. 2027 C. civ. prévoyant la désignation judiciaire d'un fiduciaire provisoire (ou de remplacement), « (...) si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (...) ».

¹⁵¹³ On pourrait toutefois objecter à notre raisonnement que le sort des fruits n'est pas réglé par la loi en matière de fiducie et que s'il est laissé à la liberté contractuelle, l'économie du contrat suppose, à défaut de l'attribution des fruits nets au fiduciaire, du moins une rémunération. En ce sens : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 264 et n° 279. Mais, ne peut-on voir là (droits aux fruits et rémunération) un simple point commun avec le bail ?

¹⁵¹⁴ Rapprochement fait au Ch. 1, Section 1 (v. *supra*, n° 153 et ss.).

¹⁵¹⁵ Rapp. « l'argument le plus convaincant contre la qualification de cession fiduciaire consiste sans doute dans l'idée que l'exploitant sert au moins également, sinon davantage, ses intérêts propres que ceux de l'auteur avec lequel il a traité. » S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec-IRPI, 2009, n° 522.

fiduciaire sont poursuivies en premier lieu sur ce patrimoine même, et en cas d'insuffisance, sur le patrimoine du constituant¹⁵¹⁶. Or, on imagine mal que les dettes générées par une exploitation déficitaire, mais non fautive¹⁵¹⁷ du licencié soient imputées sur le patrimoine de l'auteur !

390. La fiducie, qualification induite du contrat d'exploitation ? Si la technique fiduciaire doit être écartée, en revanche, il y a bien des contrats d'esprit ou d'essence fiduciaire en droit d'auteur, l'étymologie renvoyant à la « confiance » aidant. Dans la plupart des cas, « le cédant conservant un intérêt fondamental à la mise en valeur de la chose », la notion est également rapprochée de celle d'« intérêt commun »¹⁵¹⁸. Nous avons vu que la formule recevait le soutien d'une doctrine nettement majoritaire pour ce qui est des « apports » de droits aux sociétés de gestion collective. Certains auteurs n'hésitent pas à recourir au mécanisme pour décrire plus généralement le transfert du droit d'auteur dans certains contrats d'exploitation¹⁵¹⁹, si ce n'est dans l'ensemble des propriétés intellectuelles en cas de contrat à durée déterminée¹⁵²⁰.

391. De la cession « pure et simple » à la cession « fiduciaire » : l'apparente nouveauté d'une division ancienne. La fiducie n'est pas, dans les ouvrages et études « généralistes » consultés, illustrée par un rapprochement avec les contrats d'auteurs. En revanche, lorsqu'elle apparaît dans les écrits consacrés au droit d'auteur, la qualification fiduciaire est présentée comme une atténuation de la cession de l'œuvre entendue au sens de vente ou d'usufruit. A travers cette référence récente à la fiducie, nous ne retrouvons là que la branche d'une *summa divisio* mise en lumière par les premiers commentateurs de la loi du 11 mars 1957 : la « cession pure et simple » est ainsi distinguée de la cession avec obligation d'exploitation. Prétendre que la cession est « fiduciaire », c'est la faire échapper à la « *plena in re potestas* », au pouvoir « discrétionnaire » du nouveau propriétaire, et principalement au pouvoir de s'abstenir d'exploiter sa propriété. En ce sens, M. Gautier suggère une telle

¹⁵¹⁶ V. sur la question : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 280.

¹⁵¹⁷ Car « Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission. » (art. 2026 C. civ.). Dans ce cas, il ne s'agit pas d'un passif fiduciaire mais d'une dette propre au fiduciaire. En ce sens : M. Leroy, *Le passif fiduciaire, Dr. et patrimoine*, n° 171, juin 2008, p. 58 (spéc. p. 60.)

¹⁵¹⁸ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 459.

¹⁵¹⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 473 ; B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, v. spéc. n° 29 et ss. : v. la section intitulée « Le producteur, Fiduciaire des auteurs ».

¹⁵²⁰ B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 482, ce qui permet à cet auteur de justifier l'affirmation selon laquelle : « Tout contrat d'exploitation est, en réalité, une forme de cession. » (v. n° 510).

qualification après avoir rappelé que la cession s'opère généralement à charge d'exploitation¹⁵²¹. Il est vrai qu'en dépit des termes légaux, la qualification de « cession » pure et simple est difficilement tenable pour le contrat d'édition. La cession figurant en son sein serait-elle nécessairement spécifique¹⁵²² ? A partir de cette observation, une hypothèse peut être émise, qui devra être confirmée ou infirmée en seconde partie : si ces contrats peuvent être assimilés à une forme de « fiducie irrégulière »¹⁵²³, c'est précisément en raison de leur régime détaillé par le CPI (voire par la convention elle-même lorsque le contrat est innommé).

392. Fiducie et licence : concurrence ou complémentarité des qualifications ?

La qualification de l'autorisation d'exploiter l'œuvre en licence exclut-elle nécessairement la qualification fiduciaire ? Pour répondre, il faut revenir un instant sur la nature de la mise à disposition autour de laquelle s'organise le contrat de fiducie. Le débat sur la nature de la propriété fiduciaire se conclut généralement sur le constat de l'affaiblissement du droit de propriété en raison des multiples charges pesant sur le propriétaire fiduciaire : « La propriété devient ainsi l'instrument de rapports d'obligations dominants, au risque de perdre sa substance même. »¹⁵²⁴. Ainsi, le droit du fiduciaire – la question est discutée – pourrait n'être qu'un droit réel spécifique. Pourquoi ne consisterait-il pas en un droit personnel représenté par la licence ?

En droit d'auteur, la fiducie est déduite par la doctrine du contenu et de l'esprit de certains contrats d'exploitation réglementés par le CPI. Inversement, il a été observé que le régime de la fiducie, encore parcellaire, devra être précisé au gré de sa pratique. Comme le suggère M. Puig : « A supposer que le contrat de fiducie autorise le fiduciaire à user et jouir des biens qui lui sont transmis, ce sont les contrats de bail et de prêt qui devraient être sollicités. »¹⁵²⁵. Selon cet auteur, la fiducie serait au cœur d'un phénomène, déjà décrit par M.

¹⁵²¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 473 ; en ce sens : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 732.

¹⁵²² V. *infra* n° 478 et ss.

¹⁵²³ Expression employée pour décrire des mécanismes spéciaux relevant de la fiducie mais indépendants des art. 2011 et ss. du Code civil : par ex. le quasi-usufruit, le prêt à la consommation, les sociétés unipersonnelles, etc. V. les exemples cités : R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, art. préc. V. également : P. Puig, *La fiducie et les contrats nommés*, art. préc., v. spéc. p. 70.

¹⁵²⁴ B. Mallet-Bricout, *Le fiduciaire propriétaire ?*, art. préc. ; C. Kuhn, *La mission du fiduciaire*, art. préc., l'auteur évoque « un propriétaire obligé ».

¹⁵²⁵ P. Puig, *La fiducie et les contrats nommés*, art. préc., p. 68.

Bénabent, d'« hybridation »¹⁵²⁶ des contrats spéciaux. M. Puig précise : « L'avenir devrait de plus en plus être à la combinaison au sein d'un même contrat des régimes propres aux opérations juridiques qu'il met en œuvre (transfert, mise à disposition, garde, etc.) »¹⁵²⁷. La garantie serait alors calquée sur celle du bail et non de la vente, en raison du caractère temporaire de la jouissance¹⁵²⁸. Par ailleurs, sans dénier le fait que le transfert de propriété ou de droit réel en constitue l'archétype¹⁵²⁹, peut-on concevoir une opération d'essence fiduciaire organisée autour d'une licence ? Les textes ne semblent pas s'y opposer¹⁵³⁰. Une exclusion demeure cependant : la prise en charge de la défense des droits moraux par l'exploitant (contrat d'édition et de production) relèverait également de droits personnels, par exemple du mandat, mais non d'une mise à disposition, car elle ne saurait être l'objet d'une licence pas plus que d'une cession.

B – L'exclusion de la cession temporaire en référence à son effet translatif ou constitutif de droit réel

393. La concurrence des qualifications entre la licence et les contrats à effets réels autres que le transfert de propriété. Le contrat de licence de droit d'auteur consiste pour un propriétaire – l'auteur ou ses ayants droit – à lever pour un temps, au bénéfice du licencié, l'interdit initial attaché à cette réservation, afin de lui autoriser des actes d'exploitation de l'œuvre. Cette autorisation emprunte la technique juridique de la mise à disposition au moyen de l'établissement de droits personnels. Plus précisément, c'est la qualification de contrat de bail qui s'est avérée à même de décrire l'économie de l'opération,

¹⁵²⁶ Sur cette notion : A. Bénabent, L'hybridation dans les contrats, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27. La notion apparaît lorsqu'un contrat « présente plusieurs facettes de sorte que, selon l'angle de vue adopté, plusieurs qualifications sont concevables ».

¹⁵²⁷ P. Puig, *Ibid.*

¹⁵²⁸ *Ibid.* spéc. p. 78

¹⁵²⁹ Notant que le fiduciaire, véritable propriétaire est également investi de l'*abusus* lui permettant des actes de disposition. Comp. cependant avec les différentes conditions de « rétrocession » des droits d'auteur dans le cadre des contrats d'exploitation ; comp. la liberté est de principe en droit d'auteur : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 547.

¹⁵³⁰ R. Libchaber, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, *op. cit.*, V. spéc. 1^{re} partie n° 22 et 23. Pour cet auteur, très critique à l'égard de la loi du 19 févr. 2007, il s'agirait d'un transfert de droit réel et non de propriété. V. n° 23 : « cette pseudo-propriété, cette titularité de façade qui se manifeste par l'octroi de pouvoirs spéciaux au fiduciaire, bien davantage que par une liberté de principe à l'égard de la chose ». Si l'auteur plaide en faveur de la technique du droit réel, il évoque au conditionnel la possibilité qu'il ne s'agisse que de droits personnels. V. n° 27 et n° 25 : « Le doute naît de l'article 2011, qui se contente de mentionner que « le constituant transfère des biens » : terme neutre, fort peu juridique, qui ne dit pas s'il s'agit d'un transfert de propriété, de la constitution d'un droit réel, d'une mise en possession ou d'une détention ». – Art. 2011 C. civ. : « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, (...) ». L'art 2018-2 C. civ. évoque quant à lui la cession de créances dans le cadre de la fiducie.

généralement conclue à titre onéreux. Cette opération marquée par l'esprit de retour du plein usage de l'œuvre, à terme, au profit du donneur de licence, s'oppose à la cession comprise comme un transfert de propriété, qui réalise quant à elle un transfert définitif des utilités, ou de certaines utilités cessibles de l'œuvre. Cette opposition semble *a priori* absolue, mais cette impression s'est avérée trompeuse : le transfert de propriété par la fiducie peut être mis au service d'opérations comprenant une dimension de durée, et son rejet provient plutôt de son régime actuel et de son économie générale que d'une impossibilité théorique.

La concurrence des qualifications disponibles pour décrire la mise à disposition temporaire d'une œuvre de l'esprit ne se limite pourtant pas à cette opposition de la technique du transfert de propriété temporaire et du droit personnel. D'autres droits, réels, seraient susceptibles de servir de fondement juridique à l'autorisation temporaire donnée par l'auteur à l'exploitant.

394. Plan. Comme précédemment, nous constaterons que la concurrence de différentes qualifications contractuelles issues du droit civil est permise par la nature de propriété du droit d'auteur. A la différence fondamentale des mécanismes en cause (le droit réel de jouissance conféré par l'usufruit et le droit personnel de jouissance locative), répondent des points communs en termes de régime. Ces ressemblances relèvent en fait de l'appartenance à une même famille des contrats sur les choses et ne sont pas sensiblement plus appuyées en droit d'auteur qu'à propos des choses corporelles. En revanche, il importera de vérifier si les institutions étudiées peuvent être effectivement appliquées au contrat étudié.

Le rapprochement peut être fait entre la licence et l'usufruit conventionnel, d'une part (1), avec d'autres droits réels que l'on attache à certains baux d'autre part (2). *Un paradoxe apparaît : la limitation temporelle de l'usufruit semble être un obstacle à son rattachement aux formules décrites. A l'inverse, c'est la stabilité et la très longue durée de certains baux qui suggère la présence d'un effet réel en leur sein.*

1 – La licence et l'usufruit conventionnel

395. Plan. L'étude des points de convergence (a) précédera celle des points de divergence (b) entre ces deux qualifications concurrentes.

a) Les points de convergence de la licence et de l'usufruit conventionnel au regard de la durée

396. Cession temporaire d'usufruit ou constitution d'un usufruit temporaire ? Un débat ouvert. Nous constatons fréquemment que le terme de « cession » utilisé dans le CPI était interprété très diversement, et fonctionnait comme une même bannière regroupant toute formule à effet réel. La cession peut être entendue comme le strict synonyme de vente, et plus généralement de transfert de propriété, voire d'usufruit. La cession est également rapprochée d'un mécanisme non plus translatif, mais constitutif de droits. Lorsque l'on évoque le recours à l'usufruit conventionnel en droit d'auteur, s'agit-il d'un usufruit préexistant *transféré* d'un patrimoine à un autre par une « cession d'usufruit » ? Ou plutôt d'un usufruit *constitué* au bénéfice du cocontractant ? La question est débattue : *alors que le Code civil admet qu'un terme conventionnel soit porté à l'usufruit, et que l'usufruitier cède son droit, on doute de la possibilité d'une cession temporaire d'usufruit*¹⁵³¹. A l'image des doutes que nous avons rencontrés à propos des cessions temporaires de propriété, il serait donc plus prudent de parler de la constitution d'un usufruit temporaire, en laissant à d'autres le soin de trancher ce débat.

397. Les points communs de la licence et de l'usufruit : le principe partagé d'un esprit de retour. L'usufruit est traditionnellement attaché à une considération de durée. Le siège de ce caractère temporaire se trouve dans l'article 617 du Code civil qui en édicte les principales manifestations pratiques¹⁵³². Ce caractère temporaire fait que l'usufruit ne peut aspirer à la perpétuité – le trait est commun aux droits réels, à l'exception notable de la propriété et des servitudes. La traduction de ce principe est que ce droit temporaire, « au maximum viager »¹⁵³³, serait limité à une durée de 99 ans¹⁵³⁴. Le principe participerait même de l'ordre public des biens¹⁵³⁵. C'est à ce titre que l'on se prononcera sur la compatibilité de

¹⁵³¹ R. Libchaber, Une cession temporaire d'usufruit ?, art. préc., très défavorable à cette notion : « (...) l'usufruit est toujours temporaire, mais la cession ne l'est jamais. ».

¹⁵³² Article 617 C. civ. : « L'usufruit s'éteint :

Par la mort de l'usufruitier ;

Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ;

Par la consolidation ou la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ;

Par le non-usage du droit pendant trente ans ;

Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi. »

¹⁵³³ H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de Droit civil, T II, vol. 2, Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1994, n^o 1649, p. 382.

¹⁵³⁴ Cependant, pour quelques exemples de droits réels perpétuels reconnus par la jurisprudence en matière de copropriété et l'analyse critique de la situation : F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n^o 313, p. 474.

¹⁵³⁵ *Ibid.* n^o313, p.476.

l'usufruit conventionnel avec le contrat d'autorisation. D'autres éléments de qualification devront ensuite conclure la discussion : l'exclusivité, par exemple¹⁵³⁶.

398. Usufruit et durée du droit d'auteur. Ce caractère temporaire de l'usufruit répond au caractère temporaire du droit d'auteur. Ici, « un droit temporaire a pour objet un autre droit temporaire »¹⁵³⁷. La limitation dans le temps du second peut alors perturber le régime du premier. Ainsi, la vocation naturelle du nu-propiétaire à retrouver la pleine propriété de l'œuvre peut être réduite à néant lorsque la fin de l'usufruit coïncide avec la fin du monopole¹⁵³⁸. On ajoutera à cela que l'œuvre n'étant pas un bien consommable, on conçoit mal la restitution par équivalent qui oblige normalement le quasi-usufruitier¹⁵³⁹. La situation, principalement abordée en matière d'usufruit successoral, se pose également en matière d'usufruit conventionnel¹⁵⁴⁰. Or, un droit réel pour la durée de l'œuvre s'apparenterait à une cession de la propriété pour les utilités concernées. Comme le notent MM. Zenati-Castaing et Revet : « Dès lors que le titulaire d'un droit réel peut utiliser la chose et en tirer profit aussi durablement que le propriétaire, plus rien ne l'empêche de se dire lui-même propriétaire, encore que ses prérogatives soient différentes de celles d'un propriétaire. »¹⁵⁴¹.

399. Usufruit et durée du contrat. Si l'esprit de retour est un indice important de la distinction entre transfert de propriété et effet personnel, en revanche ce critère ne serait pas pertinent en soi pour départager usufruit et droit personnel. La notion de droit réel évoque généralement une impression de stabilité¹⁵⁴² que l'on peut être tenté d'opposer à l'autorisation fondée sur des droits personnels, souvent reliée à la notion de précarité. Or, cette présentation appelle la critique, tant ces deux qualifications, conçues pour ne pas légitimer une emprise

¹⁵³⁶ V. *infra* n° 418 et ss.

¹⁵³⁷ B. Dauchez, J.-P. Marguénaud, L'usufruit sur droits d'auteur, *Defrénois* n° 24/04 38070, p. 1695.

¹⁵³⁸ V. B. Dauchez, J.-P. Marguénaud, *Ibid.* ; Ch. Caron, Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle, *Dr. et patrimoine* mai 2005, n° 137, p. 90.

¹⁵³⁹ A la rigueur, l'œuvre en fin de parcours pourrait être comparée aux « choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage » (art. 589 C. civ.). Dans ce cas, l'usufruitier est tenu de les restituer en l'état où elles se trouvent à la fin de l'usufruit... éventuellement dégradées ou inexistantes : pour une comparaison avec la situation du nu-propiétaire du brevet expiré avant l'usufruit : E. Dockès, *Essai sur la notion d'usufruit*, *RTD civ.* 1995, p. 479 (spéc. n° 15).

¹⁵⁴⁰ La problématique est particulièrement visible en matière d'usufruit du conjoint survivant, en particulier lorsque celui-ci dispose encore d'une longue espérance de vie : les héritiers de l'auteur, nus-propiétaires, pourront ne jamais voir le bénéfice de ce droit. V. l'étude approfondie assortie de propositions de B. Dauchez et J.-P. Marguénaud, art. préc.

¹⁵⁴¹ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 301, p. 464. Comp. se bornant à disqualifier l'usufruit en pareil cas : Ch. Atias, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd. Litec, 2007, n° 209 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 4^e éd., *Defrénois*, 2010, n° 804, spéc. p. 255.

¹⁵⁴² « Par nature, l'usufruit démembre durablement, mais provisoirement, la propriété », Ch. Atias, *op. cit.*, n° 246.

définitive sur la chose, sont marquées par la considération de la durée associée à une certaine stabilité. C'est donc vers les modalités de cet esprit de retour que doit s'orienter l'examen.

b) Les points de divergence de la licence et de l'usufruit conventionnel au regard de la durée

400. Les incompatibilités : manifestations divergentes de l'esprit de retour.

La concurrence des qualifications sera donc réglée ici par le régime de la durée de l'usufruit. Or, ce dernier s'avère difficilement compatible avec la mise à disposition temporaire de l'œuvre telle que nous avons pu l'observer. L'usufruit connaît une série de termes extinctifs (art. 617 C. civ.) ; celui de la durée accordée permettrait le rapprochement avec les règles du CPI. En revanche, certains sont incompatibles avec les contrats sur droit d'auteur étudiés. Ainsi le non-usage du droit pendant 30 ans¹⁵⁴³, la mort de l'usufruitier qui s'impose au terme convenu, la volonté unilatérale du titulaire de renoncer à son droit¹⁵⁴⁴, seraient des solutions peu compatibles avec une licence à durée déterminée telle que nous l'avons précédemment étudiée, et avec les contrats d'auteur en général.

401. La durée des autorisations consenties par l'usufruitier. Une difficulté est apparue, relative à l'extinction de l'usufruit par le décès de son titulaire. Les effets de l'extinction de l'usufruit par le décès de l'usufruitier trouvent une « limite » très indirecte dans la jurisprudence, qui estime que l'usufruitier peut conclure des contrats pour une durée allant au delà de son propre droit, c'est-à-dire après son décès. Dans un arrêt de 2000, la Cour de cassation affirme qu'« à supposer même que les contrats litigieux aient constitué de simples actes d'administration, les propriétaires ou usufruitiers devaient subir les effets desdits actes passés par leur prédécesseur »¹⁵⁴⁵. Ainsi, le décès de l'usufruitier spécial (le conjoint survivant) n'entraîne pas la caducité des conventions conclues par lui ; elles ne deviennent pas sans effet et s'imposent aux héritiers devenus pleins propriétaires. L'usufruitier pourrait-il conclure une véritable cession définitive, c'est-à-dire pour la durée du

¹⁵⁴³ Il s'agit d'une prescription extinctive. La solution serait néanmoins avantageuse pour l'auteur ou ses héritiers confrontés à l'inaction prolongée de l'exploitant.

¹⁵⁴⁴ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, par M. de Juglart, *op. cit. (Biens)*, n° 1682 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 302, p. 465. Le déguerpissement est évoqué en termes généraux par les auteurs et présenté en opposition à l'engagement par un droit personnel. V. également : Ch. Atias, *op. cit.*, n° 243, p. 175.

¹⁵⁴⁵ Cass. 1^{re} civ. 6 juil. 2000, note Ch. Alleaume, « Astérix à la Cour de cassation » ou l'usufruit spécial du conjoint survivant sur le droit d'exploitation de l'auteur défunt, *Droit de la famille*, mars 2001, Chron. n° 6, p. 18.

droit ? La question n'a pas reçu de réponse, mais la doctrine majoritaire se prononce en faveur de la solution¹⁵⁴⁶. L'argument est d'assurer la sécurité des conventions, sans quoi l'exploitant hésiterait à se rapprocher de l'usufruitier si la durée des contrats conclus avec lui étaient atteints d'un tel aléa.

Cependant, la solution rendue à propos d'usufruit du conjoint survivant devrait-elle être transposée à l'usufruit conventionnel ? A défaut d'application jurisprudentielle, il nous semble qu'une telle conclusion serait inopportune. D'une part, la durée de cet usufruit a été convenue, et l'on pourrait suggérer que l'usufruit s'éteignant nécessairement par le décès de l'usufruitier, la force obligatoire des contrats permettrait tout au plus de maintenir les autorisations consenties par ce dernier à leur terme contractuel. En outre, il a été proposé à propos de l'usufruit successoral une transposition de l'article 595 du Code civil¹⁵⁴⁷ visant à limiter dans le temps les actes conclus par l'usufruitier pour une courte durée¹⁵⁴⁸. Le danger de cette faculté pour l'usufruitier de souscrire des engagements exclusifs prolongeant leurs effets au-delà de son décès serait de ruiner l'efficacité de la clause de durée stipulée dans la convention d'usufruit. Ainsi, un usufruitier conventionnel pourrait concéder des contrats de licence de longue durée à un tiers (par ex. une personne morale dans laquelle il serait intéressé) perpétuant au-delà du terme de l'usufruit, non pas son droit réel, mais sa faculté d'exploiter, pour des résultats comparables. La solution admise en matière de « cession » est différente et s'appuie sur le droit commun. En application de la maxime *nemo plus juris...*, les sous-contrats conclus par le « cessionnaire » pour une durée dépassant celle de la « cession » initiale devraient être remis en cause¹⁵⁴⁹. Toutefois, en ce domaine également, les solutions sont discordantes¹⁵⁵⁰.

402. La durée limitée de l'usufruit des personnes morales. Autre obstacle à la généralisation de l'usufruit conventionnel en matière de droit d'auteur : le propre de l'usufruit

¹⁵⁴⁶ Ch. Caron, Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle, Dr. et patrimoine, mai 2005, n° 137, p. 90

¹⁵⁴⁷ Article 595 C. civ. al. 1^{er} et 2^e : « *L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à bail à un autre, même vendre ou céder son droit à titre gratuit. / Les baux que l'usufruitier seul a faits pour un temps qui excède neuf ans ne sont, en cas de cessation de l'usufruit, obligatoires à l'égard du nu-propriétaire que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite de manière que le preneur n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve.* »

¹⁵⁴⁸ Ch. Alleaume, « Astérix à la Cour de cassation », note préc. ; CCE 2001, comm. n° 99, note Ch. Caron ; Légipresse 2001, n° 179, III, p. 28, note P.-Y. Gautier.

¹⁵⁴⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 537, et ss. ; du même auteur : Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats, D. 1995, Chron., 262. – Sur ce constat et la possible limitation de tels effets par le contrat, v. : G. Vercken, Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur, Prop. intell., act. 2003, n° 9.

¹⁵⁵⁰ V. *infra* n° 848 et ss.

sur une œuvre protégée par le Livre I^{er} du Code de la propriété intellectuelle est d'avoir deux termes déterminables à l'avance, car déterminés arithmétiquement¹⁵⁵¹. Dans tous les cas, le terme est celui de l'objet sur lequel il porte - l'œuvre - marquant son passage dans le domaine public. Une autre circonstance rend l'usufruit sur droit d'auteur nécessairement contenu dans un temps lorsqu'il est accordé à une personne morale. Dans ce cas, l'article 619 du Code civil¹⁵⁵² dispose que l'usufruit ne peut dépasser 30 ans. La règle est d'ordre public – ce qui est parfois critiqué¹⁵⁵³. Pourtant ce caractère, ainsi que la nullité consécutive des extensions conventionnelles de ce délai, a été récemment rappelé par la Cour de cassation¹⁵⁵⁴.

403. L'usufruit conventionnel, peu sollicité en droit d'auteur. Cet « usufruit par la volonté de l'homme » est donc théoriquement concevable en droit d'auteur, mais l'exploitant est généralement une personne morale, et cette durée de 30 ans peut sembler bien courte au regard de la durée de certains contrats ou du caractère définitif du plus grand nombre. Les rares études consacrées à l'usufruit des droits de propriétés intellectuelles constatent la rareté des usufruits conventionnels¹⁵⁵⁵ et l'envisagent comme une hypothèse distincte des contrats usuellement pratiqués. Le constat peut étonner, car on a vu que la doctrine « spécialisée » recourait parfois à la notion d'usufruit pour qualifier ou du moins décrire les contrats du droit d'auteur¹⁵⁵⁶.

Cette qualification n'est pas envisagée dans la jurisprudence, et les traités de droit des biens consultés, qui évoquent pourtant l'usufruit de propriétés intellectuelles, se gardent bien de qualifier les contrats d'auteur en usufruits conventionnels, de même que la principale étude consacrée à la confrontation des deux notions¹⁵⁵⁷. Son auteur, M. Laronze, voit dans tout contrat sur droit d'auteur une « cession » qui transfère la titularité du droit de propriété

¹⁵⁵¹ Sur ce constat : V. B. Dauchez, J.-P. Marguénaud, art. préc., p. 1695.

¹⁵⁵² Art. 619 C. civ. : « *L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans.* ».

¹⁵⁵³ Pour une présentation et une réfutation de la thèse du caractère supplétif de l'art. 619 du Code civil, v. Ch. Atias, *op. cit.*, n° 212, p. 157 et n° 242, p. 174, et les références en sens contraire citées.

¹⁵⁵⁴ Cass. 3^e civ. 7 mars 2007, n° 06-12568, Bull. III, n° 36, JCP N et I, 2007, 1219, note Hovasse.

¹⁵⁵⁵ B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n°11 p.19 : l'usufruit des droits de propriété intellectuelle est « injustement délaissé ». Sur ce constat de la très faible utilisation de l'usufruit de propriété intellectuelle, spécialement conventionnel : v. Ch. Caron, Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle, Dr. et patrimoine, mai 2005, n° 137, p. 90 ; B. Dauchez, J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 1695 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 534. De plus amples développements sont consacrés à l'usufruit spécial du conjoint (n° 404 et ss).

¹⁵⁵⁶ V. *supra*, par ex. n° 46 – P.-Y. Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D. 1989, Chron., p. 113. Un parallèle peut être fait avec la fiducie : nous avons vu que nombreux sont les auteurs à recourir à la notion, alors même que le régime actuel semble peu propice à une véritable qualification.

¹⁵⁵⁷ Avec des effets en terme de régime : par ex., l'auteur écarte l'application du formalisme à l'usufruit conventionnel car il ne s'agit pas d'un « transfert » de droit d'auteur, V. B. Laronze, *op. cit.*, n° 397, p. 181 ; *Contra* : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 534.

intellectuelle¹⁵⁵⁸. Cette titularité peut être alternative ou cumulative avec celle du cédant¹⁵⁵⁹, car ces droits peuvent se dupliquer ou se démembrer à l'infini¹⁵⁶⁰. Pour autant, M. Laronze ne qualifie pas le contrat dénommé « cession ». La raison en est que cette idée de titularité multipliée ou démembrée est trompeuse, car elle ne se réfère en rien à la notion de démembrement de propriété, tel l'usufruit contractuel¹⁵⁶¹. Le terme de démembrement n'est pas utilisé dans son sens classique, mais comme l'ont fait d'autres auteurs avant lui, dont M. Recht et MM. Lucas pour signifier que la cession peut n'être que être partielle, limitée dans son étendue, sa durée, etc.¹⁵⁶² Autant de choses déjà connues.

404. Conclusion. L'usufruit conventionnel de droit d'auteur apparaît donc comme une hypothèse d'école. L'usufruit conventionnel est-il un acte constitutif, peut-on envisager une cession temporaire d'usufruit ? Il ne nous appartient pas de trancher ce débat évoqué plus haut. En revanche, à supposer cette dernière formule admise, nous avons pu constater que la transposition aux autorisations temporaires des formules relevant d'une manière ou d'une autre de la propriété, ou des autres droits réels, ne peut se faire qu'au moyen de mécanismes dérogatoires. Là où l'esprit d'une institution est sollicité pour expliquer le contrat d'auteur, c'est son régime, voire son économie générale, qui en empêche l'exacte transposition. Au-delà des éléments étudiés, c'est sans doute l'indépendance du propriétaire et de l'usufruitier qui s'accorde mal avec la physionomie des contrats observés. Le licencié tient ses prérogatives d'un contrat, y compris si son contenu est en partie impératif, plus que d'un statut légal prédéterminé. En seconde partie, nous constaterons que la notion n'apparaît en rien comme le fondement des contrats spéciaux d'exploitation, contrairement aux formules concurrentes de cession et de licence que nous étudions. Or, la qualification des formules contractuelles observées en bail ne nous a pas amené à un tel travail de justification. Si la concurrence des qualifications de la mise à disposition temporaire de l'œuvre existe, elle

¹⁵⁵⁸ Position que l'auteur reconnaît lui-même comme un postulat : « Tout contrat d'exploitation rend donc le cocontractant titulaire de droit de propriété intellectuelle. », B. Laronze, *op. cit.* n° 501, p. 222.

¹⁵⁵⁹ Nous retrouvons ici la distinction entre acte translatif et acte constitutif. V. sur la question : I. Tosi, *Acte translatif et titularité des droits*, LGDJ, 2006. n° 12 et s. p. 7 et s., et *passim*.

¹⁵⁶⁰ B. Laronze, *op. cit.*, n° 496 p. 211.

¹⁵⁶¹ L'auteur note que la notion de démembrement est étrangère à la propriété (*Ibid.* n° 506, p. 225). Ce qui est logique car la conception de cet auteur, inspirée des écrits de M. Zenati, n'associe pas propriété et droits réels (sur cette conception, v. *supra* n° 62).

¹⁵⁶² B. Laronze, *op. cit.*, n° 502. En ce sens : v. réf. précitées : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 568. Comp. M. Huet préférant la notion de subdivision et réservant le démembrement aux hypothèses classiques : J. Huet, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 11112, notes n° 17 et 48. M. Atias les classe dans les « démembrements spéciaux » : Ch. Atias, *op. cit.*, n° 273, p. 195.

semble bien se résoudre en faveur de la qualification de licence, transposition de la location en droit de la propriété intellectuelle.

2 – La licence et les effets réels supposés du bail

405. La vaine recherche de l'effet réel du bail. Nous constatons précédemment que la limitation temporelle de l'usufruit accordé aux personnes morales et la précarité qui marque plus généralement son cours constituaient des obstacles au rattachement de l'usufruit aux formules observées, aussi bien temporaires que définitives. A l'inverse, c'est la stabilité et la très longue durée de certains baux qui suggèrent la présence d'un effet réel en leur sein. Nous retrouvons ici l'idée selon laquelle la stabilité conférée au preneur « réalise » son titre¹⁵⁶³. C'est donc que ces baux, à les supposer porteurs de tels effets¹⁵⁶⁴, font naître un droit réel autorisant la jouissance de la chose, l'attribution originaire de ses fruits... mais d'une toute autre nature que l'usufruit. Dès lors, on peut s'interroger quant à l'intérêt de cette recherche : un rapprochement avec le droit de superficie¹⁵⁶⁵ et ses variantes contractuelles, temporaires que sont l'emphytéose et les formules qu'on lui associe traditionnellement, comme le bail à construction. Mais qu'apporterait la reconnaissance d'un droit réel, éventuellement innommé, au régime de ces opérations, quand nous observons leur profonde identité et la compatibilité de leur régime avec la location du Code civil ?

406. Conclusion du paragraphe 1. Nous retrouvons là un point commun aux différentes tentatives d'attribution d'un effet réel à la mise à disposition temporaire de l'œuvre. Rechercher l'expression de la durée dans ces formules mettant en œuvre le droit de propriété ou d'autres droits réels relève de mécanismes d'exception, ou nécessiterait d'importants aménagements aux régimes des mécanismes plus courants. En l'absence d'impossibilité théorique, c'est le régime (parties, effets, durée, etc.) qui pose problème. Néanmoins, si l'on doit débattre d'un hypothétique effet réel de la mise à disposition du droit

¹⁵⁶³ V. sur l'effet réel de certains baux (par ex. *supra* n° VIII) et sur l'effet réel envisagé comme la cession des fruits de l'œuvre (*supra* n° 275).

¹⁵⁶⁴ La question de l'effet réel du bail se pose à différents degrés : généralement contestée pour le bail en général, à l'opposé consacrée légalement pour certains baux (par ex. l'emphytéose), et en discussion pour les baux d'exploitations conférant à la jouissance une stabilité certaine (par ex. le bail commercial).

¹⁵⁶⁵ L'idée générale de l'institution est une division de la propriété dans l'espace (propriété du sol pour le tréfoncier d'une part, droit réel de superficie pour le dessus ou le dessous pour le superficiaire d'autre part. La division autrefois opérée dans le temps l'est aujourd'hui dans l'espace. V. par ex. : Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 4^e éd., Defrénois, 2010, n° 902. L'idée évoque le partage des utilités de l'œuvre entre l'auteur et l'exploitant, mais il semble peu utile d'y voir autre chose, tout au plus, qu'une analogie.

d'auteur, ce n'est plus dans un critère de durée que l'on doit le rechercher, mais dans l'intensité des droits concédés : le droit concédé est-il exclusif ? La non-exclusivité relève-t-elle d'une qualification contractuelle distincte ?

§ 2 – Exclusivité contractuelle et qualification de la licence de droit d'auteur

407. Exclusivité, liberté contractuelle et qualification. A l'image de la notion de durée étudiée plus haut, le choix de conférer à la mise à disposition un caractère exclusif, c'est-à-dire de la réserver à un licencié donné à l'exclusion d'autres¹⁵⁶⁶, dépend en principe de la volonté des parties, et constitue un élément important de qualification contractuelle. Cette liberté de choix est un trait commun à la licence considérée comme contrat d'autorisation, qualifié de bail, et, nous le verrons en seconde partie, aux différents contrats d'exploitation du CPI, susceptibles d'accueillir avec ou sans exclusivité une licence ou une « cession ».

408. Exclusivité et concurrence des qualifications. La recherche d'une qualification à la licence de droit d'auteur suppose qu'on la distingue d'opérations à l'économie proche, particulièrement la « cession » entendue largement comme contrat à effet réel. Cette notion d'exclusivité a-t-elle un rôle décisif à jouer dans ce partage ? Nous constaterons que son rôle en matière de qualification est important, mais qu'il est moins décisif que celui de l'esprit de retour précédemment étudié. Mais surtout, l'influence de l'exclusivité sur la qualification du contrat n'intervient pas nécessairement là où l'on pourrait l'attendre.

409. Plan. Le rôle de l'exclusivité peut être étudié depuis deux points d'observation : premièrement, l'exclusivité a-t-elle un impact direct sur sa qualification ? (*I – L'impact direct de l'exclusivité sur la qualification de licence et de cession*). Deuxièmement, l'exclusivité peut n'être plus considérée en tant que telle, comme élément du contrat, mais son régime peut susciter l'application d'autres corps de règles, *a priori* étrangers au droit d'auteur, mais dont les effets vont rejaillir sur le contenu du contrat : le droit de la concurrence par exemple (*II – L'influence « indirecte » de l'exclusivité sur la qualification de licence*).

¹⁵⁶⁶ Insistant sur le double aspect de l'exclusivité contractuelle : « l'exclusivité porte dans le même mouvement une inclusion et une exclusion ; elle est à la fois adhésion et rejet, autorisation et interdiction, liberté et contrainte. Autrement dit, elle comporte deux faces indissociables. L'une – négative – exprime un interdit, une abstention, une atteinte aux libertés ; techniquement une obligation de ne pas faire. L'autre – positive – s'inscrit dans l'action, manifeste l'exercice d'une liberté, elle est le projet que l'on a dessiné à deux. », N. Eréséo, *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 15.

I – L’impact direct de l’exclusivité sur la qualification de licence et de cession

410. Plan. Concentrons-nous ici sur le rôle de l’exclusivité dans la concurrence des qualifications de cession et de licence. L’exclusivité de la mise à disposition de l’œuvre a-t-elle une influence sur les qualifications que nous mettons en concurrence : licence et cession ? L’étude des différentes conceptions doctrinales opérée en ouverture de cette recherche¹⁵⁶⁷ peut suggérer une réponse positive. A l’extrême, pour une frange importante de la doctrine, l’exclusivité – par sa présence ou par son absence – constituerait la *summa divisio* des contrats du droit d’auteur. Il importe donc de savoir à quel titre cette influence jouera. Nous examinerons l’impact de l’exclusivité sur la qualification de licence, que nous avons précédemment qualifiée de bail¹⁵⁶⁸ : celui-ci s’avère pour le moins relatif (*A – L’absence d’influence de l’exclusivité sur la qualification de la licence*). En revanche, la cession, entendue traditionnellement comme contrat à effet réel, pourrait voir sa qualification civiliste lourdement perturbée par cette donnée (*B – Le pouvoir qualifiant de l’exclusivité sur la notion de cession*).

A – L’absence d’influence de l’exclusivité sur la qualification de la licence

411. Plan. Le rôle de l’exclusivité sur la qualification de la licence rejoint donc l’étude de ce rôle sur le louage de choses. Dès lors que l’exclusivité est de principe en matière de louage, elle ne saurait aucunement requalifier la licence exclusive en cession. L’exclusivité n’opère pas en elle-même un effet translatif ; au mieux peut-on y voir une conséquence de ce dernier. Elle est avant tout une modalité permettant d’organiser la jouissance d’une chose et ne préjuge pas nécessairement sa qualification. Ainsi, l’exclusivité peut être « réelle », inhérente à la chose cédée, mais également « personnelle », « contractuelle », en ce qu’elle découle d’un rapport d’obligations instauré entre le donneur de licence et le licencié¹⁵⁶⁹. D’autre part, le droit personnel de jouissance conféré par le louage n’est pas essentiellement exclusif. L’absence d’exclusivité ne devrait donc pas davantage disqualifier le contrat de licence. Cette hypothèse nécessite une brève description du droit positif généralement

¹⁵⁶⁷ V. Partie I, Titre I, Ch. I. (*supra*, n° 13 et ss.)

¹⁵⁶⁸ V. Partie I, Titre II, Ch. I. (*supra*, n° 145 et ss.)

¹⁵⁶⁹ Rappr. S. Poillot-Peruzzetto, Essai d’analyse des relations juridiques en matière de propriété littéraire et artistique et industrielle en droit français et communautaire, Thèse, Paris 2, 1986, p. 299 : « Nous distinguerons donc, dans le cadre de la relation d’exploitation, deux types de relations exclusives que nous comparerons continuellement, la relation exclusive d’exploitation, d’origine légale ou contractuelle, la relation exclusive de la licence, ou licence exclusive, qui lie cette fois deux sujets et non plus un sujet et un objet. »

applicable au contrat de bail, auquel on a rattaché la licence (1- *L'exclusivité, élément naturel du bail en général*). Ensuite, la comparaison avec d'autres baux que sont les licences de propriétés industrielles nous éclairera sur la place de l'exclusivité dans les contrats sur choses incorporelles (2- *L'exclusivité, élément indifférent à la qualification de licence de propriété industrielle*). Enfin, nous tâcherons de faire le point sur la question en ce qui concerne le droit d'auteur (3- *L'exclusivité, élément accidentel de la licence de droit d'auteur*).

1 – L'exclusivité, élément naturel du bail en général

412. Le bail en général. Les éléments essentiels de la jouissance locative sont, comme nous l'avons vu, l'onérosité et le caractère temporaire. Or, l'exclusivité de cette jouissance n'apparaît pas nommément dans le Code civil. Pourrait-on la déduire du caractère nécessairement paisible de la jouissance ?¹⁵⁷⁰ Il semblerait bien que cette exclusivité découle de la nature des choses, et plus précisément de la matérialité de la chose : l'usage de la chose suppose sa détention et exclut la concurrence d'autres personnes, en particulier celle du bailleur. Mais l'évidence de l'affirmation est trompeuse : la nature des choses est une justification peu satisfaisante, car elle ne fait que cacher la volonté, exprimée ou supposée, des parties. La nature de la chose ne détermine pas nécessairement la nature du contrat. Un bail non exclusif n'en serait pas moins un bail. La jouissance concurrente peut être paisible, si les parties ont entendu la limiter ainsi. On connaît ainsi des exemples de baux non exclusifs, certains portant sur des droits¹⁵⁷¹.

La jurisprudence, au demeurant peu abondante, se prononce traditionnellement en ce sens : l'article 1709 du Code civil n'exige pas que la jouissance du preneur soit exclusive¹⁵⁷². Cependant, deux arrêts plus récents rendus par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation en 2002 et en 2006¹⁵⁷³ invitent au doute, en excluant la qualification de bail des mises à dispositions par ailleurs non exclusives. Dans un arrêt de 2006, la Cour affirme : « Mais

¹⁵⁷⁰ La question est posée en ces termes et résolue par le constat du caractère non essentiel de l'exclusivité, par : J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 54, p. 71. En ce sens : J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 21105, p. 680. *Contra* : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 348, affirmant que le bail doit permettre « l'usage exclusif et continu d'une chose ».

¹⁵⁷¹ J. Cayron, *op. cit.*, n° 58, p. 73 (l'auteur cite l'exemple du bail d'un droit de chasse).

¹⁵⁷² Cass. civ. 16 juillet 1951, D. 1951, 587, JCP 1952, II, 6717, note Esmein ; Cass. soc. 29 juin 1960, Bull. IV, n° 698 ; Cass. com. 18 oct. 1967, Bull. III, n° 331.

¹⁵⁷³ Cass. 3^e civ. 13 févr. 2002, Bull. III n° 40, D. 2002, 1204, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2002, 289, obs. M.-P. Dumont et p. 450, obs. J.-P. Blatter ; Cass. civ. 3^e, 11 janv. 2006, D. 2007, p.903, obs. Damas ; Defrénois, 15 mai 2006, n° 9, p. 721, n° 38385, note E. Savaux ; RDC, 1^{er} juill. 2006, n° 3, p. 758 ; AJDI, 2006, 458, obs. Y. Rouquet.

attendu qu'ayant relevé que M. X. bénéficiait de la mise à disposition d'un bassin de piscine partagé avec d'autres utilisateurs et selon des horaires modifiables à tout moment, la cour d'appel, qui a retenu qu'en l'absence d'une libre disposition à usage exclusif de ce local, la convention signée entre les parties ne pouvait être qualifiée de bail »¹⁵⁷⁴. Dans l'arrêt de 2002, ce sont l'intermittence de la jouissance dans le temps ainsi que des prestations complémentaires d'entretien et de gardiennage qui disqualifient la jouissance non exclusive de la qualification nommée¹⁵⁷⁵. Doit-on voir dans l'exclusivité un nouvel élément essentiel du bail ? L'examen des arrêts suggère la conclusion inverse. Dans les deux arrêts cités, c'est un faisceau d'indices qui concourait à écarter la jouissance locative, et l'absence d'exclusivité n'apparaissait que comme un élément très secondaire. Dans l'arrêt de 2006, la disqualification se justifie essentiellement par la possibilité pour le bailleur de fixer unilatéralement les conditions de la jouissance. Comme le note M. Savaux dans sa note : « Bien que le motif de cassation exclue la qualification de bail « en l'absence d'une libre disposition à usage exclusif », ce qui faisait en réalité défaut en l'espèce, c'était la libre jouissance du bien par le bénéficiaire de la mise à disposition. »¹⁵⁷⁶. Dans ces deux espèces, la non-exclusivité apparaissait donc comme un élément parmi un ensemble, retirant indirectement à la jouissance locative son intensité habituelle.

413. Sous-location, partie plurale à un bail ou bail non-exclusif. S'agissant des choses matérielles, une pluralité des créanciers de la jouissance locative s'entend rarement d'une pluralité de contrats non exclusifs liant un même bailleur. Ainsi, un preneur initial peut contracter lui-même un bail avec un preneur second. L'opération est une sous-location : les deux baux sont distincts, le second étant accordé par le preneur originaire¹⁵⁷⁷. On doit aussi distinguer le bail, non exclusif à proprement parler d'autres formules. Plusieurs personnes peuvent constituer la partie plurale d'un bail, cas de « colocation », notion non-juridique qui

¹⁵⁷⁴ Cass. civ. 3^e, 11 janv. 2006, (précité).

¹⁵⁷⁵ Cass. civ. 3^e, 13 févr. 2002 (précité) : « les limitations à la jouissance des lieux dans le temps, les nombreuses prestations relatives à l'équipement et à l'entretien des locaux assurées par la société Les Ateliers de Danse, ainsi que le contrôle de l'accueil et de la sécurité conservés par cette dernière démontraient que le contrat passé avec l'Ifedem ne pouvait se réduire à une sous-location ».

¹⁵⁷⁶ E. Savaux, note sous : Cass. civ. 3^e, 11 janv. 2006, (préc.). – Quelle qualification retenir alors ? La Cour de cassation ne revient pas sur la qualification de convention d'occupation précaire donnée par les juges du fond, à tort semble-t-il, puisque les autorisations successives étaient conclues pour des périodes d'un an, ce qui ne correspond pas à la notion de précarité. M. Savaux suggère le recours à l'innommé : « La possibilité accordée au bailleur de modifier les horaires ne constitue pas un motif de précarité. Mais elle empêche l'occupant d'avoir la jouissance du bien. D'où il pourrait résulter que, pour une fois, la pseudo-qualification de « mise à disposition à titre onéreux » soit la seule concevable » (*Ibid.*). En ce sens : N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 312.

¹⁵⁷⁷ Sur ces différentes formules, v. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 333.

« indique seulement la pluralité de locataires »¹⁵⁷⁸. Dans ces cas, c'est une obligation plurale avec ou sans solidarité¹⁵⁷⁹. La situation est à distinguer d'une pluralité de preneurs qui évoque l'existence de plusieurs baux distincts¹⁵⁸⁰, à des conditions possiblement différentes : les preneurs n'ont pas vocation à se connaître, et d'un point de vue juridique, leur dette est distincte. Ensuite, il est toujours possible que le bail soit stipulé initialement non exclusif sans que, dans les faits, le preneur ne soit jamais confronté à un autre.

414. L'exclusivité, élément naturel du contrat de bail. Selon une ancienne classification, déjà éprouvée dans ces lignes, on conclura que *l'exclusivité n'est pas un élément essentiel du bail mais un élément naturel* : sa présence est de principe, et ne nécessite pas de stipulation. Le caractère naturel de cette exclusivité doit être relié avec la nature corporelle de l'objet, qui suggère cette exclusivité. En revanche, son exclusion ou sa réduction peuvent être stipulées et n'invalident ni ne disqualifient le contrat.

2 – L'exclusivité, élément indifférent à la qualification de licence de propriété industrielle

415. La licence de propriété intellectuelle est l'exemple par excellence illustrant la possibilité de baux non exclusifs. La volonté des parties est moins contrainte par la structure de la chose, la jouissance ne supposant pas d'appréhension matérielle, mais des actes d'exploitation d'une chose sans *corpus*. La nature immatérielle de la chose a pour traduction l'ubiquité : cette qualité permet de démultiplier à l'infini les actes d'exploitation par des sujets indépendants¹⁵⁸¹. La précision du contrat viendra se substituer aux contours matériels de la chose corporelle qui supposait en principe une emprise solitaire. Ici, plus sûrement encore, la non-exclusivité ne disqualifie pas la jouissance locative en forme atténuée de mise à

¹⁵⁷⁸ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 454. – Pour le bail d'habitation on parle de copreneurs (art. 1751 C. civ. : le bail d'habitation conclu par un époux bénéficie à l'autre) ou de formules atténuées : la solidarité de l'art. 515-4 du Code civil pour le couple pacsé, v. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 292 et s., p. 223.

¹⁵⁷⁹ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, *op. cit.*, n° 554.

¹⁵⁸⁰ Par ex. 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 ?, Débats, RDC, avril 2006/2, p. 597.

¹⁵⁸¹ J. Raynard, *Ibid.* spéc. n° 603 ; v. du même auteur, Aspects civilistes des contrats de transfert de technologies, in *Les accords de transfert de technologie : Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*, Avant-propos : J. Raynard, Litec 2005, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise, n° 23., spéc. n° 16 et ss., p. 14 et ss.

disposition : « La protection du caractère paisible de la jouissance du licencié s'exercera dans le cadre exact des prérogatives qui lui ont été conférées. »¹⁵⁸².

416. L'exploitation personnelle du donneur de licence. La question de la nature exclusive ou non (on parle aussi de licence simple ou ouverte) du droit de jouissance est évoquée par la loi, et sera généralement réglée par le contrat écrit, prescrit à peine de nullité en matière de brevets¹⁵⁸³. L'analyse de la question se concentre sur les contours de cette exclusivité lorsqu'elle est stipulée : interdit-elle au donneur de licence l'exploitation personnelle de son droit ou ne constitue-t-elle qu'une interdiction faite à ce dernier de concéder d'autres licences ? La question, un temps discutée, semble réglée en licence de marques, où le donneur de licence exclusive ne saurait poursuivre personnellement l'exploitation¹⁵⁸⁴, mais reste un sujet récurrent de débats en matière de brevets¹⁵⁸⁵. A supposer une carence du contrat, la question reste débattue, et la simple référence au droit commun du bail s'avère décevante : la licence qui omettrait de stipuler l'exclusivité devrait-elle avoir ce caractère ? Sans doute, en vertu du droit commun du bail¹⁵⁸⁶. La solution serait sans doute peu opportune : l'ubiquité de l'invention ou du signe distinctif réservé ne devraient-ils pas inverser la solution ? Cette exclusivité de principe, élément naturel du bail des choses corporelles, est intimement liée à la matérialité de la chose, dont l'emprise se conçoit

¹⁵⁸² J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 58, p. 74.

¹⁵⁸³ Art. L. 613-8 du CPI pour la licence de brevet. L. 714-1 du CPI pour la seule cession de marques.

¹⁵⁸⁴ La solution semble davantage acquise en droit des marques, où le donneur de licence exclusif s'interdit en principe d'exploiter son signe distinctif. V. Cass. com. 10 janv. 1995, Bull. IV, n° 12, RTD com. 1996, p. 269, obs. J. Azéma. – Pour des références récentes sur l'ensemble de la question, v. : N. Eréséo, *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 386 ; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, *Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, 2^e éd., LGDJ, 2009, n° 403, p. 568.

¹⁵⁸⁵ Dans ce cas, le breveté peut-il exploiter ? La question est partagée en doctrine, et les décisions citées sont parfois contradictoires. Ainsi, la doctrine majoritaire se prononce pour, le donneur de licence exclusive s'interdit simplement de concéder d'autres licences. En ce sens : J.-J. Burst, J.-Cl. Brevets, fasc. n°4740, n° 69 ; J. Azéma et J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd. Dalloz, 2006, n° 507, p. 310 ; J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007, n° 289, p. 115. – *Contra*, en faveur de l'interdiction : J. M. Mousseron, L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention, in *Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 172 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle - La propriété industrielle*, Economica, 2011, n° 716. – Sur ce débat, *adde* : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 321, note n° 192. – Une décision fréquemment citée en faveur du breveté ne nous paraît pas devoir résoudre la question : Cass. com. 26 févr. 2002, Prop. ind., févr. 2003, p. 18, n° 8, note J. Raynard. Il est admis que le breveté donneur de licence exclusive s'interdit de conclure d'autres licences. En revanche, la Cour de cassation juge que le concédant de licence exclusive de brevet peut se livrer à une exploitation concurrente. Cependant, l'arrêt indique qu'il n'est pas prétendu « que ce dernier ait mis en œuvre à cette occasion la technique couverte par le brevet faisant l'objet du contrat de licence ». Il s'agissait ici de concurrencer le licencié (ce qui est permis, en principe), ce qui ne signifie pas que le breveté conserve le droit d'exploiter le brevet donné en licence.

¹⁵⁸⁶ On ajoutera que l'on s'accorde sur le fait que, sauf clause contraire, permettant des licences partielles (quant au territoire, aux prérogatives ou aux applications), l'autorisation est en principe totale. En ce sens, v. : J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *op. cit.*, n° 283.

généralement comme exclusive. L'exclusivité ne devrait-elle pas se concevoir comme un élément accidentel, nécessitant une clause ?¹⁵⁸⁷

3 – L'exclusivité, élément accidentel de la licence de droit d'auteur

417. Nous retrouvons dans l'œuvre le même don d'ubiquité que dans l'invention ou le signe distinctif. L'identité de nature de ces objets de droit suppose les mêmes problématiques. Cependant, le débat en droit d'auteur est en pratique simplifié par la réglementation des contrats d'exploitation. Mais comme souvent, cette réglementation détaillée laisse sans réponse le régime de la licence considérée en tant que telle, comme contrat d'autorisation. Ainsi, le contrat de représentation fait de l'exclusivité un élément accidentel, que les parties doivent stipuler expressément. Au contraire, les contrats d'édition (art. L. 132-8 du CPI) et de production audiovisuelle font de l'exclusivité un principe (élément essentiel ou naturel, ce débat intéressant la relation de la licence et du contrat d'exploitation du CPI sera traité en seconde partie¹⁵⁸⁸). Comment se situe dans ce système la licence, contrat d'autorisation dépourvu de ces cadres impératifs spéciaux ? Dans une première approche, on pourrait s'en tenir à l'analogie entre la licence et le contrat de représentation (art. L. 132-19 du CPI), formules généralement rapprochées. Dans ce cas, la licence peut être exclusive ou non, mais elle ne l'est pas par principe. Autrement, l'assimilation de la licence au louage suggérerait la solution inverse : une exclusivité de principe, que l'on peut choisir d'exclure¹⁵⁸⁹.

Cependant, en dépit de la vocation naturelle qu'a le régime du bail à s'appliquer ici, la solution d'une non-exclusivité de principe semble s'imposer. On retrouve dans l'œuvre de l'esprit le même caractère ubiquiste de la chose, dont la jouissance ne nécessite pas nécessairement l'emprise exclusive. Ensuite et surtout, le droit commun des contrats d'auteur fait de ce dernier un « droit retenu ». Le principe est ici celui de la spécialité des « cessions » : tout ce qui n'est pas « cédé » au sens large est conservé par l'auteur. Ce qui vaut pour le *domaine* de l'autorisation devrait valoir pour son *intensité*, à moins de ruiner le dispositif

¹⁵⁸⁷ Cass. com. 14 nov. 2006, n° de pourvoi : 04-16338 (Inédit), cité par : N. Eréséo, thèse préc., n° 386 : « (...) qu'après avoir constaté l'absence de toute clause d'exclusivité, la cour d'appel a pu en déduire, dès lors que la convention prévoyait une redevance mais n'interdisait pas au concédant de vendre sous sa marque des articles identiques à ceux visés au contrat de licence à certains clients ou à des prix plus bas, que cette forme d'exploitation personnelle de la marque restait permise au concédant, tant au regard d'une prétendue garantie de sa part, qui n'existait pas en l'absence d'exclusivité, que de son obligation d'exécuter de bonne foi un contrat, dont il était retenu qu'il ne s'opposait pas à ce comportement ».

¹⁵⁸⁸ Sur cette notion : v. *supra* n°172.

¹⁵⁸⁹ En ce sens : S. Raimond, *op. cit.*, n° 570 et n° 573.

protecteur institué en faveur de l'auteur contractant. L'exclusivité contractuelle devrait être un élément accidentel de la licence de droit d'auteur. De même, si l'auteur n'est pas partie au contrat de licence, l'exclusivité ne devrait s'imposer qu'en cas de clause non équivoque, l'argument lié à la protection de l'auteur est écarté, mais il n'est pas le seul qui importe. C'est la nature incorporelle de l'œuvre qui laisse supposer la non-exclusivité contractuelle. Cet argument, propre au droit d'auteur, trouve un soutien dans le principe plus général d'interprétation stricte des exclusivités contractuelles¹⁵⁹⁰. Ce principe, spécialement remarqué lorsque le débiteur de l'exclusivité est la partie faible d'un contrat, pourrait voir dans les contrats du droit d'auteur une illustration intéressante.

B – Le pouvoir qualifiant de l'exclusivité sur la notion de cession

418. La cession, en principe définitive – par principe exclusive. Nous avons précédemment défini le transfert définitif du droit d'auteur comme une « cession » relevant de la catégorie des contrats à effet réel¹⁵⁹¹. Plus que de formuler une véritable qualification, il s'est agi d'évincer en pareil cas la qualification de licence. Une jouissance temporaire de l'œuvre relevant de mécanismes de transfert de propriété s'est avérée également possible en théorie, mais l'organisation de ce caractère temporaire relevait de formules dérogoires, concrètement inadaptées aux contrats du droit d'auteur. La cession s'est également illustrée comme synonyme de contrat ayant pour objet un usufruit. Qu'il soit cédé ou constitué, affecté d'un terme conventionnel ou légal, l'usufruit a en revanche une vocation, parfois non réalisée, à s'éteindre avant la propriété de l'œuvre. Encore une fois, le régime attaché à l'usufruit nous a conduit à exclure cette formule des contrats observables dans notre matière. *De cette concurrence des qualifications, la licence semble l'avoir emporté sur les contrats à effet réel : nous avons conclu que si la cession relevait généralement de cet esprit définitif, la licence était quant à elle l'essence même du contrat temporaire.*

Un autre facteur de qualification intervient dans la connaissance de la cession. Si l'exclusivité n'a pas vocation à qualifier la licence, en ce qu'elle peut ne découler que d'un

¹⁵⁹⁰ Sur le constat et une approche critique de ce phénomène, v. N. Eréséo, *op. cit.*, n° 274. Le principe découle de l'affirmation généralement admise selon laquelle tout ce qui n'est pas interdit est autorisé. Il est plus précisément relié, d'une part à la protection des libertés économiques ; d'autre part à l'art. 1162 C. civ. selon lequel les stipulations ambiguës s'interprètent contre celui qui a stipulé, ici contre le créancier de l'exclusivité (*Ibid.* n° 268 et ss.).

¹⁵⁹¹ V. *supra* n° 373.

« banal » rapport d'obligation, il en va différemment de la cession. Sa nature de vente *stricto sensu* (ou donation) ou de formule innommée dépendra de ce facteur.

419. La cession de l'œuvre porte sur un droit réel, principalement sur le droit de propriété. Telle est la conception généralement observée. Pourtant, la cession peut se définir comme « la transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit »¹⁵⁹². Pourquoi dès lors devrait-on exclure de cette notion l'autorisation prenant la forme d'un droit personnel que nous avons qualifiée de licence ? Le droit cédé à titre définitif ne pourrait-il pas être un droit personnel constitué à propos de la chose et ensuite cédé ? L'artifice semble trop grand, et la cession d'un droit personnel ne se conçoit essentiellement que dans le cas d'opérations du type des cessions de contrat ou de créance (ce qui est le cas en matière d'édition, où la loi n'évoque que la cession du « bénéfice du contrat » par l'éditeur et non la cession de l'œuvre (article L. 132-16 du CPI). Or, si l'auteur avait véritablement cédé son droit à l'éditeur, comme l'indique pourtant la loi, ce dernier pourrait à son tour s'en défaire). L'inverse brouillerait les distinctions entre louage et formules à effet réel, non seulement en droit d'auteur mais en droit privé, et contournerait la prohibition des engagements perpétuels. A supposer que le droit personnel cédé soit nécessairement temporaire, voilà des éléments de complexité bien inutiles, qui ne servent en rien l'explication des contrats qu'il nous est permis d'observer. La cession s'entend comme le contrat translatif, et si ce transfert peut porter sur des droits personnels préexistants, le transfert de l'œuvre s'entend comme un transfert de propriété des utilités cessibles, et par extension, constitution de droit réel¹⁵⁹³.

420. Qualification de la cession exclusive : la vente. La cession entendue comme synonyme de vente (transfert de propriété) ou *lato sensu* contrat à effet réel, est nécessairement exclusive. Le droit transféré se retrouve à l'identique dans le patrimoine du cessionnaire. S'agissant d'un droit de propriété ou d'usufruit, il est nécessairement exclusif. Les règles protectrices attachées à la protection de l'auteur retranchées à la cession, reste la chose, l'utilité cessible de l'œuvre, qui n'est pas altérée par le transfert. L'exclusivité est alors

¹⁵⁹² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 9^e éd., 2011, à « Cession ».

¹⁵⁹³ Ce point semble admis. V. par ex. N. Blanc, *op. cit.*, n° 281. L'auteur parle cependant de transfert des droits patrimoniaux et non de l'œuvre. L'œuvre étant l'objet de cette propriété, il nous semble préférable d'évoquer le transfert de propriété de l'œuvre. Bien entendu, ce transfert ne se conçoit que des utilités cessibles de cette dernière.

dite « réelle » et non « personnelle », car elle s'attache à la chose et non pas à un rapport d'obligations.

421. Qualification de l'opération dite de « cession » non-exclusive : démembrement innommé ou droit personnel *sui generis* ? L'incorporalité de l'œuvre permet de fait une démultiplication à l'infini des titulaires d'un droit d'exploitation sur celle-ci. Encore faut-il traduire cette situation de fait en droit, c'est-à-dire la qualifier. La situation va de soi lorsque le mécanisme recourt à un bail non exclusif. En revanche, le recours à la cession non exclusive impose de détacher celle-ci de la stricte qualification de vente, et de transfert de droit réel en général : le transfert d'un droit exclusif étant également exclusif, la non-exclusivité de la cession suppose le transfert ou la constitution d'un droit nouveau par nature non-exclusif, distinct du droit réel de l'auteur.

Il est également courant de lire, en doctrine, que la non-exclusivité n'amoindrit pas le pouvoir de chacun sur la chose incorporelle¹⁵⁹⁴. Cette considération est exacte d'un strict point de vue juridique, car un même acte d'exploitation donné peut être accompli simultanément par plusieurs exploitants. En revanche, ce constat, qui semble postuler l'indifférence de l'exclusivité sur la nature de la cession, reste peu en prise avec la réalité : à moins d'une stratégie conçue à cette fin par les différents exploitants, chaque licence concédée diminue les possibilités de mise en valeur de l'œuvre¹⁵⁹⁵. La chose, immatérielle, aspire à l'infini ; en revanche, le succès des objets produits à partir de cette œuvre sur un marché ne se démultiplie pas sur le même modèle. En outre, un auteur ayant « cédé » son œuvre à titre non exclusif ne pourra plus la céder par la suite à titre authentiquement exclusif. Or, l'exclusivité est un élément naturel à de nombreux modes d'exploitations, et « essentiel » à leur réussite économique. Lorsqu'elle n'est pas indispensable à une exploitation rentable de l'œuvre, elle constitue du moins une cause d'accroissement du prix auquel peut prétendre l'auteur.

422. Choix d'une qualification de la « cession » non exclusive. Nous retrouvons ici la « cession » du CPI, entendue non plus comme synonyme de vente, et par extension d'un effet réel quelconque, *mais comme formule générique d'autorisation*. L'auteur garde sa propriété, mais elle est comme grevée par le droit d'un tiers. Si le droit d'exploitation conféré

¹⁵⁹⁴ Par exemple C. Neirac – Delebecque, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse dactyl., Montpellier 1999, n° 569, p. 364.

¹⁵⁹⁵ Des conséquences s'y attachent en termes de régime, ce que nous verrons au sujet des obligations de garantie (V. *infra* n° 836).

au tiers est différent de celui du propriétaire, la situation évoque l'usufruit, à la différence que ce dernier est par principe exclusif, ce qui exclut la qualification. Un autre droit réel non exclusif ou exercé par une pluralité de bénéficiaires serait concevable, mais que resterait-il de la qualification de droit réel, dans la mesure où l'exclusivité en est la principale caractéristique ? Le point suscite la circonspection de la plupart des auteurs analysant pourtant tout contrat d'auteur en cession¹⁵⁹⁶.

Distinguons ensuite ces idées de démembrement de l'opération conduisant à une indivision. La copropriété serait-elle apte à qualifier la situation ? L'analyse est permise si l'on admet que la cession ne porte jamais que sur les utilités cessibles de l'œuvre, les co-indivisaires étant tous propriétaires de la chose. Mais l'indivision n'est concevable que dans le cas d'une identité de droits sur les mêmes utilités de la chose, pour un nombre de titulaires limité et déterminé¹⁵⁹⁷. Cette hypothèse ne correspond donc pas à la licence non exclusive, lorsque celle-ci laisse au donneur de licence la faculté d'en conclure d'autres librement. L'usage pratique du terme de « co-exclusivité » est à ce titre révélateur : l'exclusivité peut être partagée, mais entre parties nommément désignées, ce qui ne correspond pas à une situation de non-exclusivité (v. par exemple le contrat de coproduction audiovisuelle). Aussi, dans la cession permettant à l'auteur d'exploiter personnellement, l'indivision est-elle concevable, mais l'hypothèse est d'école, l'auteur comptant généralement sur un tiers pour exploiter. En revanche, dans l'hypothèse où l'auteur se réserve seul le droit de concéder librement d'autres cessions ou licences, l'indivision est semble-t-il difficilement concevable.

La « cession » non exclusive et définitive serait en conséquence un contrat innommé. Si l'on peut se représenter la situation en référence à l'idée d'un monopole de l'auteur se démembrant à l'infini¹⁵⁹⁸, en revanche, à la différence des représentants de cette doctrine, nous ne voyons rien qui fasse de cette modalité la seule qualification contractuelle envisageable.

¹⁵⁹⁶ Par ex. excluant le caractère réel du droit en l'absence d'exclusivité C. Neirac-Delebecque, thèse préc., n° 571. V. également : A. Robin, thèse préc., v. par ex. n° 255. Mais reste à qualifier la « cession » non exclusive... question à laquelle nous ne trouvons pas de réponse.

¹⁵⁹⁷ C. Neirac-Delebecque, *op. cit.*, n° 570 : « L'exclusivité peut être partagée ou non ». Mais il faut pour cela que le nombre des indivisaires soit limité et déterminé, et que l'auteur s'interdise toute autre autorisation. Dans le cas contraire, l'auteur disqualifie et évoque très implicitement la possibilité d'un droit personnel. V. A. Robin, *op. cit.*, n° 256 et ss., (spéc. n° 261) ; S. Raimond, *op. cit.*, n° 564, écartant la qualification de « démembrement du monopole », celui-ci étant nécessairement exclusif. *Contra* : Ch. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, Collections du CEIPI, 2010, n° 261. Cet auteur écarte l'exclusivité des critères de distinction des cessions et des licences par le constat que les droits réels ne sont pas nécessairement exclusifs (par ex. le droit d'usage et d'habitation, v. art. 630 et 633 C. civ.).

¹⁵⁹⁸ V. Partie I, Titre I, Ch. I. (v. *supra*, spéc. n° 17, n°23).

423. Difficultés pratiques. A en croire cette importante doctrine, la variété des contrats du droit d'auteur tiendrait à un critère d'exclusivité. Mais cet élément essentiel en termes économiques est difficilement praticable en tant que critère de distinction d'ensemble. Au sein d'un même acte, les droits « cédés » sont parfois à la fois exclusifs et non exclusifs, par périodes de temps, avec un régime différencié par modes d'exploitation. Un extrait de clause type fréquemment utilisée en pratique illustrera la situation : « Les droits énumérés à l'article 2 ci-dessus sont cédés au Producteur à dater de la signature des présentes, pour une durée de (.....) années dont les (.....) premières années à titre exclusif, puis à titre non exclusif pour les (.....) années suivantes. A l'expiration de la période d'exclusivité, le Cédant se réserve le droit d'adaptation et d'exploitation de l'œuvre originale par tous modes y compris de nouvelles adaptations télévisuelles »¹⁵⁹⁹. Ici, on remarque non seulement le passage d'une période d'exclusivité à une autre de non-exclusivité, mais également l'étendue des droits donnés en licence qui se voit restreinte pour la période de non-exclusivité. En cas de durée d'ensemble limitée, il est plus facile de concevoir une seule et même licence exclusive, puis non exclusive, que deux contrats de nature différente se succédant. La difficulté est plus grande lorsque l'opération dans son ensemble est définitive et qu'une période de temps est exclusive. S'agit-il d'une vente se prolongeant d'une « cession » non exclusive innommée ? La première vente serait temporaire, ce que nous avons rejeté. Il s'agirait plus vraisemblablement d'une opération complexe, liant une licence exclusive suivie d'une « cession » non exclusive innommée.

424. Conclusion. L'exclusivité s'est avérée indispensable à la qualification de cession, entendue comme contrat à effet réel. Au contraire, la qualification de licence est apparue comme indifférente à ce facteur. Il est toutefois possible de relever certains cas dans lesquels l'exclusivité de la mise à disposition, par les inconvénients qu'elle soulève, suscite l'application de règles pouvant influencer indirectement sur les qualifications contractuelles.

II – L'influence « indirecte » de l'exclusivité sur la qualification de licence

425. L'exclusivité ne qualifie ni ne disqualifie la licence. En revanche, le droit, en corrigeant les effets de certaines exclusivités, limite la durée de la mise à disposition. Il

¹⁵⁹⁹ « Contrat de production audiovisuelle – Cession de droits d'auteur - Adaptation d'une œuvre préexistante » (Article 3 Durée). Contrat type publié par la SACD <http://www.sacd.fr/Modeles-de-contrats-television.237.0.html>. (20/10/2011).

encourage ainsi le recours à la licence. L'exclusivité n'est pas en soi critiquable : elle vise à récompenser l'investissement réalisé par certains exploitants¹⁶⁰⁰. Comme en propriété industrielle, la licence exclusive peut être un encouragement à l'innovation, un facteur de concurrence lorsqu'elle permet la pénétration de nouveaux marchés¹⁶⁰¹. L'exclusivité peut en revanche être une source d'immobilisme, lorsqu'elle se prolonge dans la durée sans motif particulier, ni véritable contrepartie pour l'auteur. Sans revenir sur les différents instruments que le droit de la concurrence applique au droit d'auteur¹⁶⁰², il en est un qui pourrait infléchir la qualification contractuelle de la mise à disposition, en limitant la durée des engagements exclusifs, suppléant ainsi le silence du CPI sur ce point. On sait que la durée de l'exclusivité est limitée dans le cas précis du contrat de représentation, par exemple. En revanche, aucune conséquence sur la durée n'est attachée à l'exclusivité par le CPI. La solution est différente des autres contrats exclusifs, par exemple les contrats de la distribution, qui se voient encadrés dans le temps par une limitation décennale (article L. 330-1 C. com.)¹⁶⁰³. Rien cependant de semblable en droit d'auteur, pourtant source de nombreux engagements exclusifs de longue durée.

Aussi pourrait-on voir dans le droit de la concurrence une source indirecte de limitation de la durée des engagements en droit d'auteur. Ce droit, extérieur à la propriété intellectuelle et procédant d'une logique autre, pourrait avoir un impact indirect sur le contenu du contrat¹⁶⁰⁴, et donc sa qualification. En associant à la mise à disposition un élément de durée, une opération initialement envisagée comme une cession pourrait accéder à la qualification de licence, les qualifications concurrentes exprimant cette idée de durée ayant été préalablement écartées.

426. Illustrations. Il a ainsi été fait application du droit de la concurrence au plan national pour sanctionner les « cessions » exclusives à durée excessive au regard des nécessités de l'exploitation cinématographique et d'une juste rémunération des

¹⁶⁰⁰ Par exemple B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 180.

¹⁶⁰¹ A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n°570.

¹⁶⁰² V. par ex. P. Sirinelli, L. Vogel, Rapport du CSPLA, Propriété littéraire et artistique et droit de la concurrence, févr. 2004.

¹⁶⁰³ V. par ex. N. Eréséo, *op. cit.*, n° 310, p.185 et s.

¹⁶⁰⁴ En ce sens, par ex. C. Prieto, L'application du droit de la concurrence aux contrats relatifs à la propriété intellectuelle, *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2005 n° 2, p. 311 ; D. Mazeaud, L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux, art. préc., spéc. n° 25 ; Y. Reinhard et S. Thomasset-Pierre, *Droit commercial*, 7^e éd., Litec 2008, n° 208 (ces derniers auteurs sont cependant critiques envers cette tendance).

investissements réalisés¹⁶⁰⁵. Au plan communautaire, la CJUE (anciennement CJCE) juge dans un arrêt déjà ancien « Coditel 2 », qu'un contrat de « cession » de droit à titre exclusif n'est pas, en lui-même, constitutif d'une entente illicite entre le cédant et le cessionnaire. Toutefois, « (...) il appartient, le cas échéant, à la juridiction nationale de vérifier si, dans un cas d'espèce, les modalités d'exercice du droit exclusif concédé par ce contrat, se placent dans un contexte économique ou juridique dont l'objet ou l'effet serait d'empêcher ou de restreindre la distribution de films ou de fausser la concurrence sur la marché cinématographique, eu égard aux particularités de celui-ci. »¹⁶⁰⁶. La Commission a eu l'occasion d'appliquer ce principe dans une décision « ARD » du 15 septembre 1989, en estimant qu'une exclusivité de 15 ans portant sur 1350 films du catalogue d'une société de production et sur 150 à produire était inhabituelle par rapport aux usages de la profession¹⁶⁰⁷. Mais plutôt que la durée de la mise à disposition, c'est ici la durée de l'exclusivité qui est en cause.

Une illustration plus parlante se trouve dans les statuts des sociétés de gestion collective, déjà étudiés. Nous avons ainsi relevé plusieurs décisions de la CJUE rendues à propos des sociétés de gestion collectives. Les conditions de retrait stipulées dans leurs statuts ôtaient de fait à l'auteur tout espoir de retrouver le plein usage de ses droits. La Commission a estimé que la clause des statuts de la SACEM, subordonnant le retrait d'un membre à son adhésion à une autre société, était une « condition de transaction non équitable », validant en revanche la possibilité de retrait moyennant une demande motivée auprès de la société¹⁶⁰⁸.

Derrière ces termes, la possibilité pour l'auteur de n'être pas lié définitivement à la SACEM. La rédaction actuelle des statuts de la SACEM assure à l'auteur un véritable droit de se retirer de la société et le retour du plein usage de l'œuvre à son bénéfice¹⁶⁰⁹. Dans ces conditions, l'inoculation d'un esprit de retour en présence d'engagement exclusif a pu rapprocher les « apports » de la licence exclusive, les éloignant ainsi de la qualification de cession définitive (fût-elle par ailleurs d'inspiration « fiduciaire »). Ainsi, une source extérieure au droit d'auteur comme à toute préoccupation de qualification contractuelle a

¹⁶⁰⁵ Par ex. Cons. conc., 24 nov. 1998, « Canal Plus », BOCC, 21 janv. 1999, p. 7, et Cons. conc., 22 déc. 1999, « TF1 », CCE 2000, comm. 69, note G. Decocq ; également commentés par : B. Montels, *Pratique des contrats audiovisuels*, CCE juill.-août 2003, p. 13. Sur l'ensemble de la question, voir : B. Montels, thèse préc., n° 171.

¹⁶⁰⁶ CJCE, 6 oct. 1982, rec. 1982. 3381. « Coditel 2 ». V. par ex. : P. Sirinelli, L. Vogel, *Rapport du CSPLA* (préc.), n° 62.

¹⁶⁰⁷ Décision ARD, Commission, JOCE, n° L 284/36, 3 oct. 1989, citée par : B. Montels, *Pratique des contrats audiovisuels*, art. préc.

¹⁶⁰⁸ Commission des CE, « Daft Punk », 12 août 2002, 2005/5, p. 388 ; sur cette décision, v. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 896.

¹⁶⁰⁹ Suite à une modification des statuts de la SACEM en 2000.

permis de faire évoluer une convention traditionnellement tenue pour une cession vers une logique de licence.

427. Conclusion du paragraphe 2. La composition des critères, facteur de qualification : le passage de la licence à la cession. L'exclusivité connaît différentes sources, elle n'est pas le propre de la licence de droit d'auteur, pas plus que de la cession. Il paraît donc inexact de prétendre à l'existence d'un droit réel sur le seul constat de la présence d'une exclusivité, dans la mesure où cette qualité est concurrente à plusieurs qualifications contractuelles. Ce caractère est potentiellement présent ou absent dans les deux formules – licence et cession – et ne saurait donc être un critère efficace de distinction : dans la première, il n'est qu'une option ; dans la seconde, il est un élément essentiel. Ensuite, une même mise à disposition peut être conclue à titre exclusif pour un temps et perdre ensuite ce caractère.

L'exclusivité n'est donc pas un critère de distinction entre licence et cession. Elle n'en demeure pas moins un outil important de qualification, mais à la portée limitée : son absence permet simplement de disqualifier la « cession » définitive et non exclusive, non pas en bail¹⁶¹⁰, mais en formule innommée.

L'exclusivité est également un facteur d'application de règles destinées à sauvegarder la concurrence. Ce droit relève d'une autre logique et d'autres impératifs que la technique contractuelle ou le droit d'auteur. Il marque néanmoins une influence sur ces derniers en affectant la liberté de contracter en général, et également le contenu du contrat quant à sa durée. *On peut donc conclure que l'exclusivité s'est révélée comme un facteur pour le moins indirect de qualification de la licence, incitant ponctuellement à la reconnaissance de la notion de durée dans le contrat d'auteur. Dans ces cas, c'est donc bien la durée de l'engagement ou au contraire son caractère instantané et définitif qui constitue le véritable critère de distinction de la cession et de la licence.*

Un troisième élément, fréquemment débattu en jurisprudence, est régulièrement présenté en doctrine comme un véritable critère de qualification de contrat : la titularité de l'action en contrefaçon. Cette faculté pour l'exploitant de défendre son droit contre les tiers serait l'indice d'un droit réel, tandis qu'au contraire, ce droit retenu par l'auteur ou un ayant droit serait la conséquence de la nature personnelle du droit de l'exploitant. Il convient d'étudier la réalité cette analyse.

¹⁶¹⁰ *Contra*, estimant que le défaut d'exclusivité conduit à la qualification de bail : S. Raimond, thèse préc., n° 586. Or, des développements qui précèdent, il apparaît seulement que la non-exclusivité disqualifie la cession mais ne préjuge pas celle de bail.

§ 3 – Titularité de l'action en contrefaçon et qualification de la licence de droit d'auteur

428. Critère ou simple effet d'une qualification contractuelle ? Idéalement, la titularité de l'action en contrefaçon – élément de régime du contrat – ne devrait pas être présentée comme un éventuel critère de qualification, mais, au contraire, comme un effet de cette qualification. Cependant, si une présentation didactique suggère que le régime soit déduit de la qualification¹⁶¹¹, la recherche d'une qualification prend concrètement la forme d'une série d'inductions : afin d'identifier un contrat et le relier à une catégorie connue, on ne peut échapper à l'étude des éléments de régime formant le contenu contractuel. A ce titre, la titularité de l'action en contrefaçon pourrait apparaître, en raison de son fondement traditionnel, comme un indice apte à nous renseigner sur la nature du titre de l'exploitant de l'œuvre, et de ce fait sur la nature du contrat. On ne s'étonnera donc pas de retrouver dans les ouvrages de droit d'auteur, aux développements consacrés à l'action en contrefaçon, notre débat sur la distinction entre cession et licence.

429. Plan. Le rattachement traditionnel de l'action en contrefaçon à une action en revendication suggère que le titulaire de cette action bénéficie nécessairement d'un droit réel sur la chose incorporelle. Le droit positif vient cependant contredire cette présentation. Un exposé général (*I – La titularité de l'action en contrefaçon du licencié : des fondements théoriques au droit positif*) nous amènera à l'étude de la situation propre au droit d'auteur (*II – La titularité de l'action en contrefaçon et la nature de l'autorisation d'exploiter l'œuvre*). Nous nous concentrerons sur l'aspect civil de l'action en contrefaçon, plus apte que l'aspect pénal à nous renseigner en matière de qualifications contractuelles.

I – La titularité de l'action en contrefaçon : des fondements théoriques au droit positif

430. La nature réindicatoire de l'action en contrefaçon. La contrefaçon peut se définir le plus largement possible comme « l'exploitation d'une œuvre protégée, sans l'autorisation du titulaire du droit »¹⁶¹². L'action venant sanctionner cette atteinte est

¹⁶¹¹ J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255.

¹⁶¹² M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, 2009, n° 1038.

rattachée, dans son aspect civil, à une action réelle, plus précisément en revendication¹⁶¹³. Mais la nature de l'action en contrefaçon est duale, cette action réindicatoire est tout autant de nature réparatoire¹⁶¹⁴, encore que les modalités de cette réparation tendent à s'écarter du droit commun de la responsabilité civile¹⁶¹⁵. Il s'agit selon Roubier de « rendre au titulaire du droit son exclusivité »¹⁶¹⁶. L'action en contrefaçon est donc étroitement liée à la présence d'un droit réel ainsi qu'à l'exclusivité. Ce rapprochement n'étonnera pas, car nous avons vu comment la doctrine reliait ces deux éléments : la présence d'une exclusivité devrait, selon certains, caractériser à elle seule la présence d'un droit réel. De fait, la corrélation, souvent constatée, entre la présence d'une exclusivité et la titularité de l'action en contrefaçon, pourrait conduire à inférer la nature réelle du titre du licencié exclusif. La proposition est résumée ainsi par un auteur : « Seule la présence d'une exclusivité, concrétisée, en droit de la propriété intellectuelle, par le bénéfice de l'action en contrefaçon dans le rapport d'obligation, autoriserait la qualification réelle du droit en cause »¹⁶¹⁷. On pourrait voir dans la titularité de l'action en contrefaçon, expressément choisie par les parties ou tranchée par le juge interprète de leur convention, un véritable critère de partage entre les contrats du droit d'auteur empruntant ou ignorant les formules de cession et de licence. Cependant, ce schéma simple auquel on est tenté de résumer la situation du droit d'auteur correspond-il à la réalité observable ? Celle-ci prête au doute, lorsqu'il s'avère que la titularité de cette action n'implique pas nécessairement la titularité d'un droit réel et que la présence d'une exclusivité ne fonde pas systématiquement le libre exercice de l'action. La propriété industrielle fournit l'illustration la plus claire de cette situation.

¹⁶¹³ En ce sens, v. not. : J. Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec-IRPI, 1997, n° 85, p. 52 ; J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets d'invention*, PUF, 1991, p. 330 et ss. ; M. Vivant (dir.), *Lamy Informatique et réseaux*, 2011, n° 103 et s., n° 122. ; J. Schmidt-Szalewski, La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence, *RTD com.* 1994, p. 455. – Proposant, déjà, un rapprochement : L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey, 3^e éd., 1938, n°1553.

¹⁶¹⁴ *Adde* : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 1046.

¹⁶¹⁵ V. par exemple l'article L. 331-1-3 du CPI : « 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 causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte. / Toutefois, 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.* ».

¹⁶¹⁶ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Partie Générale, t. 1, Sirey, 1952, n° 100 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 1046.

¹⁶¹⁷ A. Robin, *op. cit.*, n° 253, p. 241 et s. (mais le droit de défendre son droit ne suffit pas à caractériser le droit réel (v. *Ibid.* n° 254 et s.) ; notant également que l'action en défense d'un droit réel n'est pas une action en revendication mais une action confessoire se rapprochant d'une action en revendication).

431. Le paradoxe de la titularité de l'action en contrefaçon. De ce rapprochement entre droit réel et titularité de l'action en contrefaçon naît un paradoxe qui n'échappe pas à la doctrine spécialisée. Ainsi, l'analyse menée par M. Passa est représentative d'un double constat courant en doctrine : il est d'abord rappelé que la qualité à agir appartient « naturellement » au propriétaire originaire (ou ayants droit et cessionnaires) du titre. Ensuite, M. Passa relève cette anomalie : « Quant au licencié, qui ne possède pas de droit de propriété intellectuelle mais seulement un droit personnel à l'égard du titulaire, il ne devrait en principe pas bénéficier du droit d'agir en contrefaçon ; cependant, la loi le lui accorde dans une certaine mesure. »¹⁶¹⁸.

Dès lors, une alternative s'offre à nous pour justifier les hypothèses d'habilitation du licencié à agir :

- Première justification : le licencié titulaire de l'action en contrefaçon serait par là même titulaire d'un droit réel, peu importe l'intitulé de l'acte et le reste du contenu contractuel. Dans ce cas, deux fondements juridiques seraient en concurrence : soit la licence, à l'instar d'autres baux spéciaux, produirait un effet réel ; soit la qualification de licence devrait être rejetée au profit de celle de cession.

- Seconde justification : l'on peut conclure que la titularité de l'action en contrefaçon ne suppose pas nécessairement la titularité d'un droit réel.

Quelle branche de cette alternative doit emporter la conviction ? Précédemment, nous avons conclu que l'exclusivité, quoique nécessaire en principe à la qualification de droit réel, ne lui était pas propre pour autant, l'exclusivité connaissant plusieurs sources. Nous nous orienterons par conséquent vers la seconde justification : l'étude des régimes confirme que la titularité de l'action en contrefaçon ne suppose pas celle d'un droit réel ; en revanche, le législateur tend à habiliter le titulaire d'un droit quel qu'il soit, généralement exclusif. *La qualité à agir en contrefaçon serait davantage attachée par le législateur à l'exclusivité qu'à l'effet réel, le second ne se résumant pas à la première.* Le rattachement de l'aptitude à agir à l'exclusivité est un point souvent affirmé comme une évidence ; nous préférons le considérer comme une simple hypothèse qu'il importe de vérifier.

432. L'exemple du licencié exclusif de propriété industrielle. En effet, généralement, ce droit est accordé au licencié exclusif en propriété industrielle ainsi qu'au

¹⁶¹⁸ J. Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec-IRPI, 1997, n° 72, p. 45 : « (...) à titre exceptionnel, la loi accorde dans certains cas l'action en contrefaçon au licencié, qui ne dispose pourtant d'aucun droit réel sur la valeur intellectuelle. ».

cessionnaire. En droit des dessins et modèles, dont les liens avec le droit d'auteur ont été évoqués, la loi réformée en 2007 s'aligne sur les autres droits de propriété industrielle (brevets et marques) en ouvrant l'exercice de l'action au licencié exclusif¹⁶¹⁹. Cependant, des conditions particulières sont énoncées par la loi et rendent l'exercice de l'action du licencié plus contraignant que pour le propriétaire originel ou le cessionnaire : *l'action n'est recevable qu'en cas de carence du propriétaire, après mise en demeure*. Quant au licencié non exclusif, son droit se borne à l'intervention dans l'action engagée par le titulaire pour la réparation du préjudice qui lui est propre¹⁶²⁰. Cette dernière possibilité ne relève pas à proprement parler de l'action en contrefaçon comprise comme action en revendication ; tout au plus relèverait-elle de la facette « responsabilité civile », indemnitaire, également reconnue à cette action¹⁶²¹.

Peut-on dire que cette évolution récente de la loi, accordant sous conditions au licencié exclusif de dessin et modèle le droit d'agir en contrefaçon, manifeste la volonté du législateur de réformer la nature du titre du licencié ? Doit-on y voir une consécration de la *summa divisio* proposée par des auteurs en fonction de la présence ou de l'absence d'exclusivité ? Cette conclusion nous semblerait pour le moins hâtive lorsqu'il ne s'agit que de protéger avec plus de pragmatisme des intérêts légitimes. On ajoutera que la réforme est la transposition d'une directive communautaire¹⁶²² que l'on ne peut suspecter de prendre parti en faveur de la doctrine française minoritaire optant pour la qualification unique, nécessairement réelle, du contrat d'auteur.

433. Droit du producteur de phonogramme ou de vidéogramme. Notons que la solution est en partie différente en matière de certains droits voisins du droit d'auteur, qui attachent plus fermement la titularité de l'action du licencié à l'exclusivité, sans requérir la

¹⁶¹⁹ La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon » rompt avec l'état du droit antérieur, en admettant désormais l'action du licencié exclusif de dessins et modèles (sur cette loi, v. Ch. Caron, La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon », JCP E, n° 47, 22 nov. 2007, 2419 ; T. Azzi, Présentation générale, Dossier sur la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, D. 2008, 700.). – Antérieurement, la jurisprudence refusait au bénéficiaire d'une « concession exclusive d'exploitation » le droit d'agir, celui-ci n'étant pas « propriétaire des droits patrimoniaux sur le modèle litigieux » : Cass. com. 12 juil. 1993, Bull. IV, n° 294 p. 209 ; Cass. com. 10 mai 1994, D. 1996. 520, note F. Greffe (v. également les décisions citées *infra*). La doctrine, parfois critique, prenait généralement acte de cet état du droit. Comp. : Ch. Caron, *Ibid.*, citant : CA Paris, 22 févr. 2006, Prop. intell. 2006, p. 463, note P. de Candé.

¹⁶²⁰ Article L. 521-2 CPI : « *L'action civile en contrefaçon est exercée par le propriétaire du dessin ou modèle. Toutefois, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en contrefaçon si, après mise en demeure, le propriétaire du dessin ou modèle n'exerce pas cette action. / Toute partie à un contrat de licence est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par une autre partie afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre.* ». La disposition rejoint dans ses grandes lignes l'article L. 615-2 du CPI relatif à la contrefaçon de brevet et l'article L. 716-5 relatif aux marques.

¹⁶²¹ Cet aspect a particulièrement retenu l'attention du législateur (loi du 29 octobre 2007), modifiant les articles cités.

¹⁶²² Directive n° 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

carence ni l'intervention du propriétaire, mais une simple notification à l'adresse de celui-ci (art. L. 331-1 CPI)¹⁶²³. Comme le note M. Caron : « Mais rien de tel n'est consacré en matière de droit d'auteur, discipline où l'on s'obstine à ne pas reconnaître officiellement l'existence de licences qui n'en existent pas moins en pratique »¹⁶²⁴. Tout au plus notera-t-on que le droit voisin du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes entre en corrélation avec le droit du producteur audiovisuel, qui tient ses droits des auteurs : droit réel ou droit personnel¹⁶²⁵. Ce dernier élément suscite nécessairement la circonspection de la doctrine spécialisée, aux craintes desquelles il nous est permis de souscrire : l'article L. 331-1 al. 3 du CPI « étend surtout aux contrats sur les droits voisins la qualification de « licence » réservée jusqu'ici aux seuls droits de propriété industrielle. Néanmoins, cela crée une différence avec les contrats sur les droits d'auteur que le CPI et la majorité de la doctrine continue de désigner uniquement sous le terme de « cession ». Par conséquent, cette différence risque d'entraîner des difficultés pratiques au regard de l'obligation de cession « en bloc » de tous les droits dont dispose le producteur (CPI, art. L. 215-1, al. 3), ce qui nécessitera une application distributive des règles du Code civil relatives à la vente (pour la partie droits d'auteur) et à la location (pour la partie droits voisins). »¹⁶²⁶.

434. Discussion du fondement traditionnel reliant la titularité de l'action en contrefaçon à la titularité d'un droit réel. Ces dispositions, propres à des disciplines voisines du droit d'auteur, appellent plusieurs remarques pouvant nous aider par la suite à trouver un fondement à l'action en contrefaçon par le licencié en droit d'auteur.

Sans contester la force de l'analogie entre l'action en contrefaçon et l'action en revendication, on peut s'interroger sur sa qualité à assurer le fondement de l'action lorsqu'elle est confiée au licencié exclusif. *A la lecture des textes cités, l'action en contrefaçon semble subsidiaire à celle du propriétaire : il faut souffrir la médiation du propriétaire.* En cas d'exclusivité, il faut prouver son inaction. En cas de licence simple, il faut se joindre à l'action du propriétaire. Or, un trait du droit réel qui lie directement les personnes aux choses se révèle en termes procédurales : « L'opinion classique voit dans le droit réel un pouvoir sur une chose, pouvoir qui se caractérise par le fait qu'il s'exerce directement au plan procédural,

¹⁶²³ Art. L. 331-1 al. 3 du CPI : « *Le bénéficiaire valablement investi à titre exclusif, conformément aux dispositions du livre II, d'un droit exclusif d'exploitation appartenant à un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en justice au titre de ce droit. L'exercice de l'action est notifié au producteur.* »

¹⁶²⁴ Ch. Caron, La loi du 29 octobre 2007, article préc.

¹⁶²⁵ Sur la qualification de la « cession » présumée dans le cadre du contrat de production audiovisuelle, v. *infra*, n° 498 et ss.

¹⁶²⁶ B. Montels, Un an de droit de l'audiovisuel, CCE juin 2008, Chron. 6 (n°13).

alors que l'action personnelle du créancier d'une chose est médiatisée par le débiteur. »¹⁶²⁷. Il semble dès lors difficile d'induire de l'action ouverte au licencié de brevet, de marque ou de dessins et modèles, sous les conditions que l'on a vu, la titularité d'un droit réel.

*L'intérêt de l'exploitant effectif de la création déposée justifie un traitement législatif de faveur dérogatoire*¹⁶²⁸. La loi modifie sur ce point le résultat que l'on pouvait normalement attendre des qualifications contractuelles de cession et de licence. Qu'en est-il à présent des solutions relevées en droit d'auteur ? Celles-ci semblent, *a priori*, davantage liées aux qualifications de cession et de licence.

II – La titularité de l'action en contrefaçon et la nature de l'autorisation d'exploiter l'oeuvre

435. La titularité de l'action en contrefaçon en droit d'auteur : l'analyse menée à partir des contrats d'exploitation du CPI. En droit d'auteur, la titularité de l'action en contrefaçon semble *a priori* directement liée à de pseudo-qualifications. Elle subit en fait directement le flou des qualifications d'usage. Le droit à agir bénéficierait au « cessionnaire » et ferait défaut au titulaire d'une « autorisation », sous-entendu au licencié. C'est du moins ce que suggère l'observation superficielle de la loi. Cette distribution correspond à celle opérée au sein du CPI, réglant certains contrats d'exploitation : les contrats d'édition et de production comportant en principe une « cession » et le contrat de représentation comportant une « autorisation ». Or, comme on le démontrera¹⁶²⁹, l'autorisation qui fonde nombre de ces contrats, couramment qualifiée de « cession », relève du bail, c'est-à-dire de la qualification de licence. Pour plus d'exactitude, on se bornera à relever cette correspondance : dans les cas cités, le droit d'agir de l'exploitant est associé à des *mises à disposition exclusives*. Or, il semble qu'il ne s'agisse encore que d'une corrélation.

¹⁶²⁷ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 311.

¹⁶²⁸ En ce sens, par exemple : « Dès lors, la possibilité reconnue, en droit de la propriété industrielle, au licencié exclusif d'agir en contrefaçon, pourrait, faute de mieux, s'analyser comme un mécanisme légal dérogatoire subordonné à un accord implicite du titulaire du droit – ce que confortent les conditions posées. », F. Pollaud-Dulian, obs. sous Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009, Cédric Brochier Soieries c. Martine Carrasset-Marillier, inédit, pourvoi n° 07-21.498, RTD Com. 2009, p. 307.

¹⁶²⁹ V. *infra* n° 476 et ss.

436. La titularité de l'action en contrefaçon en présence d'une licence, contrat d'autorisation. Mais qu'en est-il de la licence, considérée en tant que telle, distinguée de ces régimes spéciaux impératifs ? L'action du bénéficiaire d'une « simple autorisation », formule que l'on rattache habituellement à la licence non exclusive, est quasi unanimement rejetée¹⁶³⁰. Cependant, l'absence de terminologie fixée par la loi est propice à la confusion. La doctrine se prononce parfois en faveur du titulaire de droits exclusifs quelle que soit la nature de son titre¹⁶³¹. Ce faisant, tout en atténuant l'intérêt de la distinction entre cession et licence, ces interprètes calquent le schéma du CPI relatif à certains contrats d'exploitation à l'ensemble des mises à disposition innommées. D'autres auteurs, plus nombreux, relient plus directement la question de la titularité de l'action aux qualifications de cession ou concession et licence, soulignant ainsi l'intérêt pratique de la distinction¹⁶³². Seul le cessionnaire, véritable ayant droit de l'auteur, en bénéficierait, contrairement au simple concessionnaire / licencié.

Laquelle de ces solutions relève du droit positif ? A dire vrai, aucune. Certes, la jurisprudence semble se prononcer majoritairement en faveur de la seconde position. La solution n'est pas nouvelle : en matière de logiciel et de droit d'auteur sur des créations par ailleurs protégées par le droit des dessins et modèles, le « concessionnaire exclusif » se voit refuser l'action : « Sur l'application de la loi du 11 mars 1957 : (...) considérant que seul le titulaire du droit peut poursuivre et que le licencié ou concessionnaire, même exclusif, n'a pas la disposition de l'action en contrefaçon (...) »¹⁶³³. Encore récemment, en droit d'auteur, la

¹⁶³⁰ *Contra* : « peut agir un simple licencié », X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, n° 1096, p. 428.

¹⁶³¹ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 914, p. 636 (v. les quelques décisions citées) ; en ce sens : P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Gualino, 2007, n° 219. Notons que ces auteurs plaident pour une telle solution davantage qu'ils ne la constatent.

¹⁶³² P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 796, p. 852 ; Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec 2009, n° 529, p. 443.

¹⁶³³ CA Paris, 16 juin 1976, D. 1977, Jur., p. 516, note P. Greffe ; V. par ex. (logiciels) : CA Versailles, 13 nov. 1991 ; CA Versailles, 3 juin 1992, JCP E, 1993, I, 240, n° 7. – En matière de dessins et modèles, avant la réforme accordant le droit d'agir au licencié exclusif : TGI Paris, 17 juillet 1973 ; CA Paris, 6 nov. 1975, Ann. PI, 1977.87 ; CA Paris, 16 juin 1976 (précité) ; CA Paris, 18 sept. 1996, JCP E, 1997, I, 655 obs. F. Greffe, Chron. Dessins et modèles, n° 6 ; Cass. com. 10 mai 1994, D. 1996, II, 520, F. Greffe. Ces solutions, obsolètes pour le droit issu du dépôt, restent d'actualité pour ce qui relève du droit d'auteur. Dans les deux derniers arrêts cités cependant, l'interprétation des faits est délicate : le « concessionnaire exclusif » ou « licencié » pouvait n'être considéré que comme le distributeur, l'importateur, « concessionnaire exclusif » entendu dans le sens du droit de la distribution, ce qui - sauf à invoquer un droit de distribution sujet à épuisement - les exclut d'une qualification en termes de droit d'auteur. Comp. CA Paris, 13 juill. 1982, PIBD, 1983. III. 27, opérant une nette distinction entre licence de droit d'auteur et contrat de distribution, mais refusant le droit d'agir dans les deux cas. – En droit d'auteur « pur », refusant l'action du licencié : TGI Paris, 5 nov. 2003, RTD com. 2004, p. 277, obs. F. Pollaud-Dulian (photographies du Stade de France).

Cour de cassation a refusé le bénéfice de l'action au titulaire d'une « simple autorisation de reproduire une œuvre ». Or, il s'agissait en l'espèce d'une véritable licence exclusive¹⁶³⁴.

Cependant, en droit d'auteur « pur », un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris accorde à un licencié le droit d'agir en contrefaçon, en recevant un « sous-éditeur » à agir contre l'usage publicitaire indu de la bande originale du film *Lawrence d'Arabie*. En l'espèce, le propre licencié de ce « sous-éditeur » avait outrepassé la destination des droits loués. L'enthousiasme que pourrait procurer cette reconnaissance explicite, cette prise d'acte, à différents titres, de la licence de droit d'auteur par une importante juridiction, doit être mesuré et compris. Bien que statuant effectivement sur le contenu des prérogatives offertes à un licencié (ici le « sous-éditeur », licencié habilité, sous condition d'accord du « propriétaire », à concéder à son tour des licences non exclusives), cette solution doit avant tout être lue comme la pièce d'un ensemble, illustrant le flou du droit positif. Le contrat propre à fonder le droit d'agir est désigné comme un contrat d'édition (musicale), l'autorisation qu'il contient relève donc de la licence. Deux arguments vont en ce sens : d'une part, à supposer qu'il corresponde au contrat d'édition du CPI, comme nous le verrons en seconde partie, l'autorisation qu'il contient ne peut être qu'une licence ; d'autre part, indépendamment de l'application éventuelle de ce statut spécial, l'observation de son *contenu* éclaire la nature de cette autorisation. En effet, ce « sous-éditeur » licencié n'avait pas la libre disposition des droits qu'il détenait¹⁶³⁵. L'analyse de M. Lucas mérite d'être reproduite, car elle saisit en toute objectivité l'artifice qu'il y a parfois à regrouper la variété des contrats du droit d'auteur sous la fausse unité du terme de « cession » : « En entrant dans le jeu (que nous récusons quant à nous) de la *summa divisio* entre cession et licence, il est évident que la société Universal [le sous-éditeur] n'était pas « cessionnaire » mais seulement « licenciée » de la société éditrice américaine désignée dans le contrat comme le « propriétaire », et investie, à ce titre, de tous les droits non compris dans la licence. Il fallait alors se demander si cette licence était exclusive, ce qui, même si la solution n'est pas expressément énoncée par le CPI sur le terrain du droit d'auteur, pouvait la rendre habile à agir en contrefaçon. Et le seul fait que l'intéressée

¹⁶³⁴ Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009, Cédric Brochier Soierie c. Martine Carrasset-Marillier, inédit, pourvoi n° 07-21.498, CCE avril 2009, n° 32, obs. Ch. Caron ; Prop. intell., avril 2009, 169, obs. A. Lucas ; RTD Com. 2009, p. 307, obs. F. Pollaud-Dulian. L'arrêt de la Cour de cassation ne permet pas d'identifier la nature de l'acte : on trouve indication du caractère exclusif du droit concédé dans les décisions du fond ; par ailleurs, le caractère temporaire se déduit des conditions générales proposées par l'ADAGP (Société des Auteurs Dans les Arts Graphiques et Plastiques).

¹⁶³⁵ « Mais considérant que les dispositions de ce même article prévoient dans le paragraphe suivant g), que "si l'Editeur souhaite concéder une licence de synchronisation non-exclusive pour une production incluant des publicités [...] il devra aviser le Propriétaire [...] Aucune licence de cette nature ne pourra être accordée par l'Editeur sans qu'il ait obtenu au préalable l'assentiment écrit du propriétaire [...]" ; que les mentions qui suivent portent sur la répartition entre eux des "droits et recettes de synchronisation" » (comprendre : droit d'adaptation).

avait, dans la lecture proposée, la possibilité de concéder des sous-licences (au demeurant non exclusives et sous réserve de l'autorisation du concédant) ne prouvait rien à cet égard. »¹⁶³⁶. Ce dernier élément souligné par M. Lucas démontre *a minima* qu'il ne pouvait s'agir d'une cession.

Plusieurs observations peuvent être faites sur l'ensemble de ces décisions :

- Malgré cet intéressant arrêt, la jurisprudence dominante refuse néanmoins en principe au licencié exclusif de droit d'auteur le droit d'agir. La solution est en contradiction avec celles relevées plus haut en propriété industrielle. Sur ce point, chose rare, l'originalité se situe donc davantage dans les contrats de la propriété industrielle que dans ceux du droit d'auteur. De la sorte, la titularité de l'action relève d'une habilitation légale ou contractuelle dérogatoire, d'une « anomalie »¹⁶³⁷ pour les premiers ; au contraire, cette titularité relève pour les seconds – *a priori* – de schémas plus connus en droit d'auteur : la nature réindicatoire de l'action en contrefaçon et la *summa divisio* cession / licence. Cette situation ne va pas sans incohérences. Ainsi, le licencié exclusif de dessins et modèles sera admis à agir en contrefaçon pour le droit issu du dépôt, mais non au titre des atteintes portées à la même création, protégée par le Livre I^{er} du CPI. On pourrait donc imaginer à terme un alignement du droit d'auteur sur les solutions désormais admises en propriété industrielle.

- *Cette solution est-elle logique ?*

Elle correspond à une « dévolution » naturelle de la titularité de l'action en contrefaçon, traditionnellement conférée au propriétaire. Cependant, en distinguant aussi fermement cession et licence de droit d'auteur, la Cour de cassation ne peut résoudre les imprécisions liées à l'usage traditionnel de ces termes. Après examen, beaucoup de prétendues « cessions » relèvent de la qualification de bail et sont en fait d'authentiques licences exclusives, sans pour autant que ce constat ne remette en cause le droit du « faux cessionnaire », en fait véritable licencié, à agir. La distinction entre cession et licence comme critère de la titularité de l'action en contrefaçon pourrait dès lors n'être qu'une apparence. Nous constaterons en seconde partie que la « cession » qui fonde le contrat d'édition relève d'un usage générique de la notion qui, après analyse, s'apparente à une licence, exclusive en principe. Or, l'éditeur, et non l'auteur

¹⁶³⁶ CA Paris, 2^e ch., 19 mars 2010, Sarl Saga Communication c. Royal Air Maroc et Universal, Prop. intell., juill. 2010, p. 851 et p. 854 et s., obs. A. Lucas. *Contra*, refusant le droit d'agir à un « sous-éditeur » également licencié, dans un contexte comparable : TGI Nanterre, 16 mars 1994, RIDA, oct. 1994, p. 484.

¹⁶³⁷ Note précitée : F. Pollaud-Dulian sous Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009. Ou s'agit-il peut-être même de la simple composante indemnitaire de cette action ?

demeuré propriétaire, est le seul habilité à agir en contrefaçon¹⁶³⁸. Au contraire, il a été jugé que l'auteur « apportant », « cédant », ses œuvres à la SACEM, conserve le droit d'agir en contrefaçon de ses droits patrimoniaux¹⁶³⁹. L'auteur perdant l'exclusivité de certains usages de son œuvre au bénéfice d'un exploitant, ne renonce pas systématiquement – quoique fréquemment – à l'action en contrefaçon.

En outre, si le cas envisagé par la loi est théorique, le contrat d'édition peut s'organiser sur la base d'une licence non exclusive. Or, dans ce cas, rien ne devrait priver l'éditeur de son droit à agir. Dans ce cas, la titularité de l'action en contrefaçon n'est pas davantage liée à la distinction entre cession et licence qu'à une distinction entre exclusivité et non-exclusivité. *Elle résulte d'une habilitation spéciale qui trouve sa source dans les usages et les contrats*¹⁶⁴⁰ plus que dans la loi¹⁶⁴¹.

- Cette solution est-elle opportune ?

La solution est compréhensible en opportunité pour ce qui relève de la propriété industrielle : le déposant n'est pas nécessairement le plus apte à entreprendre la défense de son droit, il appartient aux cessionnaires et licenciés exclusifs, en prise avec la réalité de l'exploitation et subissant directement le préjudice de la contrefaçon, de veiller à cette mission. En droit d'auteur, la solution différente est également compréhensible : l'auteur cédant n'est pas le mieux disposé à défendre l'aspect le plus patrimonial de son droit, au contraire de l'auteur, ou premier cessionnaire, donneur de licence qui entend, en propriétaire, conserver une certaine maîtrise de son droit. Il demeure que le débat sur l'opportunité de cette solution reste ouvert en ce qui concerne la licence exclusive : pourquoi ne pas étendre la titularité de l'action au licencié exclusif de droit d'auteur ? La solution présenterait moins de danger que pour les titres nécessitant un dépôt et risquant l'annulation au détour d'une action en contrefaçon intentée avec légèreté¹⁶⁴². La reconnaissance légale du droit à agir, sous conditions, du licencié exclusif sur le modèle des solutions affirmées par la loi de 2007 pour les propriétés industrielles et certains droits voisins du droit d'auteur, constituerait une réponse à l'apparente

¹⁶³⁸ Notons que la titularité de l'exploitant exclusif ne signifie pas la perte systématique de son droit par l'auteur ; c'est bien entendu le cas en matière d'édition, où l'auteur ne conserve que l'action en défense de ses droits moraux : par ex. Cass., 1^{re} civ. 3 avril 2007, Chatelain c. Société Edilarge, pourvoi n° 06.13.342 B.

¹⁶³⁹ Cass. 1^{re} civ. 24 févr. 1998, TF1 c. Sony music entertainment France et a., obs. A. Françon, RTD Com. 1998, p. 592.

¹⁶⁴⁰ Les principaux contrats type d'édition (modèle du SNE) et de production audiovisuelle (modèles de la SACD) comportent une clause attribuant à l'exploitant le droit d'agir en contrefaçon.

¹⁶⁴¹ En effet, la titularité de l'éditeur ou du producteur à agir en contrefaçon semble communément admise mais ne figure pas directement dans la loi spéciale. L'exception apportée par un texte récent semble avoir un domaine d'application limité (Article L. 331-1 CPI al. 3, précité).

¹⁶⁴² On ne saurait cependant contester la nécessité d'annuler les objets qui ne méritent pas de protection.

contradiction permettant à l'éditeur ou au producteur, pourtant licenciés exclusifs, d'agir en contrefaçon quand les exploitants, licenciés exclusifs (fréquemment dans le domaines des arts appliqués ou du *design*, particulièrement affectés par la contrefaçon) ne le peuvent pas.

- Enfin, la solution consistant à réserver l'action au « cessionnaire » est-elle utile à la distinction entre cession et licence, et de ce fait à l'adaptation des contrats du Code civil au droit d'auteur ? La réponse est assurément positive. La solution contribue à défaire ce lien supposé entre exclusivité et aptitude à la défense du titre. Autrement dit, la solution appelle indirectement à ne pas confondre exclusivité et effet réel, licence exclusive et cession.

437. Conclusion du Paragraphe 3. *La titularité de l'action en contrefaçon est le résultat d'une habilitation légale ou contractuelle. Elle ne constitue pas un critère autonome de qualification contractuelle.* Il nous semble plus correct de considérer que le licencié exclusif de brevet, marque, dessins et modèles, droit voisin du droit d'auteur, ou le « cessionnaire » de droit d'auteur, bénéficie d'une habilitation légale qui ne préjuge pas de la nature de son titre. Le droit réel, qui fonderait « naturellement », et non pas systématiquement, l'action en contrefaçon en droit de la propriété industrielle ne saurait mieux la fonder en droit d'auteur, qui relève sur ce point de mécanismes similaires. Le fait que le « cessionnaire » – en fait, dans les cas légiférés, véritable licencié exclusif – puisse exercer sans médiation l'action en contrefaçon ne signifie pas pour autant qu'il soit titulaire d'un droit réel. On ajoutera à cela que le caractère exclusif ne ferait ici que présumer de l'autorisation d'agir en contrefaçon conférée au licencié. Libre aux parties de l'écarter par une clause contraire.

Cependant, peut-on imaginer un cessionnaire s'interdisant toute action en défense de son titre contre les tiers ? Le problème est autrement formulé par M. Pollaud-Dulian : « Le point de savoir si l'auteur pourrait céder ses droits tout en se réservant l'action en contrefaçon suscite l'hésitation : peut-on céder un droit de propriété (même intellectuelle) en l'amputant de l'action spécifique qui le défend ? S'agit-il encore d'une cession, ou d'une simple concession ? »¹⁶⁴³. La situation rejoindrait-elle – selon la présence ou l'absence d'esprit de retour – soit le cas de la licence, soit celui de la « cession partielle » ? Une réponse négative s'impose. La « cession » dépourvue de la faculté d'agir ne constitue pas une banale cession partielle, qualifiable de vente de certaines utilités de l'œuvre. En effet, dans ce cas, plus que le

¹⁶⁴³ F. Pollaud-Dulian, note préc., sous : Cass. 1^{re} civ. 22 janv. 2009.

domaine des droits cédés, c'est l'exclusivité du droit qui semble partiellement remise en cause : le « cessionnaire » n'est plus le seul maître des utilités mises à disposition. La conclusion que l'on doit en tirer est donc similaire à celle rencontrée en matière d'exclusivité : *en présence d'un esprit de retour, la qualification de licence doit être préférée et la question du droit à agir est indifférente. En revanche, en cas de mise à disposition définitive, le droit du « cessionnaire » est amputé d'une prérogative qui lui est normalement reconnue. L'opération ne peut être qu'innommée.*

§ 4 – Faculté de disposer de son droit et qualification de la licence de droit d’auteur

438. Élément indifférent à la qualification de licence, fatal à la qualification de cession. Un ultime élément apporte sa pièce au travail de qualification consistant à distinguer la licence de la cession de droit d’auteur : il s’agit de la faculté pour le licencié ou le cessionnaire de disposer librement du droit qu’il a reçu. Cet élément devrait rester indifférent à la qualification de la licence, en revanche son absence devrait écarter la qualification de cession. Mais encore faut-il s’entendre sur le sens de ce dernier critère.

439. L’objet du « droit de disposer » : la chose ou le droit personnel. On pourrait nous opposer à la formulation de ce critère que seul le cessionnaire peut à son tour « disposer ». Ce reproche serait juste si l’objet dont il est disposé était l’œuvre. Mais la faculté de disposition en tant que critère utile à la distinction entre cession et licence doit être plus largement entendue. D’évidence, le licencié ne pourrait disposer de la *chose* à propos de laquelle des liens d’obligations sont tissés avec son concédant. Il ne saurait en disposer, c’est-à-dire la céder : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. La situation équivaldrait à la vente de la chose d’autrui.

En revanche, le locataire peut disposer de son droit, en recourant à deux opérations distinctes commodément regroupées par l’expression de « circulation du bail »¹⁶⁴⁴. L’article 1717 du Code civil dispose : « Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. ». Ainsi, « La cession est pour le preneur l’exercice d’un droit, comme l’est pour le propriétaire celui de vendre ou donner ; alors que la sous-location est, pour le preneur, un mode d’exécution du bail »¹⁶⁴⁵. Par la première, le licencié pourrait céder librement le droit personnel qu’il a reçu (dans les conditions d’opposabilité de l’article 1690 du Code civil). En pratique, l’opération prendra la forme d’une cession du contrat de bail¹⁶⁴⁶, ce qui se traduit par une substitution de locataire, l’ancien locataire ayant vocation à disparaître du rapport contractuel. Par la seconde, le

¹⁶⁴⁴ Par ex. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.* n° 329 et ss., auquel nous nous référons principalement pour les développements qui suivent.

¹⁶⁴⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 697.

¹⁶⁴⁶ Sur cette opération, v. par ex. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd. Dalloz, 2009, n° 1309. Les auteurs rappellent le principe selon lequel la cession de contrat suppose l’accord du cocontractant du cédant, puis citent le bail de droit commun (art. 1717 C. civ.) parmi les cas dispensant de l’accord du cocontractant. Cependant, l’accord du cocontractant du cédant serait nécessaire afin de décharger complètement le cédant ; la cession du bail est en effet, pour partie, une cession dette (en ce sens, par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 564).

locataire pourra exercer son droit d'une toute autre façon, en constituant à son tour un rapport d'obligations avec un tiers. Cette hypothèse est celle de la sous-location, libre en principe¹⁶⁴⁷ (non soumise à l'autorisation du bailleur, qui n'aura pas même à être notifié¹⁶⁴⁸). Elle réalise l'adjonction d'un locataire, le rapport initial étant quant à lui conservé. Sous-locataire et propriétaire sont en principe indépendants, réserve faite de l'action du second contre le premier en paiement dans la limite du loyer de la sous-location (art. 1753 C. civ.). Si ces opérations sont en principe libres, il est à noter que les statuts des baux spéciaux tendent à les encadrer et parfois à les interdire. Nous constaterons en seconde partie que le cadre légal des contrats spéciaux du CPI comporte ce type de restrictions : ainsi l'éditeur, que la loi tient pour un « cessionnaire », ne peut céder les utilités de l'œuvre, mais tout au plus concéder des licences ou céder son contrat, en principe avec l'agrément de l'auteur¹⁶⁴⁹.

Sans aller plus avant dans ces hypothèses, nous retiendrons pour ce qui nous intéresse ici que la faculté offerte au *licencié* de disposer d'une manière ou d'une autre du *droit personnel* qu'il reçoit, ou au contraire l'interdiction qui lui est faite en ce sens¹⁶⁵⁰, devrait être, comme en droit commun, indifférente à la qualification de son contrat. A l'image du critère d'exclusivité qui peut trouver sa source dans un rapport d'obligations (licence) ou dans le rapport d'une personne à une chose (cession), la faculté de disposer librement peut s'entendre de différents mécanismes selon l'objet auquel elle s'applique. Elle peut s'entendre de la possibilité pour le bénéficiaire de l'autorisation de faire profiter un tiers des utilités concédées en s'ajoutant au lien initial ou en ne laissant subsister que ce second rapport. Elle peut également s'entendre de la cession de l'œuvre par son cessionnaire initial.

440. L'interdiction de disposer librement de son droit, critère de disqualification de la cession. Bien que d'importantes restrictions au pouvoir du propriétaire ou du titulaire d'un droit réel soient constatées¹⁶⁵¹, le principe demeure que le propriétaire

¹⁶⁴⁷ Article 1717 C. civ. : « Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. / Elle peut être interdite pour le tout ou partie. / Cette clause est toujours de rigueur. »

¹⁶⁴⁸ En ce sens, par ex. : A. Bénabent, *op. cit.*, n° 567.

¹⁶⁴⁹ Constatant que ces transmissions réglementées, en droit d'auteur et en général, s'apparentent à des cessions de contrat et nécessitent à ce titre le consentement du cocontractant du cédant (en principe l'auteur) : Ch. Simler, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, Collections du CEIPI, 2010, n° 267, p. 198.

¹⁶⁵⁰ Par ex. : « Article 15. - Transferts des droits. - La présente concession est strictement personnelle. Elle ne pourra être transférée directement ou indirectement, partiellement ou totalement à un tiers sans l'accord écrit et préalable du concédant. », J.-Cl.Contrats - Distribution, Fasc. 4070 : MERCHANDISING. – Formules. II. - Contrat de concession de licence de droits dérivés (Propriété littéraire).

¹⁶⁵¹ En ce sens, notamment, v. : F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, 8^e éd., Dalloz, 2010, n° 127, p. 132. L'exemple est donné des clauses d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuits (art. 900-1 C. civ. qui doivent être limitées dans le temps et justifiées par un intérêt sérieux et légitime). Se pose également la question de

(art. 544 C. civ.) ou l'usufruitier (art. 595 C. civ.) ont le pouvoir de disposer de la chose ou de leur droit. Ce pouvoir reste l'essence de ces droits et ses limitations, bien que réelles, se voient cantonnées à des cas particuliers¹⁶⁵².

L'exploitant qui reçoit l'œuvre pour certaines utilités doit pouvoir prétendre aux mêmes prérogatives que l'auteur, celui dont il tient les droits, car l'utilité cédée se retrouve à l'identique dans son patrimoine : il devrait en aller ainsi de la durée de vie de l'œuvre transférée, de l'exclusivité du droit transmis, le droit d'agir en contrefaçon et le pouvoir de le céder à son tour. *A fortiori*, le pouvoir de disposer doit également s'entendre du pouvoir de conclure des licences. Si le propriétaire ou le titulaire d'un droit réel sur l'œuvre doit pouvoir céder, il doit pouvoir louer, prêter. C'est pourquoi l'exploitant n'ayant le pouvoir que de conclure des licences non exclusives, et de requérir pour cela l'autorisation préalable du propriétaire ne peut se voir reconnue la qualité de cessionnaire, quand bien même il serait bénéficiaire d'un droit exclusif ou habilité à agir en contrefaçon¹⁶⁵³. Le fait que le cessionnaire n'ait pas vocation à céder les droits moraux ou d'autres éléments incessibles (droit de suite), est indifférent et n'entre pas dans le champ de ce débat : c'est parce que ces droits sont du fait de la loi impérative, soustraits à la cession initiale consentie par l'auteur.

Enfin, bien que ce critère de qualification nous semble apte à disqualifier la cession *stricto sensu*, il ne devrait pas être érigé en critère autonome de qualification du contrat de bail, ce dernier relevant d'autres caractères que le caractère « non réel » de son principal effet. Par ailleurs, en opportunité, il nous semble peu praticable d'ériger ce critère en clef de voûte de la *summa divisio* de la cession et de la licence¹⁶⁵⁴. Sans doute d'une importance considérable pour les parties dans certains types d'exploitations, cette faculté de disposer à titre quelconque des droits acquis sur l'œuvre ne nous paraît pas être au centre du calcul économique des parties, contrairement à la stipulation de durée ou encore d'exclusivité.

l'application de cet article restreignant leur portée aux actes à titre onéreux. La question est récemment résolue par l'affirmative par la Cour de cassation : Cass. 1^{re} civ. 31 oct. 2007, Bull. I, n° 337, p. 296 ; D. 2007, p. 963, note L. Thomat-Raynaud ; RTD civ. 2008, p. 126, obs. Th. Revet : « Mais attendu que dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, une clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux ».

¹⁶⁵² Pour cette démonstration et des limites (par ex. le droit réel d'usage et d'habitation, *intuitu personae*, cf. articles 631 et 634 C. civ.), v. Ch. Simler, *op. cit.*, n° 268, p. 199.

¹⁶⁵³ En ce sens, par ex. CA Paris 2^e ch., 19 mars 2010, préc., Prop. intell., juill. 2010, p. 851 et p. 854 et s., obs. A. Lucas. Les observations de M. Lucas confirment cette analyse et nous semblent d'autant plus pertinentes que cet auteur, comme on l'a vu, rejette la distinction que nous proposons entre cession et licence.

¹⁶⁵⁴ Ce qui est toutefois défendu par Mme Simler dans sa thèse : Ch. Simler, *op. cit.*, n° 266 et ss.

441. Acte de disposition et acte d'administration¹⁶⁵⁵. Ces notions ne recourent donc pas la notion de disposition telle qu'envisagée ici, car on dira de l'exploitant non habilité à conclure une licence de courte durée (qui devrait être un acte d'administration) qu'il ne peut disposer librement de son droit. Cette distinction n'est pas plus arrêtée en droit d'auteur qu'en droit commun¹⁶⁵⁶. Une licence de durée « moyenne » pourrait être tenue pour un acte de disposition¹⁶⁵⁷, alors que l'on a vu qu'un usufruitier a pu être admis à conclure un contrat de longue durée poursuivant ses effets après la mort de ce dernier¹⁶⁵⁸. Il apparaît nécessaire d'évaluer les conséquences de chaque acte, et non de se focaliser sur leur nature juridique. Ainsi, on pourrait être tenté de classer la pseudo « cession » définitive mais non exclusive parmi les actes d'administration : en effet, il s'agit d'un mode de gestion normal qui ne fait pas sortir l'œuvre du patrimoine du nu-propiétaire¹⁶⁵⁹. Mais ce qui est pertinent lorsque l'on observe l'acte pour lui-même, l'est moins si l'on considère la situation du « cédant » non-exclusif et ceux qui le suivront, qui perdront quant à eux la faculté de conclure des licences exclusives. Comme on l'a évoqué précédemment, un critère de durée, une durée chiffrée, pourrait être mis en œuvre pour cette distinction, qui rejoindrait en partie la qualification de licence.

442. Conclusion de la Section 2. Seuls les éléments dépendant de la volonté des parties mettent en jeu la qualification contractuelle de l'autorisation. Ces éléments, à l'opposé des règles étudiées à la section précédente¹⁶⁶⁰, laissent une plus grande place à la liberté contractuelle : *le choix entre cession et licence dépendra donc au premier chef de la volonté des parties*. Ce constat n'est pas neuf¹⁶⁶¹. Mais les nombreux obstacles que sème – généralement à bon escient – notre droit d'auteur à la pleine expression de la volonté individuelle exigeaient qu'il soit réaffirmé. Cependant, ces éléments n'interviennent pas dans

¹⁶⁵⁵ Sur ces notions (ainsi que celle d'acte conservatoire) en droit commun, v. J. Carbonnier, *Droit civil, Vol.1 : Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF Coll. Quadrige, 2004, n° 294. L'auteur rappelle qu'il y a une coïncidence entre acte de disposition et aliénation, mais que les deux notions ne s'identifient pas (certaines aliénations sont des actes d'administration et réciproquement).

¹⁶⁵⁶ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 588, p. 446.

¹⁶⁵⁷ TGI Paris 3^e Ch., 2 juin 1988, RIDA, 1/1989, p. 194 se prononçant pour l'annulation d'une licence de droit de télédiffusion d'une durée de 15 ans dépréciant le film et devant être tenue pour un acte de disposition. Jugement cité par A. et H.-J. Lucas, *op. cit. loc. cit.* : « Attendu que par sa généralité et sa durée cet acte s'analyse comme un acte de disposition et non comme un acte d'administration ; Qu'il contribue à appauvrir la valeur du bien à savoir le film *Les grandes gueules* ».

¹⁶⁵⁸ V. *supra* n° 401 (affaire « Astérix »)

¹⁶⁵⁹ En ce sens : B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 521 et ss.

¹⁶⁶⁰ Les dispositifs impératifs de protection de l'auteur, dont les droits moraux.

¹⁶⁶¹ Rappr. la démarche d'ensemble de la thèse de M. Terré (v. spéc. son Livre premier) : F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957.

le travail de qualification avec la même intensité. En conclusion, quels critères marquent le passage de la cession à la licence ?

- **Le rejet de la titularité de l'action en contrefaçon, de la libre disposition des droits et de l'exclusivité contractuelle comme critères autonomes de qualification.** La titularité de l'action, dont les rapports avec la titularité d'un droit réel semblent s'être distendus, s'est avérée être davantage le résultat d'une habilitation légale ou contractuelle. Ainsi, en droit d'auteur, la jurisprudence récente la refuse, nous l'avons vu, au bénéficiaire d'une licence exclusive, mais l'accorde au cessionnaire. Rien cependant n'interdit aux parties d'en faire bénéficier le licencié ou d'en priver le « cessionnaire ». Cependant, en pareil cas, ce dernier se verrait privé de la possibilité de défendre lui-même le droit acquis, et la qualification de droit réel ou de propriété serait inadaptée. La cession ne serait plus le strict synonyme de « vente », mais désignerait une opération innommée. Par ailleurs, les contrats d'exploitation du CPI, dont nous ferons l'étude en seconde partie règlent la situation indépendamment des qualifications de cession ou de licence. La titularité de l'action en contrefaçon n'a donc pas vocation à qualifier la mise à disposition de l'œuvre. Tout en la suggérant, elle ne permet pas d'induire systématiquement la présence d'un effet réel du contrat.

L'exclusivité ou la non-exclusivité, qu'une doctrine érige en *summa divisio* des contrats du droit d'auteur, ne s'est pas révélée, après analyse, comme un critère satisfaisant de qualification contractuelle. Son absence rend simplement impossible la qualification de cession en vente, mais n'interdit pas celle de licence, le bail étant naturellement exclusif et supportant la non-exclusivité. L'exclusivité apparaît, ici, comme une notion plus fonctionnelle que purement juridique, ce qui en fait probablement l'intérêt. La notion d'exclusivité, qui permet de réserver l'usage de l'œuvre à l'un et d'en exclure les autres, s'applique à différents objets : au lien entre une personne et sa chose (droit réel) ; au lien d'obligations institué entre deux personnes (droit personnel).

- **L'effet de retour, critère pertinent de distinction de la licence et de la cession.** Reste enfin le critère de durée, permettant de constater la présence d'un esprit de retour, ou au contraire le caractère définitif de l'autorisation. Cet esprit, cette intention, se concrétise par un effet : le retour, à terme, du plein usage de l'œuvre au bénéfice de son titulaire. Il marque la différence entre les catégories de cession et de licence. Le titulaire du droit ne se dépossède pas définitivement de la chose, ce qui marque de manière considérable l'économie de la

relation instituée entre contractants. Sur ce point s'est jouée une véritable concurrence des qualifications : les formules à effet réel, jusqu'au transfert de propriété à durée limitée, pouvaient disputer leurs qualifications à celle de licence entendue comme un bail. Si nous avons écarté un rejet de principe de cette variété de formules, nous avons constaté dans le même temps leur inadéquation aux opérations observées. Voir dans la mise à disposition temporaire de l'œuvre un contrat à effet réel est intellectuellement concevable. Cependant, l'état du droit positif et ses contraintes nous conduit à choisir la qualification de location, la plus à même de décrire les opérations que nous avons pu observer.

443. Conclusion du Chapitre 2. La concurrence des qualifications de licence et de cession confirmée par l'analyse : composition des critères. L'autorisation donnée à un tiers d'exploiter une œuvre de l'esprit ne se résume donc pas à une qualification unique, mais donne lieu à une concurrence de qualifications. *Ces qualifications se sont avérées indépendantes des dispositifs impératifs protecteurs des intérêts moraux et patrimoniaux des auteurs.* Elles sont principalement départagées par leur caractère définitif ou temporaire, puis complétées par des éléments seconds, que l'on peut synthétiser ainsi :

- En présence d'un esprit de retour : la licence.

* Avec exclusivité : licence exclusive. La présence d'une exclusivité met la qualification de licence en concurrence avec celle de constitution de droit réel. Cependant, cette dernière formule, quoique théoriquement envisageable, s'est avérée peu adaptée aux contrats pratiqués. La licence exclusive est la plus fidèle transposition du contrat de bail au droit d'auteur.

* Sans exclusivité : licence non-exclusive. Pour les actes également temporaires mais non-exclusifs, la qualification de licence s'impose, la qualification de bail supportant la non-exclusivité. Toute autre tentative de rattachement se solde par le recours à l'innommé et mérite à ce titre d'être écartée.

* La titularité de l'action en contrefaçon ainsi que la possibilité ou l'interdiction de disposer n'affectent pas la qualification de la licence, conformément au droit commun du bail.

- En présence d'une autorisation définitive : cession-vente ou « cession » innommée.

Lorsque l'œuvre, pour ses utilités cessibles, est transférée définitivement, la qualification de licence est exclue par celle de « cession ». Ensuite, dès lors que la cession, telle qu'employée

dans notre matière, renvoie à l'idée de transfert définitif sans permettre de qualifier précisément le contrat au sens du droit civil, d'autres critères apparaissent.

* Avec exclusivité : la cession *stricto sensu* (vente ou donation). L'exclusivité du droit définitivement conféré au cessionnaire suggère un transfert de droit le plus complet. En raison de la structure de la chose, la cession peut n'être que partielle, ce qui n'affecte en rien la qualification.

* Sans exclusivité : l'innommé. En revanche, la non-exclusivité met à mal les catégories et s'apparente à la constitution d'un droit non exclusif innommé. La reconnaissance d'un droit personnel viendrait à l'encontre de la prohibition des engagements perpétuels. A supposer cette prohibition circonscrite à un domaine restreint, on pourrait envisager la qualification d'un droit personnel, mais innommé, différent du droit personnel issu du bail. Le terme de cession étant néanmoins inscrit dans la tradition, on proposera celui de « cession atypique ».

* La non-titularité de l'action en contrefaçon ainsi que l'interdiction de disposer librement du droit affectent également la qualification de cession. Le droit « cédé » dépourvu de ces éléments étroitement liés à la qualité de propriétaire, conduit à choisir l'innommé lorsqu'ils lui sont soustraits. A la recherche d'une qualification, on pourrait, pareillement à la « cession » définitive mais non exclusive, envisager la qualification de droit personnel innommé, non rattachable au bail. L'admission de cette qualification suppose d'opérer une distinction entre les catégories spéciales de mise à disposition sur le fondement d'un droit personnel marquée par la durée (bail, prêt, apport en jouissance) et la possible mise à disposition fondée sur un droit personnel, mais sans esprit de retour.

Dans tous ces cas, une constante : la licence apparaît comme l'adaptation du bail au droit d'auteur, et constitue une véritable qualification au sens du droit civil. En revanche, la notion de cession demeure équivoque : du plus strict synonyme de la vente, à l'innommé, elle constitue une catégorie résiduelle¹⁶⁶².

444. Conclusion du Titre 2. Un premier obstacle à l'admission de la qualification de licence de droit d'auteur était d'ordre textuel, le terme de licence lui-même ne figurant pas au Livre I^{er} du CPI. Cependant, cet obstacle s'est avéré n'être qu'apparent, et a pu être rapidement levé dans un Chapitre introductif de ce titre. Ces doutes éclaircis, la licence de droit d'auteur a pu être identifiée, dans le Chapitre I^{er}, comme une transposition fidèle du bail

¹⁶⁶² Sur cette notion : J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255.

ayant pour objet une œuvre de l'esprit. (Il en est résulté que les formules gratuites devaient relever de la qualification de prêt, pour autant que les autres conditions de qualification de ce contrat soient vérifiées. La qualification de la mise à disposition temporaire de l'œuvre contre des parts sociales devait être qualifiée d'apport en jouissance, qualification elle-même reliée à la location). Par la suite, dans notre Chapitre II, la concurrence d'autres formules contractuelles poursuivant le même objectif n'a fait que confirmer la licence comme la formule la mieux adaptée pour qualifier la mise à disposition temporaire de l'œuvre. Ce faisant, le débat a fait apparaître la coexistence de deux formules distinctes d'exploitation de l'œuvre, la cession et la licence, l'une relevant de l'effet réel et l'autre de l'effet personnel, mais départagées dans les faits par un critère tiré du contenu du contrat : l'existence d'une durée. L'esprit de retour qui irrigue la licence s'oppose au caractère normalement définitif de la cession.

Conclusion de la première partie

445. Conclusion de la Partie I. Pour qualifier le contrat sur l'œuvre, encore fallait-il identifier cette dernière. La démarche comportait deux aspects bien distincts, l'un « positif », l'autre « négatif ». D'une part, qualifier l'œuvre de « chose », objet possible de propriété, nous a autorisé la transposition au droit d'auteur des contrats du droit civil sur les choses. Cette correspondance entre la qualification de la chose et du contrat ne faisant pas l'unanimité, on a néanmoins opté pour la correspondance la plus logique. Ainsi, la chose en tant qu'objet de propriété donne potentiellement lieu aux contrats correspondants, articulés autour de deux modèles : la vente et la location. D'autre part, identifier l'œuvre comme objet possible d'un contrat de mise à disposition imposait d'en établir les limites : seules les opérations portant sur la jouissance du monopole d'exploitation accordé par la loi à son titulaire (principalement l'auteur), pouvaient prétendre à l'une de ces qualifications.

Cette réflexion accomplie, c'est le travail de qualification du contrat à proprement parler qui était en jeu. Alors que la qualification de location s'est avérée correspondre en tout point à la licence entendue comme la mise à disposition temporaire et rémunérée de l'œuvre, des modèles concurrents, fondés sur un mécanisme de cession, ont pu prétendre à se substituer à la qualification de licence. Seul l'examen de ces formules à effet réel a pu permettre de les écarter. La licence de droit d'auteur, entendue comme la transposition du contrat de location, apparaît comme la qualification la mieux adaptée à l'utilisation à temps de l'œuvre protégée par le droit d'auteur.

446. Cette première étape de notre recherche était centrée sur le contrat de licence de droit d'auteur envisagé comme une opération contractuelle à part entière, autonome, ce qu'elle est fréquemment, comme nous l'avons vu. Considérée ainsi, en tant que véritable contrat spécial du droit d'auteur, et mises à part les contraintes imposées par ailleurs par les dispositions légales impératives, on peut être marqué par la simplicité de cette opération. Il ne s'agit au fond pour le titulaire d'un droit que d'autoriser un tiers à en faire usage dans des conditions déterminées et moyennant une contrepartie. La licence, dans cet aspect le plus

élémentaire, n'est qu'un contrat d'autorisation, libérant l'accès économique d'une chose au bénéfice du cocontractant.

On comprend dès lors que la licence ainsi envisagée ne peut organiser l'exploitation de l'œuvre, et qu'elle ne fait que l'autoriser. Les obligations de promotion, de réalisation, par exemple, nécessaires à la diffusion de l'œuvre, ne peuvent trouver leur source dans ce seul contrat. La mise à disposition dont procède la licence n'est souvent pas une fin en soi, mais le moyen, le radical indispensable à une construction contractuelle destinée à organiser l'exploitation de l'œuvre. La licence n'apparaît plus de manière isolée comme contrat spécial, mais comme la composante d'un contrat d'exploitation de l'œuvre, une opération complexe, irréductible à la seule autorisation d'utiliser l'œuvre. L'intérêt de cette distinction est grand : *si l'autorisation d'utiliser l'œuvre peut exister de manière autonome, en revanche, dans tout contrat d'exploitation du droit d'auteur, siège nécessairement une autorisation d'utiliser l'œuvre.* Cette autorisation est un élément essentiel du contrat d'exploitation, dont il tire une partie de son contenu. Inversement, les termes du contrat d'exploitation devraient influencer sur la teneur de cette autorisation, son régime comme sa qualification. L'étude de ce second aspect de la licence de droit d'auteur trouvera sa place dans cette seconde partie.

SECONDE PARTIE

**LA LICENCE, COMPOSANTE
COMMUNE AUX CONTRATS
D'EXPLOITATION DU DROIT D'AUTEUR**

447. La licence de droit d'auteur, mécanisme essentiel au contrat d'exploitation. Afin de procéder à son identification, nous avons jusqu'ici envisagé la licence de manière autonome, comme contrat spécial du droit d'auteur à part entière. Ce faisant, nous avons démontré que cette formule existe bien en tant que telle. Cependant, nous ne pouvons conclure l'étude à ce stade, et ce pour la raison suivante : la licence constitue, le plus souvent, le radical d'une opération plus complexe, un simple instrument juridique destiné à organiser l'exploitation de l'œuvre. Ce constat semble élémentaire, et l'on s'étonnera de le voir peu effectué, si ce n'est par Desbois : « la cession au sens de la loi du 11 mars 1957 est essentiellement une modalité des contrats d'exploitation, un moyen de réaliser la diffusion, à laquelle sont vouées les œuvres de l'esprit, qui portent toutes un message¹⁶⁶³ ». Autoriser autrui à faire usage d'une œuvre – cession ou licence – apparaît donc comme le moyen de parvenir à un résultat – la diffusion de l'œuvre. Cette autorisation n'est que le support d'une opération complexe, construite par le CPI, avec laquelle, en principe, elle ne se confond pas.

Cette structure tirée de l'observation des contrats peut se référer à l'opposition entre acte simple et acte complexe : « (...) l'acte simple est celui dont la qualification peut être obtenue par la disqualification de ses obligations accessoires : la prestation caractéristique efface toutes les autres obligations. L'acte sera complexe quand, comprenant plusieurs obligations ne pouvant se réduire par application de la règle de l'accessoire, il faudra pour les qualifier les prendre en compte toutes les deux »¹⁶⁶⁴. Ainsi, la licence, définie en première partie en tant qu'acte simple (contrat nommé par référence au louage de choses), constituera à présent l'une des pièces essentielles d'opérations d'une certaine complexité. Cependant, la

¹⁶⁶³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, p. 609.

¹⁶⁶⁴ J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999, n° 301, note n° 94.

construction du contrat complexe ne découle pas tant d'une juxtaposition de contrats spéciaux que de la bonne intelligence de leurs mécanismes élémentaires, les « noyaux durs »¹⁶⁶⁵.

448. Contrats nommés et innommés. Ces opérations sont couramment dénommées « contrats d'exploitation du droit d'auteur ». Certains sont nommés et plus ou moins réglementés par le CPI : contrat d'édition, de représentation, de production audiovisuelle et de commande pour la publicité. D'autres sont innommés ; ainsi de tout *contrat d'exploitation du droit d'auteur ne se réduisant pas à une autorisation d'exploiter l'œuvre, mais organisant son exploitation par des obligations dépassant celles attendues d'un contrat de bail* (ou de vente dans le cas d'une cession). On songe pour ces derniers aux contrats les plus couramment pratiqués en droit d'auteur, comme le contrat dit « d'achat » de droits de télédiffusion ou les contrats d'exploitation de logiciels. Mais ces contrats « nouveaux » sont-ils pour autant pleinement originaux ? On peut ajouter à cette liste non exhaustive les contrats d'adaptation, qu'il ne serait pourtant pas absurde de tenir pour nommés¹⁶⁶⁶ en raison de leur évocation par ellipse au sein du CPI¹⁶⁶⁷. D'autres formules sont plus récentes, tels les contrats dits « 360° » ou « contrat à droits multiples » organisant la prise en charge par un exploitant de l'ensemble des droits d'un auteur (droits d'auteur, marques, droits à l'image), en particulier s'il est également interprète. Le point commun de ces contrats est de comporter une autorisation d'exploiter l'œuvre, que ce soit sous la forme d'une cession, ou plus fréquemment, comme nous le verrons, d'une licence.

449. Distinction nécessaire entre autorisation d'exploiter la chose incorporelle et opération contractuelle dans son ensemble : comparaisons. Cette présentation n'est pas propre aux contrats du droit d'auteur et pourrait être étendue à des hypothèses voisines. Ainsi, d'autres contrats intègrent une mise à disposition de propriété intellectuelle correspondant à

¹⁶⁶⁵ P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, n° 825 (v. spéc. p. 832 et s.).

¹⁶⁶⁶ Par ex. en ce sens : J.-Cl. PLA, fasc. 1340, P. Kamina, Contrat de production audiovisuelle, n°17. *Comp. N. Blanc, Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 147, p. 137 : cet auteur y voit « le prototype du contrat innommé ». Cependant, la conception fonctionnelle de la distinction nommé / innommé retenue par cet auteur (v. *infra* n° 523) permet de voir dans ce dernier, au regard de l'usage du contrat en pratique et en jurisprudence, une catégorie de rattachement, et donc de conclure qu'il « tend progressivement à devenir nommé ».

¹⁶⁶⁷ L'art. L. 131-3 al. 3 du CPI évoque le contrat d'adaptation audiovisuelle, mais indirectement, en visant la seule « cession » des droits qui permettront cette adaptation : « Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée. ». Ensuite, l'article L. 113-4 du CPI, sans le nommer, suggère l'existence d'un contrat entre auteur premier et auteur second : « L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. ».

une licence, sans se borner pour autant à cette mise à disposition temporaire. Un exemple de ce schéma peut être trouvé dans le contrat de franchise. Bien qu'il soit traditionnellement classé parmi les contrats de distribution et non aux côtés des contrats de la propriété intellectuelle¹⁶⁶⁸, celui-ci met nécessairement en jeu des droits de propriété intellectuelle. La communication d'un savoir-faire, qui ne constitue pas un objet approprié, s'accompagne de la licence de véritables droits de propriété intellectuelle : marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles, donc potentiellement droits d'auteur. Ces éléments sont mis en œuvre pour la commercialisation de produits ou de services selon des conditions déterminées par le franchiseur, la finalité du contrat étant la réitération d'une réussite commerciale¹⁶⁶⁹. Si l'on s'accorde à souligner que le savoir-faire industriel ou commercial (au sens large du terme) est « l'objet principal » de la franchise¹⁶⁷⁰, la licence n'en demeure pas moins un élément essentiel du contrat, les vices affectant les droits concédés (voire le simple manque de notoriété des signes distinctifs) pouvant atteindre la validité ou le maintien du contrat dans son ensemble. Il est dès lors intéressant de noter que ces mises à disposition de propriétés intellectuelles sont essentielles à la validité ainsi qu'à l'exécution du contrat, mais qu'elles ne sont pas des fins en soi : elles ne sont que *les moyens* de la réitération d'un succès commercial. La franchise n'est pas caractérisée par les licences de propriétés intellectuelles, car s'y ajoutent des obligations essentielles étrangères à la licence (comme une obligation d'approvisionnement, ou le respect de normes de commercialisation définies par le franchiseur). En revanche, la licence de marque est un élément essentiel de la franchise. Il importe ainsi de ne pas assimiler le contrat de franchise à une simple licence de marque¹⁶⁷¹. Certes, on se gardera d'assimiler les contrats d'auteur à un contrat relevant de la distribution. Néanmoins, il est clair qu'un schéma comparable à celui que nous venons de décrire est aussi observable en matière de contrats d'auteur : *la mise à disposition d'une propriété intellectuelle dans le but de réaliser une opération plus vaste de commercialisation, ou plus généralement de diffusion.*

¹⁶⁶⁸ C'est ce l'on peut constater à la lecture des ouvrages de propriété intellectuelle et de droit de la distribution que nous avons pu consulter. Par ailleurs, c'est ce que M. Ferrier déduit notamment du Règlement n° 330-2010 du 20 avril 2010 : JOUE, n° L. 102/1, 23 avril 2010, art. 2.3., et en particulier de ses lignes directrices aux termes desquelles la franchise relève des accords de distribution, et non de ceux ayant pour objet principal des droits intellectuels : D. Ferrier, La franchise : un contrat d'exploitation de droits intellectuels, in *Droits de propriété intellectuelle – Liber amicorum Georges Bonnet*, IRPI, 2010, p. 187 et ss.

¹⁶⁶⁹ Par ex. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 5^e éd., Litec, 2008, n°685.

¹⁶⁷⁰ D. Ferrier, Franchise et savoir-faire, *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 157. *Contra*, mettant au premier plan la licence de marque : J.-P. Clément, Franchise et droit des marques, *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁶⁷¹ En ce sens, v. par ex. D. Ferrier, La franchise : un contrat d'exploitation de droits intellectuels, *op. cit.* (spéc. n° 6).

450. Droit d'auteur. Distinction nécessaire entre mise à disposition de l'œuvre et opération contractuelle organisant son exploitation. Ramener les contrats d'édition, de production, etc. à de simples cessions ou licences, et par là même à des ventes ou des locations, expose aux mêmes risques que l'assimilation du contrat de franchise à une simple licence. Dans les deux cas, en effet, *la licence n'est que le moyen, le fondement d'un contrat dont l'objet est l'exploitation d'une œuvre. La caractérisation de ce dernier est donc ailleurs.* Elle dépendra, comme nous le démontrerons, du type d'exploitation envisagé, du droit concerné, permettant généralement un rattachement aux différentes formules réglementées par le CPI. Or, la licence est indifférente à ces éléments. La confusion est pourtant courante : les contrats d'édition, de production audiovisuelle ou de représentation sont ainsi qualifiés, en doctrine, de vente ou de location, ce que l'examen de leur contenu peut difficilement soutenir. Cette confusion est également problématique en matière de régime, où il importe d'éviter les généralisations courantes et néanmoins abusives, en départageant ce qui relève de d'autorisation d'une part, du statut spécial de l'exploitation d'autre part.

451. Plan. La licence, traitée en contrat spécial du droit d'auteur, apparaît désormais comme une composante essentielle, commune aux différents contrats d'exploitation du droit d'auteur. Il nous appartient à présent d'étudier les rapports entre la licence de droit d'auteur et les contrats d'exploitation qu'elle a vocation à intégrer. Ces liens seront observés au prisme d'une distinction essentielle : d'une part le contrat d'exploitation, qu'il soit nommé ou innommé, d'autre part l'autorisation contenue dans ce contrat, correspondant au titre d'occupation de l'exploitant (une licence que viendront concurrencer d'autres formules : cession ou autre). Ces rapports relèvent de deux niveaux de discussion : le premier a trait à la qualification (*Titre 1 – La licence de droit d'auteur, composante du contrat d'exploitation : enjeux de qualification*), le second au régime (*Titre 2 – La licence de droit d'auteur, composante du contrat d'exploitation : enjeux de régime*).

TITRE 1 – LA LICENCE DE DROIT D’AUTEUR, COMPOSANTE DU CONTRAT D’EXPLOITATION : ENJEUX DE QUALIFICATION

452. Plan. La relation entre l’autorisation d’utiliser l’œuvre et le contrat organisant l’exploitation de celle-ci sera observée ici au travers de la question des qualifications contractuelles. Cette relation apparaît à l’image d’un dialogue. D’une part, l’autorisation contenue dans le contrat d’exploitation doit être qualifiée : s’agit-il nécessairement d’une « cession », comme le suggère la lettre du CPI, ou la licence peut-elle intégrer un tel contrat ? Les critères de qualification de la licence dégagés en première partie trouveront là une application des plus concrètes (*Chapitre 1 - La qualification de la licence de droit d’auteur et les régimes impératifs des contrats d’exploitation du Code de la propriété intellectuelle*). Ayant qualifié cette autorisation, composante essentielle du contrat d’exploitation, nous serons en mesure de qualifier le contrat d’exploitation lui-même. Différents contrats organisant l’exploitation de l’œuvre figurent pour l’essentiel au CPI, d’autres sont de pures émanations de la pratique (*Chapitre 2 – La qualification des contrats d’exploitation et la licence de droit d’auteur*).

Chapitre 1 – La qualification de la licence de droit d’auteur et les régimes impératifs des contrats d’exploitation du Code de la propriété intellectuelle

453. Plan. Les développements précédents exposaient en termes d’hypothèses ce que nous allons tâcher de démontrer ici : la qualification de la licence devrait être indépendante du contrat spécial d’exploitation qu’elle intègre (*Section 1 – Régimes impératifs du CPI et qualification de licence : une distinction de principe*). Cette position de principe, qui se conçoit comme une méthode de lecture des contrats, pourra par la suite être amendée. Si les notions d’autorisation et de mode d’exploitation doivent être distinguées, le contrat d’exploitation porteur d’un contenu impératif délivré par le Code de la propriété intellectuelle, infléchira probablement le contenu, et donc la qualification de cette autorisation (*Section 2 – Régimes impératifs du CPI et qualification de licence : une influence relative*).

Section 1 – Régimes impératifs du CPI et qualification de licence : une distinction de principe

454. Plan. *Les différents contrats d’exploitation du droit d’auteur (édition, représentation, production audiovisuelle, commande pour la publicité) ont pour objet la mise en œuvre effective d’une autorisation d’utiliser l’œuvre (licence ou cession) par l’organisation d’une exploitation. Ces statuts spéciaux dépendent de différents éléments qui devraient être indépendants de la qualification de ces contrats dans les termes du droit civil¹⁶⁷² (obligations de *facere, praestare, dare*). Il s’agit d’une part du genre d’œuvre (littéraire, photographique, musicale, informatique, etc.) et de la destination de cette exploitation (à des fins publicitaires, d’illustration, d’exposition...). Il s’agit d’autre part du type d’utilité de l’œuvre exploitée (représenter et/ou reproduire l’œuvre, l’adapter, etc.). Ces éléments seront essentiels à l’identification des contrats d’exploitation du CPI. Mais sont-ils susceptibles de déterminer directement la nature de l’autorisation d’exploiter l’œuvre (cession ou licence) ? Une réponse affirmative est fréquemment donnée par la doctrine. Mais ne relève-t-elle pas d’une confusion entre mise à disposition ou transfert du droit d’auteur, c’est-à-dire*

¹⁶⁷² Ce qui fera l’objet du Ch. 2 du présent titre. (v. *infra* n° 527 et ss.).

l'autorisation qualifiable de licence ou de cession selon des critères préétablis¹⁶⁷³, et contrat d'exploitation ?

Trancher ce débat nécessite de procéder par étapes successives : nous chercherons d'abord à établir si le genre de l'œuvre, sa destination et son mode d'exploitation (§ 1 *Genre, destination, mode d'exploitation de l'œuvre et qualification de la licence*) ou l'utilité exploitée (§ 2 *Utilité de l'œuvre mise à disposition et qualification de la licence*) prédéterminent la qualification de licence. Enfin, ces points étant en fait des éléments d'identification d'un contrat d'exploitation, il conviendra de déterminer si aux contrats spéciaux d'exploitation du droit d'auteur s'attache une qualification donnée, cession ou licence (§ 3 *Indifférence de principe du contrat d'exploitation dans la qualification de la licence*).

§ 1 – Genre, destination, mode d'exploitation de l'œuvre et qualification de la licence

455. Précédemment¹⁶⁷⁴, nous constatons que *l'obligation de spécifier* au contrat la destination de l'œuvre ne devait pas influencer sur les qualifications de licence ou de cession. La confrontation de la licence aux contrats d'exploitation nous conduit à cette autre question : qu'en est-il du *choix effectif* de cette destination ?

456. L'influence avérée du genre, de la destination et du mode d'exploitation sur le choix du contrat d'exploitation. Le genre de l'œuvre (autrement dit sa nature théâtrale, audiovisuelle, graphique, de *design*, etc.) autorise la déduction de sa destination, c'est-à-dire la finalité de son exploitation (télédiffusion, usage publicitaire, édition, etc.) et partant sa forme d'exploitation (affiches, ouvrages...). Cependant, il faut noter qu'une même œuvre est susceptible de faire l'objet d'exploitations aux motivations les plus diverses. Par conséquent, il importe moins de connaître le genre de l'œuvre en tant que telle ou sa destination initiale, « naturelle » ou « objective », que sa destination « subjective », c'est-à-dire contractuelle, à savoir l'usage voulu par les parties¹⁶⁷⁵. C'est ainsi qu'à l'usage en publicité d'œuvres d'art notoirement reconnues répond, marginalement du moins, l'élévation d'œuvres publicitaires au

¹⁶⁷³ V. Partie I, Titre II, Ch. 2. (*supra* n° 328 et ss.).

¹⁶⁷⁴ V. *supra* n° 264.

¹⁶⁷⁵ Comp. avec nos observations sur la qualification de la licence en bail : la destination du bien loué est déterminée par le contrat ; à défaut, on la déduit de la nature de la chose (par ex. voiture de série / voiture de compétition).

rang d'objets d'art. Aussi la destination d'une création dépend-elle concrètement de l'usage qui en est fait ; cet usage, concédé à un tiers, trouvera sa légitimité dans un contrat d'exploitation spécialement choisi à cette fin.

Pour son admission à la protection par le droit d'auteur, c'est-à-dire au stade de son appropriation¹⁶⁷⁶, la loi postule l'indifférence du genre, de la forme, du mérite et de la destination de l'œuvre. L'originalité de la forme doit suffire. Ce principe fondamental en droit d'auteur¹⁶⁷⁷ participe de la théorie de l'unité de l'art ; il ne s'oppose cependant pas à ce que des discriminations apparaissent dans les contrats. C'est bien la destination voulue qui guidera le choix de l'opération contractuelle : l'œuvre scientifique a une vocation naturelle à faire l'objet d'un contrat d'édition (ou à compte d'auteur). L'œuvre littéraire également, encore que la récitation publique d'extraits originaux justifie davantage un contrat de représentation. Le contrat d'édition peut concerner les créations informatiques, pour lesquelles un contrat de représentation semblerait peu pertinent¹⁶⁷⁸. Mais une œuvre graphique peut être conçue puis mise à disposition dans le cadre d'un contrat de commande pour la publicité, créée en exécution d'un contrat de travail ou encore d'une commande assortie d'une simple licence ou d'une cession. Souvent, le lien supposé entre un genre et un contrat d'exploitation donné s'estompe en raison de la pluralité des destinations que peut connaître une même œuvre. Car une même création fera tour à tour l'objet de plusieurs contrats¹⁶⁷⁹, correspondant à des destinations et des formes d'exploitation que tout oppose : l'œuvre audiovisuelle doit être produite, elle peut ensuite faire l'objet d'un contrat de représentation (contrat d'« achat » de droits de diffusion télévisuelle ou de « préachat », lorsqu'elle n'est qu'une chose future) ; les exemplaires (vidéogrammes) pourront être édités, avant l'adaptation ou l'utilisation d'extraits pour la publicité.

Le genre et la destination naturelle de l'œuvre déterminent, mais dans une certaine mesure seulement, le contrat d'exploitation. L'attribution traditionnelle de certains contrats d'exploitation à certains types d'œuvres se justifie par la fonction même de ces contrats, qui est d'organiser leur diffusion selon les particularités propres à certains secteurs d'activité¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁶ Article L. 112-1 du CPI : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. ».

¹⁶⁷⁷ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 148, p. 113.

¹⁶⁷⁸ L'art. L. 122-6 du CPI ne vise pas le droit de représentation.

¹⁶⁷⁹ Ou de plusieurs exploitations détaillées dans un même *instrumentum* (V. Partie II, Titre II Ch. 1 sur le formalisme : par ex. l'étendue des autorisations consenties à l'occasion des contrats de production audiovisuelle dépassent généralement l'étendue de la présomption de cession : v. *infra* n° 688).

¹⁶⁸⁰ En ce sens : « La spécificité de ces contrats spéciaux par rapport aux contrats d'auteur en général tient aux particularités des secteurs d'activité dans lesquels ils s'intègrent ». J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, n° 57, p. 51.

Ce point semble acquis ; en revanche, ces modalités d'exploitation doivent-elles inciter à un choix entre cession et licence ?

457. Indifférence du genre, de la destination et du mode d'exploitation sur la qualification du contrat de licence. Genres et modes d'exploitation permettront d'effectuer un choix : édition, production, etc. Mais justifient-ils que l'indispensable autorisation composante de ces contrats se voie attribuer une qualification qui leur soit propre : cession ou licence ? De tels ralliements sont observés, mais relèvent plutôt de la pratique que de véritables qualifications contractuelles ; ils seront rapidement écartés. Il est vrai que l'usage du terme « cession » semble acquis à la mise en œuvre contractuelle des genres réputés plus « prestigieux » : littérature, musique, cinéma. Au contraire, l'usage du terme « licence » est fréquemment relié aux œuvres informatiques¹⁶⁸¹ et d'arts appliqués, de *merchandising*, au point qu'un auteur fasse de ces matières un élément de définition de la licence¹⁶⁸². En pratique, on entend par l'expression « œuvres sous licence » le fait qu'elles soient légalement distribuées dans un pays donné (c'est-à-dire avec l'accord des ayants droit). Or, cette expression récente est principalement employée concernant les séries d'animation, bandes dessinées, et les « produits dérivés » issus de ces créations : textiles, affiches et autres figurines (*character merchandising*). Plus généralement, c'est donc la destination principalement commerciale d'une œuvre qui suggère l'emploi du terme de licence¹⁶⁸³.

458. Si dans certains domaines, on constate une réelle corrélation (les contrats du *merchandising* étant souvent de véritables licences¹⁶⁸⁴), cet état nous semble relever d'une

¹⁶⁸¹ Sur ce constat, v. par ex. : F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? - Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier, 2007, n° 415. – Cet usage est souvent fait à tort : v. *supra* n° 98, sur la « licence » d'utilisation de logiciel.

¹⁶⁸² « Contrats de concession de licence » : « le contrat de licence par lequel le bénéficiaire acquiert un droit d'usage limité à une durée et une utilisation bien déterminée (fabrication de peluches *Snoopy* ; droit de reproduction de *Tarzan* dans une attitude donnée sur le linge de maison, etc.). La licence peut porter sur l'œuvre, mais également sur la marque (nom ou physionomie du héros) si elle a été déposée. » M. Ristich de Groote, *Les personnages des œuvres de l'esprit – Approche du droit français*, RIDA, oct. 1986, p. 19.

¹⁶⁸³ Un auteur fait état de ce rattachement courant entre licence et vocation commerciale des produits dérivés protégés par le droit d'auteur : « La destination purement marchande du produit accrédite alors la référence à la notion de licence. De même, la destination commerciale des dessins et modèles protégés au titre du droit d'auteur est susceptible de justifier une telle référence », S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, 2005, n° 176, p. 433.

¹⁶⁸⁴ Les contrats de *merchandising* ayant pour objet la commercialisation de produits dérivés d'une œuvre pour un nombre déterminé de reproductions, de figurines, d'objets... s'analysent en licence : la limitation du nombre d'objets pour lequel est concédée la licence s'analyse nécessairement en limitation de durée, critère de qualification de la licence (V. démonstration, *supra* n° 350 et s.). Les contrats observables en pratique recourant à cette notions concernent fréquemment ce domaine. V. par ex. le « Contrat de concession de licence de droits dérivés », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 4070 : *Merchandising – Formules*.

habitude de langage que l'on peut expliquer. Les œuvres dites « d'art pur » côtoient historiquement de grands contrats (édition, production, apport à une société de gestion) qui usent du terme de « cession ». Or, ce réflexe n'est pas propre aux contrats nommés du CPI : citons l'utilisation par la pratique, le droit fiscal ou le droit public de la communication audiovisuelle, du contrat d'« achat » de droit de télédiffusion ou de la « cession » des droits portant sur les œuvres cinématographiques¹⁶⁸⁵, alors que le contrat de représentation auquel ils peuvent se rattacher ne fait état que d'une autorisation (art. L. 132-18 du CPI), le contenu de cette autorisation relevant davantage du bail que de la cession¹⁶⁸⁶. On osera une généralisation : le recours à la « cession » en droit d'auteur rappelle évidemment l'usage indu du terme de « vente » dans le langage courant, pour des situations étrangères à cette qualification¹⁶⁸⁷.

Les autres genres d'œuvres et modes d'exploitation où l'on rencontre le terme de « licence » sont souvent inspirés de pratiques recourant, quelle que soit leur origine réelle, à la langue anglaise, notamment en matière d'informatique et de réseaux. Par ailleurs, ces œuvres ont pu échapper aux formules nommées du livre I^{er} du CPI, et connaître l'influence des concessions (licences) davantage admises et pratiquées dans la matière voisine du droit des brevets et, par analogie, du savoir-faire industriel. Une pratique inverse illustre d'ailleurs un emploi hasardeux du vocabulaire contractuel du droit d'auteur : le terme d'édition est volontiers utilisé pour des produits de consommation courante ou des arts appliqués que leur destination ne prête généralement pas à de tels contrats¹⁶⁸⁸. En conclusion, aucune raison valable ne semble nécessiter l'affectation d'une qualification donnée de licence ou de cession à l'exploitation d'une œuvre selon qu'elle relève de tel genre, telle destination ou se prête à telle forme d'exploitation.

§ 2 – Utilité de l'œuvre mise à disposition et qualification de la licence

459. Plan. Doit-on attribuer *in abstracto* à la mise à disposition de l'œuvre une qualification propre selon l'utilité de l'œuvre concernée ? La pratique la plus récente des

¹⁶⁸⁵ V. par ex. l'art. 279-g du Code général des impôts ainsi que les différents exemples cités par : B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 89, p. 140.

¹⁶⁸⁶ Notamment en raison de la durée limitée de ces autorisations (v. *infra* n° 490 et ss.).

¹⁶⁸⁷ Pour une illustration de ce phénomène : R. Savatier, *La vente de services*, D. 1971, Chron. 32, p. 230 ; J.-C. Planque, *La vente de prestation de services*, CCC févr. 2002, Chron. 2, p. 4.

¹⁶⁸⁸ Ainsi, la publicité évoque volontiers la nouvelle « édition » ou la « réédition » de tel meuble, tissu, rasoir jetable, etc., sans que la reproduction de ces objets ait fait l'objet d'un contrat d'édition (qui resterait néanmoins applicable à ces objets). D'autre part, en droit public de l'audiovisuel, la notion trompeuse « d'éditeur de services de télévision » désigne la chaîne de télévision (v. notamment l'art. L. 233-1 du CCIA).

licences de droits dérivés suggère effectivement le rattachement de la licence à une certaine catégorie de droit (*I – L’attribution de la qualification de licence à la mise en œuvre des droits « secondaires » ou « dérivés »*). Procédant volontairement du particulier au général, nous nous interrogerons sur une importante *summa divisio* du droit d’auteur (droit de représentation / droit de reproduction) et verrons s’il y a lieu d’associer à l’exploitation de chacune de ces grandes prérogatives une qualification qui lui soit propre : ainsi, au droit de reproduction correspondrait la cession, au droit de représentation la licence (*II – Les qualifications de cession et de licence faussement déduites de la distinction entre droit de reproduction et droit de représentation*).

I – L’attribution de la qualification de licence à la mise en œuvre des droits « secondaires » ou « dérivés »

460. Droit dérivés et qualification de licence. La plus courante illustration du rattachement abusif entre catégorie de droit, d’utilité de l’œuvre et nature de mise à disposition (cession ou licence) se trouve en matière de mise en œuvre contractuelle des droits dits « dérivés » ou « secondaires ». Plus que de nouveaux « droits » à part entière, il s’agit ici du détail des deux grandes prérogatives patrimoniales de l’auteur¹⁶⁸⁹. Séparée ici pour plus de clarté, leur étude rejoint de fait les sujets de la destination et du mode d’exploitation : en toute rigueur, la licence de « droits » dérivés devrait s’entendre de la licence du droit de reproduction pour certains usages et selon certains procédés.

Ainsi peut-on constater, dans le langage courant comme en doctrine, que la licence de droit d’auteur est reliée à la mise à disposition de ces droits, et partant de ces usages de l’œuvre. On peut lire chez M. Pierre et Mme Schmidt-Szalewski : « Dans la pratique, on utilise le terme « licence », soit à propos de la licence légale, soit pour désigner certaines opérations de portée limitée, comme la cession de droits dits « secondaires », ou la concession de droits d’exploitation »¹⁶⁹⁰. D’autres définitions doctrinales de la licence de droit d’auteur insistent sur l’utilité de l’œuvre mise à disposition : « La concession de licence est une

¹⁶⁸⁹ Ces prérogatives sont le droit de reproduction et le droit de représentation. Pour le reste, plus que de nouvelles prérogatives, les nouveaux « droits » tels que droits dérivés, droits de traduction, de *merchandising*, d’adaptation (décomposé en droit de *remake*, de *prequel*, de *sequel*, de *spin off*...) sont des modes d’exploitation de la propriété de l’auteur, nécessitant le consentement du titulaire (sur ces termes : v. n° 672).

¹⁶⁹⁰ J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007, n° 445, note n° 114. Les auteurs se rallient à l’opinion de MM. Lucas récusant la distinction entre cession et licence en droit d’auteur.

autorisation par laquelle un concédant autorise à un concessionnaire (le licencié), pendant une durée limitée et pour un domaine défini, l'exploitation d'un droit dérivé »¹⁶⁹¹.

Ces « droits » couvrent en fait des genres d'œuvres se prêtant à des modes d'exploitation et destinations, essentiellement commerciales, regroupés sous le terme de *merchandising*. Si l'on peut noter la pratique courante des licences dans la commercialisation de ces objets, en revanche il nous semble pour le moins excessif d'associer ces objets à la définition même de la licence. Ce lien, corrélation née de l'observation d'un marché, n'est pas un rapport de cause à effet, fruit d'un travail systématique de qualification.

II – Les qualifications de cession et de licence faussement déduites de la distinction entre droit de reproduction et droit de représentation

461. Droit de reproduction, droit de représentation et qualification de licence.

La volonté d'affirmer la *summa divisio* entre cession et licence a pu conduire à calquer ces deux catégories sur la structure double du droit d'auteur¹⁶⁹², se manifestant par deux prérogatives, deux utilités principales : le droit de reproduction et le droit de représentation. Ce rapprochement entre l'objet d'un contrat et une chose est classique¹⁶⁹³. Une manifestation récente de ces associations apparaît en matière de contrats de l'audiovisuel, où l'on a proposé de fonder la distinction entre cession et licence sur la *summa divisio* du droit de reproduction et du droit de représentation. L'argument est mis en pratique par M. Montels, qui observe que

¹⁶⁹¹ G. Bigle, *Droits dérivés. Licensing et character merchandising*, Delmas, 1987, p. G3. – V. également : M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli, C. Wallaert, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003. p. 45. Dans la définition du mot « cession » en droit français : « Bien que la cession soit seule visée dans la loi, dans la pratique, on tend à parler de licence ou de concession quand le bénéficiaire de l'acte ne jouit pas du monopole de l'exercice des droits cédés ; de licence, encore, quand la cession ne porte que sur des droits « secondaires », tels les droits de « merchandising ». – Sur le contrat de licence de ces droits, v. également : J.-Cl. Contrats - Distribution fasc. 4060, S. Durrande, *Contrat de merchandising*, n° 22.

¹⁶⁹² Double, une fois épurée du droit de suite, attaché au support de l'œuvre graphique ou plastique (art. L. 122-8 CPI), prérogative patrimoniale mais incessible.

¹⁶⁹³ Il est illustré par M. Raynard lorsqu'il fait état de l'utilisation de la distinction entre contrat d'édition et contrat de représentation comme indice de la distinction entre cession et licence (J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 162 et n° 633). Cependant l'auteur finit par rejeter l'analyse et constate avec Desbois (v. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 492, p. 606) que le législateur de 1957 s'était préoccupé de façon pragmatique de la mise en œuvre du droit d'auteur par l'instauration de contrats d'exploitation - « de la forme matérielle de l'exploitation de l'œuvre » - plutôt que de la nature du droit qui serait acquis par le contractant de l'auteur (J. Raynard, *op. cit.*, *loc. cit.*). Sur ce constat, voir, du même auteur : Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527, spéc. n° 16 ; du même auteur : *Les accords de transfert de technologie : Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*, Avant-propos, J. Raynard, Litec, 2005, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise n° 23, spéc. p. 12.

la cession du droit de reproduction détenu par un producteur au bénéfice d'un unique éditeur de vidéogrammes satisfera son obligation d'exploitation dans l'intérêt des co-auteurs. Cette situation se prêterait à la conclusion de cessions, exclusives. Au contraire, s'il confie son droit de représentation à un diffuseur unique ou pour une durée d'exclusivité excessive, son obligation d'exploitation risque de ne pas être satisfaite en raison de la probable « paralysie » de l'œuvre¹⁶⁹⁴. Cette dernière situation se prêterait donc à la conclusion de licences non exclusives. Outre l'emploi discutable de la distinction entre cession et licence lorsqu'il ne s'agit au fond que d'exclusivité ou de non exclusivité, ce rapprochement n'apparaît ici encore que comme le constat de l'organisation d'un marché donné.

462. Confirmations de l'absence de lien entre utilité de l'œuvre mise à disposition (reproduction ou représentation) et nature de la mise à disposition (cession ou licence). La pratique confirme cette difficulté à assigner au droit de reproduction la qualification contractuelle de cession et au droit de représentation celle de licence. Il est ainsi d'usage de trouver dans le contrat d'édition la « cession » du droit de représentation en sus de celle du droit de reproduction¹⁶⁹⁵, ce qui ne doit remettre en cause ni la nature du contrat d'édition¹⁶⁹⁶, ni celle de la mise à disposition essentielle au contrat d'édition. La cession du droit de représentation n'empruntera pas pour autant le régime du contrat de représentation, ni l'ensemble du régime du contrat d'édition : si l'éditeur s'engage à exploiter le droit de reproduction cédé, on ne peut exiger de lui la même diligence pour le droit de représentation.

Un autre exemple peut être tiré du contrat de production audiovisuelle, qui emporte la « cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle » (L. 132-24 al. 1^{er} du CPI). Or, comment départager ce qui relève du droit de représentation et ce qui relève du droit de reproduction, dans cette formule pensée justement pour dépasser la *summa divisio*¹⁶⁹⁷ ? La présomption légale de cession ne satisfaisant pas le besoin de sécurité des parties¹⁶⁹⁸, le partage entre ces deux droits et leurs nombreuses déclinaisons se fera, dans

¹⁶⁹⁴ B. Montels, *thèse précitée*, n° 100, p. 151.

¹⁶⁹⁵ Reconnaisant cet usage : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 646. – V. par ex. le modèle de contrat d'édition proposé par le SNE, comprenant en son article 1^{er} « Objet du contrat » la cession exclusive des droits de reproduction *et de représentation*. J.-Cl. PLA fasc. 1014, Documentation pratique - Contrats d'édition - Modèles de contrats proposés par le Syndicat national de l'édition (SNE).

¹⁶⁹⁶ Evoquant le maintien de la qualification « unitaire » de contrat d'édition ou le choix d'une qualification distributive (édition et contrat de représentation) selon le critère de l'accessoire apprécié de manière non pas quantitative, mais qualitative : S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, n° 257 et ss.

¹⁶⁹⁷ En ce sens : par ex. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 721.

¹⁶⁹⁸ Ce n'est pas la seule critique apportée à cette présomption. La plus décisive, du moins théoriquement, est sans doute le constat du défaut d'objet, dès lors que les droits « cédés » ont généralement été « apportés » au préalable à une société de gestion collective (spéc. la SACD). Cependant, ces sociétés n'ont pas véritablement

les contrats observés¹⁶⁹⁹, par l'énoncé le plus détaillé de chaque utilité. La durée et plus généralement le régime (exclusivité, rétrocession, etc.) s'appliqueront à cet ensemble de prérogatives. Sauf à imaginer une clause contraire, l'acte d'autorisation intégrant le contrat de production sera qualifié dans son ensemble de cession ou de licence selon le cas.

Enfin, de manière plus remarquable encore, les utilités patrimoniales de l'œuvre, sous la bannière du « droit d'exploitation numérique », « droit de communication au public » ou « droit exclusif unique », réunissent de manière inextricable les deux prérogatives juridiques. Constatant que la diffusion sur internet relève simultanément de la représentation et d'actes de reproduction, éphémères ou durables, la doctrine prévoit à terme la remise en cause de la *summa divisio*¹⁷⁰⁰. Ne redécouvre-t-on pas, dans ces expressions nouvelles, un droit d'auteur très classique, véritable droit de propriété appréhendé de manière synthétique ? La distinction entre reproduction et représentation, toujours opérante dans les domaines traditionnels, est liée à un certain état de la technique et n'a pas vocation à la pérennité. Il semble alors peu satisfaisant de fonder une distinction contractuelle sur une distinction appelée à devenir fluctuante. Ceci appelle à préférer la neutralité de l'utilité de l'œuvre quant à la qualification de la mise à disposition.

463. Ce rattachement entre *reproduction et cession* d'une part, entre *représentation et licence* d'autre part, semble donc abusif. En effet, il ne repose que sur une série de corrélations. Sa source résiderait dans le vocabulaire des plus anciens contrats d'exploitation du CPI. La recherche se déplace donc naturellement vers l'étude du lien entre la nature de la mise à disposition (cession ou licence) et le contrat d'exploitation légiféré (principalement : édition, production, représentation), afin de conclure ou non à l'autonomie de principe de la qualification de la licence et des statuts spéciaux du CPI.

d'intérêt à évoquer l'argument. Sur ces questions : B. Montels, *Pratique des contrats audiovisuels*, CCE juill.-août 2003, p. 13.

¹⁶⁹⁹ V. Partie II, Titre II, Ch. 1 consacrée au formalisme. (v. *infra* n° 646 et ss.)

¹⁷⁰⁰ Par ex. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 237 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.* n° 386 ; Ch. Caron, note sous TGI Paris ord. réf., 14 août 1996, RIDA, janv. 1997, p. 380 ; D. Gervais, *Essai sur le fractionnement du droit d'auteur*, Les cahiers de la propriété intellectuelle, vol. 15, n° 2, janv. 2003, p. 501 ; *adde* : T. Desurmont, *Qualification juridique de la transmission numérique*, RIDA, n° 170, oct. 1996, p. 55. – Sur la question, v. Partie II, Titre II, Ch. 2 sur le formalisme, ainsi que les références citées. (V. *infra*, par ex. n° 637)

§ 3 – Indifférence de principe du contrat d'exploitation dans la qualification de la licence

464. Plan. L'étude de la licence de droit d'auteur est conduite selon un principe déjà abordé à plusieurs reprises, à titre de simple hypothèse : *le contrat d'exploitation du droit d'auteur ne doit pas être confondu avec l'autorisation d'exploiter l'œuvre qu'il contient.*

Cet amalgame est, croyons-nous, la source d'une lecture parfois confuse des contrats du droit d'auteur. Portant atteinte à la clarté des notions, il empêche de départager ce qui relève de l'acte d'autorisation, qualifiable de cession ou de licence, et ce qui relève des principales modalités d'exploitation de l'œuvre, au terme de régimes spéciaux et impératifs codifiés au CPI.

Cette nécessaire distinction entre titre d'occupation de l'exploitant et contrat d'exploitation met en jeu deux niveaux de réflexion. Tout d'abord, par son objet même, et *en termes de notion*, le contrat d'exploitation apparaît comme une opération contractuelle distincte de l'autorisation d'exploiter qu'il contient (*I – Contrat d'exploitation et principe d'une autorisation*). Ensuite, le contrat d'exploitation ne détermine pas, du moins en théorie, la *nature* de l'autorisation qu'il contient nécessairement (*II – Contrat d'exploitation et nature de l'autorisation*).

I – Contrat d'exploitation et principe d'une autorisation

465. La confusion entre les notions de contrat d'exploitation et de mise à disposition du droit d'auteur : exposé sommaire. Le rapprochement que nous venons de démentir entre le droit, l'utilité de l'œuvre (reproduction / représentation) et la qualification de l'autorisation d'exploiter de l'œuvre (cession / licence) nous apparaît en fait comme la résultante d'une confusion courante, profonde, liée à l'emploi traditionnel des termes « cession » et « autorisation (licence) » dans le vocabulaire des contrats d'exploitation figurant au CPI.

- Ainsi, le contrat d'*édition*, qui met au premier plan le droit de *reproduction*, donne lieu, selon la lettre de la loi, à une « *cession* ». Il en résulte l'association courante de ces trois termes : édition – reproduction – cession. Or, ces notions relèvent de niveaux d'appréciation, d'objets différents : un contrat d'exploitation, une chose, et enfin la nature juridique d'une autorisation.

- La même assimilation est observable en matière de contrat de *représentation* : mettant naturellement en œuvre le *droit de représentation*, celui-ci donne lieu à une « autorisation », fréquemment assimilée à une *licence*. Voici donc un autre triptyque réunissant des objets pourtant distincts : contrat de représentation – droit de représentation – licence.

- Le contrat de production audiovisuelle¹⁷⁰¹ qui réunit les deux grandes prérogatives est quant à lui assimilé à une cession, le vocabulaire de la loi étant également déterminant.

466. Critique de l'assimilation entre les notions de contrat d'exploitation et de mise à disposition du droit d'auteur. On notera tout d'abord que l'assimilation est ancienne et encore très courante en doctrine. A ce titre, le contrat d'édition est assimilé par des auteurs, dans son ensemble à une vente¹⁷⁰². Il l'est encore à un transfert de propriété affecté d'une charge d'exploitation¹⁷⁰³, ou du moins à la « cession » dont il ne constitue qu'une variété¹⁷⁰⁴. On réduit par là même le contrat d'édition à son élément radical qu'est la « cession ». Or, si la « cession » met en jeu le droit privatif de l'auteur, le contrat d'édition ne se résume pas à un transfert et des actes d'emprise sur l'œuvre appropriée. Le contrat de production audiovisuelle fait quant à lui l'objet du même rattachement lorsqu'il « apparaît comme une cession des droits patrimoniaux d'auteurs », dont on notera cependant la ressemblance avec la licence¹⁷⁰⁵. Un auteur résume récemment cette conception appliquée aux contrats d'édition, de production audiovisuelle et de commande pour la publicité : « Malgré leur spécificité indéniable, les contrats de cession du droit d'auteur à titre onéreux, parce qu'ils comportent les éléments essentiels et caractéristiques du contrat de vente – transfert de propriété et contrepartie monétaire – doivent être rattachés à ce contrat »¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰¹ La remarque peut être faite pour le contrat de commande pour la publicité.

¹⁷⁰² V. par ex. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 561 : « une variété de vente » ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, 2^e Partie, 2^e éd., par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur, A. Besson, 1954, n° 968, p. 216, réservant cependant le cas « *sui generis* » de l'édition unique et limitée.

¹⁷⁰³ *Ibid.*, n° 600, l'observation valant pour le contrat d'édition comme de production audiovisuelle.

¹⁷⁰⁴ Pour un exemple de cette assimilation ancienne : « (...) *cession* et *contrat d'édition* s'identifient ordinairement ou, plus exactement, (que) le contrat d'édition est la forme de cession la plus courante et la plus employée. » R. Fernay, La cession et le contrat d'édition, RIDA, avril 1958, n° 19, p. 257. L'auteur note ensuite qu'« il ne s'agit ni d'une vente, ni d'une cession inconditionnelle » (*Ibid.* p. 295).

¹⁷⁰⁵ J.-Cl. PLA, fasc. 1340, P. Kamina, Contrat de production audiovisuelle. n° 19. Le point de vue de cet auteur reste très nuancé, notant d'une part les ressemblances de cette « cession » avec une licence, d'autre part la présence fréquente d'une commande justifiant une application distributive des régimes (*Ibid.* n° 20). C'est en cas de contrat de travail que le contrat se résumerait à une simple cession (sur ce débat, v. *infra* n° 585, sur la qualification du contrat de production audiovisuelle).

¹⁷⁰⁶ N. Blanc, *op. cit.*, n° 300 (*Ibid.* n° 309 pour la qualification du contrat de représentation en licence « archétype du contrat de licence »). Mme Blanc précise ailleurs, justement, que le contrat de production audiovisuelle est un contrat complexe, ce qui atténue la critique précédente (*op. cit.* n° 59). (Notons que l'auteur

La même critique est opposable aux auteurs, plus rares, qui assimilent ces contrats dans leur entier au bail¹⁷⁰⁷ ou admettent l'existence d'un choix selon la durée de la mise à disposition¹⁷⁰⁸. Pour être opposé, le résultat du travail de qualification, qui donnerait une occasion d'illustrer la notion de licence, est pourtant fondé sur cette confusion, et ne saurait à ce titre être pleinement satisfaisant.

En effet, dans tous ces cas, le fait de savoir si ces contrats d'exploitation du CPI sont organisés autour d'une vente plutôt que d'un bail – ou plus exactement des mécanismes essentiels, « noyaux durs »¹⁷⁰⁹ de ces formules – est un sujet de débat et peut être réglé de différentes manières selon des critères de qualification préétablis¹⁷¹⁰. *En revanche, l'assimilation pure et simple de ces contrats avec la mise à disposition qu'ils contiennent s'avère profondément réductrice.* Cette assimilation est une source de confusions en matière de qualifications et de régime.

Au fond, rechercher la qualification des contrats du droit d'auteur en omettant de distinguer préalablement les deux objets (autorisation / contrat d'exploitation) conduit à un double écueil : soit une qualification tronquée du contrat d'exploitation, réduisant à l'excès ses traits caractéristiques par souci de lui attribuer une qualification civiliste ; soit, autre écueil, le constat que les contrats d'exploitation ne se réduisent pas aux qualifications du

admet le rattachement à la licence en cas de mise à disposition temporaire (*op. cit.* n° 316). – Rapp. Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, n° 389 et ss., p. 291 et ss. Sans prétendre qualifier le contrat de production audiovisuelle, cet auteur analyse les relations entre auteurs et producteurs en contemplation de l'effet principalement réel du contrat auquel « viennent, en outre, s'ajouter, des effets obligatoires, caractéristiques au contrat de vente » (*Ibid.* n° 464, p. 322). – D'autres auteurs insistent sur le caractère essentiel mais insuffisant de la seule cession (v. Ch. Caron, *op. cit.*, sur le contrat d'édition, n° 427, il qualifie en revanche expressément le contrat de représentation de contrat de licence, v. n° 449). – M. Yacoub note bien le caractère complexe du contrat de production audiovisuelle et critique la prééminence de l'élément « cession ou concession » dans la doctrine comme en pratique, v. O. Yacoub, *Les principaux contrats de production audiovisuelle*, Thèse dactyl., Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2000, p. 65 et ss. Portant également cette critique : S. Jouve, *La nature juridique du contrat de coproduction de l'œuvre audiovisuelle en droit français*, Thèse, Aix-Marseille, 2000, p. 196 et ss.

¹⁷⁰⁷ S. Raimond, *op. cit.*, n° 579, n° 579 et s. V. spéc. Pour le bail : contrat d'édition (*ibid.* n° 581) et contrat de production audiovisuelle (*ibid.* n° 582 et s.). Contrat de représentation : bail dans la plupart des cas (*ibid.* n° 582). Vente du monopole pour le contrat de commande pour la publicité (*ibid.* n° 584). – M. Huet conclut à une qualification *sui generis* mais note que le contrat d'édition « se rapproche plus de la location que de la vente », J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 21125. – Nous avons noté en quoi la recherche d'une qualification civiliste de ces contrats avait pour issue l'innommé. – *Adde* : J. Valéry, note sous T. com. Seine 4 juin 1896, Bourget c. Lemerre, D. P., 1898, II, 73, comparant l'éditeur à un fermier. L'auteur envisage la qualification de vente pour ce que l'on appellera la cession pure et simple, le mandat pour le contrat à compte d'auteur et la société pour le contrat de compte à demi. En ce sens : « Malgré leur variété, d'après les usages, on peut ramener le contrat d'édition à quatre types différents, assimilables à la vente, au louage de choses, au louage d'ouvrages ou à la société », R. Roger, *Le contrat d'édition et le récent projet de loi*, D. 1933, Chron. n° 5.

¹⁷⁰⁸ N. Blanc, *op. cit.*, en cas de mise à disposition temporaire : v. n° 309 et n° 316.

¹⁷⁰⁹ Un contrat complexe n'associe pas tant l'entier régime de plusieurs contrats spéciaux que les opérations de base qu'ils organisent. En ce sens : P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008.

¹⁷¹⁰ V. *infra* n° 476 et ss.

Code civil, ce qui conduit à les disqualifier en conventions innommées¹⁷¹¹. Ainsi, réduire le contrat d'édition ou de production à la cession qu'il contient fait nécessairement conclure à la nature particulière de cette dernière. La qualification « fiduciaire » de la cession contenue dans ce dernier contrat en est l'exemple.

467. Critique de la généralisation à toute mise à disposition des analyses menées à partir des contrats spéciaux du CPI. La suite naturelle de ce défaut de méthode consiste en un « raccourci intellectuel » induisant abusivement des spécificités de certains régimes spéciaux du CPI, la spécificité de toute mise à disposition du droit d'auteur. Une mise en œuvre récente de cet amalgame que nous critiquons est offerte – notamment¹⁷¹² – par M. Laronze¹⁷¹³ dans sa thèse. L'auteur relève les imperfections de la cession comprise dans le contrat d'édition, en particulier le maintien d'un lien personnel d'obligation, incompatible avec la vente¹⁷¹⁴. Sur le fondement de cette observation, l'auteur nie ensuite la distinction entre cession et licence en affirmant, par euphémisme : « le contrat de cession est un contrat de vente bien singulier... ». Or, cette analyse se fonde sur une confusion entre deux objets par nature distincts : l'autorisation d'exploiter une ou plusieurs utilités de l'œuvre (licence ou cession) d'une part ; le contrat d'exploitation (ici un contrat d'édition) d'autre part. La

¹⁷¹¹ Dans un contexte législatif certes différent, c'est bien la démarche de Rault, qu'il conclura par la qualification *sui generis* du contrat d'édition : J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz, 1927, p. 88 et ss. Sur la méthode employée, déjà, par M. Rault, *Ibid.* p. 52 : « Nous nous efforcerons donc de déterminer, à l'aide de ces caractères communs, la physionomie exacte de ces conventions d'un genre spécial et grâce à eux de les distinguer des différents contrats nommés, auxquels on a vainement tenté de les assimiler jusqu'à ce jour ».

¹⁷¹² V. *supra* n° 41, notre remarque faite à propos de la thèse de M. Huet, traité précité, n° 21125, p. 699. Les diverses obligations pesant sur l'éditeur, considéré comme concessionnaire, semblent induire l'originalité de toutes les « concessions » de droit d'auteur. – V. Egalement l'analyse menée par M. Gaudrat, tirant de la disqualification de la « cession » comprise dans le contrat d'édition la condamnation du mécanisme même de la cession : « Si la cession était bien une cession civiliste portant sur un droit exclusif, l'exclusivité serait de droit et la clause contraire serait impossible car l'effet nié serait inhérent au droit transmis : vend-on un bien corporel à charge pour le propriétaire d'en accepter le partage avec tous les tiers qui en manifesteront le désir ? », Ph. Gaudrat, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTD Com. 2009, p. 323 (n° 76). – V. également, pour une assimilation d'un autre genre : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 360 et n° 418. Ces auteurs induisent des spécificités réelles de la licence d'utilisation de logiciel une différenciation entre bail et de licence, celle-ci étant alors un contrat *sui generis*. Mais c'est omettre que la licence d'utilisation de logiciel n'est pas un contrat d'auteur (v. *supra* n° 93) – De même, dans cette étude (préc.) dont le fil conducteur est l'impossibilité théorique d'une licence en droit d'auteur, M. Gaudrat utilise comme argument ce constat (que nous partageons par ailleurs), que la « licence d'utilisation » de logiciel n'est pas une licence : « Il nous semble donc que, depuis la loi de 1994 transposant la directive, les contrats de fourniture d'un logiciel ont, en terme de qualification, regagné le giron du droit commun même si, de manière tout à fait asymétrique, les manquements du consommateur sont dorénavant pénalement sanctionnés. Au regard de cette observation, la dénomination « contrat de licence » n'a plus guère de sens », Ph. Gaudrat, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, *op. cit.*, v. spéc. n° 100.

¹⁷¹³ B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM 2006, n° 479, p. 215 et n° 466, p. 210.

¹⁷¹⁴ Spéc. l'obligation d'exploitation et de rendre compte imposée à l'éditeur. L'auteur évoque également le droit moral, pour exclure la qualification de vente, argument que nous avons combattu en 1^{re} partie (v. *supra* n° 284 et ss.).

démarche n'a en fait aucune portée, dans la mesure où elle induit de cas particuliers des considérations abusivement générales pour les appliquer ensuite à des objets relevant de situations différentes. Que la « cession » dans le contrat d'édition ne soit pas une vente est un fait, ou plus exactement le fruit de l'examen de ses traits juridiques. Mais dès lors que les éléments ayant autorisé cette disqualification (par ex. obligation d'exploiter, esprit de retour, non exclusivité) disparaissent dans la cession « pure et simple », ou encore de la cession pouvant intégrer le contrat de production audiovisuelle, pourquoi étendre l'analyse menée à partir du cas particulier du contrat d'édition à la généralité des cas rencontrés ? Plus loin, nous tâcherons de démontrer que les contrats d'édition et de représentation, par leur contenu impératif, ne peuvent abriter une cession *stricto sensu* et accueillent plus volontiers une licence. Mais cette démonstration n'aura certes pas la prétention de nier l'existence de cette première formule dans l'ensemble du droit positif !

La conséquence logique de cet amalgame se traduit par une série de confusions que nous observerons en matière de régime. Ainsi, le formalisme contractuel, qui trouve pourtant sa source dans les contrats du CPI, tend à être étendu à toute mise à disposition¹⁷¹⁵. Citons encore le cas de l'obligation d'exploitation, généralisée par la doctrine à toute « cession », au motif que le contrat d'édition (qui impose cette exploitation) constituerait la forme la plus étendue de cession¹⁷¹⁶. Or, ce dernier point relève de l'affirmation¹⁷¹⁷.

468. Le constat d'un principe de distinction du contrat d'exploitation et de la mise à disposition qu'il contient. Eviter ces écueils suppose d'admettre que ni une cession ni une licence ne peuvent être assimilées à un contrat d'édition, de représentation ou de production audiovisuelle, par exemple. En effet, ces contrats, quoique portant sur une même chose incorporelle, n'ont pas le même objet¹⁷¹⁸. Les opérations élémentaires que sont la cession ou la licence, ainsi que leurs déclinaisons gratuites (donation et prêt) ne sont qu'une composante essentielle des contrats d'exploitation. Si on les envisage sommairement en tant

¹⁷¹⁵ V. Partie II, Titre II, Ch. 1. (*infra* n° 647 et ss.)

¹⁷¹⁶ A. Tournier, Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?, RIDA, juill. 1958, XX, p. 3. En ce sens : 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, n° 18 et s., p. 33 et s. L'auteur constate que cette vision était partagée par la plupart des premiers commentateurs de la loi du 11 mars 1957.

¹⁷¹⁷ Nous verrons en effet que la « cession » dans le contrat d'édition n'est ni la plus étendue, ni la plus définitive (Comp. la qualification de la mise à disposition contenue dans le contrat de production audiovisuelle ou la cession « pure et simple »).

¹⁷¹⁸ Le transfert de propriété de l'œuvre pour la cession-vente ou la jouissance locative d'une œuvre pour la licence ; la fabrication, la promotion et la commercialisation d'exemplaires d'une œuvre, au moyen d'une cession ou d'une licence, pour le contrat d'édition.

que telles, cession et licence se bornent à une autorisation d'utiliser l'œuvre à laquelle on ne peut réduire ces contrats. Ainsi, on peut envisager une cession du droit de représentation hors du cadre légal du contrat de représentation¹⁷¹⁹, une licence du droit de reproduction indépendante du contrat d'édition¹⁷²⁰. On ne dira pas que le contrat d'édition, de reproduction ou de production « est » une cession ou au contraire une licence, mais qu'il « contient » une cession ou une licence à laquelle il ne saurait se réduire¹⁷²¹. Cette méthode de lecture offre naturellement des résultats variables ; nous verrons par exemple que si le contrat de production audiovisuelle diffère sensiblement d'une simple licence, le contrat de représentation en revanche, du moins tel que la loi le conçoit, offre peu de différence avec celle-ci.

469. D'autre part, constater que tel contrat d'exploitation est organisé sur la base d'une licence ou d'une cession n'emportera pas l'application de l'ensemble du régime et des conditions de validité de ces opérations. Il s'agira non pas de *juxtaposer* deux contrats mais bien d'en *combiner* les éléments¹⁷²² : ceux qui relèvent de l'élément radical et ceux qui relèvent du contrat d'exploitation¹⁷²³.

470. L'opposition entre « licence » et « contrat d'édition » : une illustration jurisprudentielle de la confusion entre mise à disposition et contrat d'exploitation. La jurisprudence doit être lue avec circonspection lorsqu'elle prend acte de l'opposition proposée entre licence de droit d'auteur et contrat d'exploitation, particulièrement d'édition musicale¹⁷²⁴. La société Polygram, condamnée en appel pour avoir manqué à son obligation

¹⁷¹⁹ Par ex. la cession du droit de représentation dans le cadre du contrat d'édition.

¹⁷²⁰ Par ex. dans le cadre de la licence des droits de *merchandising* (ou d'autres contrats innommés).

¹⁷²¹ Sans relever la qualification effectivement choisie par cet auteur (la vente), l'expression d'Esmein est sans doute exacte lorsqu'il affirme que l'opération entre éditeurs et auteurs « nous paraît contenir une vente, ou, du moins, une cession à titre onéreux, à temps limité ou à toujours », A. Esmein, note sous T. com. Seine 4 juin 1896, S. 1899, 2, 217. – On relèvera en ce sens la prudence de Desbois lorsqu'il enseigne que la cession est un moyen, une modalité de l'exploitation de l'œuvre, v. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, spéc. n° 492, p. 609. – Plus récemment, MM. Vivant et Bruguière prennent soin de ne pas réduire le contrat de production à la cession qu'il contient (M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 774 : « Le contrat de production audiovisuelle, si les mots ont un sens, alors même qu'il est vrai qu'il ne peut être reconnu que si cession il y a, peut difficilement se réduire à cette cession que le code met emblématiquement en avant » (v. pour le contrat d'édition n° 719).

¹⁷²² Nous reprenons les mots de M. Bénabent : A. Bénabent, L'hybridation dans les contrats, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27. Pour l'auteur, cette combinaison doit permettre cependant d'identifier un élément essentiel et un élément accessoire. Or, nous verrons qu'il peut être vain d'opérer cette hiérarchie dans les contrats d'exploitation du droit d'auteur.

¹⁷²³ S'agissant des éléments de régime : v. *infra* n° 644 et ss.

¹⁷²⁴ Cass. 1^{re} civ. 18 oct. 1994, soc. Polygram c. Jean Mariani, Bull. n° 296, p. 216 ; D. IR, 1994, p. 249 ; RIDA, n°165 juillet 1995 p. 271, obs. A. Kerever, p. 249. V. également : CA Versailles, 20 mai 1999 JCP E 1999, p. 1756.

d'exploitation d'œuvres de Jean-René Mariani, invoque le fait que le contrat, « *qui ne comportait pas la cession des droits de l'auteur, ne constituait pas un contrat d'édition mais un simple contrat de licence* ». La Cour de cassation donnera droit à l'auteur-interprète, en constatant que le contrat comportait bien une cession ainsi que l'engagement d'exploiter les droits cédés, confirmant ainsi sans difficulté la qualification du contrat d'édition (selon les art. L. 132-1 et L. 132-12 du CPI).

Si cette solution d'espèce n'appelle pas de critique, en revanche le raisonnement qui la fonde met en scène une curieuse opposition entre licence et contrat d'édition. Ainsi, selon l'exploitant défaillant, la substitution d'une licence à une cession écarterait la qualification du contrat d'édition, et partant son obligation d'exploitation. L'argument n'est pas contredit dans son principe par la Cour qui, pour mettre en échec la revendication de l'exploitant, se borne à relever la présence d'une cession du droit de fabriquer des exemplaires et d'une charge d'assurer la publication et la diffusion commerciale de l'œuvre. M. Kerever lit la solution *a contrario* : « Par un contrat de licence, l'auteur se borne à autoriser un utilisateur à accomplir certains actes d'exploitation. Par le contrat d'édition, l'éditeur n'acquiert pas une simple autorisation (...) »¹⁷²⁵. Or, on oppose là deux notions qui, nous l'avons vu, ne se situent pas sur le même plan : le contrat d'édition ne s'oppose pas à la licence en ce qu'il constituerait une cession, mais il peut *contenir* une licence tout comme une cession ; à partir de cette autorisation élémentaire, il organise l'exploitation de l'œuvre.

Davantage que cette opposition artificielle entre licence et édition, on retrouve là l'opposition classique entre contrat comportant une charge d'exploitation (édition, production) et cession ou licence pure et simple, envisagées comme contrat spécial à part entière. Comme le note justement M. Kerever : « Le contrat d'édition est un contrat de cession du droit de reproduire l'œuvre en exemplaires d'un type déterminé. Mais il est plus qu'une convention de concession d'un droit exclusif puisque l'éditeur s'oblige à associer l'auteur à l'exploitation de son œuvre dont il doit assurer la publication et la diffusion »¹⁷²⁶. L'élément déterminant dans cette espèce n'était pas la qualification du titre de la société Polygram en cession ou en licence, mais le fait de savoir si elle avait pris un engagement d'exploiter tel qu'on le trouve dans le contrat d'édition.

Ce raisonnement que nous critiquons rappelle en fait celui des premiers commentateurs de la loi de 1957. Ces derniers liaient très étroitement la cession du droit de

¹⁷²⁵ A. Kerever, note préc.

¹⁷²⁶ *Ibid.*

reproduction et le contrat d'édition, en affectant à toute cession de ce droit une charge d'exploitation. Or, l'étude approfondie des régimes montrera que cette charge ne relève pas de la cession en tant que telle, mais du statut spécial du contrat d'édition mettant en œuvre cette cession selon certaines modalités¹⁷²⁷. Cette espèce est donc une parfaite illustration de la confusion traditionnelle entre mise à disposition du « droit », qui peut être indifféremment licence ou cession, et contrat d'exploitation porteur d'un cadre impératif régissant les modalités de l'exploitation (ici un contrat d'édition musicale). Pourtant, dans cette espèce, il importait peu que la mise à disposition consentie par l'auteur corresponde à la stricte qualification de « cession » ou davantage à celle de « licence », dans la mesure où la « cession » évoquée par le CPI, nécessaire au contrat d'édition, ne constitue pas une véritable qualification ; le terme désigne toute forme de mise à disposition des utilités réservées de l'œuvre¹⁷²⁸. Ainsi, si le contrat d'édition n'est certes pas une licence, rien dans les textes ne s'oppose à ce que les obligations qui caractérisent le contrat d'édition soient organisées sur la base d'une licence.

II – Contrat d'exploitation et nature de l'autorisation

471. Le contrat d'exploitation ne détermine pas – en principe – la nature de la mise à disposition qu'il reçoit. Voir dans chaque contrat d'exploitation l'expression soit d'une licence, soit d'une cession, repose sur une autre confusion. La nature du droit en jeu (reproduction / représentation) renseigne – partiellement il est vrai – sur la nature d'un éventuel contrat d'exploitation. Mais elle ne renseigne en rien quant à la qualification de la mise à disposition (cession ou licence) qui intégrera ce contrat. Le fait que le contrat d'édition - assimilé à tort à une cession - puisse être vu comme l'archétype de l'exploitation du droit de reproduction ne signifie pas pour autant que tout contrat autorisant l'utilisation de ce même droit soit organisé autour d'une cession. Cela est d'autant plus remarquable que c'est à tort, nous le verrons, que la mise à disposition intégrant le contrat d'édition est systématiquement qualifiée de cession¹⁷²⁹.

¹⁷²⁷ V. *infra* n° 756 et ss.

¹⁷²⁸ V. Partie I, Titre II, Ch. Introductif, (v. *supra* n° 123) où nous portions la même conclusion pour l'emploi du terme « autorisation ».

¹⁷²⁹ V. *infra*, n° 478 et ss.

En théorie, la nature du contrat d'exploitation ne devrait pas imposer la nature de la mise à disposition qu'il contient, car le choix d'un contrat d'exploitation est lié à des facteurs indifférents à la qualification de licence ou de cession.

472. Indifférence du contrat d'exploitation et de la nature de la mise à disposition du droit d'auteur : validation du principe. Les éléments traités précédemment (genres, destinations, modes d'exploitation, utilités) se sont avérés indifférents à la qualification de la mise à disposition de l'œuvre (cession ou licence¹⁷³⁰). Cette indifférence est le fruit même de la loi, et ses premiers commentateurs l'ont notée : Desbois constatait ainsi que « le législateur de 1957 s'est essentiellement soucié de la mise en œuvre des droits de la propriété littéraire et artistique, mais il n'a pas cru nécessaire de préciser quelle serait la nature du droit acquis par les cocontractants des créateurs »¹⁷³¹. Ce constat laisse à penser que le terme de « cession », utilisé sans discernement par le législateur en droit d'auteur¹⁷³², vise de la façon la plus indifférente l'ensemble des moyens juridiques fondant l'autorisation d'utiliser une œuvre (peu important les éléments qualifiants que sont l'esprit de retour, l'exclusivité, la titularité de l'action en contrefaçon ou la libre disposition des droits conférés à l'exploitant¹⁷³³).

L'étonnante diversité des actes réunis par le législateur sous la bannière de la « cession » conduit à plusieurs hypothèses. Soit on considère que la cession (ou l'autorisation) est dotée d'une nature unitaire ; or, une telle variété est irréductible à une seule opération contractuelle et l'impossibilité de tout rattachement ne peut conduire qu'à la qualification *sui generis*. Soit l'on admet, fort de l'observation des contrats pratiqués, que le terme de « cession » désigne par commodité l'ensemble des formes d'utilisation de l'œuvre et non une qualification contractuelle à proprement parler. Tel semble être l'usage traditionnel du terme de cession de droit d'auteur. Une dernière possibilité déjà entrevue, sans doute préférable car porteuse de sens, permettrait de sacrifier à la tradition d'une présentation bipartite en considérant la licence, qualifiée de bail, comme une *catégorie limitative*, pour laisser au terme

¹⁷³⁰ Ainsi, si ces éléments sont indifférents aux qualifications de cession et de licence, on devine en revanche à travers eux l'identité des grands contrats d'exploitation du CPI : contrat d'édition, de représentation, de production audiovisuelle. Sur la caractérisation de ces contrats, v. Ch. 2.

¹⁷³¹ H. Desbois, *op. cit.*, n° 492, p. 608. – On ajoutera le législateur de 1985. – D'autres exégètes de la loi du 11 mars 1957 pressentaient cette conclusion : « La cession du droit d'exploitation comporte bien des variétés, selon son étendue ou selon sa nature », A. Tournier, Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?, RIDA, juill. 1958, XX, p. 3. (spéc. p. 19).

¹⁷³² En ce sens : J. Raynard, *op. cit.*, n° 162. Également en ce sens, constatant le « caractère générique du terme de cession », v. N. Blanc, *op. cit.*, n° 64.

¹⁷³³ Sur le rôle de ces éléments dans les qualifications de cession et de licence, v. *supra* n° 328 et ss.

de cession le rôle de *catégorie résiduelle*¹⁷³⁴, regroupant ce qui n'est pas une licence : la cession dans son sens strict de contrat à effet réel (vente), ainsi que la cession « atypique », autorisation perpétuelle non exclusive, un point commun à ces « cessions » étant l'absence d'esprit de retour.

473. Éléments historiques. On ne saurait pour autant faire porter au législateur de 1957 l'entière charge de cette imprécision. Seule une enquête approfondie qu'il ne serait pas opportun de mener ici permettrait d'expliquer les origines historiques de cet usage. Quelques exemples édifiants méritent toutefois d'être cités. Si l'on prétend parfois que les auteurs anciens ne traitaient du contrat d'auteur qu'en termes de « cession »¹⁷³⁵, une lecture attentive permet de nuancer ce point de vue. Ainsi, dans la section de son *Traité des droits d'auteurs* consacrée aux cessionnaires, Renouard utilise essentiellement les notions de « cession » et de « vente ». L'ouverture des développements renseigne cependant sur la véritable portée de cette « cession » : « *Les droits attachés au privilège d'auteur sont cessibles. Ils peuvent être transmis à titre gratuit ou onéreux, par louage, vente, prêt, mandat, donation entre vifs ou testamentaire, et par tout autre mode* »¹⁷³⁶. Ici, le terme fréquemment usité de « cession » n'apparaît déjà plus comme une qualification à part entière, mais comme un terme générique englobant les notions de contrat, de mise à disposition ou de transfert des droits d'auteur. Il faut donc voir dans cette doctrine ancienne les origines historiques de l'élection du seul terme de « cession » par le droit français comme recouvrant des opérations de nature diverses sur l'œuvre, et non, comme le font ses récents interprètes, le signe prétendu du choix d'une seule et unique qualification du contrat sur droit d'auteur.

On retrouve dans les écrits de Huard la même idée diffuse selon laquelle la mise à disposition du droit d'auteur, loin de se borner à la « cession » comme strict synonyme de vente, ou plus généralement de contrat à effet réel, recouvre aussi bien les mécanismes à effet

¹⁷³⁴ Sur ces notions : J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255 (spéc. n° 21) ; du même auteur : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 4^e éd. Dalloz, 2003, n° 197. – Comp. avec la distinction des définitions réelles et des définitions terminologiques : G. Cornu, Les définitions dans la loi, in *Mél. Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77.

¹⁷³⁵ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 567, note n° 14. Les auteurs évoquent Pouillet, pour lequel la remarque est exacte (v. E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal et Billard, 1^{re} éd., 1879, n° 239 et ss. (3^e éd., 1908, par Maillard et Claro) ainsi que Renouard, plus nuancé à ce sujet (v. note suivante).

¹⁷³⁶ A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature les sciences et les arts*, Paris, J. Renouard et C^{ie} Libraires, t. 2, 1839, (Partie IV, Ch. III) n° 158. – En ce sens : « Cette cession revêt des formes diverses. Parfois l'auteur concède seulement un monopole d'exploitation ; c'est le contrat d'édition. Parfois il s'agit d'une véritable cession du droit de propriété qui relève du contrat de vente » : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. X Contrats civils, 1^{re} Partie*, par J. Hamel, F. Givord et A. Tunc, 2^e éd. LGDJ, 1956, n° 328, p. 413.

réel que personnel¹⁷³⁷. Une analogie avec le lointain contrat de société et l'un de ses éléments essentiels mérite d'être reprise : pour qu'il y ait société, peu importe que les apports soient faits en propriété ou en jouissance¹⁷³⁸. De même, il importe peu à la caractérisation d'un contrat d'exploitation qu'il contienne une cession ou une licence.

La doctrine à proprement parler n'est pas la seule à afficher d'autres termes que celui de cession. Parmi les nombreux projets de loi précédant la loi de 1957, le plus célèbre et discuté d'entre eux, présenté le 13 août 1936 par le ministre Jean Zay¹⁷³⁹, fondait tout le droit contractuel d'auteur sur la notion de « concession temporaire »¹⁷⁴⁰. La loi de 1957 pourrait être présentée comme prenant le contrepied de cette conception du contrat d'auteur, par le choix du terme de « cession ». On retiendra néanmoins que l'élection du terme de cession, plus que de la nature des choses ou d'une profonde tradition historique, résulte d'un choix législatif. Encore faut-il préciser que ce choix de la « cession » est en partie verbal, car son contenu offre la même variété de qualifications que ce que suggéraient ces auteurs anciens.

474. Conclusion de la Section 1. Par l'observation des pratiques les plus courantes, il est tentant d'associer une qualification contractuelle (cession – licence) propre à

¹⁷³⁷ « Il existe plusieurs variétés du contrat de publication. 1° Tantôt c'est un droit réel, propriété ou usufruit, qu'acquiert le publicateur ; tantôt c'est un droit de créance, l'auteur ou les ayants cause s'engageant à lui assurer la jouissance de l'œuvre à l'occasion de laquelle le contrat est conclu. 2° Le contrat varie également selon le mode de publication adopté ; tel traité, par exemple, sera un contrat d'édition, tel autre un contrat de représentation » : G. Huard, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. 1, *Introduction - Propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, Paris, 1903, n°66, p. 112. V. également n° 101, p. 147 : « Une œuvre littéraire peut être donnée à bail, comme une terre, comme une maison ».

¹⁷³⁸ « Le Code civil (...) trace des règles uniformes en matière de société, quelle que soit la nature des apports, droits réels ou droits d'obligation ». G. Huard, *op. cit.*, n° 66, p. 112. – Sur cette même analogie : J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz, 1927, p. 58 (cet auteur conclut cependant à la nature innommée du contrat d'édition (*Ibid.* p. 88 et ss.).

¹⁷³⁹ Projet de loi 13 août 1936 de Jean Zay présenté lors de la 2^e séance du 13 août 1936, JO, Doc. parl., Chambre des députés, annexe n° 1164, p. 1706. Cité par J. Escarra, J. Rault et F. Hepp, *La doctrine française du droit d'auteur. Etude critique à propos de projets récents sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, 2^e éd., Grasset, 1937, p. 193 et ss. – Il est intéressant de noter que l'éditeur Grasset fut l'un des principaux opposants à ce projet, en ce sens : C. Rojinsky, *Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur*, *Prop. intell.*, 2008, 27, p. 160. Cet auteur insiste sur d'autres spécificités de ce projet : affirmation de la nature « *sui generis* » du droit d'auteur en opposition à la qualification de propriété, proposition d'un domaine public payant dans le principe duquel on peut reconnaître l'idée de licence légale. V. aussi, principalement sur ces aspects : P. Reneaud, *Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique. Le projet de loi de Jean Zay sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, *RLDI*, n° 42, oct. 2008, p. 63 ; Ch. Masson, *Le projet Jean Zay : le droit d'auteur fondé sur un contrat social*, *CCE* avril 2010, alerte 36.

¹⁷⁴⁰ Le projet précité comportait des dispositions générales : « Art. 23 – 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. 26 – Si le contrat de concession temporaire n'est pas conclu pour une durée déterminée, chaque partie peut en faire cesser l'effet au moyen d'une dénonciation, signifiée à l'autre partie au moins six mois à l'avance ». – Dispositions propres au contrat d'édition : « Art. 32 – Le contrat d'édition est conclu soit pour une seule édition, soit pour un nombre déterminé d'éditions, soit, si le nombre des éditions n'a pas été prévu au contrat, pour une durée déterminée et qui ne peut en aucun cas excéder dix années ». Ces dispositions furent assouplies en faveur des éditeurs dans une seconde version du projet (sur ce point : F. Reneaud, *article précité*, p. 63).

chaque utilité (reproduction – représentation), par emprunt au vocabulaire de chaque contrat d'exploitation (édition – contrat de représentation). En droit cependant, rien ne semble justifier un tel partage. La licence ou la cession n'ont pas vocation à qualifier le contrat d'exploitation, et réciproquement, un contrat d'exploitation devrait pouvoir comporter une licence ou une cession. Ainsi, d'une part, si la cession-vente et la licence-bail sont les techniques assurant la légalité de l'exploitation de l'œuvre par un tiers, elles ne sauraient être les seules figures contractuelles justifiant de l'exploitation d'une œuvre. D'autre part, si la qualification des contrats d'exploitation sera approfondie au prochain chapitre, nous pouvons dès à présent poser en principe qu'ils ne sont ni « une vente », ni « un bail », ni un contrat *sui generis*. En revanche, on peut constater que l'autorisation d'exploiter l'œuvre essentielle à ces contrats relève de la vente, d'un louage de choses ou du dépassement de ces catégories. On doit donc conclure à l'indifférence de principe des utilités de l'œuvre, des modes d'exploitation et, par conséquent des contrats d'exploitation dans la recherche d'une qualification du titre de l'exploitant. La nature juridique de l'autorisation dont il bénéficie relève en effet d'un choix des parties¹⁷⁴¹. Reste à confronter ce principe à la réalité, c'est-à-dire à passer d'une étude théorique d'ensemble à l'examen du contenu de ces contrats.

Section 2 – Régimes impératifs du CPI et qualification de licence : une influence relative

475. Le principe de liberté des qualifications confronté aux statuts impératifs des contrats spéciaux du CPI. Les parties aux contrats d'édition, de représentation, de production audiovisuelle et de commande pour la publicité pourraient en théorie choisir de fonder le contrat d'exploitation sur une licence comme sur une cession, en fonction de l'économie de l'opération, de l'intensité de l'engagement souhaité. Ce principe, que nous avons relevé en étudiant la licence comme contrat spécial à part entière¹⁷⁴², semble s'imposer également lorsque la licence constitue un élément essentiel d'un contrat d'exploitation.

Cette méthode de lecture étant acquise, il y a lieu de la confronter à la réalité du contenu obligationnel des contrats d'exploitation. La liberté du choix des parties est-elle

¹⁷⁴¹ Ce qui est le cas *a fortiori* pour le choix entre cession et licence en général.

¹⁷⁴² Des divers éléments environnant les contrats de licence et de cession, seuls ceux relevant de la volonté des parties s'étaient avérés influents en matière de qualification (Partie I, Titre II, Ch. 2, v. n° 259 et ss.).

absolue ? Examinons à présent *in concreto*, pour chaque contrat d'exploitation du droit d'auteur, la possibilité d'inclure une cession ou d'une licence. Nos instruments seront ici les critères de qualification de la licence et de la cession retenus en première partie¹⁷⁴³ ; notre matière sera le régime légal de ces contrats, enrichi de la pratique et de la jurisprudence.

476. Plan. Les contrats observés dans l'ordre du CPI peuvent être classés en deux groupes : le premier réunit les contrats d'édition et de représentation, en ce qu'ils contiennent des dispositions relatives à leur durée susceptibles de jouer un rôle en matière de qualification (§ 1 – *L'influence constatée des régimes du CPI sur la qualification de l'autorisation*). Le second réunit les contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité qui ont pour point commun l'absence de disposition réglementant leur durée (§ 2 – *L'absence d'influence des régimes du CPI sur la qualification de l'autorisation*).

§ 1 – L'influence constatée des régimes du CPI sur la qualification de l'autorisation

477. Plan. Deux contrats tenants d'une longue tradition présentent la particularité d'un régime, ou du moins d'une ébauche de régime, relatif à la durée. L'impact de ces régimes impératifs sur la qualification de l'autorisation sera donc particulièrement sensible (*I – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat d'édition ; II – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat de représentation*).

I – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat d'édition

478. Plan. **Le contrat d'édition peut-il contenir une licence plutôt qu'une cession ?** Nous verrons que les textes permettent d'organiser le contrat d'édition sur la base d'une licence, mais que ce mécanisme reste un cas exceptionnel (A –). D'autres éléments permettent de pousser plus loin l'analyse et de voir dans la licence la modalité de principe de ce contrat d'exploitation (B –).

¹⁷⁴³ La licence en tant que bail est caractérisée par une autorisation de jouissance contre un prix. Cette jouissance est fondée sur un droit personnel à la chose. Il se distingue par l'esprit de retour tel qu'on le rencontre en matière de bail, les formules temporaires fondées sur un droit réel étant inadaptées en l'état du droit positif. D'autres éléments tels que l'exclusivité, la titularité de l'action en contrefaçon ou la possibilité de conclure des sous-contrats, peuvent seulement porter atteinte à la qualification de cession.

A – La licence dans le contrat d'édition, en tant qu'exception

479. Affirmation légale du recours à la cession et recours dérogatoire et implicite à la licence. Une lecture superficielle de la loi (v. spéc. art. L. 132-1, -6, -8 et -11 du CPI) suggère la cession comme modalité unique du contrat d'édition. Or, notre première partie a montré que ce point ne devait pas être considéré comme dirimant, la qualification dépendant ici d'un contenu contractuel et non du vocabulaire d'usage dans la loi et en pratique¹⁷⁴⁴. Ce point étant admis, il faut reconnaître que sans renoncer toutefois au vocabulaire de la cession, le législateur a ménagé une grande liberté quant aux modalités de la « cession » intervenant dans le cadre du contrat d'édition, au point que l'on puisse s'interroger sur sa nature. Ainsi apparaissent deux dérogations possibles à la cession.

- **Contrat d'édition et « cession » non-exclusive.** Cette « cession » peut être non exclusive si une clause l'exprime (Article L. 132-8 al. 1^{er} du CPI¹⁷⁴⁵). Selon les principes dégagés par notre première partie¹⁷⁴⁶, la stipulation d'une non-exclusivité doit écarter la qualification de cession *stricto sensu*, comme une variété de contrat à effet réel et de vente en particulier. Doit-on suivre alors l'analyse proposée par M. Caron, qui voit dans l'abandon de cette exclusivité une cause de disqualification du contrat d'édition en contrat innommé¹⁷⁴⁷ ? En pareil cas, selon cet auteur, la cession ferait place à une licence. Or, la cession étant un élément essentiel du contrat d'édition¹⁷⁴⁸, la présence d'une licence rendrait cette qualification intenable¹⁷⁴⁹. L'argument ne semble pas décisif et peut être démenti selon deux niveaux de lecture.

- Tout d'abord, la non-exclusivité à elle seule – apte à disqualifier la cession dans son sens étroit de contrat à effet réel – ne suffit pas à qualifier la mise à disposition en licence¹⁷⁵⁰. Admettre l'inverse reviendrait à assigner à la licence un rôle résiduel en cas d'échec de la qualification de cession *stricto sensu*. Or, nous avons vu que la licence reçoit la qualification

¹⁷⁴⁴ Partie I, Titre II, Ch. Introductif. (*supra* n° 113 et ss.)

¹⁷⁴⁵ « L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit ».

¹⁷⁴⁶ Sur la disqualification de la cession en l'absence d'exclusivité, v. *supra* n° 421.

¹⁷⁴⁷ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 434. Comp. X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 815, p. 308 et s. Plus nuancé, l'auteur note que cette « cession non exclusive d'un droit » semble évoquer davantage la licence non exclusive : « c'est pourquoi, à la lecture de cet article, on peut s'interroger sur la nature juridique du droit cédé à l'éditeur ».

¹⁷⁴⁸ La plupart des auteurs constatent l'existence d'une cession, essentielle au contrat d'édition. V. par ex. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 645 ; Ch. Caron, *op. cit.*, n° 427.

¹⁷⁴⁹ Nous renvoyons le lecteur à nos développements précédents pour les analyses contestant la licence en tant que telle (v. *supra* n° 13 et ss.).

¹⁷⁵⁰ V. *supra* n° 411 et ss.: le bail, et partant la licence, peut être non-exclusif, si les parties conviennent de circonscrire l'étendue de leur jouissance. L'élément est donc indifférent à cette qualification.

de bail : elle est à ce titre une *catégorie limitative*, tandis que la « cession » revêt davantage ce rôle de *catégorie résiduelle*¹⁷⁵¹. *Lato sensu*, la cession telle que la conçoit le CPI désigne toute mise à disposition, toute autorisation portant sur des utilités économiques d'une œuvre. Par conséquent, la non-exclusivité n'a pas pour effet la disqualification de la cession en licence, mais en opération innommée. La qualification de licence serait envisageable par la disparition du caractère définitif de la mise à disposition et l'apparition d'un esprit de retour du plein usage de l'œuvre au bénéfice de l'auteur.

- Le second point, plus décisif, est qu'un contrat d'édition peut être fondé sur une licence. Dès lors, peu importe son caractère exclusif, car la « cession » évoquée tout au long du CPI ne peut être raisonnablement tenue pour le synonyme de la vente. Elle désigne indistinctement toute forme de mise à disposition des utilités de l'œuvre, pourvu qu'elle suffise à réaliser l'objet du contrat.

Enfin, cette possibilité est mentionnée de manière incidente au cœur des dispositions sur le régime du contrat d'édition, ce qui laisse à penser que la non-exclusivité n'est pas appréhendée par le législateur comme dérogation au contrat d'édition, mais comme modalité dérogatoire de ce dernier. Le contrat d'édition peut abriter une licence ou une « cession atypique » sans que sa nature en soit affectée¹⁷⁵².

Si le point peut surprendre eu égard à une pratique systématiquement opposée, on doit bien admettre que l'exclusivité n'est qu'un élément « naturel » du contrat d'édition¹⁷⁵³.

- **Contrat d'édition et « cession » temporaire.** D'autre part, une seconde modalité dérogatoire permet au contrat d'édition d'être organisé autour d'une licence comprise comme contrat de durée, et plus précisément de bail. La « cession » siégeant dans le contrat d'édition

¹⁷⁵¹ J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255 (spéc. n° 21). L'auteur constate cependant que la catégorie limitative est celle des droits réels et la catégorie résiduelle (donc susceptible d'extension) est celle des droits personnels (v. n° 22). Ce constat n'est pas décisif dans notre matière, précisément parce que la « cession » du CPI n'est pas l'exacte transposition de la catégorie des contrats à effet réel. (du même auteur : *Théorie générale du droit*, 4^e éd. Dalloz, 2003, cité *supra*, n° 472).

¹⁷⁵² En ce sens, par ex. N. Blanc, *op. cit.*, n° 69, qui indique simplement que « l'exclusivité des droits n'est pas un élément de définition du contrat d'édition ». Rappelons une approche plus singulière d'un auteur qui au terme d'une analyse complexe qualifie le contrat d'édition de bail tout en s'attachant à voir dans la cession du CPI un acte translatif. Ainsi, le contrat peut être non exclusif tout en produisant un effet translatif, celui-ci ne porterait pas sur le monopole, mais sur les « fruits » de ce dernier : v. S. Raimond, *op. cit.*, spéc. n° 501 et ss. : ces fruits de l'exploitation de l'œuvre sont les « reproduction ou représentation-résultat ».

¹⁷⁵³ Selon la distinction ancienne, exposée par M. Terré dans sa thèse entre éléments « essentiels », « naturels » et « accidentels » du contrat, v. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 33, p. 35. – V. *supra* n° 172. On notera toutefois l'intérêt relatif de la distinction en raison des règles de forme applicables au contrat d'édition.

peut être effectivement – et non simplement en théorie¹⁷⁵⁴ – limitée dans la durée. Ainsi, selon l'article L. 132-11 al. 5 du CPI : « En cas de contrat à durée déterminée, les droits du cessionnaire s'éteignent de plein droit à l'expiration du délai sans qu'il soit besoin de mise en demeure ». On doit donc admettre qu'en droit du moins, la durée de la « cession » est ici librement déterminable par les parties, confirmant selon les critères établis la liberté du choix entre cession et licence¹⁷⁵⁵.

480. Validité théorique et limite pratique des arguments. Ces deux arguments en faveur de la licence dans le contrat d'édition, pèchent toutefois par leur académisme. Exception faite de quelques contrats habilement négociés ou relevant d'usages étrangers¹⁷⁵⁶, et sous réserve de la jeune pratique du livre numérique, qui s'oriente vers des durées de mise à disposition de 2 à 5 ans¹⁷⁵⁷, les contrats d'édition effectivement observables confèrent de fait au contrat un caractère définitif, étendant la mise à disposition (exclusive) de l'œuvre à la durée de vie de celle-ci. Autant d'éléments portent à croire que le contrat d'édition, siège potentiel d'une licence, demeure tel qu'il est couramment pratiqué le siège de la plus authentique cession. Cette croyance est-elle légitime ?

B – La licence dans le contrat d'édition, en tant que principe

¹⁷⁵⁴ En droit, la cession dans le cadre du contrat d'édition doit, à peine de nullité, être délimitée dans sa durée (par lecture combinée des art. L. 131-2 et L. 131-3 du CPI). Mais cette exigence formaliste se traduit en pratique par l'élection de la durée la plus longue (70 ans *post mortem auctoris*) correspondant à la durée de l'œuvre en tant que chose cessible. Dans ce cas, la convention, quoique formellement affectée d'une « durée » revêt de fait un caractère définitif. Sur ces questions (notion d'esprit de retour), v. n° 364 et v. spéc. n° 678.

¹⁷⁵⁵ Le critère de qualification de la licence étant défini comme la présence d'un esprit de retour, concrétisé par la clause de durée (v. Partie I, Titre II, Ch. 2, v. n° 329).

¹⁷⁵⁶ Pour une illustration : CA Versailles 20 mai 1999 JCP E 1999, p. 1756 (contrat en langue anglaise, utilisant le terme de « licence »). Le contrat avait été prorogé deux fois par des avenants, l'absence d'un nouvel accord en ce sens formalisé par écrit conduit la cour à constater le terme du contrat. – Pour un exemple de « cession » limitée à 4 ans sous condition : X. Skowron-Galvez, La relation entre l'auteur et son agent littéraire, *Légipresse* n° 234, sept. 2006, II, p. 101 spéc. n° 5.

¹⁷⁵⁷ Les contrats d'édition sous forme de livre électronique que nous avons pu observer stipulent pour certains une durée de 5 ans. La SGDL conseille une durée de 2 à 3 ans courant à compter de la date de publication, assortie d'une clause de tacite reconduction offerte aux deux parties. Autre formule évoquée : une « clause de rendez-vous » tous les 3 à 5 ans, avec faculté de résiliation faute d'accord. V. La lettre Hors-série de la SGDL, mai 2011 : http://www.sgdl.org/component/docman/cat_view/83-telechargement?orderby=dmdate_published&ascdesc=DESC. – *Contra* : le contrat type proposé par le SNE, qui maintient l'alignement de la durée du contrat sur la durée de l'œuvre (70 ans *post mortem auctoris*). V. J.-CL. PLA, fasc. 1014, Documentation pratique - Contrats d'édition - Modèles de contrats proposés par le Syndicat national de l'édition (SNE) - 3. Modèle de contrat d'édition « Multisupports » (Exploitation principale de l'œuvre sur réseau numérique). Cote : 04,2010.

481. Plan. Affirmer que le contrat d'édition est normalement construit sur une licence n'est pas une proposition commune. Pourtant, elle résulte directement de l'observation du régime de la mise à disposition qu'il contient. Dans un premier temps, l'apparente permanence des effets de la cession contraste avec la durée nécessairement limitée de l'obligation d'exploitation (*1 – La permanence des effets de la cession et la nécessaire temporalité des obligations de l'éditeur*). A cette contradiction, la loi répond par un mécanisme original de résiliation du contrat. Quoiqu'imparfait, celui-ci imprime au contrat et à la « cession » qu'il contient un esprit de retour évoquant la licence (*2 – La résiliation du contrat d'édition permettant la manifestation de l'esprit de retour de la licence*).

1 – La permanence des effets de la cession et la nécessaire temporalité des obligations de l'éditeur

482. « Durée » de la cession et durée des obligations de l'éditeur. Nous devons nous résoudre au fait que l'hypothèse d'un contrat d'édition limité *ab initio* dans le temps, déterminante en théorie, ne peut convaincre pleinement, restant marginale en pratique. Pour savoir si le contrat d'édition peut être organisé autour d'une licence, il faut s'interroger sur la question de la durée la plus couramment stipulée, la cession pour la durée du droit d'auteur, équivalent, comme on l'a démontré, à un transfert définitif¹⁷⁵⁸.

Un contraste marque alors le lecteur des dispositions du CPI : d'une part, les indications nombreuses relatives à la durée ; d'autre part, l'absence de limitation effective de celle-ci. Ainsi, une obligation purement formelle de déterminer la durée et l'obligation de la mentionner dans *l'instrumentum* découle des dispositions générales (art. L. 131-2 et L. 131-3 du CPI)¹⁷⁵⁹. Ensuite, l'exigence de respecter divers délais, y compris par renvoi aux usages de la profession, est prévue concernant l'exécution des obligations¹⁷⁶⁰. Mais rien ne semble limiter la durée du contrat lui-même, si ce n'est la durée de la chose, l'œuvre objet de la prestation de l'auteur. La conclusion de notre étude de la durée de la licence en général trouve donc une illustration dans le cas particulier du contrat d'édition : tout le paradoxe du droit d'auteur français sur ce point réside dans la contradiction entre un objectif annoncé de protection de l'auteur et la longueur inutile des liens généralement consentis par lui. On le résumera par cette conclusion toujours actuelle : « le terme de la validité du contrat est

¹⁷⁵⁸ V. spéc. *supra* n° 341 et *infra* n° 677.

¹⁷⁵⁹ *Ibid*, passages précités, pour une critique du caractère purement formel de cette exigence.

¹⁷⁶⁰ Par ex. article L. 132-11 al. 4 du CPI : « A défaut de convention spéciale, l'éditeur doit réaliser l'édition dans un délai fixé par les usages de la profession ».

souvent identique à celui de la protection légale, de sorte que le lien entre l'auteur et l'éditeur devient presque éternel »¹⁷⁶¹.

La situation de l'auteur aménagée par le droit positif est-elle pour autant si contraignante ? L'éditeur est-il tenu, comme on le prétend, aussi définitivement que l'auteur ? Son obligation principale aux termes de l'article L. 132-1 du CPI, précisée dans les articles suivants¹⁷⁶², consiste d'une part en la fabrication d'exemplaires et d'autre part en la publication et la diffusion de l'œuvre. Si ces deux composantes sont essentielles et impératives, l'obligation de fabriquer les exemplaires est de résultat, celle d'opérer une diffusion permanente et suivie n'est que de moyens¹⁷⁶³. L'exécution de cette obligation se décline en de multiples facettes¹⁷⁶⁴. Si on s'accorde sur son caractère de durée et non ponctuel, peut-elle se maintenir aussi longtemps que les effets de la cession consentie par l'auteur à son profit ? D'évidence non. Si l'obligation d'exploitation permanente et suivie confère au contrat d'édition son caractère successif, l'éditeur ne peut maintenir l'exploitation de l'œuvre et les investissements que cela suppose jusqu'au terme de 70 ans *post mortem auctoris*, soit généralement plus d'un siècle¹⁷⁶⁵.

On assiste donc à une étrange distorsion entre durée d'existence et durée d'exécution du contrat d'édition¹⁷⁶⁶. Celui-ci prolonge son effet de « cession » dont l'auteur est le débiteur¹⁷⁶⁷ aussi longtemps que son terme se fait attendre. En revanche, la durée des obligations de l'éditeur se limite généralement à l'issue d'une première phase d'exploitation si la demande, c'est-à-dire un élément purement économique, quantitatif, justifie l'arrêt de l'exploitation¹⁷⁶⁸. Les conséquences que cet arrêt entraîne sur l'engagement des parties

¹⁷⁶¹ M.-N. Stojanovic, Du contrat d'édition, RIDA, 1967, n° 52, p. 79 (spéc. p. 111). L'auteur, qui ne manque pas de mettre en cause ainsi les idées reçues, poursuit : « Ce type est caractéristique en premier lieu pour les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, mais il a pratiquement prévalu en Europe occidentale aussi, en dépit des points de départ théoriquement différents ». Comp. notant la « précarité » du contrat, subordonnée à l'exploitation des droits : A. Bertrand, *Droit d'auteur*, 3^e éd. Dalloz, 2010, n° 112.21.

¹⁷⁶² Spéc. L. 132-11 et L. 132-12 du CPI.

¹⁷⁶³ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 674 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.* n° 832 ; Ch. Caron, *op. cit.* n° 445 et s. ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 571 (obligation de résultat) et n° 572 (de moyens renforcée) ; Comp. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 739 et n° 740, qui voit dans la seconde une obligation de résultat atténuée ou de moyen renforcée (note n° 3) ; également avec F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°1033, qui voit dans l'obligation de diffusion une obligation de résultat.

¹⁷⁶⁴ V. Ch. 2. de ce titre.

¹⁷⁶⁵ *Contra* : R. Fernay, La cession et le contrat d'édition, RIDA, avril 1958, n°19, p. 257 (spéc. p. 307). Selon cet auteur, l'obligation d'exploitation de l'éditeur s'étend sur toute la durée du contrat.

¹⁷⁶⁶ Sur ces notions, v. *supra* n° 334 et les réf. citées (v. spéc. J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, n°148, p. 183 et ss.).

¹⁷⁶⁷ Du moins la conséquence de la cession est-elle définitive, celle-ci étant instantanée, si on l'assimile toutefois à un contrat à effet réel.

¹⁷⁶⁸ Mévente « quasi-totale », C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz 1999, n° 343 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 678.

incitent à s'interroger sur la durée réelle du contrat d'édition et sur la nature de la « cession » contenue en son sein.

2 – La résiliation du contrat d'édition permettant la manifestation de l'esprit de retour de la licence

483. Plan. La loi spéciale édicte des modes de résiliation du contrat d'édition, unilatéraux, à l'initiative de chaque partie (a). Ces cas de résiliation unilatérale jouent-ils un rôle dans la qualification de l'autorisation qui fonde ce contrat (b) ?

a) Enoncé des modalités de résiliation unilatérale du contrat d'édition

484. Arrêt non fautif de l'exploitation de l'œuvre et résiliation à l'initiative de l'éditeur : un terme naturel du contrat d'édition et de la licence contenue en son sein.

Citons l'article L. 132-17 al. 1^{er} du CPI : « Le contrat d'édition prend fin, indépendamment des cas prévus par le droit commun ou par les articles précédents, lorsque l'éditeur procède à la destruction totale des exemplaires ». Il s'agit d'un mode spécifique de *résiliation* du contrat¹⁷⁶⁹, mais un mode normal, tout à fait étranger aux idées de faute ou d'inexécution contractuelles. Il ne doit donc pas être confondu avec la *résolution* suite à l'inexécution par l'éditeur de son obligation essentielle, intervenant à ses torts et ouvrant droit à indemnisation.

La disposition va également au-delà d'un rappel du droit commun autorisant la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, puisque le contrat d'édition peut être considéré comme à durée déterminée dont le terme est incertain : la survenance du terme est certaine (sans quoi il s'agirait d'une condition), mais la date de sa survenance est par nature incertaine lors de la conclusion du contrat¹⁷⁷⁰. La possibilité offerte à chaque partie de mettre fin unilatéralement au contrat relève d'une dérogation¹⁷⁷¹. Il en irait autrement si l'on considérait le contrat d'édition conclu pour soixante-dix ans *post mortem auctoris* comme un contrat à durée indéterminée. Ce dispositif légal contraignant apparaîtrait alors comme limitant le droit de résiliation unilatérale ouvert par principe à chacun des contractants.

¹⁷⁶⁹ Sur ce caractère spécifique, v. Ch. Caron, *op. cit.*, n° 432, et le fait qu'il s'agit d'une résiliation, et non d'une résolution. En ce sens, v. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 751.

¹⁷⁷⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 479. Sur la notion de terme incertain, prenant l'exemple du décès d'une personne, v. n° 1200.

¹⁷⁷¹ Ne remettant pas en cause cette distribution : Ph. Simler, L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée, JCP 1971, I, 2413.

Le détail de la disposition peut étonner par son matérialisme : c'est la destruction, la « mise au pilon » qui résilie le contrat. Ce fait ne constitue donc pas une simple conséquence de la résiliation, mais sa cause. La loi ne dispose pas d'obligation d'information spécifique à ce fait, qui est cependant déduite par la doctrine¹⁷⁷².

Ce texte décrit une pratique commune et bien antérieure à son traitement législatif, mais conduit à une situation incongrue, en ce qu'il confère à l'éditeur l'apparente dispense d'exécuter son obligation essentielle¹⁷⁷³. Or, il signifie en fait que cette « dispense » de poursuivre l'exploitation permanente et suivie, passée une première phase d'exploitation, marque l'extinction naturelle de cette obligation. C'est donc qu'au bout d'un certain temps, l'obligation d'exploiter n'en est plus une, et que son intensité ne peut se maintenir autant que la durée d'effet de la cession consentie par l'auteur.

La résiliation, échappatoire à ce déséquilibre, permet à l'auteur de recouvrer le plein usage de ces droits. On découvre donc, dans le contrat d'édition conclu pour la durée du droit, la présence d'un certain esprit de retour.

485. Arrêt non fautif de l'exploitation et résiliation à l'initiative de l'auteur.

L'article L. 132-17 al. 2nd du CPI poursuit : « La résiliation a lieu de plein droit lorsque, sur mise en demeure de l'auteur lui impartissant un délai convenable, l'éditeur n'a pas procédé à la publication de l'œuvre ou, en cas d'épuisement, à sa réédition.

L'édition est considérée comme épuisée si deux demandes de livraisons d'exemplaires adressées à l'éditeur ne sont pas satisfaites dans les trois mois ».

En opportunité, le défaut du texte est qu'il suppose une mise en demeure par l'auteur et l'attente d'un « délai convenable » permettant à l'éditeur de publier. Cette formalité accomplie et la passivité de l'éditeur se confirmant, l'auteur recouvre le plein usage de l'œuvre et peut approcher un nouvel éditeur¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷² En ce sens : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 751 (CA Paris, 6 févr. 1982, D. 1982, IR, 47). L'autorisation de l'auteur est requise selon F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1036. Aucune obligation, même d'information selon X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 848.

¹⁷⁷³ Le point est souligné notamment par M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 751.

¹⁷⁷⁴ La jurisprudence, stricte ici, rappelle que la formulation de cette mise en demeure est un préalable indispensable. En ce sens : Cass. 1^{re} civ. 3 févr. 2004, Y. c. SA Librairie Arthème Fayard, Bull. I, n° 27, p. 23, JCP G, 2004, II, 10149, note E. Treppoz, « La résiliation des contrats d'édition » : « Attendu que la cour d'appel a relevé, par motifs propres ou adoptés, que, (...) une telle clause ne pouvait être acquise au créancier sans la délivrance préalable, et non intervenue en l'espèce, d'une mise en demeure restée sans effet ; (...) l'assignation en justice ne palliant aucunement l'absence de la sommation ainsi requise de celui qui, entendant se prévaloir d'une clause de résiliation, doit préciser au débiteur ses manquements et le délai dont il dispose pour les conjurer ». – En ce sens, v. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 580. (CA Paris 25 sept. 1990, « Messidor », D. 1990, IR 235). On peut en outre se demander si ce nouvel éditeur souhaiterait s'engager sans avoir l'assurance de la résiliation de la première convention : à lui d'en évaluer et d'en prendre le risque !

Sur un plan plus théorique, on peut également reprocher au texte de présenter comme similaires deux situations très différentes : refus de publier et refus de rééditer¹⁷⁷⁵. Alors que la première situation est une violation grave justifiant la résolution du contrat aux torts de l'éditeur, la seconde situation n'est pas nécessairement choquante. On se demandera avec MM. Lucas « s'il est bien réaliste d'imposer de manière systématique à l'éditeur un tel investissement sans se soucier des données du marché »¹⁷⁷⁶. Comme le remarque M. Pollaud-Dulian, « l'éditeur n'est pas nécessairement fautif de ne pas souhaiter rééditer l'œuvre »¹⁷⁷⁷. Si un auteur infère au contraire de cette faculté de résiliation une obligation de rééditer¹⁷⁷⁸, on opposera à cet argument le fait que ce n'est pas l'exécution en nature ou par équivalent qui sanctionne la passivité de l'éditeur, mais la simple libération des deux parties. Cela confirme l'absence d'obligation de rééditer l'œuvre en cas de mévente¹⁷⁷⁹.

L'absence d'obligation de rééditer devient porteuse de sens lorsqu'elle se mue en une véritable défense de rééditer. Après une première exploitation de l'œuvre, lorsque qu'une longue période s'est écoulée depuis la première édition, l'éditeur se doit en effet de recueillir un consentement renouvelé de l'auteur¹⁷⁸⁰. Cette situation constitue la preuve de l'extinction de la mise à disposition qui fonde le contrat d'édition, si ce n'est de ce dernier dans son ensemble. Cet « épuisement » du droit de l'exploitant après une période d'inaction suggère sa qualification de droit personnel trouvant son terme extinctif dans une période prolongée d'inexploitation. Ce qui montre que l'éditeur n'est pas un cessionnaire, un propriétaire : la non exploitation n'aurait pas vocation à éteindre son droit.

Comment inscrire cette faculté de résiliation dans les termes du droit commun ? Un auteur appliquera au contrat d'édition la distinction entre résiliation-sanction et la résiliation-droit¹⁷⁸¹. Il apparaît sans équivoque que les cas que nous venons d'aborder relèvent de la seconde situation. Plus rigoureusement, on notera que la résiliation permise dans ces circonstances ne consiste pas à sanctionner une inexécution contractuelle, cas de *résolution*, mais permet aux parties de se délier de leur engagement, ce qui relève d'une *résiliation*¹⁷⁸².

¹⁷⁷⁵ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 680.

¹⁷⁷⁶ A. et H.-J. Lucas, *Ibid.*, (référence est faite à Rault, *op. cit.*, p. 269).

¹⁷⁷⁷ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.* n° 1035.

¹⁷⁷⁸ C. Colombet, *op. cit.*, n° 343.

¹⁷⁷⁹ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.* n° 742 et n° 751 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 680 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.* n° 578, l'auteur cite : CA Paris 12 févr. 1980, RIDA, janv. 1981, 152 ; D. 1982, IR 47, obs. C. Colombet. (Réserve faite de l'abus de droit).

¹⁷⁸⁰ V. *infra* n° 649 et ss., sur le consentement personnel de l'auteur au contrat d'édition.

¹⁷⁸¹ E. Treppoz, « La résiliation des contrats d'édition », note préc.

¹⁷⁸² Invitant à distinguer résolution et résiliation, non pas en raison de leurs différences d'effets parfois relatives (rétroactivité ou non-rétroactivité), mais en raison de leur fondement distincts : la résolution par dénonciation unilatérale sanctionne l'inexécution d'une obligation contractuelle alors que la résiliation trouve son fondement

b) Conséquence des modalités de résiliation unilatérale en termes de qualification

486. Ces dispositions, prémices d'un effet de retour, autorisent-elles la qualification de licence ? On conçoit alors que le contrat d'édition ait un terme extinctif et que les parties retrouvent pour l'avenir leur liberté. Ce contrat étant d'exécution successive, on peut s'interroger sur le caractère définitif, voire licitement perpétuel, qu'on lui attribue traditionnellement. Cette manifestation d'un esprit de retour est-elle de nature à infléchir la qualification de la mise à disposition contenue dans le contrat d'édition ? Les critères de partage entre cession et licence définis en première partie trouvent à s'appliquer ici. La qualification de cession justifie-t-elle ce mode d'extinction, ou celle de licence s'avère-t-elle au contraire plus adaptée à ces situations ?

- S'agit-il d'une seconde cession effaçant les effets de la première, ou encore d'une cession inscrite dans la durée ? Les raisons qui nous avaient fait contester la pertinence de ces formules en qualifiant l'opération de mise à disposition de l'œuvre¹⁷⁸³ sont les mêmes quand cette mise à disposition intègre un contrat d'exploitation.

- S'agit-il d'une résolution de cette hypothétique « cession », sur le modèle de la vente à réméré ? En effet, la cession *stricto sensu*, *a fortiori* si elle est qualifiée de vente, s'accommode mal de ce caractère temporaire et de sa concrétisation dans un mécanisme de résiliation. Cependant, il ne saurait davantage s'agir d'une résolution, car la fin du contrat d'édition intervient ici d'une part sans notion d'inexécution, d'autre part sans rétroactivité¹⁷⁸⁴. On nous objectera que l'impossibilité pratique incite généralement le juge à limiter à l'avenir les effets de la rupture, de sorte que la résolution équivaut, par ses effets, à une résiliation¹⁷⁸⁵. La fin du contrat pourrait ainsi se réaliser par la résolution de la « cession ». Mais, outre le fait que l'on assiste, ailleurs, à de véritables résolutions en droit d'auteur¹⁷⁸⁶, rien ne justifie

« non dans l'interdépendance des obligations, mais dans le principe de la prohibition des engagements perpétuels », A. Brès, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009, n° 80, p. 55 (sur cette distinction, v. n° 60 et ss., p. 41 et ss.).

¹⁷⁸³ V. *supra* n° 382.

¹⁷⁸⁴ Pour la critique du rapprochement fréquent entre « cession » temporaire et vente à réméré, v. *supra* n° 383 et s.

¹⁷⁸⁵ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 543.

¹⁷⁸⁶ Par ex. Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, Bull. I, n° 224 ; D. 1995, Chron. 262, n° 14 et ss. ; JCP G, 1996, I, 3914, note Ch. Jamin ; JCP G, 1996, II, 22581, note A. Françon ; RTD civ. 1996, p. 906, obs. J. Mestre.

l'amalgame des deux notions, qui diffèrent davantage par leur source que par leurs effets¹⁷⁸⁷. D'ailleurs, l'article L. 132-17 al. 2nd du CPI ne traite que de « résiliation ».

- S'agit-il d'une cession ou d'une constitution d'un droit réel d'une nature particulière, par nature inscrite dans la durée : fiducie ou usufruit ? Le CPI ne les évoquant pas, ces formules seraient des déclinaisons innommées de leurs modèles du Code civil. De surcroît, elles seraient très largement dérogoires aux régimes de ces formules¹⁷⁸⁸. Enfin, nous l'avons observé, la qualification fiduciaire en droit d'auteur est le fruit d'une induction, liée à l'observation du régime de certains contrats d'exploitation du CPI. Or, plutôt que de réduire le contrat d'exploitation à la nature prétendument originale de la mise à disposition qu'il contient, nous préférons y voir une mise à disposition correspondant aux schémas classiques du Code civil, adjointe d'obligations définies par la loi spéciale et impérative. Enfin, nous avons conclu qu'une opération pouvait s'organiser autour d'une licence, tout en relevant d'un « esprit fiduciaire ».

487. La mise à disposition du contrat d'édition qualifiée de licence. Cette série d'exclusions conduit à considérer que le contrat d'édition s'organise sur la base d'une licence. Le terme de celle-ci, dépendant dans une certaine mesure de la volonté de chaque partie, éteint le droit de l'éditeur licencié. On regrettera cependant la sévérité dont font parfois preuve les juges sur le fondement d'une loi tatillonne¹⁷⁸⁹, de sorte que ces arguments sont peu invoqués devant le juge. Pourtant, ces modes originaux de rupture du contrat à durée déterminée que constitue le contrat d'édition mériteraient d'être éclaircis et assouplis au bénéfice de l'auteur¹⁷⁹⁰. Ils confèrent à ce contrat un esprit de retour, qui n'est autre que celui de la loi du 11 mars 1957 classiquement interprétée¹⁷⁹¹, qui répugne à voir l'auteur dépossédé définitivement et sans contrepartie. Il est donc regrettable que la réalisation technique de cet esprit de retour, restant incomplète, ne satisfasse pas plus dignement cet esprit¹⁷⁹².

¹⁷⁸⁷ V. A. Brès, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁸⁸ Pour l'inadéquation de l'usufruit conventionnel et de la fiducie aux régimes des contrats pratiqués, v. *supra* n° 386 et ss.

¹⁷⁸⁹ Par ex. (précité) Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, JCP G, 2004, II, 10149, note E. Treppoz : « La résiliation des contrats d'édition ».

¹⁷⁹⁰ On voit mal comment la situation de l'éditeur, *sur ce point précis*, pourrait être plus avantageuse.

¹⁷⁹¹ V. par ex. H. Desbois, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, D. 1957, Lég. 357. L'auteur (p. 363) y évoque le contrat d'édition en termes de « concession », avant d'infléchir ultérieurement sa position. *Adde* : R. Savatier, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398 (*in fine*).

¹⁷⁹² Certes, le caractère temporaire de cette licence n'est pas « parfait » ; on nous objectera que si l'œuvre rencontre un succès constant, rien ne devrait permettre aux parties de se délier unilatéralement. C'est finalement - avec les impondérables d'une exploitation commerciale - le fait de l'éditeur, acteur d'une exploitation continue de l'œuvre qui ouvrira la possibilité de mettre fin au contrat. Ce trait n'est pas un obstacle à la qualification de

488. Réforme. Si la qualification de licence décrit bien l'existant, il serait souhaitable d'affirmer ce trait par une souplesse accrue dans la résiliation du contrat. Deux impératifs sont en présence. D'une part, il s'agit de permettre à l'éditeur d'être récompensé de son investissement, sans ajouter de la précarité aux résultats imprévisibles de l'exploitation des œuvres. Cela suppose une durée relativement longue des licences (ainsi que le recours au pacte de préférence qui récompense les éditeurs, souvent de taille modeste, pour le succès d'auteurs en devenir). D'autre part, comme nous l'avons vu, il est difficilement justifiable qu'un déséquilibre si flagrant perdure entre temps d'exécution des obligations de l'éditeur et longueur de l'engagement de l'auteur. Quelles modalités sont ici envisageables ? Une faculté de résiliation avec préavis raisonnable¹⁷⁹³ ne nous semble pas être une solution adaptée, la licence étant un bail d'exploitation. En revanche, l'affirmation d'une licence à durée déterminée pour un *quantum* convenable assortie d'une tacite reconduction serait un outil intéressant : elle permettrait à l'auteur de reprendre la maîtrise de l'exploitation sans mettre automatiquement fin au contrat, et préserverait l'intérêt de l'exploitant dès lors que l'auteur ou ses héritiers et vraisemblablement le public, se désintéressent de l'œuvre.

489. Conclusion. Le contrat d'édition pourrait en théorie être organisé sur un mécanisme à base d'effet réel, mais ce mécanisme n'est pas le plus adapté. Dans le sens de la licence, on a montré que celle-ci pouvait indifféremment être exclusive ou non. L'éditeur n'a pas, en principe, la libre disposition des droits « acquis », ce qui ne peut que gêner la qualification de cession-vente. Il ne peut concéder à son tour ses droits qu'avec l'accord de l'auteur, donnant ainsi lieu à des sous-locations et non des « sous-cessions »¹⁷⁹⁴. Enfin, si l'éditeur certes est apte à agir en contrefaçon, cette habilitation n'est plus un critère de qualification de l'effet réel¹⁷⁹⁵. Tout porte à conclure que la mise à disposition nécessaire au

licence : certains régimes spéciaux du bail limitent nettement les cas de rupture à l'initiative du bailleur qui n'est pas ici la partie protégée, (V. par ex. les régimes du bail rural et du bail commercial).

¹⁷⁹³ En droit commun, il est également proposé d'assortir l'engagement perpétuel d'un tel terme, plutôt que de recourir systématiquement à l'annulation. En ce sens : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 300. – Evoquant cette possibilité pour le contrat d'édition, v. E. Treppoz, note sous : Cass. 1^{re} civ. 3 févr. 2004, note préc. : « Or, un contrat peut être perpétuel, bien que doté d'un terme. C'est le cas du contrat d'édition. D'une durée de soixante-dix ans après la mort de l'auteur, ce contrat est perpétuel en ce qu'il aliène la liberté d'agir d'une personne physique et sans doute de ses descendants directs. La validité d'un tel contrat devrait donc être subordonnée à l'existence d'un droit de rupture unilatérale pour chacune des parties. C'est peut-être là que résidait la résiliation vainement recherchée ».

¹⁷⁹⁴ Ch. Caron, n° 430.

¹⁷⁹⁵ V. *supra* n° 428 et ss.

contrat d'édition, bien que dénommée « cession », revêt la qualification de licence de droit d'auteur.

II – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat de représentation

490. Le contrat de représentation contenant une licence, ou licence lui-même ? Le contrat de représentation, codifié aux articles L. 132-18 et ss. du CPI, est marqué par des dispositions parfois détaillées mais d'un régime épars¹⁷⁹⁶. Le contrat lui-même, généralement qualifié de concession-licence, est opposé pour cette raison au contrat d'édition assimilé à la cession. Indépendamment du choix opéré sur le fond, nous avons critiqué cette méthode de qualification confondant le contrat d'exploitation du droit d'auteur avec la mise à disposition qu'il contient¹⁷⁹⁷. La situation est plus délicate concernant le contrat de représentation, les lacunes de son régime le rapprochant de la forme la plus élémentaire de mise à disposition. Aussi, sans préjuger à ce stade de la qualification du contrat lui-même¹⁷⁹⁸, on se demandera si l'autorisation contenue dans ce contrat est une licence ou une cession, et si un choix entre ces deux formules est offert aux parties. Le vocabulaire marque une évidente spécificité : l'auteur ne cède plus, il « autorise ». Ce recours à la notion d'autorisation suggère, ne serait-ce que par l'étymologie, une licence. Cependant, puisque nous reconsidérons régulièrement l'usage du terme « cession », il serait imprudent de ne pas procéder de même dans les cas où le législateur écarte cette notion. En effet, l'assimilation de « l'autorisation » à la licence pourrait relever du même préjugé que celle de la « cession » du CPI à une vente, ou du moins à un contrat à effet réel¹⁷⁹⁹. Rien ne dispense donc d'une étude du contenu de ce contrat.

491. Portée de la « durée limitée » du contrat de représentation. La qualification traditionnelle du contrat, qui fait de l'auteur le « bailleur de son œuvre »¹⁸⁰⁰ doit

¹⁷⁹⁶ Il ne pose que « quelques principes généraux » : J. Matthyssens, L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs, RIDA, LXXXIII, janv. 1975, p. 3. Il s'agit principalement de la limitation de la durée de l'exclusivité, de l'obligation d'information, de paiement des redevances et de respect des droits moraux. Les lois du 27 mars 1997 et du 1^{er} août 2006 viendront ajouter des dispositions relatives à la télédiffusion.

¹⁷⁹⁷ V. *supra*, spéc. 454 et ss.

¹⁷⁹⁸ Sur cette qualification, v. *infra*, n° 593 et ss.

¹⁷⁹⁹ Sur l'usage des termes « cession », « licence » et « autorisation » dans la loi, v. *supra* n° 115 et ss.

¹⁸⁰⁰ P.-Y. Gautier, in *Droit et Théâtre (Aix-en-Provence, 29 juin 2001)* Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationales, t. VI, PUAM, 2003, p. 12 et s. L'auteur évoque un « curieux mélange de *louage de choses* et d'*usufruit contractuel* ». V. du même auteur : *Propriété littéraire et artistique. Droit fondamental*, 7^e éd., PUF, 2010, n° 616, p. 663 ; Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D. 1989,

être confrontée aux éléments prédéfinis fondant cette qualification : le critère qualifiant est celui de l'esprit de retour. Conformément à la méthode suivie, d'autres éléments interviendront dans ce processus de qualification, mais davantage pour exclure la cession (exclusivité, titularité de l'action en contrefaçon, libre disposition du droit).

Aux termes de la loi, le contrat de représentation¹⁸⁰¹ et le contrat général de représentation¹⁸⁰² sont conçus comme des contrats de durée. On y retrouve la prescription d'une « durée limitée » ou d'un « nombre déterminé de représentations », ces deux modalités traduisant concrètement l'esprit de retour de la licence¹⁸⁰³. Cependant, aucun délai impératif, aucun nombre maximal d'actes d'exploitation n'est indiqué par la loi. Dès lors, deux analyses sont en présence. Aboutissant à des conclusions opposées, elles peuvent toutes deux s'autoriser de la lettre de la loi. Une première analyse, nettement majoritaire, considère que le contrat est nécessairement plus court que la durée du droit d'auteur¹⁸⁰⁴. On est alors en présence d'un véritable contrat de durée. Cette thèse s'appuie sur la généralité des termes de la loi, mais semble dépourvue d'une quelconque portée pratique. La « durée limitée » du contrat de représentation n'échappe pas à la critique plus générale de l'indication de durée

Chron. p. 113. – Dans le sens de la qualification de licence ou de concession : M.-E. Laporte, *Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle*, JCP G, 1991, I, 3540, p. 371 (l'auteur assimilant le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle au contrat de représentation). – Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec 2009, n° 449 ; X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, n° 860 ; P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd. Gualino, 2007, n° 207 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 755. – V. également : 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, n°15 ; J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 79 et ss. – En ce sens, insistant particulièrement sur le critère de durée : B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, spéc. n° 99 et ss. ; N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, v. spéc. n° 71, p. 70 et n° 304 ; S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, n° 582. – M. Pollaud-Dulian est plus partagé, puisqu'il évoque la possibilité d'une cession ou d'une concession (F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1066). L'auteur semble préférer la qualification de « concession temporaire » en raison de la « durée limitée » du contrat (*Ibid.* n° 1069). – *Contra* : conformément à la thèse d'un rejet général de la notion de licence de droit d'auteur, MM. Lucas qualifient l'autorisation du contrat de représentation de véritable cession : v. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 701.

¹⁸⁰¹ Article L. 132-19 du CPI : « Al. 1^{er} : Le contrat de représentation est conclu pour une durée limitée ou pour un nombre déterminé de communications au public. [...] / Al. 3 : 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. ».

¹⁸⁰² Article L. 132-18 al. 1^{er} du 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 ».

¹⁸⁰³ En général, v. *supra* n° 350 et ss.

¹⁸⁰⁴ Dans le sens d'une véritable limitation de durée du contrat, inférieure à celle du monopole, v. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 706, p. 519 : la règle interdirait à l'auteur un engagement pour la durée du droit, notant que la solution inverse est admise dans les autres contrats ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 616, p. 688 et s. ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1069, p. 644 et s. ; B. Montels, thèse préc., *op. cit.*, n° 99, p. 149 ; N. Blanc, *op. cit.*, n° 71, p. 69 et s. ; S. Raimond, *op. cit.*, n° 47, p. 45 et s.

dans le contrat d'auteur¹⁸⁰⁵. En effet, à l'énoncé d'un principe de durée limitée ne répond aucune disposition donnant à cette limitation une portée effective. Aussi, un courant doctrinal minoritaire mais plus conforme à la réalité, dénie à cette disposition la portée qu'on lui prête¹⁸⁰⁶. La prescription d'une « durée limitée » ne serait qu'une redite de l'article L. 131-3 al. 1^{er} du CPI¹⁸⁰⁷, pouvant être satisfaite par la stipulation de la durée du droit d'auteur lui-même. Il est vrai qu'en pratique, le contrat de représentation abritera généralement une licence de courte durée¹⁸⁰⁸ ; mais il pourrait aussi bien s'étendre à la durée du droit d'auteur. La qualification de licence, que l'on fait dépendre de la présence d'un esprit de retour du plein usage de l'œuvre au licencié, n'apparaît plus avec la même évidence. Le contrat de représentation offre un choix entre licence et cession qui dépendra de la volonté des parties.

492. Réglementation de la durée en cas d'exclusivité : conséquences en termes de qualifications. La durée au sein du contrat de représentation n'est effectivement règlementée par le CPI que lorsque celui-ci confère un droit exclusif. Cet élément est « accidentel » et doit être stipulé, comme l'indique la formule quelque peu redondante de l'article L. 132-19 al. 2 : « Sauf stipulation expresse de droits exclusifs, il ne confère à l'entrepreneur de spectacles aucun monopole d'exploitation ». L'exclusivité de la mise à disposition ne contrarie ni la qualification du contrat de représentation, ni celle des autres contrats du CPI, la modalité faisant partie intégrante de sa réglementation. En revanche, par la réglementation qui lui est attachée, l'exclusivité pourrait-elle affecter la qualification de la mise à disposition contenue dans ce contrat ?

493. Aux termes de l'article L. 132-19 al. 3 du 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* ». La question de savoir si cette disposition est cantonnée au seul domaine dramatique est discutée et relève de la qualification du contrat de représentation lui-même¹⁸⁰⁹. Par ailleurs, en dehors de ce

¹⁸⁰⁵ V. *infra*, n° 675 et ss.

¹⁸⁰⁶ En ce sens : A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962, n° 261. Rapp., dans le sens du caractère supplétif de la règle : A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971, n° 291, p. 273.

¹⁸⁰⁷ Article L. 131-3 al. 1^{er} du CPI : « 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* » (nous soulignons). – On peut toutefois critiquer cette lecture, « délimité » n'étant pas synonyme de « limité ».

¹⁸⁰⁸ V. les ex. cités *infra*, n° 601 et ss.

¹⁸⁰⁹ V. *infra* n° 600.

cadre impératif, rien n'interdit la concession d'une licence ou la cession *stricto sensu* du droit de représentation.

La règle est d'une remarquable ambiguïté : contrairement à ce qui est souvent suggéré, elle ne semble pas indiquer une quelconque limitation de la durée du contrat de représentation¹⁸¹⁰, mais de la seule période d'exclusivité¹⁸¹¹. La même remarque peut être faite pour la sanction de l'interruption des représentations au cours de deux années consécutives, qui ne devrait éteindre que cette période d'exclusivité¹⁸¹², et non le contrat lui-même¹⁸¹³. C'est du moins ce que suggère la rédaction de l'alinéa 3 en une phrase unique exposant deux propositions séparées par un point-virgule. Outre son régime, le mécanisme diffère par ses effets des modes spécifiques de résiliation qui conféraient au contrat d'édition un esprit de retour : l'auteur retrouve le droit de contracter avec un nouvel exploitant, mais demeure lié au premier. En effet, l'extinction d'une première période d'exclusivité devrait laisser place à une seconde période dépourvue de ce caractère pour le restant de la durée prévue par les parties. La solution inverse conduisant à la résiliation du contrat lui-même est-elle envisageable ? Démontrer que l'exclusivité en a été la cause impulsive et déterminante paraît concevable¹⁸¹⁴ ; l'argument reste à éprouver en pratique¹⁸¹⁵.

494. Qualification de « l'autorisation », la liberté de choix encadrée des parties. Comment qualifier cette « autorisation » contenue dans le contrat de représentation ? Les critères de qualification de la licence et de la cession trouveront naturellement à

¹⁸¹⁰ Cependant en ce sens : Ch. Caron, *op. cit.*, n° 449 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.* n° 863 ; P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, 2003, n° 3, p. 127 ; M.-E. Laporte, Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, JCP G, 1991, I, 3540 p. 371 (spéc. n° 25).

¹⁸¹¹ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 709, précisant : « l'exclusivité consentie par un auteur dramatique est limitée à cinq ans » ; B. Montels, thèse, *op. cit.*, n° 99, p. 149 : la durée de 5 ans concerne la clause d'exclusivité.

¹⁸¹² R. Savatier, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398 (spéc. n° 78) ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1071, précisant que l'interruption de 2 ans « met fin de plein droit à l'accord d'exclusivité » (nous soulignons).

¹⁸¹³ Cependant : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 769, évoquant dans ce cas la résiliation du contrat de représentation théâtrale. – Comp. la loi Belge du 30 juin 1994 partage le même esprit sans le défaut de cette ambiguïté rédactionnelle. V. art. 31 al. 2 LDA Belge : « L'aliénation ou la licence exclusive accordée par un auteur en vue de spectacles vivants ne peut valablement excéder trois années; l'interruption des représentations au cours de deux années consécutives y met fin de plein droit. » (nous soulignons).

¹⁸¹⁴ V. P.-Y. Gautier *op. cit.*, n° 618, préconisant « la nullité du contrat ou seulement de la clause, si elle n'en était point la cause impulsive et déterminante ». – Une autre sanction plus appropriée, car respectueuse de la volonté des parties souhaitant cette exclusivité, serait de ramener l'exclusivité au maximum légal de 5 ans (Comp. S'agissant du pacte de préférence en matière d'édition, M. Gautier propose de ramener aux seuils légaux les clauses qui les dépasseraient ou les ignoreraient, v. *Ibid.* n° 510).

¹⁸¹⁵ Nous verrons que la réglementation de la durée du contrat de représentation est assez éloignée des enjeux de la pratique, de sorte que la discussion semble intéresser davantage la science que le préteur (sur la qualification du contrat de représentation, v. *infra* n°597 et ss.).

s'appliquer, ce qui impose la prise en compte des contraintes apportées par le cadre impératif du contrat de représentation ainsi que les diverses situations qu'il autorise.

En cas de contrat à durée effectivement limitée, ce qui est la norme en pratique, la qualification de licence s'impose. D'autres éléments accréditant cette qualification sont souvent relevés en ce sens¹⁸¹⁶. L'exclusivité est absente ; si elle est stipulée (dans la limite de 5 ans), elle demeure « personnelle » et indifférente à cette qualification. Une formule très courante associe une première période d'exclusivité une seconde période non exclusive, ces modalités ne devant pas remettre en cause la qualification de licence¹⁸¹⁷. Enfin, le licencié ne bénéficie pas du droit d'agir en contrefaçon, ni de la faculté de disposer librement des droits concédés¹⁸¹⁸.

Dans un contrat conclu pour la durée du droit d'auteur ou une durée artificiellement inférieure, l'esprit de retour disparaîtrait, et avec lui la qualification de licence. Le caractère définitif de l'opération évoquerait la « cession », qui cependant ne saurait être exclusive que pour une courte durée. Quand bien même on admettrait la cession exclusive au-delà de cinq ans dans les matières autres que théâtrales¹⁸¹⁹, la disparition de l'effet de retour ne confèrerait aucun des autres traits nécessaires à la manifestation d'un effet réel (action en contrefaçon et libre disposition du droit). Une telle cession ne serait donc pas strictement une vente, ni même un contrat à effet réel, mais l'opération générique que le CPI revêt du terme de « cession ». L'opération au centre du contrat de représentation est fréquemment (mais pas nécessairement) une licence ; elle ne saurait-être une cession *stricto sensu*.

§ 2 – L'absence d'influence des régimes du CPI sur la qualification de l'autorisation

495. Plan. Deux contrats, d'apparition plus récente dans la loi sous leur régime actuel¹⁸²⁰, se distinguent des précédents par un mécanisme de présomption de « cession » : le

¹⁸¹⁶ Par ex. 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, n° 15, p. 32.

¹⁸¹⁷ V. *supra* n° 423.

¹⁸¹⁸ Art. L. 132-19 al. 4 CPI : « L'entrepreneur de spectacles ne peut transférer le bénéfice de son contrat sans l'assentiment formel et donné par écrit de l'auteur ou de son représentant ».

¹⁸¹⁹ Art. L. 132-19 CPI al. 3 : « 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 ». La limitation de la durée de l'exclusivité à cinq ans a donc un domaine circonscrit (œuvres dramatiques), quoique discuté (sur ce domaine, v. Ch. 2). Ensuite, rappelons que le délai de deux ans ne vise que l'exclusivité consentie et non le contrat dans son ensemble. En revanche, si l'inexploitation pendant 2 ans devait résilier le contrat (interprétation que nous contesterons) celui-ci serait toujours fondé sur une licence.

¹⁸²⁰ La loi du 11 mars 1957, art. 17 al. 3 prévoyait déjà une présomption de cession au bénéfice du producteur de l'œuvre cinématographique. Ensuite, la loi du 3 juillet 1985, tentait d'encadrer une pratique professionnelle bien établie.

contrat de production audiovisuelle (I) et le contrat de commande pour la publicité (II). Ces régimes se distinguent également par l'absence d'élément permettant de suggérer ou d'exclure un esprit de retour, c'est-à-dire d'opter par principe entre licence ou cession.

I – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat de production audiovisuelle

496. Plan. Conséquent en apparence, le régime légal du contrat de production audiovisuelle (art. L. 132-23 et ss. du CPI) n'en reste pas moins indigent en dispositions éclairantes. Ainsi, par rapport au contrat d'édition, il ne comporte aucun des modes spécifiques de résiliation qui nous avaient permis d'opter par principe pour la qualification de licence. La liberté contractuelle permet ici de moduler davantage la durée du contrat. Par ailleurs, les durées d'usage sont ici plus diversifiées. C'est donc grâce à l'observation du contrat tel qu'il est pratiqué que nous évaluerons la possibilité de l'organiser autour d'une cession (A – *Le contrat de production audiovisuelle donnant lieu à une cession*) ou d'une licence (B – *Le contrat de production audiovisuelle donnant lieu à une licence*).

A – Le contrat de production audiovisuelle donnant lieu à une cession

497. Plan. Les parties pourront convenir d'une cession en portant la mise à disposition de l'œuvre à la durée d'existence de celle-ci, ce qu'il leur suffira d'indiquer à la clause généralement intitulée « Durée » (1 – *La cession « voulue »*). Dans les rares cas où cette durée n'aurait pas été expressément indiquée, le juge déduit du mécanisme de présomption de cession, un transfert définitif (2 – *La cession « présumée »*).

1 – La cession « voulue »

498. Qualification de la « cession » présumée. L'étude du mécanisme original de présomption de « cession », si étranger à une certaine conception du droit d'auteur, a un temps focalisé l'attention de la doctrine au détriment de la recherche de la qualification de cette « cession »¹⁸²¹. Or, le fait qu'une mise à disposition fasse l'objet d'une présomption,

¹⁸²¹ Les contributions les plus fréquemment citées s'attachent davantage à étudier le mécanisme de présomption et son opportunité, que la nature de la « cession » présumée. V. par ex. A. Françon, *Le contrat de production audiovisuelle*, RIDA, 1986, n° 65, p. 71 ; du même auteur, in *Droit d'auteur et droits voisins. La Loi du 3 juillet*

quelle qu'en soit la portée effective, ne nous renseigne pas sur sa nature. L'élément en jeu est plutôt le mode de formation du contrat, élément de régime ; c'est donc à ce titre que ce mécanisme juridique sera plus longuement analysé¹⁸²². Les quelques auteurs se prononçant sur le fond du sujet tiennent généralement cette « cession » – si ce n'est le contrat lui-même – comme transfert de droit, voire comme vente¹⁸²³, invoquant la maîtrise étendue du producteur sur l'œuvre. Les qualifications plus originales de type fiduciaire ne remettent pas en cause la présence d'un effet réel¹⁸²⁴. Elles tentent au contraire à le justifier et rendent plus acceptable sa possible limitation dans le temps, ainsi que l'obligation d'exploiter pesant sur le producteur. Mais si l'esprit « fiduciaire » du contrat de production est une réalité, il nous semble plus cohérent de tenir la cession qu'il comporte pour une vente venant s'intégrer à un ensemble plus vaste organisant l'exploitation de l'œuvre, plutôt que de déceler une originalité dans cette mise à disposition. Plus que du mécanisme par lequel l'auteur autorise le producteur à exploiter son œuvre, l'esprit fiduciaire que l'on veut voir dans le contrat de production tient d'un ensemble de règles impératives de ce contrat spécial et de la pratique.

Cette qualification de vente suppose la vérification des critères établis plus haut : le caractère définitif du transfert, son exclusivité, la faculté de disposer librement des utilités acquises et la titularité de l'action en contrefaçon. Nous avons constaté que ces points, à l'exception du premier, pouvaient être ou non stipulés dans la licence ; en revanche, leur absence a pour conséquence la disqualification de la cession en forme innommée de mise à disposition¹⁸²⁵.

Ces éléments nécessaires à la qualification de cession peuvent être reconnus dans nombre de contrats de production audiovisuelle : l'exclusivité est le principe¹⁸²⁶ et la non-

1985, *Colloque de L'IRPI Paris 21 et 22 nov. 1985*, Librairies Techniques, 1986, p. 88 ; v. également : La rémunération des auteurs dans le contrat de production audiovisuelle, *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 118 ; R. Plaisant, L'œuvre audiovisuelle, Le contrat de production audiovisuelle, Petites affiches, n° 7, janv. 1987, p. 14 ; B. Parisot, La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ?, D. 1992, Chron. p. 75. C'est également le cas de plusieurs traités de droit d'auteur consultés. V. cependant la prochaine note.

¹⁸²² Pour l'étude détaillée de cette présomption de cession, sa portée et les critiques doctrinales dont elle fait l'objet, v. *infra*, n° 682 et ss.

¹⁸²³ Optant pour une composante « vente » : Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, n° 464 et ss. et n° 588 et ss. ; P. Kamina, *J.-Cl. PLA, Fasc. 1340, Contrat de production audiovisuelle*, n° 19 ; M. Vivant et J.-M. Bruguère, *op. cit.*, n° 774. – Pour un « transfert de propriété affecté d'une charge d'exploitation », pour le contrat dans son ensemble : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 600. – A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 721, p. 524, partisans par principe de la qualification de cession, ces auteurs appuient ce choix en indiquant qu'il s'imposerait même dans l'hypothèse d'une admission de la distinction cession / licence. – *Contra* : Selon Mme Blanc, le contrat de production est en lui-même, une « variété de vente », N. Blanc, *op. cit.*, n° 300. Toutefois, une mise à disposition temporaire le rattacherait à la licence, v. n° 316.

¹⁸²⁴ Par ex. la « fiducie-gestion innommée » proposée par : B. Montels, thèse, *op. cit.*, spéc. n° 31, p. 53.

¹⁸²⁵ V. notre synthèse des critères de distinction cession / licence : *supra*, n° 443.

¹⁸²⁶ Article L. 132-24 al. 1^{er} CPI *in fine* : le contrat emporte « (...) cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle ». Elle figure explicitement dans les contrats observés.

exclusivité reste théorique. La possibilité pour chaque auteur d'exploiter séparément sa contribution (art. L. 132-29 du CPI) pourrait être vue comme une limitation à cette exclusivité, mais la nécessité de l'exploiter dans un « genre différent » apparaît comme une simple limitation de l'étendue de la cession consentie. Ensuite, le producteur se voit reconnaître la titularité de l'action en contrefaçon, prérogative découlant de l'article L. 122-4 du CPI¹⁸²⁷ et rappelée dans la plupart des contrats¹⁸²⁸, ce qui est insuffisant pour disqualifier la licence, mais nécessaire pour reconnaître la cession. Enfin, il peut librement procéder à des rétrocessions sans requérir l'autorisation des auteurs. A la qualité de producteur de l'œuvre audiovisuelle s'ajoute fréquemment celle de producteur de vidéogramme : ce dernier ne peut céder séparément des utilités reçues¹⁸²⁹. Une simple obligation d'information à l'initiative de l'auteur étant prévue par les textes¹⁸³⁰, la pratique opte pour une notification par lettre recommandée avec accusé de réception¹⁸³¹. Cette libre disposition du droit cédé accrédite encore la qualification de cession. Ces éléments, qui peuvent être diversement interprétés, ne suffisent pas à la qualification de cession dans le strict sens de vente, mais forment un « terrain » favorable à cette qualification.

Aucun des éléments précités ne venant contredire la qualification de cession, l'élément qui l'emporte reste le caractère définitif de la mise à disposition, suggérant un transfert de propriété. Aussi, le contrat peut prévoir expressément une telle durée, selon les modalités déjà observées en matière de contrat d'édition. En pareil cas, la qualification de cession est acquise.

499. L'usage pratique des termes « cessions » et « autorisation ». Si la plupart des contrats observés reprennent le terme « cession », il arrive qu'on lui préfère celui d'« autorisation ». Doit-on y voir une volonté d'affecter la qualification de la mise à

¹⁸²⁷ Article L. 122-4 CPI : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ».

¹⁸²⁸ V. cet extrait d'une clause du contrat type de la SACD : Cinéma - Contrat de production audiovisuelle - Cession de droits d'auteur – Réalisation. « Article 9 – Protection des droits (...) 2. Le Producteur aura, par le fait des présentes, le droit de poursuivre toute contrefaçon, imitation ou exploitation, sous quelque forme que ce soit, de l'œuvre objet des présentes, dans la limite des droits cédés aux termes du présent contrat, mais à ses frais, risques et périls et à sa propre requête ».

¹⁸²⁹ Article L. 215-1 al. 3 CPI : « Les droits reconnus au producteur d'un vidéogramme en vertu de l'alinéa précédent, les droits d'auteur et les droits des artistes-interprètes dont il disposerait sur l'œuvre fixée sur ce vidéogramme ne peuvent faire l'objet de cessions séparées. ». v. C. Bernault, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, 2003, n° 325 et n° 576.

¹⁸³⁰ Article L. 132-28 al. 2 du CPI : « A leur [des auteurs] demande, il [le producteur] leur fournit toute justification propre à établir l'exactitude des comptes, notamment la copie des contrats par lesquels il cède à des tiers tout ou partie des droits dont il dispose ».

¹⁸³¹ Modalité retenue dans les contrats types proposés par la SACD.

disposition ? Pas plus ici que dans le CPI, l'emploi de la notion d'autorisation ou celle de cession ne nous semble en elle-même porteuse d'une qualification juridique des prérogatives conférées au producteur. Seul le contenu du contrat peut éclairer l'interprète. Or, dans la mesure où les prérogatives conférées au producteur, similaires dans les deux cas, relèvent de la vente¹⁸³², l'emploi de la notion d'autorisation devrait n'avoir d'autre portée que celle du symbole¹⁸³³.

2 – La cession « présumée »

500. Interprétation de la présomption de cession et « cession » *stricto sensu*.

C'est dans l'hypothèse où aucune durée n'aurait été stipulée que cette présomption de cession montre tout son intérêt. Ignorée par la pratique contractuelle, son interprétation par les tribunaux s'avère cependant déterminante sur un point précis en matière de qualification. En étudiant la mise à disposition en tant que telle, nous avons noté que l'absence de spécification de durée devait se traduire par la nullité du contrat d'auteur. La solution, qui s'applique aux autres contrats spéciaux du CPI, peut pécher par sa rigidité¹⁸³⁴. Or, la solution adoptée en matière de production audiovisuelle est radicalement opposée : à défaut de stipulation contractuelle relative à la durée, il est jugé que la société de production est « investie par l'effet de la loi et sans limitation de durée des droits d'exploitation »¹⁸³⁵. Contrariant le principe d'interprétation stricte et *in favorem auctoris* des cessions, ainsi que les règles de

¹⁸³² Malgré le recours à la notion d'autorisation, les contrats types proposés par la SCAM en vue de la production de documentaires à destination de la télévision ne diffèrent pas sensiblement des modèles recourant à la notion de cession. V. par ex. : « Contrat de production audiovisuelle - droits d'exploitation : réalisation. (...) Article 2 – Exploitation de l'œuvre audiovisuelle : Sous réserve des apports concédés par l'Auteur du fait de son adhésion à la Scam et sous réserve de l'exécution intégrale du présent contrat et du parfait paiement par le Producteur des sommes énoncées par les présentes et mises à sa charge, *l'Auteur autorise le Producteur, à titre exclusif, pour la durée et pour les territoires mentionnés à l'article 3, à reproduire et représenter l'œuvre audiovisuelle personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, dans les limites ci-après définies* » (nous soulignons) (<http://www.scam.fr/fr/lespacejuridique/lesmod%C3%A8lesdecontrats/tabid/363457/Default.aspx>) (consulté : 20/10/2011). – Ce contrat accorde au producteur les prérogatives permettant la qualification de cession : possibilité d'un transfert définitif, exclusivité, titularité de l'action en contrefaçon (art. 7-1) libre disposition des utilités cédées (art. 7-2). Notons que la SCAM recommande, dans une notice accompagnant ses contrats, une durée maximale de 15 ans, dans ce cas, l'autorisation relève effectivement de la licence.

¹⁸³³ Il est également difficile de voir une prise en compte de la situation paradoxale où le véritable titulaire du pouvoir d'autoriser est la société de gestion collective, car si l'auteur ne peut céder il ne peut davantage concéder, du moins à titre exclusif.

¹⁸³⁴ Sur la durée, v. *supra* n° 345. Pour une analyse en termes de formalisme : v. *infra*, n° 675 et ss.

¹⁸³⁵ Cass. 1^{re} civ. 22 mars 1988 « A. Joffé c. Vauban Productions » : RIDA, juill. 1988, p. 106, note A. Kerever ; RTD com. 1988, p. 629, obs. A. Françon. Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ. 5 nov. 1991 : RIDA, avr. 1992, p. 186 « SA Procidis c. Tarta ». V. également les commentaires de B. Montels, J.-Cl. Communication, fasc. 6085, n° 8 ; V. Chardin, La présomption de cession des droits de l'auteur au producteur de l'œuvre audiovisuelle Dix ans de jurisprudence, Légipresse, nov. 1996, n° 136, II 139, spéc. p. 141 ; M. Josselin-Gall, *op. cit.*, n° 134 et ss., p. 133 et ss.

forme théoriquement applicables, la présomption de « cession » telle qu'interprétée par le juge incite à préférer la permanence de la mise à disposition, et de ce fait la possibilité d'une véritable vente au sein du contrat de production audiovisuelle.

501. Critique. Cette solution appelle la critique tant sur ses justifications juridiques que sur son opportunité. Elle a ceci de regrettable qu'elle tire d'une carence du producteur, dans les faits à l'initiative de la rédaction du contrat, un avantage considérable pour celui-ci. La situation rejoint donc l'opinion considérant que la présomption de cession bénéficie au producteur et fait échec à l'interprétation stricte du contrat en faveur de l'auteur¹⁸³⁶.

Si l'on peut approuver le principe du maintien du contrat¹⁸³⁷, on s'interroge néanmoins sur la durée que le juge croit pouvoir déduire du silence des parties. Notons tout d'abord que la présomption est simple¹⁸³⁸ : libre aux parties d'ajouter ou de soustraire à l'étendue de la cession, leur volonté prime donc. Ensuite, la doctrine dominante estime que cette présomption est une « règle interprétative appelée à pallier le silence ou l'imprécision d'un contrat sur les droits cédés »¹⁸³⁹. Si la cession est acquise dans son principe par la conclusion du contrat de production audiovisuelle, son étendue ne devrait être définie qu'au regard de la volonté, exprimée ou présumée, des parties. Si le juge peut évaluer la portée de la cession quant aux modes d'exploitation en s'aidant de l'article L. 132-24 du CPI, rien ne lui permet d'opter pour une cession *stricto sensu*, définitive, dans la mesure où le CPI envisage cette « cession » indifféremment comme contrat de durée (licence) ou comme contrat aux effets définitifs (cession *stricto sensu*). Or, du silence des parties quant à la durée du contrat naît un doute. Et ce doute pourra être effacé par les circonstances de la conclusion du contrat de nature à dévoiler leur volonté ou encore par l'observation des usages.

Quel est l'usage en matière de durée des contrats de production audiovisuelle ? La pratique témoigne de durées de l'autorisation intégrée au contrat de production audiovisuelle

¹⁸³⁶ Pourtant, cette interprétation en faveur du producteur ne devrait jouer qu'en l'absence de volonté des parties ou d'usages ou de circonstances, v. V. Chardin, *op. cit.*

¹⁸³⁷ *Contra* : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1098. L'auteur voit dans un autre arrêt le maintien de l'obligation de spécifier la durée de la cession dans le contrat de production audiovisuelle : Cass. 1^{re} civ. 29 juin 1994, Joffé c. Vauban, RIDA, 1/1995, p. 197. Mais, comme le font remarquer à juste titre MM. Lucas, cette interprétation libérale ne vaut que pour les droits compris dans la présomption. V. en ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 730.

¹⁸³⁸ V. par ex. D. Bécourt, Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins, Petites affiches, 11 oct. 1996, n° 123, p. 4 (1^{re} partie), 14 oct. 1994, n° 124, p. 12 (2^e partie), spéc. n° 80.

¹⁸³⁹ A. Kerever, Les œuvres audiovisuelles dans la loi française du 3 juillet 1985, Dr. auteur, juill.-août 1987, p. 255 ; V. Chardin, La présomption de cession des droits de l'auteur au producteur de l'œuvre audiovisuelle, Dix ans de jurisprudence, *op. cit. loc. cit.* : « une règle essentiellement interprétative, ne trouvant à s'appliquer qu'en cas de doute sur l'intention des parties ».

extrêmement variables selon les sous-genres (film, film d'animation, série...), les secteurs d'activités (télévision, cinéma) et les époques¹⁸⁴⁰. L'observation de données statistiques¹⁸⁴¹ permet cependant de dégager des pistes : la cession pour la durée des droits est plus couramment pratiquée pour les séries télévisées les plus courtes ainsi que les films d'animation¹⁸⁴² ; elle est habituellement proche de 30 ans¹⁸⁴³ pour les longs métrages, et peut atteindre 20 ans pour les téléfilms, voire 15 ans pour les films documentaires¹⁸⁴⁴. Il ressort de ces usages le constat de la prédominance de deux types de formules bien distinctes : l'une est marquée par le caractère définitif du transfert, évoquant la cession ; l'autre est marquée par la présence d'un esprit de retour évoquant davantage la licence.

502. A partir de ces données pratiques, raisonnons à présent en termes de qualifications. De situations ne donnant habituellement lieu qu'à des licences exclusives de quelques lustres¹⁸⁴⁵, le juge fait de véritables cessions dans le sens le plus strict de « vente », en déduisant de la présomption, par principe, un transfert définitif. Or, aucun argument juridique¹⁸⁴⁶ ne conduit à préférer à la licence, d'usage, un transfert de ce type, évoquant la cession. Tout en maintenant la validité du contrat, quelle autre solution pourrait adopter le juge lorsque la durée de la « cession » n'est pas indiquée au contrat ?

Tout d'abord, on aurait pu envisager le fondement du droit « commun » du contrat de bail, spécialement l'article 1736 du Code civil affirmant la durée indéterminée du bail sans écrit¹⁸⁴⁷ et son corollaire, le droit de résiliation unilatérale. Fondée sur la qualification de licence, la solution paraît cohérente, mais elle est cependant entachée d'une contradiction : elle préjuge que la qualification de l'autorisation soit un bail, pour lui en appliquer ensuite le régime. Or, cette qualification de bail est le fruit de l'observation des usages, qui suggèrent

¹⁸⁴⁰ L'usage contemporain à la promulgation de la loi de 1957 était de 7 à 10 ans pour le « genre cinématographique » (selon G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, LGDJ, 1957, n° 294, p. 294). Il semble s'être maintenu, parfois, allongé, plus fréquemment.

¹⁸⁴¹ L'Observatoire permanent des contrats audiovisuels (OPCA) dépendant de la SACD diffuse des données statistiques sur le contenu de ces contrats (v. le rapport du 13 oct. 2009, <http://www.sacd.fr/Observatoire-Permanent-des-Contrats-Audiovisuels.1366.0.html> consulté le 20/10/2011).

¹⁸⁴² O. Yacoub, *Les principaux contrats de production audiovisuelle*, Thèse dactyl., Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines 2000, p. 134.

¹⁸⁴³ O. Yacoub, *op. cit., loc. cit.* ; B. Montels, *Pratique des contrats audiovisuels*, CCE juill.-août 2003, p. 13 ; du même auteur : *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 107.

¹⁸⁴⁴ B. Montels, *op. cit., loc. cit.* L'auteur constate cependant une tendance à l'allongement de ces durées.

¹⁸⁴⁵ L'arrêt précité « Joffé c. Vauban » concernait le long métrage « Les culottes rouges » ; le genre concerné se prêtait donc à une durée d'autorisation plus courte.

¹⁸⁴⁶ Mme Josselin-Gall voit dans cette décision un choix politique : « Il s'agit de favoriser les producteurs français pour rétablir, croit-on, un équilibre avec leurs homologues des pays de copyright », M. Josselin-Gall, *op. cit.*, n° 135, p. 135.

¹⁸⁴⁷ La règle étant une expression d'un principe plus général de prohibition des engagements perpétuels (v. *supra*, n° 372).

une durée de 30 ans dans la plupart des cas. Si l'usage d'une telle durée, par exemple, plaide pour le bail, ce même usage suggère dans le même temps qu'il ne soit pas à durée indéterminée. Il est vrai que cet argument pourrait se voir opposer, en l'absence d'écrit, d'une part les difficultés à prouver le bail verbal, en particulier sans début d'exécution¹⁸⁴⁸ ; d'autre part la règle, souvent critiquée, selon laquelle la durée du bail doit être prouvée par écrit ou à défaut que le bail est réputé à durée indéterminée (art. 1736 c. civ.)¹⁸⁴⁹. Pourrait-on considérer que le délai du congé défini selon l'usage des lieux vise indirectement la durée du bail ? Mais la lettre du texte s'y oppose. Toutefois c'est oublier, entre autres arguments¹⁸⁵⁰, que le contrat de production audiovisuelle n'est pas un bail mais un contrat complexe recevant une qualification et un régime propre qui n'appelle pas à l'application indifférenciée des mécanismes qui le composent.

L'autre défaut de cette proposition tient dans sa pratique. La location d'une œuvre étant un bail d'exploitation, le droit de rupture unilatérale, fût-il assorti d'un préavis « raisonnable », est source d'une insécurité juridique inacceptable en raison des investissements considérables et d'origines diverses requis dans l'audiovisuel.

Aussi, en se fondant sur le droit commun des obligations, en particulier les articles 1135 et 1160 du Code civil, le recours aux usages relatifs à la durée du contrat de production audiovisuelle apporterait une solution équilibrée et fondée juridiquement. Les usages de la profession sont déjà sollicités par le législateur pour apprécier l'obligation d'exploitation du producteur¹⁸⁵¹. Cela supposerait néanmoins le constat de l'existence de tels usages ; cette source complémentaire du droit ne saurait être réduite au relevé de données statistiques, fussent-elles constantes.

B – Le contrat de production audiovisuelle donnant lieu à une licence

503. Comme nous venons de le constater, le recours à des licences, temporaires, est fréquent en matière de production audiovisuelle ; il ne constitue plus une hypothèse d'école comme en matière d'édition. La durée est d'ailleurs la principale dérogation apportée par les parties à la présomption de « cession »¹⁸⁵². Nous avons également constaté que le droit de la concurrence pouvait être un facteur de réduction de la durée des exclusivités consenties,

¹⁸⁴⁸ V. *infra* n° 749 et s.

¹⁸⁴⁹ Par ex. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 300 et n° 309 ; J. Huet, *op. cit.*, n° 21152 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 536.

¹⁸⁵⁰ V. *infra* n° 750.

¹⁸⁵¹ Art. L. 132-27 du CPI.

¹⁸⁵² B. Montels, *Pratique des contrats audiovisuels*, CCE juill.- août 2003, p. 13.

et par là même un élément jouant très indirectement en faveur de la qualification de licence¹⁸⁵³.

504. En cas de transfert définitif, plusieurs éléments accréditent la qualification de cession. Mais leurs effets ne sont pas de nature à écarter la licence, qui fait preuve à cet égard d'une grande souplesse : l'exclusivité ne gêne en rien la qualification de bail, « naturellement » exclusif. La titularité de l'action en contrefaçon, traditionnellement considérée comme résultant d'un effet réel, s'avère actuellement le fruit d'une habilitation légale¹⁸⁵⁴. Un dernier élément soulève davantage de difficultés : la possibilité pour le producteur de procéder à des rétrocessions semble par nature incompatible avec la qualification de bail, la situation évoquant la vente de la chose d'autrui. En reconsidérant la nature de ces « rétrocessions », on peut toutefois l'aligner sur la nature de la « cession » initiale au producteur. Si cette dernière reçoit la qualification de licence, chaque contrat conclu entre le producteur et un diffuseur relèverait de la sous-location. Le régime supplétif très libéral de l'article 1717 du Code civil¹⁸⁵⁵ s'accorderait ainsi avec la liberté conférée par le CPI au producteur.

505. Le titre d'occupation du producteur de l'œuvre audiovisuelle peut donc être une licence comme une cession ; le choix entre les deux formules dépend de la volonté des parties. Ces constats n'épuisent pourtant pas le débat : lorsque le contrat de production audiovisuelle est organisé sur la base d'une cession, celle-ci serait-elle pour autant une vente ? Cette cession intervenant généralement à la suite d'une commande faite à l'auteur, c'est-à-dire d'un contrat d'entreprise, on pourra s'interroger sur l'exacte nature de celle-ci. La question s'inscrit naturellement dans la recherche d'une qualification du contrat de production audiovisuelle, et sera traitée à cette occasion.

II – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat de commande pour la publicité

¹⁸⁵³ V. *supra* n° 425 et ss.

¹⁸⁵⁴ V. *supra* n° 428 et ss.

¹⁸⁵⁵ Article 1717 C. civil : « Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. / Elle peut être interdite pour le tout ou partie. / Cette clause est toujours de rigueur ».

506. Le contrat de commande pour la publicité (art. L. 132-31 et ss. du CPI) déroge au droit contrat de commande d'une œuvre en ce qu'il comprend une présomption de cession des utilités l'œuvre créée par l'auteur au bénéfice du « producteur », généralement (mais pas nécessairement) l'agence de publicité commanditaire¹⁸⁵⁶. Cette présomption ne vise donc que la première étape d'une opération, car à terme, les droits d'exploitation seront cédés par l'agence à l'annonceur¹⁸⁵⁷. Ils pourront également n'être que concédés, ce que suggère la rédaction des contrats types pratiqués par les agences, prévoyant un choix entre plusieurs formules de cession et de licence en fonction de la durée des relations contractuelles entre l'agence et l'annonceur¹⁸⁵⁸. Le régime spécial des articles L. 132-31 et s. du CPI est en revanche inapplicable à ces relations « secondes », intervenant entre l'agence et l'annonceur, qui relèveront du droit commun¹⁸⁵⁹.

En dépit de son intitulé, les rares dispositions éclairantes de ce contrat complexe concernent son aspect de « cession » et non celui de « commande »¹⁸⁶⁰. Le mécanisme de cette présomption peut être rapproché de celui du contrat de production audiovisuelle. Il est cependant contrarié par la nécessité de préciser « 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 »¹⁸⁶¹. A défaut de jurisprudence sur ce point, l'absence de mention de la durée pourrait entraîner soit la nullité

¹⁸⁵⁶ L'identité du « producteur », cessionnaire de l'œuvre tirant directement ses droits de l'auteur, est encore débattue. De manière non exhaustive, selon le relevé opéré par M. Bigot dans son ouvrage (cité *infra*), on peut relever parmi les principales positions exprimées :

- Soit l'agence dans la majorité des cas (S. Durrande, La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande. D.S., 1986, Chron. p. 280). Selon F. et P.-B. Greffe, *La publicité et la loi*, 11^e éd., Litec, 2009, n° 422, elle est en effet « à l'origine de l'œuvre dont elle a eu l'initiative et dont elle assumera la responsabilité vis-à-vis de son client l'annonceur ».

- Soit il s'agit de l'annonceur : J.-P. Oberthur, La révision du prix de cession des droits d'auteur en publicité, RIDA, 1985, n° 126, p. 45 ; G. Bonet et X. Desjeux, Le droit de la publicité dans l'article 14 de la loi du 3 juillet 1985, JCP, 1987, I, 3283.

- Enfin, admettant les deux cas de figures, selon les cas d'espèces : Ch. Bigot, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, n°240, p. 178 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 757 ; E. Parent, Comment devenir propriétaire des droits d'auteur sur une campagne publicitaire ?, Cahiers dr. auteur, juin 1989, p. 1 ; Y. Marcelin, La cession des œuvres publicitaires – Les difficultés d'application de l'article 14 de la loi Lang, Cahiers dr. auteur, avril 1988, p. 1.

¹⁸⁵⁷ S. Durrande, art. précité.

¹⁸⁵⁸ L'Association des Agences-Conseils en Communication, syndicat professionnel des agences de publicité, publie un contrat type : <http://www.aacc.fr/documents/juridique/contratAG-ANNAACC.pdf>. (consulté : 20/10/2011).

Ces relations sont également régies par un contrat type de 1961. V. par ex. G. Cordier, Les contrats types en droit de la propriété intellectuelle : du bon usage des usages, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 4, juill.-août, 2008, n° 35.

¹⁸⁵⁹ Dernièrement : Cass. 1^{re} civ. 8 déc. 2009, CCE févr. 2010, comm. 12, Ch. Caron : « De l'inutilité du droit spécial d'auteur et des vertus du droit commun pour l'annonceur ».

¹⁸⁶⁰ Sur ce double aspect, mais optant pour le contrat d'entreprise : Ch. Bigot, *op. cit.* n° 208, p. 156 et s ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.* n° 796.

¹⁸⁶¹ Art. L. 132-31 du CPI.

du contrat, soit, par analogie avec le contrat de production, une véritable cession pour la durée du droit d'auteur¹⁸⁶².

507. Qualifications proposées. Comment qualifier l'autorisation figurant au sein de ce contrat ? Les nombreuses contributions qu'il suscite se concentrent rarement sur la recherche de cette qualification, au bénéfice de la relation entre les trois intervenants (auteur – agence – annonceur), de la portée matérielle de la « cession » ainsi que du mode de calcul de la rémunération des auteurs¹⁸⁶³. La notion de durée, lorsqu'elle est évoquée, concerne celle de la campagne, permettant de calculer la rémunération de l'auteur au moyen de barèmes préétablis¹⁸⁶⁴. On peut aussi s'interroger sur la faculté pour l'auteur de réutiliser son œuvre à des fins nécessairement autres une fois ses relations avec l'agence rompues ; mais ce point concerne la question de l'étendue de la cession quant à la destination plutôt que celle de la durée du contrat¹⁸⁶⁵. Ni l'exclusivité ni le caractère définitif du transfert ne sont mentionnés par la loi, ce qui laisse perplexe les quelques interprètes à la recherche d'une qualification juridique¹⁸⁶⁶. Pour la plupart, le contrat réalise nécessairement une vente¹⁸⁶⁷, pour d'autres, un choix entre cession et licence est permis, en fonction de la volonté des parties¹⁸⁶⁸.

508. Qualifications pratiquées. Le contrat de commande pour la publicité souffre d'une inadéquation avec les attentes de la pratique. En effet, il ne s'applique pas aux créations de salariés, pour lesquels la cession tacite est acceptée par nombre d'arrêts et ne fait pas nécessairement l'objet d'un écrit, en dépit des risques liés aux incertitudes jurisprudentielles en la matière¹⁸⁶⁹. Son utilisation a pu être qualifiée de marginale¹⁸⁷⁰, et on doute même de

¹⁸⁶² En faveur de cette dernière solution : *Ibid.*, n° 799, note n° 2.

¹⁸⁶³ V. *infra* n° 506 et ss., sur la qualification du contrat de commande pour la publicité.

¹⁸⁶⁴ Décision du 23 février 1987 (JO du 2 mai 1987) de la commission créée en application de l'art. L. 132-32 du CPI (Commission créée par arrêté du 14 mars 1986).

¹⁸⁶⁵ Il s'agirait alors d'une exploitation dérivée, c'est-à-dire non publicitaire, *a priori* non prévue dans la cession : J.-Cl. Contrats – Distribution, fasc. 4060, S. Durrande, Contrat de merchandising, spéc. n° 63.

¹⁸⁶⁶ A propos de l'exclusivité : M. Vivant et J.-M. Bruguière, n° 799, note n° 3. *Contra* : Ch. Bigot, *op. cit.*, n° 213, p. 161, pour qui l'exclusivité est de la nature de la convention.

¹⁸⁶⁷ V. par ex. A. Françon, La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur, RIDA n°103, janv. 1980, p. 3 (l'auteur qui se prononce sous l'emprise de la loi de 1957 non modifiée, plaide même pour la titularité *ab initio* au profit de l'agence) ; S. Raimond, *op. cit.*, n° 584.

¹⁸⁶⁸ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.* n° 1131 : « une œuvre pour la céder ou la concéder ». – Pour le rapport agence – annonceur : E. Parent, Comment devenir propriétaire des droits d'auteur sur une campagne publicitaire ?, Cahiers dr. auteur, juin 1989, p. 1, évoque le choix entre une cession à durée illimitée ou à durée limitée à la durée de collaboration entre l'agence et l'annonceur.

¹⁸⁶⁹ V. *infra* n° 701 et ss.

¹⁸⁷⁰ Ch. Bigot, *op. cit.*, n° 178, p. 135.

l'applicabilité actuelle de la loi spéciale¹⁸⁷¹. Seul l'examen des formules contractuelles élaborées par la pratique permet d'éclairer la situation. Au sein de cette convention complexe, la présence conjointe d'un transfert définitif et de l'exclusivité incitera à la qualification de vente ; la présence d'un esprit de retour incitera à celle de bail. Or, ces deux modalités sont présentées dans le contrat type élaboré entre les organisations représentatives des deux parties¹⁸⁷². La licence est envisagée, implicitement, au travers de l'expression « cession limitée », c'est-à-dire définie quantitativement (durée, zone de diffusion, tirages, etc.) et qualitativement (modes d'exploitation)¹⁸⁷³. La formule évoque notamment « l'épuisement » des droits du producteur au regard d'une durée convenue, et la nécessité de requérir en pareil cas une nouvelle « cession » de la part de l'auteur, expression d'un esprit de retour qui autorise la qualification de bail. On remarquera ainsi que l'une ou l'autre de ces qualifications ne résulte en rien de la réglementation du CPI propre à ce type de commande. La liberté des parties d'opter entre cession et licence trouve donc à jouer pleinement.

509. Conclusion de la Section 2. Les deux contrats connaissant une ébauche de régime en matière de durée étaient traditionnellement tenus pour contenir une cession pour le contrat d'édition, une licence pour le contrat de représentation. Or, l'observation de ces régimes a permis de mettre à mal certaines idées reçues, puisqu'elle nous incite à préférer pour le premier la qualification de licence, et pour le second le choix entre la licence et l'innommé, recevant toutefois par commodité la dénomination de « cession ». Quant aux deux autres contrats partageant un mécanisme similaire de présomption de cession, mais sans connaître aucune réglementation substantielle quant à la durée, ils se caractérisent par la totale liberté laissée aux parties entre licence, cession *stricto sensu*, ou cession innommée.

510. Conclusion du Chapitre 1. La première partie de cette recherche démontrait que le choix entre licence et cession dépendait principalement de la volonté des parties. Or, le

¹⁸⁷¹ F. et P.-B. Greffe, *La publicité et la loi*, 11^e éd., Litec, 2009, n° 395 et n° 410 et ss. La raison en est, selon ces auteurs, le défaut de renouvellement de l'arrêté ministériel dans le délai de l'art. L. 132-31 du CPI.

¹⁸⁷² « Contrat type de commande et de cession des droits d'une œuvre utilisée pour la publicité » élaboré selon un accord du 2 février 1993 entre l'Union des annonceurs et divers syndicats d'auteurs (cité par Ch. Bigot, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, p. 329 et ss. ; v. également : G. Bonet, M.-P. Escande, *Propriété littéraire et artistique et publicité : des personnages en quête de droits d'auteur*, JCP E 1994, I, 3783).

¹⁸⁷³ Le contrat type précité n'a pas pour fin la qualification de la mise à disposition mais a pour but de constituer une référence quant aux modes de rémunération de la « cession ». De fait, l'exposé de ces « modes de rémunération » s'appuie sur un élément de durée, permettant de départager cession et licence :

- La « rémunération de la cession des droits avec fixation d'une valeur de point » suggère une cession définitive (art. A-2.1) associée à une rémunération proportionnelle à l'utilisation de l'œuvre (art. A-2.2).
- Au contraire, la possibilité d'une rémunération forfaitaire de la « cession limitée des droits », évoque la licence exclusive (art. B-2.1 et B-2.2). Contrat cité par : Ch. Bigot, *op. cit.*, p. 329 et ss.

principe demeure lorsque la licence ou la cession viennent à incorporer un contrat organisant l'exploitation de l'œuvre. Il fallait pour cela préciser que l'autorisation d'utiliser l'œuvre – que la qualification de licence soit élue ou écartée – ne se confond pas avec le contrat d'exploitation qu'elle a vocation à intégrer. Ce principe connaît toutefois une limite et une exception. La limite tient dans le régime du contrat de représentation, terrain d'élection de la licence, de la « cession » définitive mais non exclusive, ou encore, semble-t-il, de la « cession » exclusive et définitive ne conférant pas nécessairement au « cessionnaire » la liberté de disposer de son droit ou d'agir en contrefaçon. Ces formules seront nécessairement innommées. En effet, ce contrat semble inapte à accueillir une véritable cession, comprise comme contrat à effet réel. L'exception est le contrat d'édition, dont le régime impératif impose la qualification de licence. Néanmoins, la licence ne se confond pas pour autant avec le contrat d'édition qu'elle intègre.

Dans toutes ces situations, si la cession (stricto ou lato sensu) peut parfois être écartée, tel n'est pas le cas de la licence, qui pourrait même être l'élément commun de tous les contrats d'exploitation du CPI, soit que la cession voie ses effets contrariés par le régime impératif, soit que la volonté des parties les porte vers la licence.

Chapitre 2 – La qualification des contrats d’exploitation et la licence de droit d’auteur

511. Méthode. La licence de droit d’auteur n’étant pas qu’un modèle abstrait, sa connaissance nécessite d’identifier les principaux contrats qu’elle a vocation à intégrer. La méthode adoptée jusqu’ici pour qualifier la licence se fonde sur un principe d’indépendance entre licence et contrat spécial d’exploitation, en ce qui concerne tant les notions elles-mêmes que les éléments de régime pris pour exemples¹⁸⁷⁴. La même méthode s’appliquera à la recherche de l’identité de ces contrats spéciaux d’exploitation. La licence n’a pas vocation à qualifier seule les contrats du CPI dont le contenu semble en général dépasser celui d’une simple autorisation d’exploiter. Le contenu obligationnel porté par ces contrats d’exploitation, nous le verrons, n’a pas vocation à tenir lieu d’accessoire à l’autorisation conférée par l’auteur. Ces derniers devraient recevoir leur propre qualification, qu’ils intègrent une licence, une cession ou une formule innommée. Des nuances seront apportées à ce principe, sans toutefois remettre en cause l’utilité de cette méthode offrant la lecture la plus objective des contrats du droit d’auteur.

512. Plan. Une réflexion sur le caractère nommé, innommé ou *sui generis* des principaux contrats du CPI (*Section 1 – Principes de qualification : le caractère nommé, innommé ou sui generis des contrats du CPI*) permettra de dégager les principes nécessaires au travail de qualification des contrats d’exploitation du droit d’auteur figurant dans ce code, ou n’y figurant pas (*Section 2 – Application des principes de qualification aux contrats d’exploitation*).

¹⁸⁷⁴ Sur le régime, v. Titre II.

Section 1 – Principes de qualification : le caractère nommé, innommé ou *sui generis* des contrats du CPI

513. Une question indépendante du débat sur la nature de la licence. Notons en premier lieu que la question devrait être indépendante du débat sur la qualification de la cession et de la licence, du moins dans la mesure où nous avons distingué par principe ces objets des contrats d'exploitation. La question du caractère innommé de la licence de droit d'auteur se pose, puisqu'elle ne figure pas en tant que telle dans le Code de la propriété intellectuelle, mais est seulement induite des dispositions de ce dernier¹⁸⁷⁵. Elle peut être nommée si l'on y voit une application du louage à la chose particulière qu'est l'œuvre de l'esprit (le louage connaissant plusieurs dénominations selon l'objet auquel il s'applique, par exemple le bail pour l'immeuble, sans relever pour autant d'une formule autonome). Il est vrai que le point peut étonner : le contrat de licence, nommé par son rattachement à la location du Code civil, trouve une part importante de son régime dans le CPI, et non pas dans le code qui fonde sa nomination.

La question du caractère innommé de la cession est plus discutable, car le CPI l'utilise à de nombreuses reprises, en y attachant un régime juridique précis et souvent impératif. Cependant, sa désignation comme formule générique apte à désigner toute forme de mise à disposition légitime une interrogation sur son existence même en tant que véritable contrat spécial, et met en doute l'intérêt d'attacher une valeur à sa « nomination ». Aussi employons-nous par commodité de langage les termes de « cession-vente » ou de « cession *stricto sensu* » par opposition à la « cession innommée », « atypique », non parce que la « cession innommée » n'est pas régie par le CPI, ou ne correspond à aucune opération du Code civil, mais parce qu'elle ne se rattache pas à une formule contractuelle bien définie.

514. Plan. Une présentation de la thèse du contrat d'exploitation du Code de la propriété intellectuelle comme contrat innommé ou *sui generis* (§ 1) nous permettra d'évaluer la pertinence (§ 2).

¹⁸⁷⁵ V. *supra* n° 113 et ss.

§ 1 – Thèse du contrat d'exploitation du CPI comme contrat innommé ou *sui generis*

515. Une question en apparence paradoxale. Le questionnement relatif à la nature nommée, innommée ou *sui generis* des contrats d'exploitation du CPI relève *a priori* de la tautologie. Si l'on admet l'intérêt d'un tel débat avant la loi du 11 mars 1957 – loi qui les mentionne et les dote d'un régime – on s'étonnera que cette question puisse encore être posée aujourd'hui. Ces contrats sont par ailleurs issus d'une longue pratique, source d'usages constants, si l'on excepte le contrat de commande pour la publicité. A titre de comparaison, on ne se pose plus guère la question du caractère nommé ou innommé de la fiducie ou du crédit-bail, d'apparition et – sous leur forme actuelle – de tradition plus récente.

La question mérite cependant d'être abordée, puisque l'on lit chez des auteurs éminents que les contrats du CPI, *sui generis*, sont irréductibles aux catégories nommées et ne peuvent se rattacher, si ce n'est par analogie, à ces catégories existantes.

516. Illustrations. Les illustrations de ce choix de qualification sont récentes et offertes par une doctrine dite « spécialisée » aussi bien que « civiliste »¹⁸⁷⁶. En ce sens, citons M. Pollaud-Dulian : « Il nous semble que les contrats d'exploitation des droits d'auteur constituent des contrats *sui generis*, que l'on ne peut assimiler purement et simplement à des conventions nommées »¹⁸⁷⁷. Parvenant à cette même conclusion, M. Huet n'utilise expressément que le terme « *sui generis* » et non celui d'innommé. Cependant, on aura noté que cet auteur opte en introduction de son traité pour la conception généralement partagée du « *sui generis* » comme variété de l'innommé¹⁸⁷⁸. Il est insisté sur le contenu obligationnel propre au contrat d'édition : « (...) l'on est tenté de penser, notamment en ce qui concerne le contrat d'édition qui fait l'objet d'une réglementation assez détaillée, où l'on observe que

¹⁸⁷⁶ En ce sens : L. Boyer, *Répertoire de droit civil Dalloz, Contrats et conventions*, août 1993, n° 89 : « Les *contrats innommés* sont ceux qui ont été peu à peu mis au point par la pratique et pour lesquels la loi ne prévoit pas de réglementation spécifique. Ces derniers sont de plus en plus nombreux eu égard aux transformations profondes de la vie économique et de la complexité des besoins nouveaux à satisfaire (...) ; certains sont déjà anciens tels le contrat d'édition ». – En ce sens, v. B. Laronze, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, n° 466. Cet auteur prend pour exemple le contrat d'édition : « on serait en présence d'une sorte de contrat « mixte », justifiant qu'il soit qualifié d'innommé. Il ne serait donc autre chose qu'un contrat *sui generis* ».

¹⁸⁷⁷ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 940. L'auteur souligne tout particulièrement le maintien d'un lien moral et souvent économique entre l'auteur et l'œuvre (droit moral, rémunération proportionnelle), un fort *intuitu personae* et l'intérêt partagé des parties (spécialement pour les contrats d'édition et de représentation).

¹⁸⁷⁸ J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2001, n° 8, p. 15 et s.

l'éditeur assume des obligations comme celle de fabriquer le nombre d'exemplaires convenus de l'œuvre, d'en assurer la diffusion et de rendre des comptes à l'auteur, qu'on est en présence de formules originales, de contrats *sui generis*. Aussi bien, même si l'analogie avec la location existe, force est de reconnaître que ces contrats ne sauraient être enfermés dans les catégories classiques du droit civil »¹⁸⁷⁹. Les contrats d'exploitation du droit d'auteur constitueraient donc des contrats innommés de l'espèce la plus authentique, *sui generis*, car tout à fait hostiles au rattachement aux catégories préexistantes telles que définies par le droit civil.

§ 2 – Evaluation de la thèse du contrat du CPI comme contrat innommé ou *sui generis*

517. Plan. L'évaluation critique de cette thèse (*II – Critique de la thèse du contrat du CPI comme contrat innommé*) nous impose un retour préalable sur les notions qu'elle interroge (*I – Thèse du contrat du CPI « sui generis », au regard des notions de contrat nommé, innommé et sui generis*).

I – Thèse du contrat du CPI « *sui generis* », au regard des notions de contrat nommé, innommé et *sui generis*

518. Plan. Il convient d'éclaircir ici les catégories dans lesquelles on prétend intégrer les contrats d'exploitation du droit d'auteur. Constatons tout d'abord la relative proximité des notions d'innommé et de *sui generis* (A). Nous présenterons ensuite la distinction entre nommé et innommé, susceptible de varier au gré du choix de la source de la nomination (B).

A – La proximité des notions d'innommé et de *sui generis*

519. Innommé et *sui generis*. Les notions d'innommé et de *sui generis* sont généralement tenues pour équivalentes¹⁸⁸⁰ ; du moins peut-on y voir une différence

¹⁸⁷⁹ J. Huet, *op. cit.*, n° 21125, p. 699.

¹⁸⁸⁰ H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 111 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 25. – Un auteur insiste particulièrement sur les divergences liées à l'emploi de la notion « *sui generis* », tout en constatant cet usage : D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat innommé*, Thèse, Lyon III, 1982, n°162, p. 185 et n° 213, p. 240 et ss. ; *Adde* : du même auteur : Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, D. 2000, Chron., p. 31.

d'intensité. Il existe ainsi des gradations dans l'innommé que la doctrine s'est efforcée de classer¹⁸⁸¹ : des contrats innommés empruntent certains de leurs éléments à des formules nommées, tandis que d'autres, plus rares, sont de pures créations ignorant une telle proximité. Ils sont directement soumis au droit commun des obligations. Généralement, le contrat *sui generis*, « de son propre genre », est désigné comme la « sous-catégorie »¹⁸⁸² de contrat innommé la plus extrême, car insusceptible d'un quelconque rattachement¹⁸⁸³. Le « *sui generis* » est à ce titre présenté comme le fruit de l'échec de la tentative de qualification¹⁸⁸⁴, c'est-à-dire du travail de recherche d'un nom, et partant d'un rattachement même partiel à l'existant. Cette « qualification » est donc l'ultime confirmation du caractère innommé d'un contrat. A ce titre, le *sui generis* peut n'être qu'une étape transitoire, sa nomination entraînant la perte de ce caractère : en effet, « chaque formule reconnue comme étant *sui generis* porte en germe la catégorie qu'elle inaugure »¹⁸⁸⁵.

520. Selon une toute autre conception, minoritaire, le contrat *sui generis* peut désigner un type spécial de contrat, possiblement nommé par le législateur, qui ne s'apparenterait à aucun autre type contractuel nommé¹⁸⁸⁶. Cette lecture de la notion souligne « l'autonomie d'un type contractuel »¹⁸⁸⁷, son originalité ; elle est indifférente à sa source : pratique ou légale, innommée ou nommée. Cette approche du « *sui generis* » est observable

¹⁸⁸¹ V. les distinctions entre contrat innommé typique et atypique de Mme Grillet-Ponton (v. article et thèse précités). – V. la distinction entre : l'innommé-décomposition, l'innommé-alliage et l'innommé-crédation de M. Terré (F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, v. spéc. n° 605, p. 481). – V. la distinction entre le contrat nommé et les contrats typiques de Mme Rochfeld (J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999). – Généralement, la vulgarisation de ces classifications doctrinales fait de la catégorie *sui generis* la catégorie d'innommé la plus radicale : l'innommé typique, l'innommé création, par exemple.

¹⁸⁸² La notion de catégorie peut sembler inadaptée, car le *sui generis* désigne justement ce qui n'entre dans aucune catégorie. V. cependant M. Painchaux, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?* RRJ, 2004-3, p. 1567.

¹⁸⁸³ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 19, p. 15 : « Parfois, le particularisme du contrat est tel que non seulement il n'entre dans aucune des qualifications des contrats nommés, mais encore est complètement soustrait aux statuts des contrats spéciaux (...). Il s'agit de ce qu'on appelle parfois un contrat *sui generis*. » Les auteurs notent toutefois qu'un contrat nommé peut être qualifié de *sui generis* dans le but de le soustraire à un statut spécial. En ce sens : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 4, p. 3 ; J. Huet, *op. cit.*, n° 8, p. 16 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 25 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 61 ; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, 10^e éd., Litec, 2007, n° 68, p. 51 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, 3^e éd., Defrénois, 2007, n° 408, p. 201 ; N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 141, qui les traite sous le titre de « créations absolues » et « contrats innommés pleinement originaux ».

¹⁸⁸⁴ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 8.

¹⁸⁸⁵ M. Painchaux, art. préc., *L'auteur distingue cependant le sui generis de l'innommé, ce dernier ayant « toujours un lien avec les catégories nommées »* (n° 16).

¹⁸⁸⁶ J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, n° 105, p. 127 et s. Pour une récusation de cette acception : D. Grillet-Ponton, *op. cit.*, n° 162, p. 185 (note n° 2).

¹⁸⁸⁷ J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin, M. Billiau, *op. cit.*, n° 105, p. 128.

en jurisprudence, spécialement dans un but très pragmatique et ponctuel d'éviction d'un statut impératif¹⁸⁸⁸. Les notions de *sui generis* et d'innommé peuvent ainsi se chevaucher sans pour autant relever du même sens¹⁸⁸⁹.

Cette conception originale du « *sui generis* » n'est pas propre au phénomène contractuel. Ainsi constatons-nous en ouverture de cette recherche que le droit d'auteur, pourtant nommé et qualifié de propriété par le législateur, pouvait être tenu pour *sui generis* : il s'agissait d'exprimer par là l'autonomie du droit d'auteur par rapport aux catégories de rattachement connues (propriété et droits de la personnalité)¹⁸⁹⁰. De même, il est permis de s'étonner du succès d'une expression comme « droit *sui generis* du producteur de bases de données »¹⁸⁹¹. Ce droit ne devait-il pas cesser de l'être au jour de sa nomination par un texte ? Là encore, l'expression semble devoir distinguer un régime nouveau et spécifique, institué par les articles L. 341-1 et ss. du CPI, du droit d'auteur, également susceptible de protéger ces mêmes objets à des conditions et régimes différents.

Tout mécanisme ne connaissant pas de précédent pourrait se revendiquer de la catégorie « *sui generis* », y compris les contrats les plus éprouvés du Code civil : on peut donc s'interroger sur l'intérêt d'un tel emploi de la notion. Nous écarterons donc cette dernière conception. Minoritaire en droit des contrats, elle nous paraît pas utile ici, les écrits des auteurs cités tenant les contrats d'exploitation du droit d'auteur pour *sui generis*, nous semblent plutôt se rallier à la conception « traditionnelle » du *sui generis* comme marque extrême de l'innommé.

B – La distinction entre nommé et innommé au gré du choix de la source de la nomination

521. Approches de la distinction du nommé et de l'innommé. Pour évaluer la pertinence de la qualification innommée ou *sui generis* des contrats d'exploitation du droit d'auteur, effectuons un bref retour sur la notion de contrat innommé, notion suggérée par

¹⁸⁸⁸ *Ibid.* n° 105, p. 127 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 20, p. 15 et s. Ces auteurs notent qu'à cette fin : « peut être qualifiée de *sui generis* une convention nommée, afin de la soustraire au statut spécial d'un autre contrat nommé auquel elle ressemble. », (v. également : n° 24, p. 17). Sur ce constat : P. Jestaz, La qualification en droit civil, *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, p. 45 ; M. Painchaux, art. préc. v. n° 16 ; D. Grillet-Ponton, Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, *D. 2000, Chron.* p. 31.

¹⁸⁸⁹ J. Ghestin (dir.), Ch. Jamin, M. Billiau, *op. cit.*, n° 105, p. 129.

¹⁸⁹⁰ V. *supra*, n° 13 et ss.

¹⁸⁹¹ Le Chapitre III de la Directive CE du 11 mars 1996 « concernant la protection juridique des bases de données » s'intitule « Droit « *Sui generis* ». La transposition du texte aux art. L. 112-3 et L. 341-1 et ss. du CPI ne reprend pas ce terme.

l'article 1107 du Code civil. L'exhaustivité serait ici inutile ; nous relèverons donc les deux principales conceptions qui peuvent être opposées : « légaliste » et « fonctionnelle ». Cette opposition, exposée par Mme Blanc dans sa thèse¹⁸⁹², tient dans l'élection des sources admises de la nomination d'un contrat. Cependant, on constatera bien vite que l'affirmation du caractère innommé des contrats d'auteur ne semble se satisfaire d'aucune de ces deux conceptions.

522. Conception légaliste du contrat nommé ou innommé. On relèvera tout d'abord l'existence d'une conception de l'innommé dite « légaliste ». Cette conception – les effets en termes de force obligatoire exceptés – est assez comparable à celle du droit romain¹⁸⁹³, quoi que plus restrictive encore¹⁸⁹⁴. Son actualité n'est pas contestée : traditionnellement enseignée, elle est partagée par la doctrine dominante ; elle est celle adoptée par un récent projet de réforme du Code civil¹⁸⁹⁵. D'après cette conception : « Les contrats nommés sont ceux auxquels la loi donne un nom et surtout dont elle détermine le régime en prévoyant ses conditions et ses effets »¹⁸⁹⁶. Les contrats innommés sont « (...) par opposition aux contrats spéciaux nommés (bail, vente, etc.) tous ceux qui, fruit de l'imagination de la pratique, sont soumis, à défaut de dénomination propre et de réglementation particulière dans la loi, au droit commun des contrats »¹⁸⁹⁷. La loi, comprise dans un sens large de norme textuelle, est donc ici la source unique de la nomination des contrats. En fait, le contrat nommé est celui qui est réglementé par un texte, qu'il soit ou non

¹⁸⁹² N. Blanc, *op. cit.*, n° 22 et ss.

¹⁸⁹³ Planiol rappelle la différence des notions de contrat innommé contemporaine et du droit romain : « *Quand les jurisconsultes romains en ont admis l'existence, ils n'ont pas créé de variétés concrètes de contrats, car toutes les opérations qui se firent dès lors sous le nom de « contrats innommés » étaient possibles antérieurement au moyen de la stipulation* ». *Le contrat innommé était « une façon de donner la force obligatoire à un pacte par l'exécution de l'une des prestations promises »*. (V. M. Planiol, *Classification synthétique des contrats*, Rev. Crit. Lég. Jur., 1904, n°33, p. 470, spéc. p. 486). – Sur ces origines : A. Castaldo et J.-P. Lévy, *Histoire du droit privé*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 513 et ss.

¹⁸⁹⁴ En effet – si les termes ne sont pas strictement équivalents à ceux d'aujourd'hui – seule la loi, et non le préteur, a l'autorité de « nommer » un contrat.

¹⁸⁹⁵ Il s'agit du projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : « Art. 14 : Les contrats innommés sont ceux que la loi ne réglemente pas sous une dénomination propre. / Ils sont soumis par analogie aux règles applicables à des contrats comparables, dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle ». Ce point est relevé par Mme Blanc, *op. cit.*, n° 23.

¹⁸⁹⁶ Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, 10^e éd., Litec, 2007, n° 68, p. 50. En ce sens, outre les références citées ici, v. : H., L. Mazeaud et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de Droit civil, T.III, vol. 2, Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd. Par M. de Juglart, Montchrestien, 1987, n° 748 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 3 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 407 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 9^e éd., Cours, Dalloz, 2010, n° 36.

¹⁸⁹⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF - Quadriges, 9^e éd., 2011, p. 258, entrée « Contrat – (innommé) ».

codifié est à ce titre indifférent¹⁸⁹⁸. L'illustration des contrats d'édition, de représentation, de production audiovisuelle et de commande pour la publicité, légiférés puis inscrits dans un Code de la propriété intellectuelle, est donc une éclatante démonstration que : « Le nommé s'est (...) développé en dehors du Code civil »¹⁸⁹⁹. Un contrat figurant au CPI est donc, selon ce seul critère de distinction du nommé et de l'innommé, un contrat nommé. Cependant, l'œuvre du législateur est loin d'être homogène ; selon qu'il s'est plus ou moins attardé sur eux, certains contrats sont « plus ou moins nommés »¹⁹⁰⁰. Venant troubler la distinction, des contrats de notre matière sont simplement suggérés par le CPI (contrat d'adaptation), ce qui permet de douter de leur qualification de contrat nommé¹⁹⁰¹. D'autres contrats sont expressément désignés par d'autres textes, empruntant des dénominations parfois inexacts¹⁹⁰², issues de la pratique, en vue de leur appliquer une règle spécifique, par exemple fiscale ou de publicité¹⁹⁰³. Cependant, ces textes n'ont pas pour objet d'apporter un véritable régime aux contrats cités, dont le statut innommé peut persister. Au mieux, il est constaté que « Les réglementations « spéciales » à l'industrie audiovisuelle ne se substituent pas mais s'ajoutent aux dispositions plus « générales » du CPI pour façonner le régime des conventions entre producteurs et diffuseurs »¹⁹⁰⁴.

Au demeurant, les quatre principaux contrats d'exploitation de l'œuvre : édition, représentation, production audiovisuelle et commande pour la publicité sont, par le seul fait de leur investiture légale, des contrats nommés¹⁹⁰⁵.

523. Une conception de l'innommé dite « fonctionnelle ». Cette conception s'est développée en réaction aux limites du maintien de la conception « légaliste » en droit positif. La fonction initiale du partage entre contrats nommés et innommés dans un système formaliste, initialement celui du droit romain, tenait à la faculté d'agir déterminée par la loi, attachée dans une large mesure aux seuls contrats nommés. Dans un système consensualiste,

¹⁸⁹⁸ N. Blanc, *op. cit.*, n° 14 V. également : n° 23. Sur ce constat en général : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 10.

¹⁸⁹⁹ N. Blanc, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁰⁰ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.* n° 10.

¹⁹⁰¹ N. Blanc, *op. cit.*, n° 35.

¹⁹⁰² Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 18.

¹⁹⁰³ V. les exemples cités en matière de droit public de l'audiovisuel ou de droit fiscal (art. L. 123-1 du Code du cinéma et de l'image animée, art. 279 du CGI), B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM 2001, notamment : n° 89, p. 140.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.* n° 66.

¹⁹⁰⁵ Pour une application de cette qualification, v. par ex. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 716 et ss.

la force obligatoire, l'efficacité du contrat, n'est pas subordonnée à sa nomination¹⁹⁰⁶. L'intérêt de la distinction persiste, quasi-unanimement reconnu¹⁹⁰⁷. Cependant, cet intérêt se loge désormais dans le travail de qualification, celui-ci trouvant sa fonction dans la recherche d'un régime applicable¹⁹⁰⁸. Au-delà de l'enjeu immédiat de la détermination d'un régime, la qualification demeure l'instrument de l'organisation rationnelle de la matière juridique et constitue à ce titre un outil de pédagogie. Or, cette fonction essentiellement descriptive et fonctionnelle ne requiert pas nécessairement la désignation du contrat par la loi. Ainsi, l'observation de contrats nommés selon le critère « légaliste », mais dotés de régimes lacunaires ou largement complétés par la jurisprudence ou les usages de la pratique, conduit à relativiser l'intérêt d'une distinction fondée sur le seul critère de l'intervention législative.

Quoique très minoritaire et plus récente, cette conception « fonctionnelle » transparaît déjà dans la définition que donne Josserand des contrats nommés : « ceux auxquels l'usage ou la science ou la loi ont donné un nom »¹⁹⁰⁹. La source de la nomination ne réside plus nécessairement dans la loi : la pratique de contrats peut devenir usages, parfois fixés dans de pseudo codes ; la jurisprudence vient ordonner des créations plus récentes¹⁹¹⁰ : « ces contrats n'en méritent pas moins d'être considérés comme des contrats « nommés » dès lors que leur existence déclenche l'application d'un corps de règles, même s'il reste plus ou moins embryonnaire »¹⁹¹¹. L'intervention de la loi n'est donc ni nécessaire¹⁹¹² ni suffisante¹⁹¹³ à la promotion d'un contrat en contrat nommé. Ainsi, « un contrat ayant fait l'objet d'une reconnaissance dans la pratique et la jurisprudence peut atteindre au nommé lorsqu'est parfaitement maîtrisé et appréhendé le concept juridique qui le sous-tend »¹⁹¹⁴. Pour résumer cette conception de la distinction entre nommé et innommé appréhendée au regard de sa fonction, on retiendra que le contrat nommé l'est par son aptitude à constituer lui-même *un*

¹⁹⁰⁶ Art. 1107 C. civ.

¹⁹⁰⁷ Citons un point de vue dissonant (à propos de la licence de brevets) : « On dit quelquefois que le contrat de licence s'apparente au louage de chose. Cette assimilation est bien inutile, car les contrats en droit français ne sont pas classés dans des catégories définies », P. Mathély, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Editions J.N.A., 1991, p. 322.

¹⁹⁰⁸ N. Blanc, *op. cit.*, n° 13.

¹⁹⁰⁹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 2^e éd., 1933, n° 19 (2°), p. 11.

¹⁹¹⁰ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 3. *Rappr.* M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2^e éd., PUF, Coll. Thémis, 2010, p. 190 : Il s'agit d'un « contrat identifié comme représentant un certain type, qui a dès lors un nom et un régime spécifique ». « La pratique et la loi ont créé ont également de très nombreux contrats nommés (...) ».

¹⁹¹¹ A. Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹¹² D. Grillet-Ponton, *op. cit.*, spéc. n° 193 et ss., p. 218 et ss.

¹⁹¹³ D. Grillet-Ponton, *op. cit.*, spéc. n° 199 et ss., p. 222 et ss.

¹⁹¹⁴ D. Grillet-Ponton, *op. cit.*, n° 204, p.227.

*modèle de rattachement*¹⁹¹⁵, c'est-à-dire une référence pour les contractants, puis pour le juge, lorsque les parties au contrat deviennent les parties au procès.

Ce critère étant abstrait, quels indices autorisent ce basculement de l'innommé au nommé ? Mme Grillet-Ponton¹⁹¹⁶ en propose une liste se voulant sélective : une « pratique durable et éprouvée », l'« établissement d'un consensus relativement à l'utilité économique et sociale du contrat » ou encore le « souci de mettre en accord le fait au droit ». Sous-tendant ces critères : « l'exigence d'un enrichissement apporté par les contrats nouveaux aux typologies existantes ». Face à cette diversification des sources de nomination, le rôle de la consécration légale semble alors bien symbolique : « la nomination officielle d'un contrat porte celui-ci à sa perfection, par l'effet d'un accomplissement ultime »¹⁹¹⁷.

La définition fonctionnelle, laissant place à l'interprétation, est donc d'application plus délicate qu'une conception attachée exclusivement à la loi. Néanmoins, s'agissant des contrats étudiés, leur aptitude à constituer des modèles n'est pas mise en doute¹⁹¹⁸ ; elle apparaît même régulièrement dans ces lignes comme la source d'un défaut d'analyse de la matière : le rattachement « réflexe » de la cession à l'édition et de la licence au contrat de représentation est parfois source de confusion.

II – Critique de la thèse du contrat du CPI comme contrat innommé

524. Le « nommé » comme simple référence au Code civil. Cette observation de la définition « fonctionnelle » du nommé et de l'innommé nous conduit à la même conclusion que la définition « légaliste » : les contrats d'exploitation du CPI apparaissent indiscutablement comme des contrats nommés, ce rattachement excluant par lui-même sa manifestation la plus radicale qu'est le contrat *sui generis*. Comment justifier encore le recours à l'innommé ou au *sui generis* ?

Plutôt que de conclure rapidement à l'erreur d'analyse face au classement des contrats d'exploitation du CPI dans la catégorie de « l'innommé », voire du « *sui generis* », proposé notamment par M. Pollaud-Dulian et M. Huet, on est conduit à s'interroger sur l'existence d'une tierce conception de l'innommé. Les contrats d'auteur sont donc une illustration du flou

¹⁹¹⁵ N. Blanc, *op. cit.* n° 27 ; D. Grillet-Ponton, *op. cit.*, n° 196 et s., p. 219 et s.

¹⁹¹⁶ D. Grillet-Ponton, *op. cit.* n° 205, p. 228.

¹⁹¹⁷ D. Grillet-Ponton, *op. cit.*, *loc. cit.* V. du même auteur, Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, D. 2000, Chron., p. 31 *in fine*.

¹⁹¹⁸ Par ex., Desbois désigne le contrat d'édition comme « prototype » du contrat d'exploitation (traité préc. n° 492 p. 607), et MM. Lucas comme le « modèle » (traité préc. n° 640, p. 481).

entourant les définitions de ces notions. Au-delà d'une démarche rigoureuse de qualification, l'appellation « innommé », et particulièrement *sui generis* traduit semble-t-il l'embarras éprouvé par la doctrine à qualifier les contrats du CPI dans les termes des contrats du Code civil¹⁹¹⁹. La vraie question posée par ces auteurs est donc de savoir si ces contrats correspondent ou non aux modèles du Code civil : vente, louage, entreprise, mandat, fiducie. Or, cette question est tout à fait distincte de celle de leur statut nommé ou innommé et ce, quelle que soit la définition de l'innommé choisie. Aussi peut-on voir dans la persistance de ce qualificatif les vestiges d'une autorité particulière attachée au Code civil en la matière : la fiducie, à peine intégrée au Code Civil, voit reconnu son caractère nommé ; le contrat d'édition légiféré depuis 1957, codifié depuis 1992, est parfois encore tenu pour un contrat innommé.

La distinction entre le nommé et l'innommé aurait donc ici un autre sens, particulièrement restrictif, que celui qu'on lui prête usuellement : ce qui est nommé correspondrait à une opération élémentaire du Code civil. De ce fait, la nomination d'un contrat par le Code de la propriété intellectuelle serait d'une autorité moindre que la nomination opérée par le Code civil¹⁹²⁰.

525. Des contrats simultanément nommés et innommés ? Critique. Cette idée apparaît dans la thèse de Mme Blanc, autour de l'idée d'une « double qualification » des contrats du CPI : l'une en droit d'auteur et l'autre en droit civil¹⁹²¹.

La conséquence logique de cette « qualification cumulative »¹⁹²² est que les contrats du CPI apparaissent simultanément comme nommés et innommés, à différents titres. Ainsi, le contrat d'édition, indiscutablement nommé en droit d'auteur, apparaît de prime abord innommé en droit civil, situation nuancée par son rattachement à la vente¹⁹²³. D'autres

¹⁹¹⁹ M. Caron qualifie le contrat d'édition de *sui generis* pour l'impossibilité de le rattacher soit à la vente soit à l'entreprise, le contrat est cependant traité dans une Section 1 « Les contrats nommés du droit d'auteur », v. Ch. Caron, *op. cit.*, n° 427, p. 361. – V. le travail de qualification du contrat de production audiovisuelle mené par MM. Vivant et Bruguière, *op. cit.* n° 774, p. 538. Hésitant entre la vente et l'entreprise les auteurs évoquent, pour la rejeter, l'hypothèse d'un contrat *sui generis*.

¹⁹²⁰ Ajoutons cette analyse révélatrice : « lorsque l'existence du contrat d'édition a été reconnue, on a parlé à ce propos, et parce que le Code civil n'en faisait pas état, de « contrat innomé » ; ce contrat porte néanmoins un nom », A. Castaldo et J.-P. Lévy, *Histoire du droit privé*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 518, p. 799.

¹⁹²¹ N. Blanc, *op. cit.* Il s'agit du plan de la première partie de cette thèse, v. spéc. n° 18 et ss., p. 19 et ss. – Rapp. : S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009 (V. le plan d'ensemble de cette thèse).

¹⁹²² N. Blanc, *op. cit.*, n° 259, p. 228.

¹⁹²³ N. Blanc, *op. cit.*, n° 300, p. 259. – Comp. Ph. Gaudrat, *Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique (2^e droits des exploitants)*, n° 138 : « Le contrat d'édition, sous réserve d'une disqualification toujours possible en contrat *sui generis* révélée par une analyse plus approfondie, appartient *a priori* à la catégorie des louages d'ouvrage ».

conventions ne portent pas directement sur le monopole de l'auteur (par ex. contrat de commande, contrats permettant l'accès à l'œuvre) et ne figurent pas au CPI, mais par leur rattachement aux formules du Code civil, « Innommées en droit d'auteur, ces conventions sont désormais nommées en droit civil »¹⁹²⁴. Cette conception de l'innommé et du nommé est donc relative, car « la qualification de contrat innommé » est dépendante du « référent nommé choisi »¹⁹²⁵. Si l'on reconnaît qu'il y a une commodité de langage évocatrice à qualifier un contrat d'innommé en telle matière au motif que le code qui régit cette matière ignore ce contrat, la présentation développée appelle naturellement la critique.

Tout d'abord, quelle que soit la conception retenue du nommé et de l'innommé, dès lors qu'un contrat accède au nommé, la valeur de cette « nomination » ne devrait pas dépendre de la discipline juridique à partir de laquelle elle s'opère. Certes, on peut hésiter à qualifier de nommés des contrats simplement évoqués par le CPI, saisis par le droit fiscal ou énoncés par droit public de l'audiovisuel. En revanche, il est critiquable d'affirmer qu'un contrat est nommé par le CPI, mais innommé en droit civil. Le contrat en question ne figure pas dans le Code civil car tel n'est pas son objet¹⁹²⁶, mais demeure entièrement nommé par la seule intervention du législateur¹⁹²⁷ dont le « pouvoir » de nommer reste le même.

Ensuite, en termes de logique, cette présentation revient à attribuer à un même objet deux qualités antinomiques. Or, si les contrats peuvent être « plus ou moins nommés ou plus ou moins innommés »¹⁹²⁸, ces notions connaissant des degrés, on peut soutenir qu'un contrat ne saurait être simultanément nommé et innommé. Ce constat est porté en termes généraux par M. Bergel¹⁹²⁹ : « Chaque classification étant une division bipartite fondée sur l'opposition de deux caractères antinomiques ou sur l'existence ou l'absence d'un élément déterminé, une même chose ne peut être rattachée à la fois à une catégorie et à son opposée [...]. *A l'intérieur d'une même classification, les catégories qui la composent sont donc antinomiques et alternatives* : elles s'excluent l'une l'autre car on ne peut être simultanément une chose et son contraire ». Un contrat d'auteur pourra être cumulativement synallagmatique, consensuel,

¹⁹²⁴ N. Blanc, *op. cit.* n° 257, p. 226. – Si l'on peut approuver les rattachements proposés (contrats d'entreprise), le fait que ces contrats ne soient pas régis par le CPI n'autorise pas pour autant l'expression « innommé en droit d'auteur ».

¹⁹²⁵ N. Blanc, *op. cit.*, n° 176, p. 161.

¹⁹²⁶ Les choix qui président à l'intégration d'une règle dans un code plutôt qu'un autre ne sont pas nécessairement justifiés en théorie, mais obéissent également à des choix de politique juridique, V. D. Mazeaud, L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, dir. G. Pignarre, Dalloz, 2005, p. 73

¹⁹²⁷ Et pourquoi pas de la pratique, si l'on opte pour une conception fonctionnelle du contrat nommé.

¹⁹²⁸ F. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 10.

¹⁹²⁹ J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255, n° 15.

nommé, mais en aucun cas synallagmatique et unilatéral¹⁹³⁰, consensuel et solennel... ou nommé et innommé.

Enfin, quel sens il y a-t-il à affirmer qu'un contrat est innommé en droit civil et nommé en droit d'auteur, dès lors que le critère de nomination choisi n'est pas « légaliste » et fermé, mais « fonctionnel »¹⁹³¹, c'est-à-dire ouvert sur d'autres sources de nomination que sont la jurisprudence, la pratique ? La thèse de Mme Blanc, qui s'émancipait d'une conception légaliste du contrat nommé, y revient par le biais de cette distinction des contrats innommés en droit civil - nommés en droit d'auteur¹⁹³², suggérée par les seules catégories du législateur.

526. Conclusion de la Section 1. La méthode d'étude des contrats d'exploitation du droit d'auteur que nous avons proposée s'appuie sur un principe de distinction du contrat d'autorisation et du contrat d'exploitation. Ce principe permet de distinguer efficacement ce qui relève de chaque objet et d'éviter les confusions en matière de qualification, mais aussi, nous le verrons, de régime. Ici, la distinction permet d'appliquer aux contrats d'exploitation du CPI une qualification propre et invariable, celle que leur confère la loi spéciale qui les nomme. Cette qualification comprend un élément variable qui est l'autorisation que ces contrats comportent, et qu'il est loisible de qualifier selon le droit civil (le plus souvent licence, mais également cession ou mise à disposition innommée). Si ces deux objets sont imbriqués et entrent en interaction, ce sont pourtant des notions distinctes. Par exemple, nous verrons que la qualification du contrat de production n'est pas variable si les éléments le caractérisant sont présents ; mais l'autorisation qu'il contient et qui se rattache aux standards du Code civil l'est dans une large mesure. De même, sous les réserves tenant à son régime impératif, la qualification du contrat d'édition demeure la même quelle que soit la nature du titre d'exploitation conféré à l'éditeur. On ne peut résumer ces contrats complexes à « une vente » ou à « un bail ». En revanche, ces contrats caractérisés par le CPI sont conçus pour accueillir en leur sein différentes formes d'autorisations, mettant en œuvre des mécanismes élémentaires qui, considérés pour eux-mêmes, relèvent de la vente, du bail ou autre. Il convient d'appliquer à présent à ces principes.

¹⁹³⁰ Bien qu'il existe aussi des degrés entre synallagmatique et unilatéral (v. *supra* n° 249 sur le prêt à usage).

¹⁹³¹ V. *supra* n° 523.

¹⁹³² Et réciproquement.

Section 2 – Application des principes de qualification aux contrats d’exploitation

527. Plan. Les contrats d’exploitation nous ont donné l’occasion d’éprouver l’usage des notions de nommé, d’innommé et de *sui generis*. Etablir les contours de ces notions parfois ambiguës lorsqu’elles sont confrontées au droit d’auteur constituait un préalable nécessaire. C’est à cette condition que nous pouvons à présent tenter d’identifier les principaux contrats d’exploitation du droit d’auteur, en nous appuyant sur cette distinction. Nous examinerons les qualifications des contrats légiférés par le CPI (§ 1 – *La licence et la qualification des contrats d’exploitation nommés*), avant de nous tourner vers les contrats innommés d’exploitation du droit d’auteur (§ 2 – *La licence et la qualification des contrats d’exploitation innommés*).

§ 1 – La licence et la qualification des contrats d’exploitation nommés

528. Plan. Ces contrats d’exploitation de l’œuvre, nommés et régis par le CPI, disposent d’une qualification propre ; il ne paraît pas indispensable de les ramener à l’une des opérations simples définies par le Code civil. Ce rattachement, parce qu’il se limite généralement à la qualification du titre conféré à l’exploitant issu d’une licence ou d’une cession, englobant toutes ses obligations, est profondément réducteur. On peut ainsi se joindre à la doctrine qui stigmatise la démarche consistant à « nier la complexité pour la réduire à une fausse unité par le jeu abusif de la règle de l’accessoire et d’une interprétation déformante des catégories »¹⁹³³.

Les statuts étudiés étant désormais nommés pour eux-mêmes, l’utilité de tels rattachements est moindre. Par exemple, il importe peu de savoir si le contrat de production audiovisuelle est une vente ou une entreprise pour déterminer sa durée, l’étendue d’une obligation de garantie, l’exigence de détermination du prix, etc. On se référera plus simplement soit à la nature du titre du producteur, soit au statut spécial et impératif.

¹⁹³³ V. P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l’honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, n° 825 (spéc. p. 833).

Il n'en reste pas moins intéressant d'étudier les caractères de ces contrats pour eux-mêmes, en ce qu'ils sont susceptibles d'accueillir une licence de droit d'auteur. Ces qualifications unitaires données par le CPI, mettent au jour des contrats complexes, supportant différents titres d'exploitation, licence, cession ou autre, ne caractérisant pas le contrat et ne résumant pas ses éléments essentiels.

Le contrat d'édition fera l'objet des développements les plus approfondis (I). Sa vocation incontestée de « modèle » ou d'« archétype » des contrats d'exploitation du droit d'auteur nous autorisera ensuite – autant que de raison tant les différences sont notables – à nous référer aux analyses le concernant lorsqu'il s'agira d'identifier les autres contrats d'exploitation du Code (II).

I – Application des principes de qualification au contrat d'édition

529. Plan. La caractérisation du contrat en lui-même, c'est-à-dire la détermination des éléments de sa qualification (A –), permettra d'évaluer ensuite l'intérêt d'un rattachement du contrat au regard des modèles du Code civil (B –).

A – La caractérisation du contrat en lui-même

530. Définition du contrat : la prestation caractéristique du contrat d'édition.

L'article L. 132-1 du CPI donne la définition usuelle du contrat d'édition : « *Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ». Suit la précision suivante à l'article L. 132-12 : « *L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession* ».

Deux aspects marquent ici le lecteur : le premier est que l'auteur « cède » son droit de reproduction, le second est la charge incombant à l'éditeur d'assurer l'exploitation de l'œuvre. Si l'on a pu soutenir que l'élément de « mise à disposition », une fois les utilités en cause spécifiées, permettait la caractérisation du contrat d'exploitation¹⁹³⁴, il est plus généralement admis que c'est l'obligation d'exploiter qui caractérise les contrats d'exploitation, pourvu

¹⁹³⁴ V. *infra*.

qu'elle revête certains caractères¹⁹³⁵. Si l'on admet ce point, des nuances s'imposent. Il apparaît que le contrat se caractérise par la réunion d'une mise à disposition de l'œuvre par l'auteur pour des utilités déterminées, et d'une prestation due par l'éditeur. *Aussi l'élément de mise disposition dû par l'un est-il le moyen est indispensable à l'épanouissement de l'obligation d'exploiter due par l'autre.* Cette physionomie particulière du contrat d'exploitation pose la question de la méthodologie apte à permettre son traitement. Une certaine conception de la rigueur d'analyse prônerait un traitement séparé des obligations de l'auteur et de l'éditeur ; d'un autre côté, n'est-il pas artificiel d'isoler ainsi la fin des moyens ? (*1 – Identification du contrat : l'exploitation d'une œuvre mise à disposition, obligatoire et aux risques de l'éditeur*). En tâchant d'éviter la confusion entre les notions de contrat à titre onéreux ou gratuit et de contrat synallagmatique ou unilatéral, nous retenons la question de la rémunération due par l'éditeur, car elle n'entre pas expressément dans le champ de cette définition. Son intérêt en matière de qualification se prêtera cependant au débat (*2 – Le caractère onéreux ou gratuit du contrat : la contrepartie due par l'éditeur*).

1 – Identification du contrat : l'exploitation d'une œuvre mise à disposition, obligatoire et aux risques de l'éditeur

531. Plan. Deux éléments, présence d'une « cession » (*a*) et nature des utilités « cédées » (*b*), sont tous deux *essentiels*, au sens où leur absence entraînerait la nullité ou la requalification du contrat, selon l'intention initiale des parties. Ces deux points, dont l'importance est souvent signalée, sont-ils pour autant *caractéristiques*, c'est-à-dire aptes à identifier le contrat et à le distinguer de formules voisines ? L'identification du contrat d'édition, modèle de contrat synallagmatique, ne saurait être complète sans l'examen des prestations attendues de l'éditeur : le constat de l'obligation d'exploiter les utilités « cédées », selon certaines modalités et aux risques de l'éditeur (*c*).

a) La présence d'une « cession »

532. L'existence requise d'une « cession » : un élément essentiel mais non caractéristique. L'obligation essentielle de l'auteur consiste dans la « cession » du droit de reproduction. Cependant, cette « cession », commune dans son principe à tout contrat

¹⁹³⁵ J. Raynard, thèse préc., n° 645.

d'exploitation, est par là même impuissante à caractériser chaque contrat, et ce à deux titres : d'une part, nous avons noté le caractère générique de cette « cession » quant à sa nature en optant pour la qualification de licence ; d'autre part, nous avons vu que cette « cession » était un élément commun aux contrats d'exploitation et ne pouvait donc caractériser chacun d'eux. En ce sens, on peut dire que la « cession » est un élément essentiel à tel contrat d'exploitation donné, mais non caractéristique¹⁹³⁶.

Là s'arrête le rôle de cette « cession » dans l'identification du contrat d'édition. Son caractère exclusif ou non, sa durée limitée ou en apparence définitive sont autant d'éléments qui permettent d'opter pour les qualifications de cession à proprement parler ou de licence, ou encore pour le dépassement de ces catégories. Bien que le régime du contrat d'édition tende à préférer la licence, nous savons que cette qualification est indifférente à la caractérisation du contrat d'édition¹⁹³⁷. Plus instructif est ce que l'éditeur doit accomplir au moyen de cette autorisation, pour une certaine forme d'exploitation. Cette question suppose que la mise à disposition opérée par l'auteur ait pour objet certaines utilités de l'œuvre.

b) La nature des utilités « cédées »

533. La chose, objet de la cession : un élément essentiel mais non caractéristique. Un autre élément essentiel à la qualification du contrat d'édition est l'objet de la mise à disposition qu'il contient, entendu comme la chose objet de la prestation de l'auteur. Il s'agit essentiellement du droit de reproduction, bien qu'il ait été noté que la cession du droit de représentation l'accompagnait généralement en pratique¹⁹³⁸, ainsi que les droits d'exploitation numérique dans la perspective éventuelle ou certaine d'exemplaires dématérialisés. Cette perspective fait d'ailleurs l'objet d'une reconnaissance légale récente, puisqu'une loi du 26 mai 2011 « relative au prix du livre numérique » évoque ce nouvel objet au sein du régime du contrat d'édition¹⁹³⁹. Le droit de reproduction se définit par référence à

¹⁹³⁶ Le point est parfois constaté en doctrine, v. par ex. Ch. Caron, *op. cit.*, n° 427 ; Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 149 : « [la cession] n'est qu'un moyen – certes nécessaire mais non caractéristique » ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 721. Plus implicites, v. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 651 ; C. Colombet, *op. cit.*, n° 340. – La distinction est également visible dans les écrits de premiers commentateurs de la loi du 11 mars 1957 qui distinguaient le contrat d'édition de la « cession pure et simple ». – « Cette prestation est caractéristique des contrats d'auteur dans leur ensemble », N. Blanc, *op. cit.*, n° 67.

¹⁹³⁷ V. *supra* n° 487.

¹⁹³⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 645 (et notre Ch. I).

¹⁹³⁹ Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique. Cette loi, comme son nom l'indique, ne modifie que l'article L. 132-5 du CPI en lui ajoutant un second alinéa (nous le soulignons) : « Le contrat peut prévoir soit une rémunération proportionnelle aux produits d'exploitation, soit, dans les cas prévus aux articles L. 131-4 et L. 132-6, une rémunération forfaitaire.

l'acte matériel de reproduction selon l'article L. 122-3 al. 1^{er} du CPI : « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Les droits dits annexes et dérivés (adaptation, traduction, usage publicitaire, etc.), qui relèvent en un sens du droit de reproduction, restent *a priori* exclus de la « cession ». Les utilités « cédées » sont donc plus restreintes, n'embrassant pas toutes les déclinaisons du droit de reproduction. Les praticiens incluent cependant ces utilités dans des contrats particulièrement détaillés¹⁹⁴⁰.

Dans un système de qualification qui ferait de la mise à disposition la prestation caractéristique du contrat d'exploitation, la chose objet de cette prestation apparaîtrait suffisante à le caractériser¹⁹⁴¹. Cette approche serait cependant réductrice, car elle tendrait à assimiler le contrat d'édition à son élément de mise à disposition, qui n'en est que le radical. Certes, on a vu que l'utilité mise à disposition de l'exploitant (de même que la destination de cette utilité) suggérait utilement le choix d'un contrat d'exploitation¹⁹⁴². Cependant, l'utilité d'une œuvre entrant dans le champ d'un tel contrat pourrait être donnée en licence ou cédée séparément, ou encore dans le cadre d'un autre contrat d'exploitation¹⁹⁴³. Ce critère n'est donc pas infaillible. Un autre élément que la chose doit donc parfaire la qualification de ce contrat.

c) L'obligation d'exploiter la chose « cédée », selon certaines modalités et aux risques de l'éditeur

Le contrat d'édition garantit aux auteurs, lors de la commercialisation ou de la diffusion d'un livre numérique, que la rémunération résultant de l'exploitation de ce livre est juste et équitable. L'éditeur rend compte à l'auteur du calcul de cette rémunération de façon explicite et transparente ».

¹⁹⁴⁰ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 645.

¹⁹⁴¹ En ce sens : « Ainsi, le contrat d'édition se distingue des autres contrats nommés par le Code de la propriété intellectuelle en ce qu'il a pour objet le droit de reproduction », N. Blanc, *op. cit.*, n° 69, en général : *Ibid.* n° 78 : « (...) c'est la chose, objet du contrat, autrement dit les droits cédés ou concédés, qui permet de caractériser chaque contrat nommé par le Code de la propriété intellectuelle ». – En ce sens, M. Raimond note que les divers contrats nommés du CPI « ne se distinguent les uns des autres qu'en fonction de la nature des droits qu'il s'agit d'exploiter ». L'auteur réserve toutefois le cas des contrats innommés pour lesquels l'élément est indifférent (*op. cit.*, n° 288). – Les deux auteurs se montrent (nécessairement ?) plus nuancés s'agissant du contrat de production audiovisuelle qui réunit différentes utilités de l'œuvre c'est-à-dire, à en croire ces auteurs, différentes « choses » (N. Blanc, *op. cit.*, n° 72, insistant sur la destination des droits et S. Raimond, *op. cit.* n° 276, insistant, semble-t-il, sur le domaine de la présomption de cession ainsi que sur les droits expressément cédés qui peuvent s'y ajouter).

¹⁹⁴² V. *supra* n° 456 et s.

¹⁹⁴³ Ainsi, le « droit » de traduction, généralement cédé purement et simplement, peut également faire l'objet d'un contrat d'édition. Une œuvre audiovisuelle peut être l'objet d'un contrat de production comme de représentation.

534. Plan. Cet aspect, plus complexe, doit être exposé en deux temps : l'obligation d'exploiter la chose « cédée » se fait selon certaines modalités, un contenu spécifique qu'il importe de décrire (α) et aux risques de l'éditeur (β).

α – L'obligation d'exploiter la chose « cédée » selon certaines modalités

535. Modalités de l'exploitation. Les éléments précédents sont nécessaires à la caractérisation du contrat d'édition, mais non pas suffisants. Cette qualification n'est parfaite que lorsque l'exploitant se voit imposer certains actes d'exploitation : « ainsi, le contrat d'édition n'a pas un caractère potestatif pour l'éditeur »¹⁹⁴⁴. Or, constater que l'exploitation est obligatoire et relève d'une obligation de résultat reste abstrait¹⁹⁴⁵. Cette obligation se traduit concrètement par un faisceau de prestations à charge de l'éditeur, définies par la loi, façonnées par la jurisprudence¹⁹⁴⁶ et les usages. Elles imposent à l'éditeur, en vertu de l'autorisation circonscrite qu'il reçoit, la fabrication des exemplaires¹⁹⁴⁷, leur publication et leur diffusion commerciale¹⁹⁴⁸. Par une référence aux usages, les juges peuvent ainsi dispenser l'éditeur d'œuvres d'une destination particulière de l'exploitation sur certains supports¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴⁴ C'est ainsi que Linant de Bellefonds (*op. cit.* n° 791) interprète ces arrêts : CA Paris 1^{re} ch. A, 25 avril 1989, Anagramme c. Provost. RIDA, janv. 1990, p. 314 ; D. 1990, Somm. p. 58, obs. C. Colombet ; RTD civ. 1989, p. 284, obs. Mestre ; CA Paris, 4 mars 1980, D. 1981, IR, p. 82, obs. C. Colombet.

¹⁹⁴⁵ Article L. 132-12 du CPI : « L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession. ».

¹⁹⁴⁶ L'affaire « Montherlant » aurait inspiré la notion de diffusion permanente et suivie reprise à l'article L. 132-12 du CPI : CA Paris, 7 nov. 1951, D. 1951, p. 759 ; RTD com. 1953, p. 115, obs. H. Desbois. En ce sens, X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 832. *Adde* : Trib. civ. Seine, 11 juillet 1939, JCP, 1940, II, 1437.

¹⁹⁴⁷ Outre les obligations de rémunération (L. 132-5 CPI) et de reddition des comptes (L. 132-13 CPI), on notera l'obligation de publication visant à porter l'œuvre à la connaissance du public. Elle suppose la fabrication en nombre des exemplaires (L. 132-1 CPI) selon les conditions, la forme et les modes d'expression prévus au contrat (L. 132-11 CPI). Notons également l'obligation de maintenir des stocks nécessaires pour fournir les distributeurs (par ex. CA Paris 4^e ch., 7 mai 1985, RIDA, 1985 n° 3, p. 166).

¹⁹⁴⁸ L'exploitation permanente et suivie ainsi que la diffusion commerciale de l'œuvre (L. 132-12 CPI) supposent : une activité de promotion (v. par ex. CA Paris 4^e ch. A, 27 mars 1990, Jurisdata n° 021186, confirmant : TGI Paris 3^e ch., 29 avril 1988 « Léo Ferré », RIDA, 1988 n° 4, p. 188) c'est-à-dire concrètement un travail de publicité, de présentation de l'œuvre aux médias, et si cela est justifié, aux jurys de prix littéraires (en ce sens : Cass. civ. 1^{re} 18 févr. 1986, D. 1987, somm. p. 157, obs. C. Colombet). – Ces obligations découlent de la loi et sont régulièrement précisées par la jurisprudence, mais elles sont généralement considérées comme « traditionnelles ». En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 678, (citant : J. Rault, *op. cit.*, p. 284 pour l'obligation de promotion). – Pourtant, la Cour de cassation exclut toute obligation d'exploitation pour un contrat conclu avant 1957 au motif « qu'en l'absence de disposition expresse de la loi prévoyant son application immédiate et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats d'édition demeurent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion » (Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2001 ; Bull. I, n° 307, p. 195 ; JCP G 2002, IV, 1104 ; CCE 2002, comm. 19, obs. Ch. Caron ; Prop. intell., avr. 2002, n° 2, p. 61, obs. A. Lucas).

¹⁹⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 13 juin 2006, D. 2007, p. 277, obs. J. Ghestin ; D. 2006, AJ, p. 1819, obs. J. Daleau ; RTD com. 2006, p. 593. obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE févr. 2007, comm. 20, obs. Ch. Caron ; M.-A. Roux, Précisions sur les obligations de l'éditeur d'œuvres musicales d'illustration, Légipresse, n° 237, III, p. 238 : « ne contrevient

536. Une obligation de fabrication construite à partir du droit de reproduction. Le contrat d'édition porte obligation de « fabriquer ou de faire fabriquer » des objets matériels ou *dématérialisés*¹⁹⁵⁰. L'obligation de fabrication s'identifie donc, à première vue, à l'exercice du droit de reproduction concédé. Si tel était le cas, le contrat d'édition ne différerait pas, sur ce point, de n'importe quelle licence du droit de reproduction assortie d'une obligation d'exploitation. Or, même cet aspect le plus « matériel » de la mission de l'éditeur comporte des spécificités¹⁹⁵¹. Dénommé en pratique « chaîne graphique », le processus permettant le passage d'un manuscrit (ou « tapuscrit ») réceptacle de l'œuvre de l'auteur au produit fini, l'exemplaire, ne se borne pas à la réalisation d'actes de reproduction autorisés par l'auteur. En amont de l'acte de reproduction à proprement parler, confié à un imprimeur, l'éditeur doit accomplir une série de tâches de préparation, de composition, de maquette, de correction, et le cas échéant un choix d'illustrations supposant la conclusion de contrats de commande et d'acquisition des droits correspondants. On peut donc soutenir que le livre, produit final, ne se borne pas au strict exercice du droit de reproduction d'une œuvre, plus particulièrement la reproduction par imprimerie visée à l'article L. 122-3 du CPI.

pas aux dispositions légales susvisées et ne dispense pas l'éditeur de son obligation essentielle d'édition et d'exploitation de l'œuvre, le contrat qui, pour des œuvres 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'œuvre 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, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹⁹⁵⁰ La dématérialisation de l'exemplaire peut entraîner la disqualification de l'acte permettant l'accès de l'œuvre au public, utilisateur final (sur la « licence » d'utilisation de logiciel, v. *supra* n° 84 et ss.). En revanche, elle ne devrait pas remettre en cause la qualification du contrat d'édition. En effet, si le régime légal de ce contrat est façonné pour l'exemplaire matériel, la définition du contrat d'édition, actionnant essentiellement le droit de reproduction en vue de l'exploitation de l'œuvre devrait accueillir le support dématérialisé couramment dénommé « livre numérique », également « livre électronique » ou « *e-book* ». – Sur l'adaptation du contrat d'édition à des exemplaires dématérialisés, l'étape de la fabrication consistant dans la réalisation du support numérique (numérisation, mise en forme, arborescence, etc.), v. L. Thoumyre, *Approche contractuelle de l'édition d'œuvres littéraires sur Internet*, Juriscom.net, 15 déc. 1999 ; E. de La Boulaye, *Le contrat d'édition en ligne*, *Légicom*, n° 24 2001/1, p. 13 ; S. Carrié, *Le livre à l'épreuve des réseaux*, Thèse, Montpellier I, 2005, n° 201, p. 165, notant la désuétude de la notion ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 721, p. 504. – Comp. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 562, note n° 2. Cet auteur envisage le rattachement au contrat d'édition, mais voit l'étape « reproduction en nombre » dans les téléchargements. – Cette évolution concerne principalement l'édition musicale, portant sur la fabrication de partitions, puis de phonogrammes et enfin de fichiers informatiques de type MP3. – *Contra*, en faveur du contrat innommé, v. Ch. Caron, *op. cit.*, n° 427. – Sur l'ensemble de la question, *adde* : S. Carrié, *Le livre numérique : un « OCNI » (Objet culturel non identifié)*, CCE oct. 2005, étude 36 ; P. Kamina, *Le livre numérique*, CCE déc. 2000, étude 23 ; Rapport B. Patino, sur le livre numérique, remis le 30 juin 2008 au Ministre de la culture et de la communication. L'auteur du rapport indique (p. 41 et s.) sa préférence pour une clause dédiée à l'exploitation sous forme de livre numérique au sein du contrat d'édition, plutôt qu'un contrat distinct (il s'agit de préserver l'unité d'exploitation de l'œuvre). – Notons enfin que le « livre numérique » a fait l'objet d'une consécration légale par la loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 « relative au prix du livre numérique ». Comme son nom l'indique, la loi vise à adapter la question du prix public du livre à ce nouvel objet. L'un de ces articles (art. 6) modifie cependant un élément du régime légal du contrat d'édition (art. L. 132-5 al. 2), confirmant l'extension de cette qualification.

¹⁹⁵¹ Partagées avec le contrat d'édition à compte d'auteur.

537. Une obligation de commercialisation *a priori* distincte de la licence du droit de reproduction. Il s'agit aussi de promouvoir une œuvre, d'en assurer la distribution dans le commerce et pour ce faire, la publicité¹⁹⁵². Généralement, l'éditeur confie cette tâche à des sociétés tierces : les diffuseurs et les distributeurs, liés à l'éditeur par un contrat de mandat sans représentation évoquant la commission et ne relevant pas d'un « contrat d'auteur ». La mission confiée à l'éditeur s'étend donc au-delà du strict accomplissement des actes permis par l'autorisation donnée (la reproduction de l'œuvre dans les conditions définies). Or, ces actes, modalités nécessaires d'une exploitation commerciale réussie, ne relèvent que très indirectement de la « cession » du droit de reproduction consentie. Démarcher des libraires, assurer la visibilité de l'œuvre dans les médias ou vendre des exemplaires d'une œuvre ne nécessite en soi aucune autorisation mettant en jeu le droit de reproduction de l'auteur¹⁹⁵³ (si ce n'est l'éventuelle mise à disposition d'un matériel publicitaire reproduisant des éléments réservés).

538. Le cas du droit de distribution. L'affirmation selon laquelle la commercialisation d'exemplaires de l'œuvre reproduite ne nécessite pas d'autorisation de l'auteur mérite cependant d'être nuancée. Ainsi, un droit de distribution est reconnu à l'auteur à l'échelon communautaire par l'article 4 de la directive n° 2001/29/CE¹⁹⁵⁴. Ce droit est sujet à épuisement, une fois l'exemplaire mis une première fois en circulation¹⁹⁵⁵. Certes, en raison d'une transposition jugée incomplète par la loi du 1^{er} août 2006¹⁹⁵⁶, on ne lira nulle part dans le CPI qu'un droit de distribution est accordé à l'auteur aux côtés du droit de représentation et de reproduction. Mais il est vrai que sa présence apparaît expressément dans le cas du

¹⁹⁵² Par ex. S. Cahn, Le contrat d'édition sous liberté surveillée, M.-C. Piatti (dir.), *Autonomie de la volonté et contrats de propriété intellectuelle*, Les cahiers juridiques du Sud-est, Aurely, Lyon, 1997, p. 138.

¹⁹⁵³ Ph. Gaudrat, *Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*, sept. 2007, n° 150 : « L'auteur confère normalement à l'éditeur une *exclusivité de fabrication des exemplaires*, mais il ne lui confère aucun *monopole de distribution*, contrairement à ce qui ressort de la définition *expresse* du monopole du breveté ou du *copyright owner* ».

¹⁹⁵⁴ Directive n° 2001/29 du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE n° L. 167 du 22/06/2001. Article 4 : « Droit de distribution 1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci. (...) ». Ce droit était déjà défini à l'art. 6 du Traité de l'OMPI.

¹⁹⁵⁵ Article 4 : « (...) 2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement. »

¹⁹⁵⁶ Sur ce constat généralement partagé en doctrine, v. par ex. V. Peureux, *Recherche sur l'équilibre entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et la liberté communautaire de circulation des marchandises. La mise en œuvre de la théorie de l'épuisement des droits*, Thèse Montpellier I, 2010, n° 113 et n° 623 et ss. ; Ch. Caron, *op. cit.*, n° 325.

logiciel¹⁹⁵⁷. Pour le droit d'auteur en général, sa reconnaissance légale n'est qu'implicite, « quasi subliminale »¹⁹⁵⁸, puisque l'existence du principe du droit de distribution s'induit de l'énoncé de sa principale limite : l'épuisement communautaire du droit¹⁹⁵⁹. On notera donc l'émergence en France d'un « discret droit de distribution »¹⁹⁶⁰ qui, selon la conception synthétique jusqu'ici dominante, se conçoit en une composante du droit de destination, lui-même modalité du droit de reproduction¹⁹⁶¹, soumis cependant à épuisement et limité à la première vente (ou autre transfert de propriété) d'un *exemplaire matériel*¹⁹⁶². Notons que la « licence » d'utilisation consentie à l'utilisateur du livre numérique par l'éditeur, désormais en partie consacrée par la loi¹⁹⁶³, devrait échapper à la théorie du droit de distribution et de son

¹⁹⁵⁷ Article L. 122-6 CPI : « 3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les Etats membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire ». – V. Directive du Conseil n° 91/250 du 14 mai 1991 relative à la protection des programmes d'ordinateur, JOCE, L. 122 du 17 mai 1991, p. 42.

¹⁹⁵⁸ A. Lucas, *Le droit de distribution et son épuisement*, CCE 2006, étude 25.

¹⁹⁵⁹ Article L. 122-3-1 CPI : « Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen. » ; Art. L. 335-3 CPI : « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ». Le terme « diffusion » est interprété dans le sens de « distribution ». En ce sens Ch. Caron, *op. cit.*, n° 504 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 1227, note n° 7 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 951. Cependant, selon M. Passa, l'imprécision de ce texte le rend incompatible avec le principe de légalité des délits et des peines : J. Passa, *Droit de destination et droit de distribution*, Petites Affiches, 6 déc. 2007, n° 244, p. 32, spéc. n° 9.

¹⁹⁶⁰ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 325, p. 275.

¹⁹⁶¹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989, n° 193 et ss. ; H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978, n° 288 : l'auteur voit le droit de destination « dans l'orbite du droit de reproduction ». Pour une critique : J. Passa, art. préc., spéc. n° 2 : « le monopole de première mise en circulation d'exemplaires incorporant l'objet protégé, qualifié de droit de distribution, n'a rien de tellement spécifique au droit d'auteur ; il est commun à tous les droits de propriété intellectuelle car inhérent à leur caractère exclusif », n° 14 : « Cette prérogative (...) se distingue nettement du droit de contrôler certaines utilisations publiques des exemplaires, par hypothèse postérieures à leur mise en circulation et même à leur acquisition par l'utilisateur final ».

¹⁹⁶² CJCE, 4^e ch., 17 avr. 2008, aff. C-456/06, Peek et Cloppenburg c. Cassina S.p.A. : //curia.europa.eu/fr, CCE juill. 2008, comm. 87, Ch. Caron : Droit de distribution rime avec transfert de propriété ; Prop. intell., 2008, p. 339, obs. V.-L. Benabou ; sur ce débat en matière d'édition, v. S. Carrié, *Le livre à l'épreuve des réseaux*, Thèse, Montpellier I, 2005, n° 597 et ss.

¹⁹⁶³ La loi du 26 mai 2011 « relative au prix du livre numérique » évoque une « licence » d'utilisation, mais pour lui conférer une étendue ne correspondant pas à tous les actes de commercialisation du livre numérique, v. Art. 2 (non codifié) : « Toute personne établie en France qui édite un livre numérique dans le but de sa diffusion commerciale en France est tenue de fixer un prix de vente au public pour tout type d'offre à l'unité ou groupée. Ce prix est porté à la connaissance du public. / Ce prix peut différer en fonction du contenu de l'offre et de ses modalités d'accès ou d'usage. / Le premier alinéa ne s'applique pas aux livres numériques, tels que définis à l'article 1er, lorsque ceux-ci sont intégrés dans des offres proposées sous la forme de licences d'utilisation et associant à ces livres numériques des contenus d'une autre nature et des fonctionnalités. Ces licences bénéficiant de l'exception définie au présent alinéa doivent être destinées à un usage collectif et proposées dans un but professionnel, de recherche ou d'enseignement supérieur dans le strict cadre des institutions publiques ou privées qui en font l'acquisition pour leurs besoins propres, excluant la revente. (...)».

épuisement. Cependant, par la commercialisation d'exemplaires numériques, l'éditeur mettra directement en jeu les droits de reproduction et de représentation que lui aura concédés l'auteur.

Sans approfondir davantage ce sujet aux origines lointaines¹⁹⁶⁴ ayant suscité de nombreux commentaires¹⁹⁶⁵, on notera que l'émergence de ce droit tend à atténuer notre analyse faisant du travail de diffusion commerciale de l'éditeur une obligation tout à fait étrangère à la licence qu'il tient de l'auteur. Il faudrait donc admettre que l'auteur concède également son « droit de distribution » à l'éditeur. Or ce point – si tant est qu'il aille de soi – n'apparaît pas dans les principaux contrats types qui ont cours dans le domaine de l'édition,¹⁹⁶⁶ et rarement en doctrine¹⁹⁶⁷. Sans préjuger d'une reconnaissance plus nette de cette prérogative, déjà inscrite dans notre droit positif, le travail de diffusion de l'éditeur (qu'il peut confier à un tiers) emporte une série de tâches qui vont au-delà de la première mise en vente des exemplaires : organiser la distribution du livre de manière permanente et suivie, assurer la promotion (attributions que se réserve l'éditeur dans le contrat type du SNE), et l'approvisionnement des libraires, c'est-à-dire rendre l'œuvre disponible.

539. *Sans préjuger à ce stade des conséquences de ce constat en droit civil, on constatera que le contrat d'édition ne se réduit donc pas à l'autorisation circonstanciée qu'il contient.* Sans l'engagement de la part de l'éditeur d'accomplir ces actes, il ne saurait être de contrat d'édition. Publier est comme le constatait Rault, l'obligation essentielle et le trait caractéristique du contrat d'édition¹⁹⁶⁸. Cependant, ces actes ne semblent caractériser le contrat d'édition qu'à condition d'intervenir en vertu des droits de reproduction conférés par une licence ou une cession, d'une part ; de revêtir certains caractères, d'autre part. La présence d'une mise à disposition, le choix de certaines utilités (droit de reproduction) et

¹⁹⁶⁴ Il est fréquemment rappelé que la loi des 19 et 24 juillet 1793 dispose en son article 1^{er} : « les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et les dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du *droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages* dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie ».

¹⁹⁶⁵ Pour des contributions fondatrices, v. par ex. : F. Gotzen, *Le droit de destination en Europe*, Dr. auteur, 1989, p. 230 ; F. Pollaud-Dulian, thèse préc., *passim*.

¹⁹⁶⁶ Le contrat type du SNE évoque le droit de l'éditeur d'« imprimer, reproduire, publier et exploiter l'œuvre sous forme de livre ». Peut-on voir un équivalent de la notion de distribution dans d'autres contrats types ? Par ex. celui de la SGDL : « L'auteur cède à titre exclusif à l'éditeur et ses ayants droit le droit d'imprimer, de reproduire, de publier et *vendre* dans une édition courante l'ouvrage de sa composition qui a pour titre (...) » (nous soulignons). V. en ce sens le contrat proposé par la SCAM : Contrat d'édition littéraire SCAM : « Article III Droits concédés : (...) Le droit exclusif d'imprimer, de reproduire et de vendre l'œuvre sous forme d'édition courante, en autant d'éditions qu'il juge nécessaires à tirage limité ou non, sous toute forme de présentation ».

¹⁹⁶⁷ Cependant : S. Carrié, *op. cit.*, n° 596.

¹⁹⁶⁸ J. Rault, *op. cit.*, p. 60.

enfin l'exploitation selon des modalités déterminées et aux risques de l'éditeur sont donc les critères cumulatifs du contrat d'édition.

β – L'exploitation aux risques de l'éditeur

540. Risque de l'exploitation, élément essentiel du contrat d'édition : distinctions et discussion. Dès lors qu'on le réduit à l'obligation d'accomplir des actes de reproduction et de diffusion commerciale, le contrat d'édition souffre de la concurrence de deux formules voisines, autrefois assimilées au genre « contrat d'édition » ou « contrat de publication », mais nettement distinguées en droit positif : le contrat à compte d'auteur¹⁹⁶⁹ et le contrat de compte à demi¹⁹⁷⁰. Ces contrats que la loi écarte explicitement de la qualification d'édition (dit, en pratique, par opposition, « contrat à compte d'éditeur ») connaissent cependant des points de convergence : une mise à disposition, une obligation d'exploitation. La différence portera donc sur la charge des risques de l'exploitation.

La distinction de ces contrats et du contrat d'édition tiendrait également à la présence d'une mise à disposition pour le seul contrat d'édition, mais de simples obligations de faire au sens strict (*facere* par opposition à *praestare*) pour les « compte d'auteur » et « compte à demi ». Ces derniers sont rattachés par la loi et généralement la doctrine réciproquement à l'entreprise¹⁹⁷¹ et à la société en participation, la loi reprenant les qualifications très tôt admises¹⁹⁷². On met traditionnellement en avant comme critère de distinction¹⁹⁷³ l'absence de droit cédés ou concédés à l'« éditeur » dans ces dernières opérations. On pourrait s'en tenir à cet élément radical de distinction faisant basculer ces « petits contrats » hors de la famille des contrats d'exploitation du droit d'auteur pour les distinguer du contrat d'édition. Cependant, le point est discutable : certes ces contrats ne requièrent pas d'autorisation formalisée¹⁹⁷⁴, mais les actes à accomplir ne relèveraient-ils pas d'actes de contrefaçon en l'absence de

¹⁹⁶⁹ Article L. 132-2 CPI.

¹⁹⁷⁰ Article L. 132-3 CPI.

¹⁹⁷¹ *Contra*, optant pour la qualification de mandat : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 563, p. 609. Cette qualification encourt les mêmes critiques lorsqu'elle est attribuée au contrat d'édition. Davantage encore qu'un véritable éditeur, qui confie à des tiers l'essentiel de sa mission, les actes auxquels s'oblige l'éditeur à compte d'auteur sont d'ordre matériel et intellectuel plus que juridique (sur cette distinction, v. *infra* n° 563).

¹⁹⁷² Par ex. J. Valéry, note sous T. com. Seine, 4 juin 1896 (Bourget c. Lemerre), D.-P., 1898, II, 73 ; S. 1899 2, 217, note A. Esmein ; R. Roger, Le contrat d'édition et le récent projet de loi, D. 1933, Chron. n° 5.

¹⁹⁷³ Par ex. C. Colombet, *op. cit.*, n° 331. En ce sens : S. Raimond, *op. cit.* n° 66. – *Contra*, pour le compte à demi, forme de société, M. Gautier (*op. cit.* n° 563) considère que l'apport de l'auteur consiste en ses droits ; cet apport, en jouissance, peut recevoir la qualification de licence (v. *supra* n°221). Traditionnellement pourtant, on considère que l'apport de l'auteur tient dans sa participation aux frais d'édition (v. par ex. A. Esmein, note préc., spéc. § 3).

¹⁹⁷⁴ CA Paris, 10 juill. 1984, JurisData n° 1984-025726. Pour un contrat de compte à demi, v. A. Bories, Le formalisme dans les contrats d'auteur, CCE sept. 2008, étude 18.

contrat ? Participant de l'institution juridique qu'est la propriété, le droit d'auteur s'exprime dans le *pouvoir d'interdire* exclusif et absolu conféré à son titulaire. La conséquence positive de ce droit d'interdire consiste en la faculté d'autoriser autrui¹⁹⁷⁵. La levée de cet interdit de principe par une autorisation suggère bien qu'une licence, aussi ténue soit elle (non exclusive¹⁹⁷⁶, limitée au nombre d'exemplaires convenus et n'octroyant pas la titularité de l'action en contrefaçon), ait été consentie. Unanime pour rappeler l'absence de cession, la doctrine ne prend-elle pas ici le terme de cession dans son sens le plus strict ? La distinction entre le contrat d'édition et ces formules réside donc ailleurs.

L'obligation d'exploitation n'est pas absente de ces contrats dont la réglementation embryonnaire reprend tout de même le triptyque bien connu : fabrication, publication, diffusion. Dans les faits cependant, ces obligations n'ont pas la même réalité qu'en matière d'édition à proprement parler. La jurisprudence fait régulièrement le rappel de ces obligations¹⁹⁷⁷ et l'on relève que les contrats pratiqués insistent généralement sur ces points, précisant par exemple les médias que l'éditeur s'engage à solliciter aux fins de promotion, la présentation de l'ouvrage à des jurys de prix, critiques et exploitants étrangers, etc. Les inexécutions fréquentes suscitent un contentieux relativement abondant¹⁹⁷⁸. Ce point permet de constater que le contrat à compte d'auteur « tient pour une bonne part du contrat d'édition »¹⁹⁷⁹. D'un point de vue juridique, la différenciation entre contrat d'édition et formules concurrentes ne s'opère donc pas sur les modalités de l'exploitation, qui ne diffèrent du contrat d'édition qu'en termes d'intensité et non de nature.

La différence la plus nette tient au fait que s'agissant du premier, l'investissement économique correspondant à une prise de risques, le « risque éditorial », repose dans son entier sur l'éditeur et non sur l'auteur. Le reste tiendrait à des dimensions extra-juridiques. Ainsi, le compte d'auteur, pourtant très usité, et compte à demi, plus discret en pratique, sont-ils généralement évoqués en des termes péjoratifs, en témoigne l'expression anglaise de « *vanity press* ». On note que ces contrats sont réservés à des diffusions restreintes, des

¹⁹⁷⁵ J.M. Mousseron, Valeurs, biens, droits, *Mélanges A. Breton – F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277.

¹⁹⁷⁶ Ce qui est, dans les faits, relativisé par une exclusivité de vente des exemplaires consentie pour quelques mois ou années.

¹⁹⁷⁷ Par ex : « Considérant que repose sur la société d'édition qui conclut un tel contrat, en contrepartie de la rémunération qu'elle perçoit, une obligation d'assurer correctement la promotion et la diffusion de l'œuvre, ainsi qu'une obligation d'information et de conseil technique à l'égard de l'auteur ; que celui-ci doit cependant être conscient des risques inhérents à ce type d'opération, notamment de mévente », CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 2 avril 2010, n° 09/12015 (Mlle Sacuto c. SA Les Editions du Panthéon).

¹⁹⁷⁸ Par ex. CA Paris 26 janv. 2005, 4^e ch. A, (SA Les Editions du Panthéon c. Mme C. Géricot), Juris-Data n° 2005-262729, JCP E, 2005, 1863, obs. I.-A. Randrianirina.

¹⁹⁷⁹ J. Huet, *op. cit.*, n° 32141.

domaines spécifiques (par ex. les thèses), ou encore à « des auteurs qui ne sont pas parvenus à conclure un contrat d'édition »¹⁹⁸⁰.

Si l'on peut s'en tenir à l'affirmation traditionnelle selon laquelle les formules « compte d'auteur » et « compte à demi » ne mettent en jeu aucun droit d'auteur, pour éclairer leur distinction avec le contrat d'édition, on peut également évoquer ce qui les oppose quant à certaines des modalités de l'exploitation de l'œuvre. La contemplation du droit de reproduction mis à disposition en vue de son exploitation ne suffit donc pas à caractériser le contrat d'édition.

2 – Le caractère onéreux ou gratuit du contrat : la contrepartie due par l'éditeur

541. Plan. La définition de la nature de cette rémunération (*a*) est le préalable nécessaire à l'étude du caractère obligatoire ou facultatif de la rémunération (*b*).

a) La nature de la rémunération

542. L'obligation pécuniaire n'est pas tenue pour caractéristique dans le sens où elle ne permet pas d'identifier le contrat d'édition¹⁹⁸¹. Son rôle décisif en matière de qualification permet de relativiser ce point : par exemple, le contrat d'édition ne comprend pas d'obligation monétaire pour l'auteur, sous peine de disqualification¹⁹⁸². Cela ne signifie pas pour autant que le contrat soit totalement gratuit pour lui, car si la mise à disposition de l'œuvre est avant tout le moyen nécessaire à l'exécution d'un service par l'éditeur, les fruits suscités par cette chose appartiendront à ce dernier du seul fait de la mise à disposition. La question qui se pose tient davantage à la nature de la rémunération due par l'éditeur à l'auteur : renonce-t-il à la rémunération en principe due, et en principe liée aux fruits de l'œuvre ?

543. Distinction entre la rémunération et l'avantage pour l'auteur résultant de l'obligation d'exploiter. Encore faut-il convenir de ce que l'on entend par le « caractère

¹⁹⁸⁰ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 460.

¹⁹⁸¹ Par ex. J. Raynard, thèse préc., n° 645.

¹⁹⁸² En contrat à compte d'auteur ou compte à demi. V. par ex. : « Considérant que le Tribunal a justement estimé que la convention [litigieuse] quoiqu'établie sur une formule de contrat type d'édition, comportait une clause prévoyant la participation de l'auteur aux frais de fabrication pour un montant de [...] qui commandait que le contrat soit requalifié en contrat à compte d'auteur », CA Paris, 14 nov. 1997, Juris-Data n° 1997-024491, cité par A. Lucas, J.-Cl. PLA fasc. 1320. Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions spécifiques à certains contrats. Contrat d'édition.

onéreux » du contrat. Pour certains, la rémunération monétaire au profit de l'auteur devrait être un élément essentiel du contrat¹⁹⁸³. Pour d'autres, le contrat d'édition sans prix monétaire est concevable, car on considère que la simple exploitation de l'œuvre, obligatoire dans ce contrat, vaut contrepartie¹⁹⁸⁴. Le contrat d'édition, même sans prix monétaire, ne pourrait donc, par nature, être authentiquement gratuit. Cette considération n'échappe pas à la critique. D'un point de vue extra-juridique, tout d'abord, l'idée répandue selon laquelle la prestation de l'auteur doit s'estimer suffisamment « considérée » par l'octroi d'un pourcentage symbolique, voire la simple satisfaction de voir son œuvre exploitée est révélatrice – au-delà de la prééminence toute textuelle des intérêts de l'auteur – de la place en fait peu enviable accordée à l'auteur dans l'industrie culturelle. Plus objectivement ensuite, on peut soutenir, en application d'une conception objective de la notion de gratuité¹⁹⁸⁵, que la gratification morale et l'espoir d'une notoriété accrue ne sauraient constituer une rémunération, mais au mieux l'intérêt qui peut s'attacher à une opération gratuite. La licence contenue dans un contrat d'édition à titre gratuit s'éloigne de la qualification de bail et rejoint celle de prêt, mais un prêt nécessairement « intéressé ». Cette analyse menée en première partie de cette recherche pour la licence en général s'impose également à la matière de l'édition. Un élément propre au contrat d'édition ajoute cependant à la confusion : l'article L. 132-1 du CPI dispose que le contrat d'édition est celui par lequel l'auteur cède le droit de fabriquer des exemplaires, « à charge » pour l'éditeur d'en assurer l'exploitation. La formule peut laisser penser que l'exploitation est la contrepartie de la « cession » opérée par l'auteur¹⁹⁸⁶. Mais cette réciprocité doit être entendue comme une manifestation du caractère synallagmatique du contrat d'édition, et en aucun cas de son caractère onéreux. La considération que la mise à disposition n'est que le moyen nécessaire à l'exploitation permet de relativiser la doctrine qui fait de la seconde la contrepartie de la première¹⁹⁸⁷. La rémunération devrait s'entendre d'un prix. Ce prix est-il obligatoire ?

¹⁹⁸³ Développant une critique de la gratuité dans les contrats d'exploitation qui sont « par nature, des contrats à titre onéreux », v. Ch. Caron, *op. cit.*, n° 418.

¹⁹⁸⁴ V. par ex. J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz, 1927, p. 311 et ss. ; E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris Marchal et Billard, 3^e éd., 1908, par Maillard et Claro, n° 255, p. 300. En ce sens : N. Blanc, *op. cit.*, n° 293 et ss.

¹⁹⁸⁵ V. *supra* n° 242.

¹⁹⁸⁶ En ce sens : N. Blanc, *op. cit. loc. cit.*, note n° 1.

¹⁹⁸⁷ Le caractère onéreux pourrait s'apprécier selon l'élément qui a le plus de valeur (comp. la donation avec charges). Mais ce critère quantitatif est difficilement praticable en droit d'auteur car la valeur de l'œuvre dépendra de l'exploitation en livres c'est-à-dire du service de l'éditeur ; d'autre-part, si le service accompli par l'éditeur est « gratuit » - cette gratuité est essentielle au contrat d'édition - l'éditeur tirera un profit de l'exploitation.

b) Le caractère obligatoire ou facultatif de la rémunération

544. Nous constatons précédemment que la gratuité était concevable en matière de licence ou de cession (art. L. 122-7 CPI¹⁹⁸⁸). Si elle amenait à reconsidérer la qualification de la mise à disposition, cette requalification ne dérogeait pas pour autant aux schémas du Code civil : le prêt à usage et la donation. La question est à présent de savoir si le cadre impératif du contrat d'exploitation, généralement indifférent à la nature de la mise à disposition, impose une solution différente.

La doctrine s'accorde généralement sur un point : le caractère naturellement onéreux du contrat d'édition, ce que la lettre de son régime confirme. L'invocation de l'article L. 122-7 du CPI al. 1^{er} autorisant la gratuité des « cessions »¹⁹⁸⁹, *droit commun* de la matière, nous paraît critiquable lorsque le régime *spécial* du contrat d'édition (art. L. 132-5 du CPI) semble enfermer la question de la rémunération dans une alternative composée de deux modalités : proportionnelle ou forfaitaire¹⁹⁹⁰. On objectera cependant, avec la doctrine majoritaire, que cette alternative ne semble encadrer la volonté des parties pour autant que la rémunération est obligatoire. On ajoutera que la rémunération n'intègre pas la définition du contrat d'édition, confirmant son caractère simplement « naturel ». L'ambiguïté demeure cependant, et l'examen des textes est susceptible de venir au soutien des deux analyses opposées. En quête de réponses, c'est vers une jurisprudence dynamique et récente qu'il convient de se tourner. En matière d'édition, les dérogations au caractère onéreux peuvent s'exprimer soit par l'affirmation pure et simple de la gratuité¹⁹⁹¹, soit, plus généralement, sous la forme d'une gratuité partielle¹⁹⁹² qui apparaît dans la clause de prix du contrat au moyen d'un système par tranches de centaines ou de milliers d'exemplaires, un pourcentage de 0 % étant prévu pour la première. Dans les quelques arrêts ayant eu à connaître récemment la question, la validité de ces clauses de gratuité « partielle » ou « totale » semble bien consacrée, car laissée à la théorie des vices du consentement, au détriment d'une discussion fondée sur leur contrariété à la loi

¹⁹⁸⁸ La question n'est pas nouvelle, v. par ex. E. Pouillet, *op. cit.*, n° 376 et ss., p. 419 et ss.

¹⁹⁸⁹ « Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. ».

¹⁹⁹⁰ L'article L. 132-5 CPI suggère le caractère facultatif de la rémunération, mais il peut aussi bien formuler les deux modalités d'exécution d'une obligation : « Le contrat peut prévoir soit une rémunération proportionnelle aux produits d'exploitation, soit, dans les cas prévus aux articles L. 131-4 et L. 132-6, une rémunération forfaitaire ».

¹⁹⁹¹ V. par ex. (précité) : CA Paris 1^{er} juill. 1998, D. 1998, IR, p. 203 ; RIDA, janv. 1999, p. 390, obs. A. Kerever, p. 327, pourvoi rejeté par : Cass. civ. 1^{re} 23 janv. 2001, obs. Ch. Caron, Variations sur la gratuité en droit d'auteur, CCE avril 2001, p. 13, comm. n° 34. L'arrêt d'appel écarte cependant l'intention libérale de l'auteur en raison du gain de notoriété espéré (en général, v. *supra* n° 247).

¹⁹⁹² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 482.

spéciale, si ce n'est à l'exigence de spécification ou d'assiette¹⁹⁹³. Par conséquent, selon les conditions déterminées par la jurisprudence, et bien que l'exploitation ait été jugée exclusive de l'intention libérale, du moins pourra-t-on admettre que le contrat d'édition peut être stipulé sans prix monétaire.

B – La caractérisation du contrat d'édition au regard des modèles existants

545. L'intérêt actuel de la qualification. Il y a plus d'un siècle Pouillet écrivait : « il est probable qu'un jour seront définitivement fixées, soit par la jurisprudence, soit par la loi, certaines règles d'interprétation des contrats d'édition (...). Actuellement, on en est encore dans la période empirique où les décisions des tribunaux se laissent influencer le plus souvent par les circonstances de l'espèce »¹⁹⁹⁴. C'est dans de telles circonstances que cet auteur pouvait défendre – valablement sans doute – le caractère « *sui generis* » du contrat d'édition¹⁹⁹⁵. Or, la valeur de toute analyse juridique doit être confrontée à l'état du droit contemporain. En droit positif, les inconvénients et intérêts d'une qualification *sui generis* se sont estompés, en opportunité comme en droit. La recherche d'un rattachement aux contrats du Code civil restait fondée lorsque son échec conduisait nécessairement à la solution, peu satisfaisante pour le théoricien, d'une qualification *sui generis*. Or, cet écueil est désormais

¹⁹⁹³ CA Paris 4^e ch. B, 18 nov. 2005, Tamari c. Association d'ethnologie, et CA Paris 4^e ch. B, 25 nov. 2005, « SNAC et SGDL c. Librairie Editions l'Harmattan », Prop. intell., n° 19 avril 2006, p. 183, obs. A. Lucas. La 1^{re} espèce visait un cas de gratuité totale : la clause de prix avait été simplement biffée. Si la cour ne conteste pas la possible gratuité du contrat, elle donne cependant droit à l'auteur demandant l'annulation : « la renonciation par l'auteur à ses droits patrimoniaux (*sic*) ne peut être acquise que dans la mesure où elle est éclairée, consentie et non équivoque ». La 2nde espèce visait le cas d'une « gratuité partielle », la rémunération n'étant due qu'au-delà de 500 exemplaires. La validité de la clause est admise « étant toutefois observé que chaque auteur conserve la liberté d'en demander la nullité s'il estime notamment que son consentement a été vicié ». Sur le second arrêt : CCE mars 2006, comm. 40, Ch. Caron, « Toujours sur la question de la gratuité dans le contrat d'édition ». – En ce sens, sur une clause du même type : « pour la cession (de ses droits), l'auteur recevra pour chaque exemplaire vendu en France un droit sur le chiffre d'affaires : de 0 à 500 exemplaires, aucun droit ne sera versé ; de 501 à 1 000 exemplaires, 7 % ; au-delà de 2 000 exemplaires, 10 % ». La cour d'appel de Paris, tout en admettant le principe de cette clause panachant gratuité et caractère onéreux, l'annule cependant en raison de l'assiette retenue du chiffre d'affaire de l'éditeur, alors qu'elle devait être le prix de vente au public : CA Paris, 22 mars 2006, RIDA, juill. 2006, p. 348, note A. Kerever p. 285 ; JCP G, 2006, I, 162, obs. Ch. Caron (v. spéc. n° 15) ; D. 2006, 2991, obs. P. Sirinelli. – Comp. CA Paris, 25 juin 2003, RIDA, janv. 2004, p. 181 obs. A. Kerever. La cour exclut la gratuité de la cession consentie à titre onéreux au-delà des 1000 exemplaires vendus. Si elle admet le principe d'une cession gratuite, elle condamne donc la clause pour son ambiguïté, celle-ci laissant espérer un paiement. En ce sens : CA Paris 4^e ch., 10 déc. 2004, RIDA, avr. 2005, p. 286, note A. Kerever ; Prop. intell., 2005, n° 15, p. 175, obs. A. Lucas.

¹⁹⁹⁴ E. Pouillet, *op. cit.*, n° 286 p. 327. – Sur le caractère, en son temps, innommé du contrat d'édition, v. également : A. Esmein, note préc., S. 1899 2, 217 : « tant que le législateur ne l'aura pas créé, en le réglementant, notre droit ne connaît pas le contrat d'édition, en tant que contrat nommé, comme disaient les Romains, en tant que type légal ayant ses règles propres (...) ».

¹⁹⁹⁵ E. Pouillet, *op. cit.*, n° 286 p. 326.

évitée grâce à la nomination du contrat par la loi du 11 mars 1957, nomination parachevée par sa codification en 1992. Inversement, l'affirmation d'une qualification *sui generis* apparaissait souvent, au-delà de la technique juridique, comme un instrument au service de la protection des intérêts moraux et patrimoniaux de l'auteur, spécialement lorsqu'il s'agissait d'évincer la qualification de vente¹⁹⁹⁶ et la liberté de ne pas exploiter en résultant pour l'éditeur. Cette difficulté est également écartée en raison du caractère impératif des règles protectrices de l'auteur, propres au contrat d'édition ou relevant des dispositions générales du Livre I^{er} du CPI. Délaissée depuis le milieu du XX^e siècle ou évoquée sous les traits du souvenir¹⁹⁹⁷, la question de la qualification du contrat d'édition en termes civilistes connaît un regain d'intérêt de la part d'une doctrine récente.

546. Tentatives de rattachement : démarche. Le contrat d'édition correspond donc à la réunion d'opérations élémentaires dont l'objet est une œuvre, et qui n'ont en elles mêmes rien de très original : mettre à disposition, fabriquer des exemplaires, les commercialiser, les promouvoir. La difficulté tient à la réunion de ces actes, tous essentiels, en une seule opération. Dès lors, chaque aspect du contrat d'édition, qu'il relève de la chose ou d'un service, pourrait être rattaché distinctement à l'un des modèles définis par le Code civil. Cette complexité, réunie dans l'*alliage* d'un acte unitaire est un facteur de l'innommé¹⁹⁹⁸. Plus délicat encore, chaque aspect du contrat d'édition pourrait s'acclimater indifféremment à plusieurs rattachements : une mise à disposition peut exiger un service, et un service peut nécessiter une mise à disposition. Les possibilités de rattachement proposées différeront selon l'aspect du contrat considéré comme le plus caractéristique, appréciation qui n'est pas à l'abri d'une certaine subjectivité.

547. Le contrat d'édition : le domaine actuel d'une notion ancienne. La question du rattachement du contrat d'édition aux contrats du Code civil est ancienne et suscite par là même une autre difficulté tenant à l'identification de l'objet étudié. Qu'entend-on par « contrat d'édition » ? Des opérations réunies autrefois sous la bannière du « contrat

¹⁹⁹⁶ J. Rault, *op. cit.*, p. 55 et ss. pour l'exclusion de la vente et (p. 88 et ss.) pour l'élection de la qualification innommée. Les principaux arguments en faveur de l'originalité du contrat tiennent dans le droit moral et les pouvoirs limités de l'éditeur sur l'œuvre (par ex. l'obligation d'exploitation).

¹⁹⁹⁷ M.-N. Stojanovic, Du contrat d'édition, RIDA, 1967, n° 52, p. 79.

¹⁹⁹⁸ Ce que M. Terré qualifie d'innommé-alliage. V. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 604 et ss. L'auteur distingue de la simple juxtaposition, cet alliage, par la présence dans ce dernier d'« un élément supplémentaire résultant de l'unité de l'ensemble », n° 609, p. 483.

d'édition » ou du « contrat de publication »¹⁹⁹⁹ ne correspondent pas nécessairement aux caractères actuels du contrat d'édition précédemment traités, soit *a minima* l'obligation d'exploiter et la prise en charge des risques financiers par le seul éditeur. La démarche d'un auteur consistant à « ramener le contrat d'édition à quatre types différents, assimilables à la vente, au louage de choses, au louage d'ouvrage ou à la société »²⁰⁰⁰ ne traduit donc pas les différentes facettes du contrat d'édition actuel au regard des concepts civilistes, mais l'existence de différents contrats, respectivement : cession pure et simple, contrat d'édition à proprement parler, compte d'auteur, compte à demi. Autrefois volontiers regroupés sous le terme générique d'« édition »²⁰⁰¹, ces contrats correspondent à des réalités plus nettement différenciées par le droit positif.

548. Plan. En nous attachant au contrat d'édition tel qu'entendu en droit positif, examinons tour à tour l'intérêt des qualifications traditionnellement proposées : société, vente, bail, mandat, entreprise. Selon une classification dont on admettra la contingence²⁰⁰², mais qui présente l'intérêt de la clarté, certains rattachements mettent au premier plan l'utilisation de la chose quel qu'en soit le fondement juridique : transfert ou mise à disposition par l'auteur (2 – *Contrat d'édition et contrats sur les choses*) ; d'autres prennent pour point de départ le service auquel s'engage l'éditeur (3 – *Contrat d'édition et contrats de services*). Dépassant ces catégories et étant généralement exclue des rattachements envisageables²⁰⁰³, on

¹⁹⁹⁹ Par ex. G. Huard, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. 1, *Introduction - Propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, Paris, 1903, n° 64 et ss., p. 111 et ss.

²⁰⁰⁰ R. Roger, *Le contrat d'édition et le récent projet de loi*, D. 1933, Chron. n° 5.

²⁰⁰¹ En ce sens : J. Valéry, note sous T. com. Seine, 4 juin 1896 (Bourget c. Lemerre), D. P., 1898, II, 73. Certains auteurs opéraient cependant la distinction : Par ex. G. Huard, *Traité de la propriété intellectuelle*, t. 1 *op. cit.*, n° 92 et ss., p. 137 et ss. ; E. Pouillet, *op. cit.*, n° 286, p. 326. – La question est plus nuancée dans les écrits de Rault (*op. cit.*). Cet auteur distingue ainsi le contrat d'édition du contrat de cession du droit de reproduction : « toutes les conventions relatives au droit d'auteur ne constituent pas des contrats d'édition » (*Ibid.* p. 269). Il distingue également l'édition du louage d'industrie (entreprise) (*Ibid.* p. 67 et s.). Pourtant, l'auteur évoque ensuite l'édition à compte d'auteur comme une avance des fonds par l'auteur, récupérable au fur et à mesure de la vente des exemplaires, c'est-à-dire comme simple modalité de paiement du prix d'un véritable contrat d'édition (*Ibid.* p. 303).

²⁰⁰² Le louage de choses peut être classé dans la catégorie des contrats relatifs aux choses (en ce sens : M. Planiol, *Classification synthétique des contrats*, Rev. Crit. Lég. Jur., 1904, n° 33, p. 470). Mais il peut tout aussi valablement être classé dans la catégorie des services en tant qu'illustration de l'obligation de faire. Sans doute peut-on y voir l'irréductibilité de l'obligation de *praestare* (de mise à disposition) aux obligations de *dare* (donner) et de *facere* (faire, au sens strict). Sur ce sujet, v. spéc. G. Pignarre, *A la redécouverte de l'obligation de praestare*. Pour une lecture de quelques articles du Code civil, RTD civ. 2001, p. 42.

²⁰⁰³ A moins que l'on ne crée de nouveaux systèmes... V. P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 635. L'auteur oppose les contrats-échange, ayant pour objet une permutation (vente, échange,...), aux contrats-organisation, instituant une coopération. L'auteur distingue cette coopération de l'idée d'institution qui côtoie le contrat de société.

mentionnera tout d'abord la qualification de contrat de société, plus particulièrement de société en participation (I).

1 – Contrat d'édition et société en participation

549. Un rattachement d'opportunité. Trouvant peu d'écho favorable en doctrine²⁰⁰⁴, ce rattachement a pu être envisagé par quelques décisions anciennes sous la dénomination d'association en participation, à raison pour désigner l'actuelle formule nommée de compte à demi, ou à tort pour désigner le contrat d'édition sous sa forme actuelle²⁰⁰⁵. La société en participation est une variété de société de personnes, à risque illimité, non immatriculée, donc dépourvue de personnalité morale et soumise au droit commun de la matière. Elle peut être expresse et donner lieu à la rédaction de statuts ou demeurer occulte. La qualification est souvent judiciaire et vient identifier *a posteriori* une situation consommée. Nous avons constaté son existence en droit d'auteur sous diverses formes, notamment la coédition²⁰⁰⁶. L'extrême souplesse de sa qualification et de son usage, adapté à des opérations aussi bien ponctuelles que successives, ne la font pas correspondre pour autant aux caractères du contrat d'édition à proprement parler. Aux temps de l'innommé, la qualification était apparue séduisante car elle offrait un fondement légal et spécial²⁰⁰⁷ à l'obligation de rendre compte de l'éditeur, dont le pouvoir de gestion pouvait s'apparenter à celui d'un gérant²⁰⁰⁸.

550. Conditions essentielles du contrat de société. Ces analogies ne sauraient justifier seules la qualification de société qui suppose, à l'instar de tout contrat, la réunion d'éléments essentiels²⁰⁰⁹ : la présence d'apports, la contribution aux pertes et le partage des bénéfices, et enfin l'*affectio societatis*.

²⁰⁰⁴ Cependant : v. la note de Valéry précitée. – Constatant seulement la proximité avec le contrat de société : J. Huet, *op. cit.*, n° 32139, p. 1276.

²⁰⁰⁵ T. com. Seine, 4 juin 1896, préc.

²⁰⁰⁶ V. *supra* n° 212.

²⁰⁰⁷ Par l'intermédiaire de la qualification de mandat, ajoutée par le tribunal à celle d'association en participation. M. Esmein, dans sa note précitée, contestera l'utilité de ce double rattachement à un contrat spécial : d'une part, ce détour par la qualification de mandat est inutile car le gérant doit en tant que tel rendre compte, ensuite et surtout cette obligation découle de l'obligation de l'éditeur de payer l'auteur, qui en cas de prix proportionnel serait purement potestative à défaut de reddition des comptes. *Contra* : note de Valéry précitée. – Ne pourrait-on voir là une influence, autrefois constatée, des règles du mandat sur le contrat de société ? Sur cette influence en général : T. Favario, Regards civilistes sur le contrat de société, *Rev. sociétés*, 2008, p. 53 (v. spéc. n° 35).

²⁰⁰⁸ En ce sens : T. com. Seine, 4 juin 1896, préc., et la note de Valéry précitée.

²⁰⁰⁹ On ne reviendra pas sur la théorie de l'apparence, permettant aux tiers d'arguer l'existence d'une société créée de fait sans avoir à prouver chacun de ces trois éléments (v. *supra* n° 213).

551. La présence d'apports pourrait être décelée d'une part dans la mise à disposition²⁰¹⁰ accomplie par l'auteur, que nous avons revêtue en d'autres circonstances de la double qualité de licence et d'apport en jouissance²⁰¹¹ ; d'autre part dans l'investissement et les prestations réalisées par l'éditeur, susceptibles de constituer de véritables apports en jouissance²⁰¹² et en industrie. L'attribution des biens apportés dépend de conditions déjà observées. La qualification sociale détient sur ce point un intérêt majeur, car son mécanisme intègre naturellement la présence de la mise à disposition d'une chose. Par ailleurs, à l'opposé des rattachements à la vente ou au louage, la société ne préjuge pas de la nature de cette mise à disposition, en autorisant aussi bien un transfert de propriété (*cession stricto sensu*) qu'un droit personnel de jouissance (licence). On objectera cependant avec Rault que toute convention dans laquelle chaque partie met au service de l'autre ses connaissances ou ses ressources ne mérite pas la qualification de société²⁰¹³. C'est d'ailleurs parfois *a posteriori* que l'on découvre dans une mise à disposition, un transfert ou une activité : la qualification d'apport dans le but d'atteindre le résultat voulu, à savoir la qualification de société.

552. L'adéquation des autres critères est plus incertaine encore. Essentielle à la qualification de société, la participation aux pertes, corollaire de la vocation aux bénéfices, semble antinomique de la qualification d'édition. Ainsi, l'exclusion dont bénéficierait l'auteur « associé » tomberait sous le coup de la sanction des clauses léonines réputant non écrits ce type d'engagement²⁰¹⁴. Au-delà de cette sanction, dont la portée reste limitée²⁰¹⁵, l'absence de contribution manifeste la carence d'un élément constitutif du pacte social et entrave sa qualification.

Les auteurs tendant à cette qualification évoquent parfois la participation aux pertes en une pièce. Elle s'exprime en fait en deux modalités, selon que la participation de l'associé est

²⁰¹⁰ Ou le transfert, si l'on estime que le contrat d'édition donne lieu à une vente, *cession stricto sensu*, hypothèse que nous avons rejetée. V. *supra* n° 478 et ss.

²⁰¹¹ V. *supra* n° 221.

²⁰¹² Bien que la mise à disposition des moyens de production par l'éditeur ne soit pas exclusive car partagée par d'autres auteurs, rien ne paraît exclure *a priori* la qualification d'apport en jouissance (de même que l'apport de l'auteur n'est pas nécessairement exclusif : en cas de licence non exclusive). *Contra* : S. Raimond, *op. cit.*, n° 559.

²⁰¹³ J. Rault, *op. cit.*, p. 79.

²⁰¹⁴ Art. 1844-1 al. 2 C. civ.

²⁰¹⁵ La prohibition n'entraîne pas pour autant l'annulation de la convention dans son ensemble. La question de la nullité de la société comportant une telle clause est exclue pour les sociétés par actions et les SARL (art. L. 135-1 C. com.). La question reste donc ouverte pour les autres sociétés lorsque la clause a été une cause déterminante de la création de la société : en ce sens : M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 22^e éd., Litec, 2009, n° 129. Ces auteurs tranchent cependant par la négative, avec pour eux la lettre et l'esprit du texte.

requis dans le cadre de rapports internes (où l'on parle de contribution aux pertes)²⁰¹⁶ ou de rapports externes (où l'on parle d'obligation aux dettes)²⁰¹⁷. L'absence de personnalité morale de la société en participation l'éloigne pour partie de ce schéma, qui mérite cependant d'être évoqué.

La contribution aux pertes, intervenant dans les rapports « internes » entre associés et la société²⁰¹⁸ est un élément commun à toute société. Or, elle semble absente du contrat d'édition, à moins de considérer que l'auteur récupérant son « apport » au terme du contrat voit la valeur de ce dernier réduite, ce qui pose des difficultés d'évaluation. Au-delà du terme légal de protection, la perte de la chose pourrait aussi être analysée comme une telle contribution²⁰¹⁹ ; on objectera à ces cas que la disparition de la chose n'est en rien un effet du pacte social, mais le résultat inéluctable du statut particulier de la chose²⁰²⁰. Dans ce cas, l'auteur, prétendu associé, ne perdrait jamais que son apport.

La notion ne doit pas être confondue avec l'obligation aux dettes propre aux sociétés à responsabilité illimitée. L'obligation aux dettes sociales vise cette fois les rapports « externes » des associés envers les tiers. En application de ce mécanisme, un créancier peut, selon des conditions variables²⁰²¹, demander le paiement de sa créance à l'associé en lieu et place de la société. Ce mécanisme ne trouve à s'appliquer que dans les sociétés pourvues de la personnalité morale, cette circonstance écartant d'office la qualification d'édition. La situation est différente en matière de société en participation : en l'absence de personnalité morale, le gérant ne peut engager les associés envers les tiers, c'est-à-dire aux dettes sociales²⁰²². Toutefois, l'engagement personnel d'un participant envers les tiers peut être établi dans certains cas pour des effets comparables. La règle n'a rien d'automatique car l'engagement de

²⁰¹⁶ Art. 1832 al. 3 C. civ. : « Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

²⁰¹⁷ Art. 1857 al. 1^{er} C. civ. : « A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements ». Sur cette distinction, v. par ex. F. Kenderian, *La contribution aux pertes sociales*, *Rev. sociétés*, 2002, p. 617 (spéc. n° 21).

²⁰¹⁸ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n°131.

²⁰¹⁹ F. Kenderian, art. préc., n° 20 : « Dans toutes les sociétés, quelles qu'elles soient, contribuer aux pertes signifie d'abord pour les associés, et au minimum, perdre leur apport ou le reprendre diminué de la part de pertes qui leur est imputable. En ce cas, c'est la perte ou l'amputation de la mise initiale qui réalise la contribution aux pertes de chacun d'eux » ; « l'apporteur en jouissance d'un bien peut être exonéré des pertes sociales, puisqu'il contribue déjà à celles-ci en perdant son apport qui consiste seulement dans la jouissance de son bien dont il n'a retiré aucun profit ». – Valéry, dans sa note précitée (spéc. p. 75), évoque la perte du temps et du travail exigés pour la confection de l'œuvre, qui constitueraient la perte d'un apport en industrie. L'argument peut être écarté, car la phase de création est étrangère au contrat d'édition (v. en ce sens S. Raimond, *op. cit.*, n° 560). En revanche, cette phase peut relever d'une commande. L'objet de l'obligation de l'auteur se limite à la mise à disposition de l'œuvre créée (et à ses suites : garantie).

²⁰²⁰ En ce sens, toutefois nuancé, v. S. Raimond, *op. cit.*, n° 560.

²⁰²¹ Le principe est le suivant : Art. 1858 C. civ. : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ».

²⁰²² A. Picand-L'Amézec, *L'obligation des associés en participation envers les tiers*, *Rev. sociétés*, 1990, p. 567.

celui qui a agi et de lui seul est le principe²⁰²³. L'engagement personnel est l'exception – interprétée de manière restrictive²⁰²⁴ – et doit être déduit d'un comportement d'associé au vu et au su des tiers consistant en un acte positif et personnel²⁰²⁵. Or, ce « comportement », l'auteur n'a pas vocation à l'adopter : le point relève autant l'absence d'engagement à craindre en pratique de la part de l'auteur que le caractère tout à fait artificiel de ce rattachement. Concrètement donc, l'éditeur sera le seul engagé, ce qui n'est pas étranger à l'esprit du contrat d'édition. Toutefois, l'hypothèse même non consommée d'une quelconque participation de l'auteur aux frais de l'exploitation serait étrangère au contrat d'édition, et emporterait soit annulation des clauses, soit, selon la volonté réelle des parties, requalification en la forme spécifique de société en participation qu'est le contrat de compte à demi²⁰²⁶, ou encore en contrat à compte d'auteur, relevant plus directement du contrat d'entreprise²⁰²⁷.

553. *L'affectio societatis*, ultime élément constitutif du contrat de société, est spécialement déterminant lorsqu'il s'agit de distinguer le contrat de société d'opérations voisines²⁰²⁸. *A minima*, l'*affectio societatis* consiste en la volonté de s'associer ou encore « l'intention de faire un contrat de société »²⁰²⁹. Élément intentionnel du contrat de société²⁰³⁰, il doit traduire la volonté des associés de collaborer effectivement, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune²⁰³¹. *L'affectio societatis* est une notion doctrinale et prétorienne, d'intensité variable selon les formes sociales, voire même selon les fonctions

²⁰²³ Art. 1872-1 al. 1^{er} C. civ. : « Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers ».

²⁰²⁴ En ce sens : A. Picand-L'Amézec, art. préc. D'où cette étonnante conclusion : « Paradoxalement, la société en participation, bien que dépourvue de personnalité morale, protège les associés presque aussi bien que la société à responsabilité limitée ou la société anonyme ».

²⁰²⁵ Art. 1872-1 al. 2^e et 3^e C. civ. : « Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas.

Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit », M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1245 ; Ph. Pétel, La révélation aux tiers de la société en participation, JCP E 1987, I, 16369.

²⁰²⁶ En ce sens : F. Pollaud-Dulian, n° 1016. – Le point est discutable : le contrat de compte à demi n'évoque pas l'engagement de l'auteur à l'égard des tiers.

²⁰²⁷ V. *supra* n° 540.

²⁰²⁸ N. Reboul, Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis*, Rev. sociétés, 2000, p. 425, § n° 3 : « la notion (...) est utilisée aussi bien pour distinguer le contrat de société de contrats voisins que pour qualifier juridiquement des situations de fait, notamment les sociétés créées de fait ou en participation en l'absence de tout contrat quand un associé en revendique l'existence ». V. spéc. n° 16.

²⁰²⁹ P. Serlooten, *L'affectio societatis*, une notion à revisiter, in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007 (spéc. p. 1012).

²⁰³⁰ N. Reboul, art. préc., v. spéc. les § n° 2 et 3 sur la distinction d'avec le consentement, les mobiles et l'intention de partager des bénéfices.

²⁰³¹ Pour une définition fréquemment citée en référence : V. Cass. com. 3 juin 1986, Bull. IV n° 116 p. 98, Rev. sociétés, 1986, p. 585 et s., note Y. Guyon.

qu'on lui prête²⁰³². Sa définition et ses contours donnent toujours lieu à discussion²⁰³³. Une manifestation généralement admise reste le droit de l'associé à « participer à la gestion de l'entreprise sociale en prenant part aux décisions collectives »²⁰³⁴. Or, s'il est fréquent que l'auteur participe activement aux activités de promotion organisées par l'éditeur (en se rendant à des salons par exemple), il demeure étranger à la gestion de l'affaire et doit se contenter passivement de la reddition des comptes de l'éditeur. Là encore, « la communauté d'intérêt, pas plus que le mode de rémunération proportionnelle, n'implique l'intention de former une société »²⁰³⁵. Cette remarque de Rault est toujours actuelle, et les tentatives de systématisation plus récentes de la notion d'« intérêt commun », notion issue du droit des sociétés²⁰³⁶, à de nombreux autres contrats²⁰³⁷ – dont le contrat d'édition²⁰³⁸ – n'impliquent en rien la qualification sociale²⁰³⁹. L'*affectio societatis* ne pouvant être relevée dans le contrat d'édition en tant que tel²⁰⁴⁰, le rattachement de ce contrat au contrat de société est donc exclu.

2 – Contrat d'édition et « contrats sur les choses »

554. L'édition et les « autres » contrats sur les choses. Les qualifications qui suivent visent à réduire le contrat d'édition à l'autorisation conférée par l'auteur à l'exploitant d'utiliser sa chose. La première partie de cette recherche nous avait permis de dégager les

²⁰³² N. Reboul, art. préc.

²⁰³³ Sur ces différentes conceptions : v. N. Reboul, *Ibid.*, § 6 et ss. V. également : P. Serlooten, *op. cit.*

²⁰³⁴ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 22^e éd., Litec, 2009, n° 139. En ce sens : N. Reboul, art. préc., v. § n° 2 : « Certes, [*l'affectio societatis*] peut consister en une volonté de réaliser des bénéfices, mais elle se caractérise aussi et surtout par *l'intention de participer à la gestion*. Du coup, il semble alors qu'elle dépasse même la simple intention de s'associer » (nous soulignons) ; § n° 14 : cette participation à la gestion suppose que « (...) l'associé a l'intention d'exercer une influence sur le déroulement de la vie sociale. Il entend prendre certaines décisions importantes et contrôler, surveiller ou critiquer la gestion quotidienne confiée à des dirigeants qu'il a désignés et qu'il se réserve le droit de révoquer. La participation à la gestion semble aller au-delà de la simple collaboration à la gestion de l'œuvre commune ».

²⁰³⁵ J. Rault, *op. cit.*, p. 82.

²⁰³⁶ T. Favario, art. préc., v. spéc. n° 40.

²⁰³⁷ Th. Hassler, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 581 ; Ph. Grignon, Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 127.

²⁰³⁸ Par ex. CA Paris 12 févr. 2003, SA Ed. Sand c. M. Jean Boissonnat, obs. Ch. Caron, « De l'esprit altruiste du contrat d'édition », CCE juin 2003, p. 23. La décision se fonde sur les articles L. 131-3 du CPI ainsi que sur l'article 1135 du Code civil : « (...) *l'éditeur a une obligation principale, celle de publier l'ouvrage en librairie et la seconde d'exécuter le contrat dans l'intérêt commun des parties dès lors que le contrat d'édition étant une convention par laquelle l'auteur confie ses droits patrimoniaux et moraux à gérer et à exploiter, et son art à protéger, à un éditeur qui ne peut en disposer arbitrairement en gérant le patrimoine qui lui est confié comme s'il en était le maître* », M. Caron dans sa note évoque la notion d'*affectio contractus*, que l'on ne confondra pas avec l'*affectio societatis* ; *adde* : Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec 2009, n° 427.

²⁰³⁹ Aux termes de l'art. 1833 C. civ. la société est « constituée dans l'intérêt commun des associés », ce qui n'emporte évidemment pas la qualification sociale de tout engagement partageant cet esprit. Constatant que le contrat de société est l'archétype du contrat mettant en œuvre un intérêt commun, v. par ex. T. Favario, art. préc., v. spéc. n° 40.

²⁰⁴⁰ En ce sens : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1016.

deux principales formes d'autorisation, sur les modèles du bail et de la vente : la licence et la cession *stricto sensu*. Ce faisant, nous faisons les constats suivants.

D'une part, si le terme de « licence » se conçoit comme l'exact synonyme du bail, celui de « cession », parfois véritable vente, tend à être employé dans un sens plus large, s'éloignant de la notion de vente et ne correspondant à aucun schéma du Code civil²⁰⁴¹. Bien entendu, rattacher le contrat d'édition aux formules du Code civil implique, par définition, de se concentrer sur les principaux contrats portant sur les choses définies par ce code, à l'exclusion de l'innommé.

D'autre part, nous constatons que le principal effet, personnel, de la licence – une mise à disposition temporaire – pouvait être approché, quoiqu'imparfaitement, par des formules mettant en œuvre un effet réel, distinctes de la vente (usufruit conventionnel et fiducie) ou relevant de modalités particulières de la vente (« ventes » temporaires et ventes sous condition résolutoire). Ces rattachements nommés affectant l'intérêt même d'une licence, nous les avons écartés, non par pétition de principe, mais en raison d'incompatibilités insurmontables de régime²⁰⁴².

555. Contrat d'édition et fiducie. Certes, l'exclusion d'un contrat en fonction de son régime impératif actuel n'interdit pas la comparaison. Ainsi en est-il de la fiducie, nouvellement nommée et comparée aux contrats d'exploitation du droit d'auteur²⁰⁴³. La première partie de ce travail s'efforçait de démontrer que la licence, en tant que telle, était étrangère à la qualification mais également à l'esprit fiduciaire. Il est permis de douter en présence d'un contrat d'exploitation souvent teinté d'intérêt commun. Mais dans ce cas, nous avons émis l'hypothèse que la qualification fiduciaire, plutôt que de convaincre de la nature originale du contrat, résultait d'une induction tirée de l'observation des diverses obligations pesant sur l'exploitant, façonnées par les années et les usages professionnels. Un certain esprit fiduciaire serait donc possible en droit d'auteur. Cependant, il ne trouverait pas sa source dans la seule mise à disposition – autorisation contractuelle relevant du bail – mais dans le cadre impératif du contrat d'exploitation, qui infléchirait la nature du droit mis à disposition ainsi que dans la charge d'exploitation imposée par cette même loi. Cette sorte de fiducie semble donc induite, *a posteriori*, des régimes des différents contrats spéciaux du CPI plus que de la nature spécifique de la mise à disposition de l'œuvre. Or, pas plus que l'intérêt commun des

²⁰⁴¹ Par ex. la « cession » (définitive) consentie sans exclusivité, et privant le cessionnaire de l'action en contrefaçon.

²⁰⁴² V. *supra* n° 377 et ss.

²⁰⁴³ Par ex. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 732.

parties n'entraîne la qualification de société, le fait de mettre à disposition d'autrui une chose aux fins d'exploitation ne devrait entraîner la qualification fiduciaire.

556. Plan. Examinons à présent les rattachements du contrat d'édition à la vente (*a – Contrat d'édition et qualification de vente*) et au bail (*b – Contrat d'édition et qualification de bail*).

a) Contrat d'édition et qualification de vente

557. Qualification de vente²⁰⁴⁴. Le rattachement de l'archétype du contrat d'exploitation du droit d'auteur à l'archétype du contrat translatif marque l'esprit, en offrant l'illusion d'une parfaite adéquation des schémas conçus pour la propriété intellectuelle avec l'héritage du droit civil. Mais ce mariage entre les « aînés » de ces deux familles serait pour le moins forcé. Il heurterait la réalité des deux opérations et illustrerait les limites de l'exercice de rattachement systématique d'opérations sophistiquées aux catégories élémentaires du Code civil.

Tout d'abord, nous constatons qu'il pouvait être dérogé à l'exclusivité naturelle du contrat d'édition ; or, la vente suppose le transfert d'un droit (propriété ou autre droit réel) exclusif. De même, sa durée, fût-elle formellement équivalente à celle du droit d'auteur, peut être abrégée, sous conditions, unilatéralement par chaque partie. *L'esprit de retour exclut la qualification de vente*²⁰⁴⁵, or le contrat d'édition est apparu après analyse comme manifestant un esprit de retour²⁰⁴⁶ : par conséquent, le contrat d'édition n'est pas une vente.

Ensuite, opter pour la qualification de vente, c'est admettre que celle-ci, afin de restituer les caractères du contrat d'édition, s'opère à charge d'exploitation. Or, sans être pour autant antinomique – il est envisageable d'associer dans un contrat un transfert de propriété et une obligation d'exploiter – cette dernière est nécessairement étrangère au contrat de vente²⁰⁴⁷. Elle constituerait un pacte venant s'ajouter à la vente, et non une modalité de celle-ci. En effet, il a été démontré que cette obligation d'exploitation ne pouvait être la

²⁰⁴⁴ A cette qualification répond, nous l'avons vu (*supra* n° 249) celle de donation avec charges en cas de gratuité. – V. *supra* n° 465, les références citées sur la qualification du contrat d'édition en contrat de vente, en ce qu'elle réalise une confusion entre l'autorisation donnée par l'auteur et le contrat organisant l'exploitation.

²⁰⁴⁵ La question est discutée ; nous l'avons tranchée plus haut en constatant que l'esprit de retour est incompatible avec la vente. (v. *supra* n° 382).

²⁰⁴⁶ Sur la manifestation de l'esprit de retour dans le contrat d'édition, v. *supra* n° 483 et ss.

²⁰⁴⁷ V. *supra* (en conclusion) n° 281.

conséquence d'un prix proportionnel²⁰⁴⁸. Ce prétexte de l'exploitation comme fondement du prix aurait eu pour effet de relier l'obligation d'exploiter à la vente dans un rapport d'accessoire à principal, justifiant une qualification exclusive du contrat d'édition en vente. L'observation du droit positif dénouant le lien entre obligation d'exploiter et prix proportionnel fragilise les bases de cette construction.

Autre argument soutenu, le constat de l'existence de transferts de propriété finalisés (dans la fiducie, la donation avec charge²⁰⁴⁹ ou le prêt d'argent, par exemple), loin de justifier la qualification de vente²⁰⁵⁰, implique justement l'éviction de cette qualification. Quand bien même, admettre l'affectation d'un devoir d'exploitation à une vente serait d'un intérêt limité pour le théoricien comme pour le praticien, car elle ne renseignerait pas utilement sur la nature ou le contenu de cette « charge »²⁰⁵¹ et laisserait la situation innommée.

Pour conclure ce point, le rattachement avec la vente doit être écarté. En effet, qualifier le contrat d'édition en vente suppose sa réduction à l'autorisation qu'il comprend. Or, nous avons constaté que cette autorisation relevait de la licence²⁰⁵². En revanche, ce rattachement pourrait être envisagé à l'occasion de la qualification du contrat de production audiovisuelle, susceptible de contenir aussi bien une licence qu'une cession.

b) Contrat d'édition et qualification de bail

558. Qualification de bail²⁰⁵³. Qualifier le contrat d'édition de bail consiste à s'attacher exclusivement à l'autorisation concédée par l'auteur à l'éditeur, en réduisant l'ensemble du contrat d'édition à cet élément essentiel, indifféremment désigné comme bail ou licence. Cette simplification semble pertinente *a priori* ; pourtant, elle ne l'est que jusqu'à un certain point.

²⁰⁴⁸ V. not. *supra* n° 279 et *infra* n° 777 et ss.

²⁰⁴⁹ Le contrat d'édition à titre gratuit relèverait de la donation, qui peut être consentie avec charges. L'esprit de retour présent dans le contrat d'édition devrait interdire cette qualification. (En général : v. *supra* n° 373 ; contrat d'édition : n° 481 et ss.).

²⁰⁵⁰ En ce sens cependant : N. Blanc, *op. cit.* n° 286.

²⁰⁵¹ Doit-on alors considérer que l'obligation d'exploitation est de nature réelle ?

²⁰⁵² V. *supra* n° 487.

²⁰⁵³ A cette qualification répond, comme nous l'avons vu (*supra* n° 180 et ss.), celle de prêt avec charge d'exploitation, en cas de gratuité.

559. Le contrat d'édition intègre les traits caractéristiques du bail. Nous avons qualifié l'autorisation contenue dans le contrat d'édition de licence²⁰⁵⁴, la licence étant elle-même définie comme le bail d'exploitation du droit d'auteur²⁰⁵⁵. De ce point de vue, on ne s'étonnera pas de constater que les éléments participant à la qualification de la licence se retrouvent en nombre dans le contrat d'édition. Reprenons-les ici sommairement : le bail confère un droit personnel de jouissance d'une chose à temps, supportant l'exclusivité comme son absence. La situation correspond aux traits du contrat d'édition : si le contrat offre le choix très théorique d'une durée expressément limitée, la stipulation habituelle d'une durée équivalente à celle du droit d'auteur trouve une limite naturelle dans les facultés de résiliation unilatérale offertes sous conditions aux parties. En outre, l'exclusivité de principe ou la stipulation d'une non-exclusivité sont indifférentes, car envisagées toutes deux par la loi comme modalités possibles du contrat d'édition. Dans cet esprit, la titularité de l'action en contrefaçon dont bénéficie l'éditeur est l'un des principaux arguments invoqués pour écarter la qualification de bail²⁰⁵⁶. Or, nous avons constaté qu'en droit positif, l'attribution du droit d'agir, nécessaire à la qualification réelle d'un droit, pouvait résulter d'une habilitation légale ou contractuelle qui n'était plus exclusive de la qualification personnelle. Enfin, l'interdiction pour l'éditeur de disposer du droit acquis sans autorisation de l'auteur suggère – outre le caractère *intuitu personae* du contrat²⁰⁵⁷ – l'éviction de la vente, autorisant le rapprochement avec le bail²⁰⁵⁸ : la prétendue « sous-cession » à laquelle consentirait l'éditeur serait en fait une sous-licence.

Le bail consenti par l'auteur est onéreux, les redevances versées à l'auteur sont un loyer. Parfois rencontrée, la gratuité consentie de l'opération évoque le prêt, que l'on a désigné par commodité de langage « licence-prêt » ou « licence gratuite²⁰⁵⁹ ». L'obligation d'exploitation, constituant au mieux un accessoire dans le cadre d'une vente, intègre au contraire la définition même du bail de droit d'auteur, qui est nécessairement un bail d'exploitation.

²⁰⁵⁴ V. *supra* n° 487.

²⁰⁵⁵ V. *supra* n° 145 et ss.

²⁰⁵⁶ Par ex. J. Rault, *op. cit.*, p. 66.

²⁰⁵⁷ Par ex. M.-N. Stojanovic, Du contrat d'édition, RIDA, 1967, n° 52, p. 79.

²⁰⁵⁸ V. *supra* n° 438 et ss.

²⁰⁵⁹ V. *supra* n° 186.

560. Le contrat d'édition, bail d'exploitation du droit d'auteur²⁰⁶⁰ ? Le contrat d'édition coïncide également avec le bail dans la mesure où, contrairement à ce que l'on a pu affirmer par le passé²⁰⁶¹, ce dernier se prête naturellement à l'exploitation de la chose. Faire usage d'une œuvre en tant qu'objet approprié selon le régime du droit d'auteur consiste nécessairement à l'exploiter²⁰⁶², que cette jouissance soit locative ou qu'elle soit celle du propriétaire. Si l'on considère que les actes d'exploitation de l'éditeur ne sont que la manifestation nécessaire de cette jouissance, le contrat d'édition peut se rattacher pleinement au bail c'est-à-dire à la licence : en effet comment utiliser un droit de reproduction loué si ce n'est en fabriquant un nombre des exemplaires ? Les exemplaires produits à partir de ce droit peuvent être considérés comme les fruits de la chose dont la vocation est de naître dans le patrimoine du locataire²⁰⁶³, ce qui est bien le cas en matière d'édition.

La qualification de licence, telle qu'élaborée en première partie de cette recherche, coïncide assez largement avec le contrat d'édition. Le point n'est pas étonnant, car en application des principes dégagés alors, nous avons pu qualifier la mise à disposition qu'il contient de licence. En dépit de la méthode d'analyse fondée sur la distinction de l'autorisation et du contrat d'exploitation l'intégrant, pourrait-on réduire de la sorte le contrat d'édition au bail qu'il contient ?

561. Critique : le contrat d'édition est davantage qu'un bail d'exploitation du droit d'auteur. Cette analyse, quoique défendable, résulte d'une prise en compte partielle, superficielle, des obligations essentielles de l'éditeur. Nous notions plus haut que le travail éditorial ne se limitait pas à la fabrication des exemplaires, conséquence nécessaire de la mise à disposition du droit d'exploiter. D'une part, cette étape de fabrication est apparue plus riche et complexe que le simple exercice du droit de reproduction concédé. D'autre part, contrairement à l'exercice du droit de reproduction concédé, les activités de diffusion (sous réserve du droit de distribution) et de promotion ne nécessitent pas d'autorisation relevant du

²⁰⁶⁰ Pour un exemple de tentative de rattachement du contrat d'édition au contrat de bail : E. Eisenmann, *Le contrat d'édition et les autres louages d'œuvres intellectuelles*, F. Pichon – Alphonse Picard & Fils, 1894, spéc. p. 19 et ss., l'auteur dresse ensuite un long tableau comparant la législation relative aux baux et un essai de transposition au contrat d'édition. – Proposant cette qualification en cas de durée limitée : P. Dupont-Rougier, *Du contrat d'édition*, Arthur Rousseau, 1907, p. 16 et ss.

²⁰⁶¹ L'obligation d'exploitation a pu, en elle-même, être vue comme un obstacle à la qualification de bail : « Le locataire possède sur la chose un droit de jouissance en quelque sorte égoïste. L'éditeur au contraire ne dirige pas seulement sa publication et la diffusion de l'œuvre pour son compte personnel, il gère en quelque sorte une entreprise commune », J. Rault, *op. cit.*, p. 66. Cette idée, réaffirmée par une doctrine récente, méconnaît le droit positif qui fait du bail l'un des instruments contractuels d'exploitation des biens (v. *supra* n° 158 et ss.).

²⁰⁶² V. *supra* n° 171.

²⁰⁶³ V. *supra* n° 159.

droit d'auteur²⁰⁶⁴. En effet, l'éditeur est pour partie locataire d'utilités de l'œuvre strictement déterminées, mais les actes auxquels il s'engage s'étendent au-delà du cadre des actes relevant de cette emprise. Les suites de ce constat apparaissent en matière de qualifications : l'obligation de mise à disposition (*praestare*) qui impose certains usages de reproduction de la chose ne peut fonder toutes les autres obligations appelées par l'exploitation de l'œuvre selon les modalités du contrat d'édition, et qui sont des obligations de faire au sens strict (*facere*). S'il n'y a pas d'obstacle dirimant à ce rattachement du contrat d'édition au bail, celui-ci apparaît réducteur et pauvre en enseignements. Nous savons que la mise à disposition du droit de reproduction aux fins de son exploitation par l'éditeur, bien qu'essentielle, suggère mais ne caractérise pas à elle seule le contrat d'édition. La licence, lorsqu'elle intègre le contrat d'édition, demeure non pas l'essence du contrat d'édition mais l'instrument nécessaire à un objectif commun : l'exploitation de l'œuvre. Comme l'observait Desbois : « la cession est liée à l'exploitation, comme le moyen approprié à la fin »²⁰⁶⁵.

3 – Contrat d'édition et contrats de services

562. Edition et contrats de services. Plan. Ces rattachements sont la suite logique de l'échec des précédents : si la licence d'une œuvre par l'auteur pour certaines utilités ne suffit pas à caractériser le contrat d'édition, c'est qu'il importe de s'attacher principalement à l'ensemble des prestations attendues de l'éditeur. Or, l'obligation de fabriquer, publier et diffuser, que l'on a pu rattacher dans un premier temps à l'utilisation d'une chose incorporelle, évoque à première vue la notion de service : accomplir des actes matériels et intellectuels d'une part, juridiques d'autre part. Il ne s'agit plus essentiellement pour l'auteur de « *dare* » ou de « *praestare* », mais pour l'éditeur de « *facere* ». Nous verrons si l'autorisation qualifiée de licence, essentielle au contrat d'édition, est pour autant compatible avec les rattachements proposés : la qualification de mandat (*a*), puis celle de contrat d'entreprise (*b*).

²⁰⁶⁴ *Quid* des actes de reproduction ? L'imprimeur, sous-traitant, ne fournit que les moyens matériels à l'éditeur d'exercer ses droits. Cette relation n'est pas considérée comme relevant du droit d'auteur. Si ce point de vue est traditionnel, la question n'en est pas moins discutable : on peut certes considérer que l'imprimeur n'accomplit qu'un acte matériel de reproduction, l'éditeur exerçant seul son droit à travers lui. Mais à défaut d'accord entre imprimeur et éditeur, le premier deviendrait contrefacteur, ce qui suggère que l'imprimeur tient du contrat un droit de l'éditeur, que ce dernier tient de l'auteur. La question des autres obligations de l'éditeur (commercialisation des exemplaires, publicité) est plus simple : ces actes, s'ils relèvent du contrat d'édition, ne relèvent pas du droit d'auteur.

²⁰⁶⁵ H. Desbois, *op. cit.*, n° 492, p. 610.

a) Contrat d'édition et qualification de mandat

563. La qualification de mandat a été envisagée très tôt par la doctrine.

Associée comme on l'a vu à celle de société en participation, elle était censée fonder l'obligation de rendre compte²⁰⁶⁶, ce qui souligne le caractère parfois contingent du travail de qualification et le faible intérêt de ce rattachement en droit positif. Si le mandat se retrouve effectivement dans le voisinage de l'activité d'édition²⁰⁶⁷, le contrat d'édition lui-même participe-t-il de la catégorie ? Le mandat est défini par l'article 1984 du Code civil comme l'« acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». La largesse de cette définition a permis l'évolution de ce contrat qui a investi les rapports d'affaires, supposant le caractère onéreux et l'intérêt commun et justifiant une certaine stabilité²⁰⁶⁸. Autant d'éléments invitent à un rapprochement avec le contrat d'édition. L'identité même du contrat de mandat, sa compréhension restrictive ou extensive, est un vaste sujet de débat dont nous ne relèverons que les points nécessaires à sa comparaison avec le contrat d'édition.

564. Le mandat et l'accomplissement d'actes *a priori* matériels : fabriquer, publier, diffuser. Le Code civil n'indique pas la nature des actes en jeu. Mais bien que le « faire » suggère tout type de prestation, la doctrine et la jurisprudence dominantes considèrent que ces actes sont principalement juridiques, et ne peuvent être qu'accessoirement matériels et intellectuels²⁰⁶⁹. Une solution contraire risquerait de brouiller la distinction avec la qualification de contrat d'entreprise²⁰⁷⁰.

²⁰⁶⁶ T. com. Seine, 4 juin 1896, Sirey, 1899, 2, 217, précité.

²⁰⁶⁷ Par ex. dans le cas de l'agent littéraire, v. *infra* n° 651.

²⁰⁶⁸ J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, in *Mélanges Derruppé*, Litec-GNL, 1991, p. 105. L'auteur montre que cette notion se conçoit essentiellement comme une limite apportée à l'exercice du droit de résiliation unilatérale. En ce sens : Ph. Le Tourneau, De l'évolution du mandat, D. 1992, p. 157.

²⁰⁶⁹ La qualification peut être exclusive ou distributive selon que les actes matériels (et intellectuels) constituent un accessoire des actes juridiques ou vont au-delà. En ce sens : Ph. Pétel, *Le contrat de mandat*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1994, p. 11 et s. Dans ce cas, c'est « un contrat d'entreprise qui s'ajoute au contrat de mandat » (*Ibid.* p. 12). – *Adde* : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 639 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 457 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 541 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 909. – Notant l'identité d'objet des contrats en ce qu'ils portent tous deux sur une prestation de services et évoquant la compatibilité des deux qualifications : J. Huet, *op. cit.*, n° 31124 et n° 32130 ; P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon Assas, Coll. Droit privé, 2002, n° 133 et n° 135 ; v. du même auteur : *Contrats spéciaux*, 3^e éd., Dalloz, 2011, n° 876.

²⁰⁷⁰ Sur la distinction envisagée principalement au travers de la nature des actes visés par les deux contrats (notamment les origines de la distinction ancienne entre actes matériels et intellectuels) : F. Leduc, Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise, in *Mélanges Viney*, LGDJ, 2008.

Quid des actes accomplis par l'éditeur ? Si l'on s'en tient à leur énonciation par la loi, ils sont à première vue matériels. Cependant, il est admis que l'éditeur confie ces tâches, à savoir l'impression (« fabriquer ou faire fabriquer »), et parfois les activités de diffusion et de promotion, à des tiers. Dès lors que l'éditeur « fait faire » par un tiers et vend des exemplaires, la conclusion d'actes juridiques est inévitable. De ce point de vue, les actes accomplis par l'éditeur seraient donc essentiellement juridiques²⁰⁷¹. Ce constat n'est pas pour autant déterminant dans la qualification de mandat, si l'on considère que l'opération souscrite par l'éditeur en exécution de ses obligations s'inscrit dans une relation évoquant la sous-traitance²⁰⁷². Permettant l'exécution par un tiers des actes matériels, celle-ci n'est que le moyen pour l'éditeur d'exécuter ses propres obligations. L'acte juridique n'est alors pour l'éditeur que le moyen nécessaire pour exécuter sa mission qui demeure, aux termes de la loi, essentiellement, un ensemble d'actes matériels²⁰⁷³. En revanche, relèveraient plus nettement des « actes juridiques » attendus d'un mandataire ceux qu'accomplit l'éditeur vendant les exemplaires ou concédant lui-même les droits reçus qu'il ne peut exploiter²⁰⁷⁴. Cependant, outre le fait que ces derniers actes ne représentent qu'une étape de l'édition, dans tous les cas, c'est en son nom et pour son compte qu'agit l'éditeur, ce qui nous conduit à examiner les autres éléments du mandat.

565. L'absence de représentation « parfaite » et le droit de l'éditeur « à la chose ». La représentation est un effet du contrat de mandat ; le point de savoir s'il s'agit d'un élément naturel ou essentiel est cependant discuté²⁰⁷⁵. En vertu de ce mécanisme, le mandataire ayant accompli sa mission au nom du mandant, ce dernier se trouve seul lié au tiers à un contrat dont le mandataire n'est pas partie²⁰⁷⁶. Or, l'éditeur quoiqu'amené à conclure des actes juridiques auprès de tiers à la relation d'édition, ne représente pas l'auteur, qui n'est en aucun cas lié contractuellement aux sous-traitants (imprimeur, etc.)²⁰⁷⁷ ou aux acquéreurs des exemplaires. A vrai dire, l'éditeur n'a nul besoin d'un tel mécanisme de représentation pour accomplir sa mission en toute indépendance : son droit à la chose, droit

²⁰⁷¹ En ce sens : S. Raimond, *op. cit.*, n° 557, p. 379.

²⁰⁷² C'est-à-dire un sous-contrat, ce qui suppose la qualification du contrat principal en contrat d'entreprise (En ce sens, v. par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 860). La relation de l'éditeur avec l'imprimeur est qualifiée de contrat d'entreprise (J. Huet, *op. cit.*, n° 32140, p. 1276).

²⁰⁷³ En ce sens, sur le mandat en général, v. A. Bénabent, *Ibid.*, n° 736. L'auteur note la réciprocité : le mandataire peut effectuer des actes matériels en vue de la conclusion de l'acte juridique.

²⁰⁷⁴ Par ex. droit d'adaptation, cessions à l'étranger, etc.

²⁰⁷⁵ M.-L. Mathieu-Izorche, A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, p. 369.

²⁰⁷⁶ Par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 951.

²⁰⁷⁷ J. Rault, *op. cit.*, p. 86.

personnel conféré par la licence, lui suffit²⁰⁷⁸. Cette dissonance mérite d'être rapportée à un trait essentiel du contrat d'édition : l'absence de risque de l'exploitation pesant sur l'auteur suppose pour le moins qu'il ne soit pas engagé contractuellement en qualité de débiteur auprès de tiers au contrat d'édition. Toutefois, cette différence marquante avec le contrat d'édition n'en est plus une, si l'on considère que la représentation n'est plus essentielle au mandat.

566. Des actes accomplis par l'éditeur le sont pour son propre compte : l'absence de représentation « imparfaite ». En dépit de la lettre de l'article 1984 du Code civil, il est parfois admis que le mandat ne donne pas nécessairement lieu à représentation²⁰⁷⁹. C'est le cas lorsque le mandataire agit pour le compte du mandant, mais en son nom propre. Le terme usuel de « représentation imparfaite », ou encore celui de « quasi-mandat »²⁰⁸⁰, suggèrent une assimilation à la catégorie du mandat²⁰⁸¹, ce qui n'est pas exempt de critiques²⁰⁸². La contradiction pourrait cependant être résolue en reconsidérant la notion même de représentation²⁰⁸³.

En toute hypothèse, avec ou sans représentation « parfaite », la situation du mandataire agissant nécessairement « pour le compte de » signifie que « seul le mandant tire bénéfice de l'opération, mais en supporte aussi les risques. Cet élément n'exclut pas que le mandataire puisse être intéressé par l'opération »²⁰⁸⁴. Or, l'éditeur qui serait ici « mandataire » agirait, semble-t-il, non seulement en son nom, mais également pour son propre compte²⁰⁸⁵ en exploitant l'œuvre dont il est le locataire. Cette qualité écarte donc de fait celle de mandataire. Le fait qu'il doive une rémunération à l'auteur et – pour donner une portée utile à cette obligation – rendre compte, ne caractérise pas le contrat : ces obligations ne sont pas propres à

²⁰⁷⁸ La qualification de mandat n'est pas exclue, par ex. pour des droits dont l'éditeur serait chargé de la défense, sans en être le licencié.

²⁰⁷⁹ Par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 910.

²⁰⁸⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 533.

²⁰⁸¹ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 663 et s.

²⁰⁸² Ph. Pétel, *Le contrat de mandat*, *op. cit.*, p. 12 et ss. ; P. Puig, Thèse préc., n° 137, p. 205 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 459, p. 345.

²⁰⁸³ M.-L. Mathieu-Izorche, A propos du « mandat sans représentation », D. 1999, p. 369 (spéc. n° 30) : « Il faudrait alors distinguer les deux objets de la représentation, conçue comme notion générique : la représentation de la personne, et la représentation des *intérêts* d'autrui. Quand on dit que la commission est un contrat de représentation, c'est de représentation des intérêts qu'il s'agit. Quand au contraire on dit qu'elle est un mandat « sans représentation », on vise la représentation de la personne. Ce n'est donc pas un mandat, dès lors que l'on considère que ce contrat doit cumuler les deux types de représentation puisque, quand on déclare que la représentation est de l'essence du mandat, on vise en réalité la représentation de la personne ».

²⁰⁸⁴ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 459, p. 345.

²⁰⁸⁵ En ce sens : Ph. Gaudrat, *Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*, sept. 2007, n° 143.

cette catégorie. L'éditeur, auquel aucune rémunération ni indemnisation n'est due par l'auteur, reste seul à assumer les risques de l'exploitation. Un argument rejoint également la prise en charge du risque éditorial par le seul éditeur : le remboursement des frais s'oppose frontalement au contrat d'édition, bien que la règle ne soit que supplétive²⁰⁸⁶.

On ajoutera enfin que certains modes d'extinction du contrat²⁰⁸⁷ sont incompatibles avec le contrat d'édition.

A admettre un mandat sans représentation, la situation ne reflète pas davantage le contrat d'édition. Celui-ci réalise une sorte de « tête à tête » entre un éditeur et l'auteur qui lui confie l'exploitation de son œuvre²⁰⁸⁸. Or, le mandat, tourné vers la conclusion d'un acte avec un tiers, laisse apparaître une relation triangulaire²⁰⁸⁹. Le mandat est un moyen de parvenir à un objectif qu'est la conclusion de contrats. Le contrat d'édition, en ce qu'il permet l'exploitation de l'œuvre et la rétribution de l'auteur, est pour celui-ci une fin en soi : les contrats passés par l'éditeur n'en sont que le moyen. Si la qualification de mandat sans représentation se situe parfois au cœur du travail éditorial, elle demeure en périphérie du contrat d'édition au travers de la qualification de commission²⁰⁹⁰.

b) Contrat d'édition et qualification de contrat d'entreprise

567. Plan. L'étendue de la catégorie (α -) autorise-t-elle que l'on y inclue le contrat d'édition (β -) ?

α – La largesse de la catégorie

²⁰⁸⁶ Art. 1999 et 2000 C. civ. En ce sens, par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 569, p. 315.

²⁰⁸⁷ Notamment la mort de l'une des parties (Art. 2003 C. civ.).

²⁰⁸⁸ ...encore objectera-t-on que cette exploitation se réalise par la conclusion d'actes juridiques : la vente des exemplaires.

²⁰⁸⁹ P. Puig, manuel préc., n° 871, p. 513. V. également : A. Bénabent, *op. cit.*, n° 901.

²⁰⁹⁰ Le contrat de commission (art. L. 132-1 C. com.) est une forme de mandat sans représentation. L'objet de ce contrat est également la conclusion de contrats (M.-P. Dumont, *L'opération de commission*, Litec, 2000, n° 548, p. 434). En revanche, seule la relation entre commettant et commissionnaire relève du mandat (*Ibid.* n° 261, p. 215). – Une illustration pratique de cette qualification est observable dans les contrats liant l'éditeur et le distributeur. Ces contrats de distribution évoquent parfois expressément la qualification de commission. On trouve également des clauses du type : « 14. Contrat : Le présent Contrat n'autorise aucune des deux Parties à conclure un accord quelconque avec un tiers au nom et pour le compte de l'autre Partie, ni de l'obliger à quelque titre que ce soit ». Ces contrats s'établissent sur le modèle des contrats de distribution du secteur audiovisuel : sur ces contrats, v. *infra*. n° 638 et s.

568. Edition et contrat d'entreprise, premiers rapprochements. La comparaison du contrat d'édition et du contrat de louage d'ouvrage est récurrente et reçoit des appuis doctrinaux constants²⁰⁹¹. Elle s'appuie généralement sur un constat que nous partageons : celui de l'insuffisance de la composante « licence » ou « cession » pour décrire le contrat d'édition. Elle incite à voir dans la prestation de l'éditeur l'élément caractéristique du contrat²⁰⁹², et refoule l'élément « autorisation » caractérisant la licence au rang de moyen nécessaire d'exécuter cette prestation. Doit-on pour autant pousser ce rapprochement jusqu'à l'assimilation ? Représentant la catégorie des contrats de services dans sa généralité, la qualification de contrat d'entreprise est également débarrassée des points d'incompatibilité du contrat d'édition avec le mandat²⁰⁹³.

La démarche d'assimilation à différentes catégories du Code civil met l'accent sur la généralité de ces catégories. A ce titre, l'intérêt d'un rattachement au contrat d'entreprise est faible pour le théoricien, dès lors que l'entreprise désigne une catégorie générique, un genre, qui n'est pas doté du même degré de spécialisation que d'autres contrats²⁰⁹⁴. Cette physionomie n'est pas sans rappeler la « cession » telle que la conçoit le CPI, comme catégorie de contrat relatif à une chose plus que comme contrat spécial. En revanche, la mise en avant des obligations de l'éditeur, obligations de faire au sens strict, permet d'écarter, pour certaines et dans une certaine mesure, l'exécution forcée en nature sur le fondement de l'article 1142 du Code civil²⁰⁹⁵.

Aux termes de l'article 1710 du Code civil, « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Le contrat d'entreprise fait donc l'objet d'une définition très large, de sorte qu'on le définit généralement par ce qu'il n'est pas²⁰⁹⁶.

Dans cet esprit, doit-on craindre que la qualification de l'édition en entreprise soit incompatible avec celle que la loi donne du contrat à compte d'auteur ? En effet, le compte

²⁰⁹¹ Pour un rattachement : Ph. Gaudrat, *Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*, sept. 2007, n° 138 et ss. ; J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Bibl. dr. Privé, t. 91, LGDJ, 1969, p. 141 ; G. Ripert et J. Boulanger, *op. cit.*, n° 2111 ; Pour de simples comparaisons : Ch. Caron, *op. cit.*, n° 247 et n° 442 ; J. Huet, *op. cit.*, n° 32139.

²⁰⁹² La prestation caractéristique du contrat d'entreprise est celle de l'entrepreneur (Par ex. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 697). Faisant de la prestation de l'éditeur la prestation caractéristique du contrat : J.-F. Overstake, *op. cit.*, p. 141.

²⁰⁹³ V. *supra*. n° 563.

²⁰⁹⁴ P. Puig, manuel préc., n° 764 ; D. Grillet-Ponton, thèse préc., n° 116.

²⁰⁹⁵ Par ex. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 676 : l'article n'interdit pas l'exécution en nature, mais la sanction généralement prononcée est la résolution avec dommages et intérêts. Cela ne concernerait pas les obligations de paiement et de reddition des comptes.

²⁰⁹⁶ Le point est remarquable dans tous les ouvrages spécialisés cités : les développements consacrés à la définition du contrat d'entreprise prennent le pas sur ceux distinguant ce contrat des formules voisines (vente, location, contrat de travail, etc.). Par ex. P. Puig, manuel préc., n° 775 et ss.

d'auteur, que la loi qualifie de louage d'ouvrage, n'est pas un contrat d'édition selon les termes mêmes de celle-ci²⁰⁹⁷. Si la tentation du syllogisme est forte, il faut se garder du sophisme qui consisterait à en déduire que le contrat d'édition ne peut être un louage d'ouvrage.

569. Titre onéreux et titre gratuit. Avant l'étude des autres obligations pesant sur les parties respectives, un obstacle préalable vient menacer le rattachement envisagé.

Une première difficulté apparaît en considération du caractère onéreux des contrats comparés. Si le contrat d'édition est en principe onéreux, c'est-à-dire naturellement²⁰⁹⁸ car l'auteur reçoit une rémunération, le contrat d'entreprise l'est *par principe*, c'est-à-dire essentiellement²⁰⁹⁹. Cependant, loin de constituer un point commun, le schéma des deux contrats s'inverse. A supposer le contrat d'édition identifié en contrat d'entreprise, l'entrepreneur rémunère le maître d'ouvrage et ce dernier se rémunère « lui-même » par l'exploitation de l'œuvre²¹⁰⁰. Cette physionomie particulière ne devrait pas, croyons-nous, disqualifier le contrat ; le Code civil se borne à mentionner l'existence d'un prix sans préciser les modalités de la rémunération²¹⁰¹.

La question de la gratuité est plus délicate. Nous avons montré qu'elle pouvait être admise dans le contrat d'édition, à condition que l'obligation d'exploiter, essentielle à ce contrat, ne soit pas tenue pour une rémunération, ce qui emporterait automatiquement la qualification de contrat à titre onéreux²¹⁰². En pareil cas, si l'on admettait que le contrat d'édition sans prix monétaire stipulé trouve son caractère onéreux dans l'avantage d'ordre moral procuré à l'auteur par la diffusion de l'œuvre, la contrepartie du service rendu par l'éditeur pourrait être la remise des utilités de l'œuvre par l'auteur, et s'opérerait donc en nature. La situation ainsi générée, *do ut facias*²¹⁰³, serait propre à exclure la qualification de

²⁰⁹⁷ Art. L. 132-2 CPI.

²⁰⁹⁸ V. la caractérisation du contrat en lui-même.

²⁰⁹⁹ C'est la lettre de l'art. 1710 C. civ.

²¹⁰⁰ Ce point est expliqué par M. Gaudrat : « Cette transmission [des droits exclusifs] renverse le rapport apparent, car elle rend l'auteur créancier de l'éditeur pour une quote-part des profits qu'il encaisse (comme l'exigent les principes d'ordre public qui régissent la cession), alors que, en tant que maître d'ouvrage, on s'attendrait à ce qu'il soit débiteur du prix de l'ouvrage ». Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 155.

²¹⁰¹ Art. 1710 C. civ. : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

²¹⁰² V. *supra* n° 543.

²¹⁰³ « Je donne pour que tu fasses », ou plutôt, ici, « je mets à disposition pour que tu fasses » ; « Je fournis afin que tu fasses » selon Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 4.

contrat d'entreprise²¹⁰⁴, non pas en raison de l'absence de rémunération, mais en raison de sa nature.

On observera cependant, comme nous l'avons montré en distinguant le caractère onéreux du contrat d'exploitation de son caractère synallagmatique, que l'exploitation, si elle oblige l'éditeur, n'est pas une contrepartie. La mise à disposition ne peut donc être considérée comme la cause du service : elle n'est que son moyen, son objet²¹⁰⁵. Le contrat d'édition sans prix est donc nettement à titre gratuit ; le rattachement à l'entreprise sera envisageable ou exclu selon l'importance que l'on prête à son caractère onéreux.

β – Tentatives de rattachement

570. Fourniture de la matière, autorisation et transfert de propriété. Le contrat d'édition consiste-t-il en une pure fourniture de service ? C'est en partie le cas si l'on isole les prestations de diffusion et de promotion²¹⁰⁶. Mais ce contrat inclut également obligation de fabriquer, et porte donc sur une chose à différents titres. Dans l'hypothèse du rattachement du contrat d'édition au contrat d'entreprise, examinons les obligations de chacun à travers ce prisme : comme le contrat porte sur une chose, qui de l'auteur ou de l'éditeur est celui qui « fournit la matière » ? Certes, cet élément ne constitue qu'une distinction au sein de la catégorie. Remontant à dessein du particulier au général, la question sera le point de départ de notre discussion : de la réponse proposée découleront des difficultés propres (* *L'auteur ne fournit pas la matière* ; ** *L'éditeur fournit la matière*).

* *L'auteur ne fournit pas la matière, il autorise l'usage d'une chose.*

571. L'auteur ne fournit pas la matière. L'œuvre peut être louée, vendue, apportée en société... Pourquoi dès lors ne pas considérer qu'elle est la « matière » fournie

²¹⁰⁴ En ce sens, par ex. D. Grillet-Ponton, n° 61, p. 71 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 765 ; *contra* : P. Puig, manuel, *op. cit.*, n° 770 et thèse préc., n° 32 et s., p. 63 et ss.

²¹⁰⁵ Comp. avec la démarche de M. Puig examinant les possibilités de rattachement de la fiducie. L'auteur note que l'on peut objecter au rattachement à la catégorie innommée en droit romain *do ut facias* (par ex. donation avec charges) le fait que le transfert soit, comme dans le contrat d'entreprise (ou le dépôt) un simple moyen du service et non sa cause : « Le transfert précède et permet le service comme la remise matérielle dans le dépôt et le contrat d'entreprise ». Cependant, constatant que le fiduciaire reçoit l'usage et la jouissance de la chose, l'auteur conclura : « Le transfert apparaît alors à la fois comme le moyen et la cause du service (...) », P. Puig, La fiducie et les contrats nommés, Dr. et patrimoine, n° 171, juin 2008, p. 68.

²¹⁰⁶ Comp. la démarche de M. Gaudrat considérant que « la prestation due par l'éditeur appartient à deux types différents de louage d'ouvrage : fabriquer des exemplaires relève d'un type complexe (louage d'ouvrage et vente) ; publier et disséminer les exemplaires appartient, en revanche, au type simple. La question se pose donc de savoir si, outre la combinaison cession de droit avec louage d'ouvrage, le contrat d'édition ne combine pas aussi deux types de louage d'ouvrage ». Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 142.

par l'auteur, qui serait un maître d'ouvrage ? En effet, la chose incorporelle est nécessairement mise à disposition de l'éditeur sous la forme d'une autorisation de reproduire l'œuvre. Cependant, considérer cette autorisation de l'auteur comme une fourniture de matière n'emporte pas la conviction : d'abord parce que les règles attachées à cette fourniture²¹⁰⁷ visent essentiellement à déterminer la charge des risques et la garantie, question qui n'est pas en jeu ici ; ensuite et surtout parce que la fabrication a pour objet un support matériel ou dématérialisé, contrairement au bien mis à disposition par l'auteur, qui est un monopole d'exploitation. Si l'on conçoit naturellement l'incorporation d'une œuvre nouvelle dans une œuvre existante, ou d'une matière dans une autre matière, considérer que la valeur incorporelle apportée par l'auteur s'intègre à l'objet matériel fabriqué par l'éditeur²¹⁰⁸ relève sans doute d'une vérité économique mais, d'un point de vue juridique, réalise une confusion entre la propriété intellectuelle et la chose corporelle du support. L'acquéreur d'un exemplaire qui accède à l'œuvre n'acquiert aucun droit d'exploitation sur celle-ci²¹⁰⁹ : elle n'est donc pas intégrée, du moins en cette qualité, à cet objet matériel. Ce n'est pas la transformation de la chose de l'auteur (l'œuvre) en une autre chose (exemplaires de l'œuvre), mais la création d'une chose nouvelle sur le fondement d'une autorisation d'exploiter. L'éditeur transforme²¹¹⁰ du papier, de l'encre, de la colle et du fil en exemplaires, mais il ne transforme pas l'œuvre. Il exerce simplement une de ses utilités, mise à disposition par l'auteur, celle qui consiste en la production d'exemplaires. Bien que la comparaison soit permise, et que l'accessoire remise du manuscrit puisse participer de cette situation, on ne peut voir pour autant dans l'auteur celui qui fournit « la matière ».

572. L'auteur autorise l'exploitation d'utilités réservées d'une chose. En revanche, indépendamment de cette question de la « matière », on peut considérer que le contrat d'édition figure au rang des contrats d'entreprise qui ne peuvent se réaliser qu'au moyen d'une mise à disposition. De nombreux contrats d'entreprise supposent que pour l'exécution du service (obligation de *facere* strictement entendue) un bien soit mis à

²¹⁰⁷ Art. 1787 et ss. C. civ.

²¹⁰⁸ Comp. Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 145 : « la fabrication d'exemplaires requiert, en effet, d'infuser la forme d'une œuvre protégée dans un support matériel ». On objectera que cette infusion ne requiert pas elle-même d'autorisation (par ex. l'exception de reproduction pour copie privée), contrairement à l'acte de reproduction en nombre.

²¹⁰⁹ La question a pu être discutée en matière de logiciel. Nous avons démontré que l'utilisation du logiciel n'étant – en droit positif – couverte par aucun droit privatif, elle ne pouvait recevoir la qualification de licence.

²¹¹⁰ Il « fait transformer », dans la mesure où ces tâches sont généralement sous-traitées à un imprimeur.

disposition (obligation de *praestare*) par l'entrepreneur au maître²¹¹¹. La mise à disposition se trouve englobée par la finalité qu'est le service ; la qualification de bail s'efface alors pour celle d'entreprise. Mais ce schéma est parfois inversé, comme le note Mme Pignarre, lorsque « l'activité de l'entrepreneur a pour objet une chose mise à sa disposition *par le maître de l'ouvrage* mais qu'il devra ultérieurement lui restituer transformée (...), améliorée (...), réparée (...)»²¹¹². Cette dernière situation permettrait l'analogie avec le contrat d'édition : le bien est remis à l'entrepreneur *par le maître d'ouvrage* en vue de la réalisation du service²¹¹³. Cette présentation ne règle cependant pas la difficulté.

573. La qualité d'entrepreneur et le droit de l'éditeur « à la chose ». Cet élément d'autorisation pose un problème de qualification. La « mise à disposition » *par le maître d'ouvrage* à l'entrepreneur, constatée en droit commun par Mme Pignarre²¹¹⁴, ne présente pas la même physionomie que la mise à disposition *par l'entrepreneur* au maître d'ouvrage. Seule la seconde relève de l'obligation de *praestare*²¹¹⁵ - du moins telle que l'entend la doctrine majoritaire²¹¹⁶ - et vient concurrencer à ce titre la qualification de bail. La première relève habituellement d'une simple obligation de garde concurrençant au mieux la qualification de dépôt. Le cas du contrat d'édition semble dès lors original, puisque l'éditeur « entrepreneur » ne se contente pas de recevoir et de garder la chose de l'auteur « maître d'ouvrage », mais va en jouir, à son propre bénéfice, par l'entremise de l'auteur²¹¹⁷.

Les actes de l'éditeur sur la chose ont beau être strictement circonscrits à sa mission délimitée par le contrat et les usages, l'exploitant utilise les utilités l'œuvre qu'il a reçues, conformément à leur destination et en toute indépendance. Il bénéficie à ce titre d'une

²¹¹¹ P. Puig, Thèse préc., spéc. n° 12 et n° 60 et ss. La situation connaît différents degrés : de la mise à disposition combinée à un travail, au service produit essentiellement par une mise à disposition. Cela pose des problèmes distinction avec le bail (par ex. P. Puig, manuel préc. v. n° 776).

²¹¹² G. Pignarre, A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil, RTD civ. 2001, p. 42 (nous soulignons).

²¹¹³ Sur cette distinction : P. Puig, Thèse préc., n° 85 ; G. Pignarre, *op. cit.*

²¹¹⁴ Selon la distinction exposée par M. Puig dans sa thèse (P. Puig, Thèse préc., n° 58), la situation invite à différencier : la mise à disposition qui peut constituer un objet du contrat d'entreprise, la chose largement entendue, ou la personne à laquelle s'applique le travail de l'entrepreneur (dans notre cas l'œuvre) ; sa finalité, qui serait le but, « ce vers quoi tend la prestation » ; enfin, le résultat du travail fourni (dans notre cas, les exemplaires reproduits et proposés à la vente). V. également l'article de Mme Pignarre, préc.

²¹¹⁵ *Contra* : v. G. Pignarre, art. préc.

²¹¹⁶ Contrairement aux conclusions de Mme Pignarre, attachée à une vision très étendue (et sans doute plus fidèle à ses origines) de l'obligation de *praestare*, ce dépôt ne relève pas d'une obligation de mise à disposition (*praestare*). – En ce sens : la conception retenue à l'art. 1146 de l'avant projet Catala. – Sur cette distinction et les combinaisons possibles entre entreprise et dépôt, v. par ex. P. Puig, manuel préc., n° 783. – Sur l'obligation de *praestare* v. *supra*, spéc. n° 161.

²¹¹⁷ Une jouissance locative (v. *supra* n°157), puisque nous avons qualifié cette mise à disposition de licence (v. *supra* n°487).

autonomie qui rapproche sa situation de celle d'un bailleur. Critiquant le rattachement du contrat d'édition au contrat d'entreprise, un auteur affirme que « le transfert ou la concession ne peut être considéré comme un simple moyen d'exécution de la prestation d'exploitation », ces derniers confèrent à l'éditeur « une position de pouvoir, qui lui permet de mettre en œuvre une politique d'exploitation »²¹¹⁸. Ce constat peut ne pas être entièrement partagé : nous autorisant de Desbois, nous admettrons que la mise à disposition peut n'être que le moyen de parvenir à une fin²¹¹⁹. En revanche, il est vrai que ce « moyen » révèle la véritable autonomie de l'éditeur, le plaçant dans une position de locataire dénotant avec celle d'entrepreneur.

Fondé sur les critères traditionnels de distinction entre bail et de entreprise²¹²⁰, ce raisonnement ne porte-t-il pas en lui sa propre limite ? Ces critères sont appliqués au cas d'une mise à disposition par l'entrepreneur au maître d'ouvrage. La question de savoir s'ils sont toujours pertinents lorsque la mise à disposition bénéficie à l'entrepreneur mériterait d'être approfondie.

*** L'éditeur fournit la matière et transfère la propriété des exemplaires produits.*

574. L'éditeur fournit la matière. D'un autre point de vue, la « matière » est celle qui est nécessaire à la fabrication des exemplaires ; elle est donc fournie par l'éditeur (ou par son sous-traitant). Le critère actuel du « travail spécifique », et plus récemment du « produit spécifique »²¹²¹, devrait autoriser la qualification de contrat d'entreprise, en ce qui concerne l'élaboration d'exemplaires d'une œuvre par nature spécifique.

575. L'éditeur en tant que vendeur : le contrat d'édition, simple aspect du métier d'éditeur. Il est vrai cependant qu'une fois l'exemplaire produit, l'éditeur se fait vendeur. Mais cette étape, obligatoire pour l'éditeur car réalisant la « diffusion

²¹¹⁸ S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, n° 555.

²¹¹⁹ H. Desbois, *op. cit.*, n° 492, p. 610. – Dans cet esprit, à propos du contrat d'édition : Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 149.

²¹²⁰ Le critère traditionnel de l'accessoire est peu décisif ici : la mise à disposition peut n'être que l'accessoire du service, mais l'inverse est tout autant défendable car le service peut être vu comme l'accessoire de la mise à disposition. C'est ce dernier point qui incite certains à qualifier le contrat d'édition de bail (v. *supra* n° 558). Un autre critère, complémentaire au premier (selon : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 706) est celui de la maîtrise effective de la chose, l'indépendance dans son utilisation, qui serait le propre du bail. (Sur ces critères, V. notamment : P. Puig, Thèse préc., n° 74 ; v. également J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 94 et ss., p. 116 et ss.).

²¹²¹ Sur ce critère, v. *supra* n° 102. – V. P. Puig, thèse préc., n° 2 et n° 250 et ss. ; Cass. civ. 3^e, 5 févr. 1985, « Spaba », Bull. III, n° 2, n° 23, p. 16 ; D. 1986, p. 499, note J. Huet ; JCP G, 1985, IV, 146 ; RTD civ. 1985, p. 737, obs. Ph. Rémy ; Gaz. Pal., 1985, 2, Pan., p. 168, note P. Jestaz.

commerciale »²¹²² et susceptible de donner prise à un droit de distribution, se situe « en aval » du contrat d'édition, et ne constitue pas un contrat d'exploitation du droit d'auteur²¹²³. Ce dernier contrat reçoit, de l'avis unanime de la doctrine²¹²⁴, la qualification de contrat de vente d'une chose corporelle, qualification plus contestable en présence d'un exemplaire dématérialisé²¹²⁵. Cette étape réalise de fait l'objectif d'exploitation de l'œuvre, et participe à l'exécution normale du contrat d'édition. Cependant, elle devrait rester étrangère au rapport entre auteur et éditeur, qui demeure un rapport entre deux personnes.

576. La problématique de l'attribution de la propriété des exemplaires. Cette question fait suite à l'évocation de la vente des exemplaires par l'éditeur : l'éditeur n'étant pas un mandataire, elle suppose qu'il en soit le propriétaire. Le contrat d'entreprise, à l'instar du contrat d'édition, vise à la création d'une valeur nouvelle, le transfert du bien créé en étant la finalité. Cependant, nous avons vu qu'un élément original distingue l'entreprise du contrat d'édition : ce transfert se fait à un tiers par un contrat distinct du contrat d'édition. Le transfert de propriété découlera non pas du contrat d'édition, mais du contrat éventuellement conclu entre l'éditeur et le tiers. Dans l'hypothèse d'école où aucun exemplaire ne serait effectivement vendu (directement à l'utilisateur ou à l'intermédiaire) sans que cette mévente soit imputable à l'éditeur, le contrat d'édition serait pour autant correctement exécuté. La propriété de l'exemplaire resterait à l'éditeur, et avec elle la faculté d'exercer par la mise au pilon, l'*abusus*, de la manière la plus nette. Les exemplaires n'auraient pas vocation à revenir à l'auteur²¹²⁶, à moins que ce dernier n'en fasse l'acquisition par un acte distinct.

Vu ainsi, le rapprochement est très relatif entre l'obligation de l'éditeur et celle d'un entrepreneur : la vocation aux fruits de l'éditeur évoque davantage la qualification de bail²¹²⁷. Ce point heurte la physionomie du contrat d'entreprise, qui postule l'attribution du résultat au maître. L'une des justifications de cette attribution est la règle de l'accession mobilière ; or, cette règle ne trouve pas à s'appliquer ici, faute pour la matière de l'éditeur et pour l'œuvre (propriété de l'auteur) de s'incorporer l'une à l'autre. Une autre justification de l'attribution

²¹²² Art. L. 132-12 CPI.

²¹²³ Sur l'étude de ces contrats, v. N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 239 et ss.

²¹²⁴ V. N. Blanc, *op. cit.*, n° 246.

²¹²⁵ V. *supra* n° 100, sur la « licence » d'utilisation de logiciel. Nous avons constaté ailleurs que la dématérialisation de l'exemplaire ne devrait pas affecter la qualification de contrat d'édition : v. *supra* n° 536.

²¹²⁶ Rappelant ce fait : A. Tournier, *Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?*, RIDA, juill. 1958, XX, p. 3. (spéc. p. 19).

²¹²⁷ A l'inverse du maître d'ouvrage qui a vocation à recevoir la propriété de la chose. Sur cette expression, v. par ex. J. Huet, *op. cit.*, n° 32219, p. 1338.

de la propriété de la valeur créée a été expliquée par un mécanisme, contractuel, de cession²¹²⁸. Nous serions dans la situation où un meuble est fourni par le seul entrepreneur : le transfert de propriété devrait s'accomplir à la réception par le maître²¹²⁹. Bien entendu, rien de tout cela dans le contrat d'édition. Pourrait-on admettre que cette cession ne s'opère pas en direction du maître ? M. Puig, plaidant pour le caractère translatif, le cas échéant, du contrat d'entreprise, concède que « cet effet est de la *nature* du contrat d'entreprise sans être pour autant de son *essence* »²¹³⁰. Le transfert pourrait ainsi être paralysé au profit de tiers et n'intervenir que par des contrats de vente subséquents. Dans cet esprit, M. Gaudrat relativise cette circonstance : la délivrance n'est qu'« externalisée », le fait qu'elle s'opère au bénéfice d'un tiers et non du maître de l'ouvrage n'emporterait donc pas disqualification²¹³¹. Cependant, peut-on voir dans cette situation une simple délivrance externalisée ? Le transfert de propriété des exemplaires au bénéfice de tiers acquéreurs n'est pas un effet du contrat d'édition, mais la conséquence des ventes subséquentes, c'est-à-dire d'actes juridiques distincts de ce contrat.

577. Ces points sont-ils aptes à exclure la qualification de contrat d'entreprise ? Si la vision la plus large que l'on peut avoir de ce contrat, archétype du contrat de service, n'oppose pas d'obstacle décisif à ce rattachement, ce dernier ne brille pas par son évidence ; il interroge l'identité de la catégorie d'accueil.

578. Conclusion. Le rattachement du contrat d'édition : la réunion d'éléments nommés justifiant la consécration légale d'une qualification propre. Plus qu'à des obstacles dirimants²¹³², l'embarras qui résulte de ces tentatives de rattachement tient, à la capacité du contrat d'édition de se glisser dans des moules différents. Jouir de l'œuvre en vertu de l'autorisation de l'auteur (contrat de bail) consiste à l'exploiter, c'est-à-dire à « faire ». Ce « faire » consiste en des actes juridiques (mandat sans représentation) ainsi que matériels, tels la fabrication, qui peuvent être directement reliés à des actes de jouissance ou viennent s'y ajouter plus indirectement : promouvoir, conseiller (entreprise). Le contrat d'édition est donc la réunion d'opérations qui, prises distinctement, relèveraient d'une

²¹²⁸ Sur cette question, rejetant la théorie de l'accession au profit du transfert : L. Marino, *Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise*, Defrénois, 2001, 37387 ; P. Puig, *Thèse préc.*, n° 408 et s., p. 635 et ss. ; du même auteur : *manuel préc.*, n° 847 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 431.

²¹²⁹ Sur ces situations : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 725 et ss.

²¹³⁰ P. Puig, *Thèse préc.*, n° 409, p. 638.

²¹³¹ Ph. Gaudrat, *op. cit.* n° 144.

²¹³² A l'exception de la vente et de la société.

certaine banalité. Ce constat permet d'écarter la tentation du *sui generis*, du moins si l'on voit dans la locution latine la désignation de la forme la plus extrême de l'innommé, insusceptible de tout rattachement, même partiel. La tentation du contrat complexe (également « hybride »²¹³³ ou « mixte ») apparaît alors. Le contrat d'édition serait complexe : en effet, on constate la réunion de plusieurs formules simples en un contrat complexe, ce qui suggérerait une qualification distributive. L'hétérogénéité de cette réunion pourrait être vaincue par une qualification unique (également « exclusive » ou « globale ») choisie parmi ses divers éléments, en application de la théorie de l'accessoire. Or, en matière d'édition, cette théorie nous paraît inapte à opérer un choix définitif, dans la mesure où chacune des formules simples envisagées pourrait, par un travail de qualification dont nous avons observé les limites, décrire l'ensemble du contrat. Déterminer ce qui est le principal et ce qui est accessoire entre mise à disposition et exploitation partage la doctrine, et semble dépasser le cadre d'une analyse strictement juridique pour interroger la question de l'importance respective du rôle de l'auteur et celui de l'exploitant.

L'insatisfaction d'une qualification distributive tout comme le caractère profondément réducteur d'une qualification exclusive dans les termes du Code civil sont heureusement évités par la qualification du contrat d'édition opérée par la loi spéciale dont l'autorité devrait, idéalement, clore le débat. Cette qualification unitaire trouvant sa source dans le CPI n'empêche pas le contrat d'édition de tenir de différents régimes selon l'aspect considéré. La qualification du contrat d'édition fournirait l'illustration ancienne d'un constat actuel : « L'avenir devrait de plus en plus être à la combinaison au sein d'un même contrat des régimes propres aux opérations juridiques qu'il met en œuvre »²¹³⁴.

II – Application des principes de qualification aux autres contrats du CPI

579. Plan. Alors que nous retirions au contrat d'édition (comme à tout autre contrat d'exploitation) la qualité de « modèle » de l'*autorisation contractuelle d'exploiter l'œuvre protégée par le régime du droit d'auteur*, il est en revanche permis de voir dans le

²¹³³ Sur cette image, précisément en présence d'une complexité voulue par les parties et irréductible à un type classique : A. Bénabent, L'hybridation dans les contrats, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27

²¹³⁴ P. Puig, La fiducie et les contrats nommés, Dr. et patrimoine, n°1, n° 171, juin 2008, p. 68. L'analyse menée ici par M. Puig à partir du contrat de fiducie trouve son origine dans l'étude d'un autre contrat spécial : « Le régime du contrat d'entreprise se nourrit en effet, pour l'essentiel, de la sève des contrats spéciaux que sa finalité lui permet d'absorber », P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon Assas, Coll. Droit privé, 2002, n° 410, p. 638.

contrat d'édition un véritable modèle des *contrats d'exploitation* qui se construisent soit par comparaison, soit par opposition à ce dernier. Cette qualité que nous avons déjà relevée n'est pas tant due à l'ancienneté de ce contrat qu'à la qualité et à la complétude de sa réglementation, alliée à la remarquable vitalité de sa pratique. Au chapitre précédent, nous constatons également que la nature du titre de l'exploitant dans les contrats d'exploitation laissait apparaître des points communs entre édition et représentation (licence ou innommé), là où les contrats de traditions plus récentes, production audiovisuelle et commande pour la publicité, offraient un véritable choix aux parties (licence, cession ou innommé). La qualification d'ensemble de ces contrats à laquelle nous nous prêtons désormais, établit d'autres liens de ressemblance ou d'opposition : alors que les contrats de production et de commande pour la publicité (*A – Contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité*) s'approchent du contrat d'édition, « modèle » des contrats d'exploitation, le contrat de représentation s'en éloigne assez radicalement. (*B – Contrats de représentation*).

A – Contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité

580. Plan. Nous procéderons à un rappel des traits caractérisant le contrat de production audiovisuelle (*1 – Caractérisation du contrat en lui-même*), ce qui nous permettra d'évaluer l'intérêt du rattachement aux contrats du Code civil (*2 – Caractérisation du contrat au regard des modèles existants*). L'importance pratique du contrat de commande pour la publicité étant très relative et les principaux traits de ce contrat ayant déjà été évoqués, nous ne consacrerons que quelques notes aux points de divergence.

1 – Caractérisation du contrat en lui-même

581. Définition et qualification du contrat de production audiovisuelle. Sans donner de définition unitaire du contrat de production audiovisuelle, le CPI précise certains de ses éléments spécifiques, de sorte qu'une définition peut être induite de la loi. Le contrat de production audiovisuelle peut se définir ainsi : « Contrat par lequel un ou plusieurs auteurs s'engagent à réaliser une œuvre audiovisuelle et en cèdent les droits de reproduction et de représentation au producteur, à charge pour lui d'en assurer une exploitation conforme aux

usages de la profession »²¹³⁵. La définition doit être complétée par l'identification d'un personnage « clé de voûte » du contrat, selon l'article L. 132-23 du CPI : « le producteur de l'œuvre audiovisuelle est la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre. ».

Ce contrat met en œuvre deux types d'obligations de nature différente, à des niveaux également différents : d'une part des obligations de faire au sens strict, à la fois pour le producteur, qui doit prendre « l'initiative et la responsabilité de la réalisation d'une œuvre », puis accomplir des actes d'exploitation, et pour l'auteur qui doit réaliser l'œuvre objet du contrat ; d'autre part, une obligation pour l'auteur de donner (*dare*²¹³⁶) ou de mettre à disposition (*praestare*) l'œuvre créée. En effet, nous avons démontré que la « cession » faisant l'objet de la présomption pouvait revêtir la nature de cession *stricto sensu*, de licence, ou dépasser ces catégories selon la volonté des parties²¹³⁷. Le contrat de production opère la réunion de deux opérations, en principe indépendantes l'une de l'autre en droit des contrats d'auteur²¹³⁸ : « contrat de création » et « contrat sur la création ». L'instrument de cette réunion est ici un mécanisme légal d'exception : la présomption de « cession »²¹³⁹.

582. Ce double aspect du contrat est généralement relevé en doctrine : participant de cette idée, MM. Lucas résument l'objet du contrat de production audiovisuelle en affirmant que sans la présomption de cession qu'il comporte, il serait requalifié en un simple contrat de commande²¹⁴⁰. Inversement, il a été relevé que sans commande, il ne serait qu'un contrat de cession²¹⁴¹. Il faut nécessairement ajouter aux spécificités de ce contrat l'obligation d'exploitation²¹⁴², qui contribue tout autant à le distinguer de la commande que de la cession

²¹³⁵ M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli, C. Wallaert, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003, p. 51.

²¹³⁶ Ou plus exactement un *effet* translatif de propriété, ce qui autorise la comparaison avec la cession automatique des utilités de l'œuvre en vertu de la présomption de cession.

²¹³⁷ V. *supra* n° 497 et ss.

²¹³⁸ Art. L. 111-1 al. 3 du CPI : « L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France ».

²¹³⁹ Le mécanisme sera étudié pour lui-même. V. *infra* n° 681 et ss.

²¹⁴⁰ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 730. En ce sens : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 774.

²¹⁴¹ J.-Cl. PLA, fasc. 1340, P. Kamina, Contrat de production audiovisuelle. En ce sens : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 774.

²¹⁴² Dans tous les cas, cette obligation est moins intense que l'obligation d'exploitation pesant sur l'éditeur : A. Françon, Le contrat de production audiovisuelle, RIDA, 1986, n° 65, p. 71 (spéc. p. 95) ; du même auteur : Le contrat de production audiovisuelle, Droit d'auteur et droits voisins, La loi du 3 juillet 1985, Colloque de l'IRPI, Paris, 21 et 22 nov. 1985, Librairies Techniques, 1986, p. 88.

ou de la licence simple. Enfin, faut-il le préciser, cette exploitation se fait aux risques de l'exploitant²¹⁴³. Si les risques inhérents aux deux opérations sont sans commune mesure, tel était déjà le cas en matière d'édition. Les textes²¹⁴⁴ rendent donc exprès cet élément essentiel aux deux contrats. Cette réunion d'une activité de création, d'une « cession » et d'une obligation d'exploitation de l'œuvre aux risques d'un exploitant n'est que très banale : on la retrouve ainsi dans le contrat d'édition lorsqu'il porte sur une œuvre de commande non encore réalisée (ce qui est généralement le cas en matière de traduction, par exemple). L'originalité du contrat de production tient à l'intégration de cette étape de création, à titre principal, au sein de l'objet du contrat.

583. Diversité et uniformité des contrats de production audiovisuelle : traitement par le CPI. La structure du contrat de production audiovisuelle paraît aller de soi : un élément « création » adossé à l'élément « cession » et à une obligation d'exploitation. Pourtant, un auteur remarque qu'elle ne figure pas dans le régime légal du contrat, ce qui lui permet de réduire ce dernier à un bail, autrement dit à son élément « licence »²¹⁴⁵.

Le constat est en partie fondé par les défauts effectifs de rédaction du texte, mais il ne saurait être davantage soutenu. D'une part, le constat même de cet auteur doit être relativisé, dans la mesure où plusieurs éléments de la loi, à commencer par le nom du contrat, sous-entendent l'étape de création, de sorte que celle-ci relève de l'évidence²¹⁴⁶. D'autre part, la critique omet la circonstance que le CPI ne définit pas le contrat de production comme il le fait pour les contrats d'édition ou de représentation. En effet, le cadre du CPI ne fait que traiter certains aspects du contrat et impose des effets obligatoires à la relation liant l'auteur et le producteur. Par conséquent, la carence du CPI ne signifie pas que l'élément « création » négligé n'entre pas dans la composition du contrat, mais que l'élaboration du régime du contrat, voire le travail de nomination de ce contrat par le législateur, n'est pas achevé²¹⁴⁷. L'observation des contrats pratiqués incite à voir dans le contrat de production audiovisuelle

²¹⁴³ Cass. 1^{re} civ. 3 avril 2001, Bull. I, n° 99 p. 63, JCP E, 2001, p. 975 ; RIDA, 4/2001, p. 395 : « La qualité de producteur d'une œuvre audiovisuelle suppose une participation au risque de la création de l'œuvre ».

²¹⁴⁴ Art. L. 132-23 CPI.

²¹⁴⁵ S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, n° 89 et ss., p. 71 et ss.

²¹⁴⁶ L'article L. 132-3 du CPI évoque la « réalisation de l'œuvre » qui est un travail de création, le producteur n'en prenant que l'initiative et la responsabilité. Le contrat implique nécessairement qu'une activité de création soit faite par des auteurs et que cette étape soit au cœur du contrat et non en amont, comme cela est fréquemment le cas en matière d'édition. Ensuite, l'art. L. 132-24 al. 3 du CPI dispose : « 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 ». Cela suppose bien que la phase de création participe à l'objet du contrat.

²¹⁴⁷ Evoquant un contrat « partiellement nommé », O. Yacoub, *Les principaux contrats de production audiovisuelle*, Thèse dactyl., Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2000, p. 30.

la réunion de la phase de création, de la phase de « cession » ainsi que de la phase de l'exploitation.

584. Diversité et uniformité des contrats de production audiovisuelle : éléments de pratique. Tel qu'il est pratiqué, le contrat de production audiovisuelle n'est pas un mais pluriel, car il doit s'adapter naturellement aux différents auteurs entrant en relation avec le producteur par des contrats séparés²¹⁴⁸ et aux différents types de contributions attendues de ces derniers (scénario, dialogues, réalisation...). D'un point de vue plus formel, en revanche, les contrats pratiqués pour chaque aspect de la production tendent à l'uniformisation, sous l'influence des contrats types proposés par les sociétés de gestion collective et les organisations professionnelles²¹⁴⁹. Ici comme ailleurs en droit des contrats d'auteur, les dénominations d'usage en pratique ne doivent abuser l'interprète.

Les contrats consultés, effectivement pratiqués²¹⁵⁰ et faisant l'objet d'une publicité légale, reprennent dans leurs grands traits les modèles types fournis par la SACD ou par la SCAM. Les contrats pratiqués, contrairement aux versions actuelles de ces modèles, ne portent pas nécessairement le titre « Production audiovisuelle », mais un intitulé permettant d'en identifier rapidement le contenu et le contexte, tel que : « Télévision – Contrat de commande de texte et de cession de droits » ou encore « Contrat de cession de droits d'auteur d'un film de court métrage (Scénario/Adaptation/Dialogues-réalisation) ». D'autres contrats observés se passent purement et simplement d'intitulé.

Tous ces contrats distinguent clairement, en général à la clause « Objet de la convention », un élément « cession » (qui devrait être le plus souvent un élément « licence », comme nous l'avons constaté) et un élément « création ». Ainsi, ce sera nécessairement le cas du contrat liant un auteur-réalisateur au producteur²¹⁵¹, autrement dit la réalisation du film,

²¹⁴⁸ Par ex. S. Jouve, *La nature juridique du contrat de coproduction de l'œuvre audiovisuelle en droit français*, Thèse, Aix-Marseille, 2000, p. 194. L'auteur note qu'en cas de coproduction, un seul des coproducteurs est chargé de conclure ces différents contrats, cet ensemble étant ensuite apporté à la coproduction.

²¹⁴⁹ Sur ce constat : J.-Cl. PLA, fasc. 1340, P. Kamina, *Contrat de production audiovisuelle*, n° 4.

²¹⁵⁰ On peut lire que le contrat de production audiovisuelle connaît un succès mitigé, voire qu'il n'aurait d'autre portée que celle du symbole : Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec 2009, n° 453, p. 378. Il nous semble que si le constat vaut pour le mécanisme de présomption de cession, rendu inutile par des contrats très détaillés, il ne vaut en aucun cas pour le contrat lui-même. – Pour d'autres exemples de modèles attestant de la vitalité de ces contrats, v. C. Martel, *La production audiovisuelle – Les contrats*, Dixit éditions, 2003, p. 17 et ss.

²¹⁵¹ Extrait du contrat type proposé par le SACD : « Télévision – Contrat de production audiovisuelle – Cession de droits d'auteur – Réalisation » ; « Article 1er – Objet de la convention : La présente convention a pour objet d'une part la cession au Producteur des droits nécessaires à la production et à l'exploitation, - d'un film unitaire / d'une série / d'une mini série de ... (...) épisodes de ... (...) minutes, intitulé(e) provisoirement ou définitivement : "..." [...] qui comportera prévisionnellement au total ... (...) épisodes de ...

travail de création, aux fins d'exploitation participant justement de la finalité du contrat²¹⁵². En revanche, d'autres contrats intitulés « production audiovisuelle » ne porteront que sur une œuvre préexistante, sans exiger d'autre prestation de la part de l'auteur que la mise à disposition des utilités de l'œuvre (tel est le cas du contrat liant l'auteur d'un scénario préexistant au producteur). Dans ce cas, la qualification de « production audiovisuelle », quoique généralement usitée²¹⁵³, est discutable ; on est plutôt en présence d'une cession ou licence, accompagnée ou non d'une obligation d'exploitation²¹⁵⁴. Il est fréquent que le producteur se fasse donner en licence par l'éditeur les droits d'adaptation audiovisuelle que ce dernier tient de l'auteur²¹⁵⁵. Dans de nombreuses autres hypothèses, le producteur s'adressera à la société de gestion au répertoire duquel l'œuvre convoitée figure déjà, particulièrement lorsqu'il s'agit d'œuvres musicales (SACEM/SDRM), audiovisuelles (SACD/SCAM), artistiques et graphiques (SPADEM/ADAGP²¹⁵⁶).

585. La qualification de l'étape de création (commande ou travail), indifférente à la qualification de production audiovisuelle²¹⁵⁷. En principe, cette étape de création est régie par une commande intégrée à l'acte juridique²¹⁵⁸. Mais elle l'est le plus

(...) *minutes chacun* ; et d'autre part, de définir les modalités artistiques de la collaboration de l'Auteur-Réalisateur. L'Auteur-Réalisateur assurera les services artistiques suivants :

- collaborer à la préparation de la production ;
- établir le découpage technique ;
- assurer la direction des prises de vues et des enregistrements sonores ;
- diriger le montage, le mixage et tous travaux de finition jusqu'à l'établissement de la version définitive de l'œuvre télévisuelle prévue à l'article L.121-5 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle.

Il est précisé que le film sera tourné en couleurs, dans tous lieux à choisir d'un commun accord et par un procédé à choisir également d'un commun accord entre le Producteur et l'Auteur-Réalisateur ».

²¹⁵³ Pour une illustration, v. par ex. le contrat type proposé par la SACD : « Télévision – II Contrat de production audiovisuelle – Cession de droits d'auteur – Adaptation d'une œuvre préexistante » ; or ce contrat, par définition, n'aménage pas la création de l'œuvre et se borne à une « cession ». Le contrat fait en revanche mention des autres auteurs (textes, réalisation) qui interviendront sur l'œuvre « cédée ».

²¹⁵⁴ En ce sens : N. Blanc. *op. cit.*, n° 57, p. 58. – Comp. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 733, envisageant ces deux possibilités au sein du contrat de production (contribution déjà réalisée ou contribution future impliquant une obligation de faire). V. également en faveur de la qualification de contrat de production audiovisuelle : S. Jouve, *op. cit.*, p. 229 ; P. Kamina, J.-Cl. PLA fasc. 1340, préc., n° 17.

²¹⁵⁵ Par ex. Ch.-E. Renault, Les clauses particulières des contrats d'adaptation des bandes dessinées au cinéma, *Gaz. Pal.*, 8 mai 2004, n° 129, p. 18 ; E. Enrich, Transformation d'œuvres préexistantes : *comics, remakes, parodies et biopics*, *Gaz. Pal.*, 8 mai 2004, n° 129, p. 41.

²¹⁵⁶ V. par ex. O. Yacoub, *op. cit.*, p. 37 et ss.

²¹⁵⁷ A l'inverse, s'agissant du contrat de commande pour la publicité, l'avis unanime de la doctrine est que cette qualification de l'élément création est nécessairement une commande, sous peine de disqualification. Cette circonstance, en décalage avec le recours généralisé au salariat, serait l'une des causes de la désaffectation de ce contrat en pratique. V. par ex. : Ch. Bigot, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, n° 237, p. 176 et s.

²¹⁵⁸ Dans le sens d'*instrumentum* mais également de *negotium*.

fréquemment en vertu d'un contrat de travail à durée déterminée²¹⁵⁹. Cette différence, outre les effets normalement attachés à tout contrat de travail, va entraîner des différences de régime, en particulier en matière de formalisme : un contrat de travail pourra suppléer l'écrit normalement exigé par l'article L. 131-2 du CPI²¹⁶⁰.

Cette circonstance, si importante en pratique, est-elle déterminante en matière de qualification de l'opération de production ? Pour certains, la présence d'un contrat de travail aura pour effet de réduire le contrat de production à une simple cession²¹⁶¹. En effet, la phase de création se trouverait absorbée par cette relation et l'on pourrait considérer que l'utilité du contrat de production se borne à organiser l'autorisation d'exploiter l'œuvre et à en préciser les modalités, comme en matière d'édition. Cette analyse n'emporte pas la conviction.

D'une part, les contrats pratiqués prennent en compte cette relation de travail – que celle-ci préexiste ou soit établie *ad hoc* – et précisent dans l'*instrumentum*²¹⁶² l'objet de cette relation, en la distinguant des actes de création à proprement parler²¹⁶³. On peut donc considérer que le contrat de travail vient s'ajouter à la prestation commandée à l'auteur, laquelle restera soumise au régime de la commande (par ex. au transfert de propriété, à la livraison, la réception, aux causes de résiliation, etc.). On soulignera en outre le fait que l'établissement de la version définitive de l'œuvre est le fruit de l'accord du réalisateur et du producteur (art. L. 121-5 al. 1^{er} CPI). Cette circonstance fait entrer dans le champ du contrat de production audiovisuelle, fût-il accompagné d'un contrat de travail, bien autre chose que la seule « cession » des droits²¹⁶⁴. Le cas du réalisateur, à la fois commandité et salarié selon l'aspect artistique ou technique de ses prestations²¹⁶⁵, est à ce titre éclairant quant à

²¹⁵⁹ Ce contrat de travail fait l'objet de conventions collectives : la « Convention collective nationale de la production audiovisuelle du 13 décembre 2006 » ou encore la « Convention collective nationale de la production de films d'animation du 6 juillet 2004. Étendue par arrêté du 18 juillet 2005, JORF 26 juillet 2005 ».

²¹⁶⁰ V. *infra* n° 683.

²¹⁶¹ P. Kamina, J.-Cl. PLA, fasc. 1340, préc., n° 20 : « Notons que pour le réalisateur, les prestations de services sont détachées du contrat de cession et font l'objet d'un contrat de travail (le réalisateur étant le plus souvent salarié du producteur). Le contrat de production audiovisuelle est alors réduit à un simple contrat de cession ».

²¹⁶² Comp. plus spécifiquement dans le cas du contrat d'artiste-interprète : « le même *instrumentum* comporte donc un double *negotium* permettant, d'une part, le transfert du droit intellectuel et, d'autre part, l'organisation de la relation professionnelle », T. Azzi, Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions, RIDA oct. 2007, n° 214, p. 3, v. n° 29.

²¹⁶³ Tel est le cas des contrats proposés par la SACD et la SCAM.

²¹⁶⁴ En ce sens : S. Jouve, *op. cit.*, p. 227.

²¹⁶⁵ Sur cet usage et le double statut du réalisateur, juridique et social : v. B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 194 ; V. Chardin, Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle, D. 1997, Chron. p. 202 (cet auteur fait curieusement échapper ce contrat au statut du contrat de production audiovisuelle, alors qu'en cas de cession, la situation visée semble identique). Déjà : D. Gaudel, Les producteurs de vidéogrammes et leurs partenaires, JCP G 1973, Doctrine, n° 2571. – Sur la situation voisine de l'artiste-interprète, v. Th. Revet, *La force de travail – Etude juridique*, Litec 1992, n° 276 et ss. (l'analogie est permise : ici le contrat de travail emporte autorisation, mais les rémunérations demeurent distinctes).

l'indifférence de la nature de sa relation avec le producteur dans la qualification du contrat de production audiovisuelle. Il est vrai cependant que la distinction sera en pratique malaisée, et que ce partage entre prestations techniques relevant du contrat de travail et prestations de créations relevant de la commande relève de la convention et ne s'impose pas nécessairement.

D'autre part, et à supposer exclu l'élément « commande », il est permis de voir, dans la relation de travail entre l'auteur et le producteur, un autre élément constitutif du contrat de production audiovisuelle. Un parallèle serait alors permis : nous avons vu que la phase « autorisation » d'un contrat d'exploitation pouvait recevoir, du moins en principe, des qualifications distinctes relevant de l'obligation de donner ou de faire au sens large (plus précisément de *praestare*) : cession, licence, mise à disposition innommée, sans mettre en cause la nature du contrat. Il devrait en aller de même pour la qualification « civiliste » de la phase de création, obligation de faire susceptible de relever de différentes qualifications : contrat d'entreprise ou contrat de travail (ou contrat innommé dans le cas d'une hypothétique gratuité). Le contrat de production, qui lie une commande et une autorisation assortie d'une obligation d'exploitation est déjà un contrat complexe ; l'ajout d'un contrat de travail ne ferait qu'accroître cette complexité.

Enfin, l'intégration de l'étape de création au contrat de production audiovisuelle incite, au regard du caractère hautement spécifique de l'élaboration par l'auteur de sa contribution, à rejeter la qualification de vente d'une chose future au profit de celle de cession intervenant dans le cadre d'un contrat d'entreprise²¹⁶⁶. La présomption de « cession » ne ferait que rétablir la « normalité » de la phase de création par l'attribution de l'œuvre créée, envisagée ici comme objet incorporel protégé par le régime du droit d'auteur, au commanditaire, ici le producteur.

2 – Caractérisation du contrat au regard des modèles existants

V. par ex. un extrait du préambule du contrat de production audiovisuelle de la SACD intitulé « Télévision - Contrat de production audiovisuelle - Cession de droits d'auteur – Réalisation » : « (...) la présente convention a pour objet de fixer les conditions dans lesquelles l'Auteur-Réalisateur apportera sa collaboration au film, étant précisé que les conditions d'engagement de l'Auteur-Réalisateur en sa qualité de salarié technicien feront l'objet d'un contrat de travail séparé ».

²¹⁶⁶ La cession d'œuvre future peut être envisagée par le contrat (sous la réserve de l'art. L. 131-3 CPI), cependant le contrat ne portera que sur la cession de cette œuvre une fois créée et n'aura pas vocation à régir les circonstances de sa création. *Comp.* « Le contrat de production peut être défini comme l'opération par laquelle un auteur cède au producteur ses droits patrimoniaux sur une œuvre audiovisuelle future, dont le producteur s'engage à financer la réalisation, et en contrepartie d'une rémunération proportionnelle aux résultats de son exploitation », S. Jouve, *op. cit.*, p. 213 (nous soulignons).

586. Tentatives de rattachement du contrat de production audiovisuelle²¹⁶⁷.

La physionomie du contrat étant résumée, nous pouvons nous consacrer à la recherche d'un rattachement. Si l'on ignore la phase de création qui confère au contrat un caractère complexe, réduire le contrat de production à la cession ou à la licence qu'il contient²¹⁶⁸ encourt-il les mêmes critiques que la réduction du contrat d'édition à ces éléments simples ? Quelle est la mission du producteur et peut-elle, à l'image de celle de l'éditeur, déborder les actes d'emprise autorisés par la licence (ou la cession) ? L'obligation d'exploitation « conforme aux usages de la profession » (art. L. 132-27 du CPI), essentielle²¹⁶⁹ et distinguant le producteur d'un commanditaire-cessionnaire, est généralement tenue pour moins intense qu'en matière d'édition : l'exigence de permanence fait défaut, ainsi que la prévision de délais, laissés à la volonté des parties. L'obligation d'exploitation n'est que de moyens²¹⁷⁰. De plus, cette obligation d'exploitation ne concerne que l'œuvre une fois achevée.

La question de savoir si le producteur est tenu de produire effectivement l'œuvre, c'est-à-dire, non pas de la réaliser – ce que suggère la formule quelque peu trompeuse de l'article L. 132-23 du CPI – mais plus exactement de « la faire réaliser »²¹⁷¹, est sujette à discussions. Elle est généralement tenue pour une simple faculté²¹⁷². Cette obligation, contrairement à l'obligation de fabrication de l'éditeur, ne figure pas dans la loi et, parce

²¹⁶⁷ Le rattachement du contrat de commande pour la publicité semble moins problématique. Il est généralement fait état de son caractère complexe (commande et cession). Par ex. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1133, notant le caractère « hybride » du contrat. – On peut insister davantage sur l'aspect « commande », dont l'originalité est ici, de réaliser une cession, en ce sens v. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 796, p. 552. – Cependant, une doctrine isolée voit dans le contrat de commande pour la publicité un contrat « bien mal nommé » et écarte de son objet l'obligation de créer : S. Raimond, *op. cit.*, n° 93. (Même constat pour le contrat de production audiovisuelle, v. *Ibid.* n° 89, p. 71). Ce dernier point de vue est contestable : outre le recours à la notion de commande par le CPI « Section 4 : Contrat de commande pour la publicité », commande qui a des contours bien définis en droit d'auteur, les contrats de cession et plus généralement de licence à des fins publicitaires existent par ailleurs et ne sont pas soumis aux art. L. 132-31 et ss. du CPI. Ces derniers sont couramment désignés comme « contrat d'achat d'art » ou « achat de droits » : Ch. Bigot, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, n° 214, p. 162.

²¹⁶⁸ Excluant l'obligation de créer du champ contractuel et qualifiant le contrat de production audiovisuelle de bail, quelle qu'en soit la durée : S. Raimond, *op. cit.*, n° 581 ; Comp. N. Blanc, *op. cit.*, considérant pourtant la « phase de création » comme caractéristique du contrat de production audiovisuelle et notant le caractère « complexe » du contrat (*Ibid.* n° 59, p. 59), mais le qualifiant de vente ou de bail selon un critère de durée (*Ibid.* n° 300 et n° 316).

²¹⁶⁹ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 734, p. 531.

²¹⁷⁰ Ce qu'admettent la doctrine majoritaire et la jurisprudence : v. CA Paris, 4^e Ch., s. B, 4 mai 2001, n° Juris-data 2001-143829 ; CA Paris, 4^e Ch., s. B, 14 mars 2003, n° Juris-data 2003-207700, cités par : A. Singh, C. Marinetti, L'obligation du producteur d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, *Légipresse* 2005, II, p. 16. *Contra* : A. et H.-J. Lucas, *Ibid.* (pour une obligation de résultat).

²¹⁷¹ Sur cette précision : A. Singh et J.-M. Iscovi, Un point sur la qualité de producteur de l'œuvre audiovisuelle, *Gaz. Pal.*, 22 févr. 2005, n° 53, p. 2.

²¹⁷² Pour une obligation de moyens : A. Singh, C. Marinetti, art. préc. – Constatant l'absence d'obligation en droit spécial : P. Kamina, J.-Cl. PLA, fasc. 1340, Contrat de production audiovisuelle, n° 65 ; S. Jouve, *op. cit.*, p. 204, évoquant une obligation « délaissée ».

qu'elle ne dépend pas de la seule volonté du producteur mais de l'état d'un marché et d'autres intervenants, elle échappe aux arguments que le droit commun pourrait fournir²¹⁷³.

Laissons de côté la question de l'intensité de cette obligation. Seul son contenu, pluriel, est déterminant en matière de qualification. Comme il n'est généralement évoqué ni par la loi, ni par les principaux ouvrages, c'est vers d'autres sources que l'on peut se tourner : quelques arrêts, les organismes professionnels²¹⁷⁴, le droit public de l'audiovisuel²¹⁷⁵. L'évaluation des possibilités de rattachements envisageables sera l'occasion de rappeler ces obligations essentielles.

587. Production audiovisuelle et contrats de vente ou de bail. Certains aspects du travail de production, qui mettent en jeu les droits d'exploitation audiovisuelle, participent directement de l'autorisation consentie par les auteurs, de sorte que limiter le contrat à ces aspects permettrait d'établir la proximité, si ce n'est l'identité du contrat d'exploitation et de l'autorisation qu'il contient. Ce mode de raisonnement est dominant en doctrine²¹⁷⁶ ; il est suggéré par la loi spéciale qui tend à focaliser toute l'attention de l'interprète sur la « cession » présumée. Comme nous l'avons vu, cette autorisation, selon la volonté des parties et en fonction d'un critère de durée, sera soit une licence soit une cession²¹⁷⁷.

L'étude de ces formules nous l'a montré, si la licence est susceptible d'intégrer une obligation d'exploiter, en revanche cette charge ne peut que s'ajouter à la cession. Dans les cas où les parties auront choisi d'inscrire leur relation dans le cadre d'une cession, celle-ci n'apparaît pas apte à résumer l'opération d'exploitation, à moins de reconnaître, comme on le

²¹⁷³ Par ex. le caractère potestatif : CA Versailles 1^{re} Ch., 27 janv. 1988, Juris-Data n° 040365, D. 1988, Somm. com. 223, obs. Th. Hassler. – Sur cet argument, v. *infra* n° 780.

²¹⁷⁴ V. par ex. cette liste synthétique établie par l'Union Syndicale de la Production audiovisuelle : <http://www.uspa.fr/public/documentation/lexique.php> (consulté : 20/10/2011). Le producteur a pour « tâches principales » : « de piloter la conception du projet ; d'en étudier la faisabilité ; de concevoir le montage financier, en recherchant des financements (partenaires, aides...) ; de mettre en œuvre les ressources créatives, humaines, financières et techniques nécessaires à sa fabrication ; d'établir et de faire exécuter le planning de fabrication ».

²¹⁷⁵ Décision n° 87-361 du 31 déc. 1987 de la Commission Nationale de la Communication et des Libertés (actuel CSA) définissant plusieurs termes de la matière, dont le rôle de l'entreprise de production audiovisuelle (JO, 13 janv. 1988, p. 581) : « Cette entreprise de production prend personnellement ou partage solidairement l'initiative et la responsabilité financière, technique et artistique de la réalisation de l'œuvre et en garantit la bonne fin ».

²¹⁷⁶ V. *infra* n° 465 et s., les auteurs cités résumant la qualification du contrat d'exploitation à la vente qu'il est susceptible de contenir.

²¹⁷⁷ Le contrat de production audiovisuelle, quelle qu'en soit la durée, est généralement tenu pour une cession, en raison de l'étendue et de l'intensité des droits conférés au producteur (exclusivité, titularité de l'action en contrefaçon, possibilité de procéder à des « rétrocessions » sans autorisation des auteurs). Cependant, un examen attentif nous a permis de remettre en cause la pertinence de ces arguments et de ne retenir que le critère de durée. Le constat, opéré en des termes généraux (pour une synthèse, v. *supra* n° 443), s'applique nécessairement aux contrats d'exploitation.

lit souvent, qu'elle s'accomplit « à charge d'exploitation » ce qui n'est pas d'une grande aide lors de la recherche d'une qualification.

588. Ensuite, à ne retenir que cette « cession », il est permis de douter du rattachement systématique de celle-ci à la vente. Cette cession intervient par l'effet de la présomption légale, mais surtout, elle fait suite à la prestation de l'auteur. Or, cette prestation étant qualifiable de commande, la « cession » qui intervient à sa suite réaliserait non pas une vente, mais la cession propre à certains contrats d'entreprise. *Le mécanisme de présomption de cession, règle spéciale s'il en est, réaliserait un retour au droit commun du contrat d'entreprise dont l'effet est la cession du bien produit.*

A l'inverse, en cas de licence, toujours à ce stade de l'analyse, le contrat de production ne se distingue pas franchement de la licence, bail d'exploitation dont l'objet peut s'étendre à l'exploitation d'une chose. Cependant, les autres composantes de l'obligation d'exploitation du producteur semblent se détacher des diligences exigées d'un simple licencié, et ne sont pas circonscrites à l'exploitation du droit concédé.

589. Ainsi, la mission du producteur comporte un volet « diffusion ». Nous avons vu qu'en matière d'édition, la diffusion commerciale des exemplaires débordait le cadre de la licence car elle ne supposait pas d'actes donnant prise au monopole d'auteur (sous réserve du droit de distribution). Le cas est plus délicat en matière de production, car ce volet « diffusion », contrairement à l'édition, s'accomplira essentiellement par des actes matériels et le plus souvent juridiques mettant en jeu le droit d'auteur. En effet, le producteur « ne diffuse pas personnellement, mais par l'intermédiaire d'autrui »²¹⁷⁸. Par exemple, il n'édite pas lui-même les vidéogrammes, mais les fait éditer. Le contrat passé par²¹⁷⁹ le producteur avec un éditeur de vidéogrammes²¹⁸⁰ ou avec un diffuseur²¹⁸¹ comporte en son sein une

²¹⁷⁸ B. Montels, *thèse préc.*, n° 31, p. 51 et p. 52 note 102, parle d'obligation d'exploitation « indirecte ».

²¹⁷⁹ En pratique la qualité de cessionnaire de la société de gestion collective de l'auteur, ne prive pas le producteur du droit d'autoriser et d'interdire la diffusion de l'œuvre et de choisir les exploitants. En sens : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 125 ; sur le sujet : G. Vercken, *La pratique des clauses relatives à la gestion collective dans les contrats individuels portant sur les droits d'auteur*, LÉGI-PRESSE, sept. 2002, n° 194, p. 103

²¹⁸⁰ Le contrat est conclu entre la SDRM et l'éditeur. V. par ex. (portant une clause « droits concédés » et conclu pour une durée de 3 ans, renouvelable annuellement par tacite reconduction) J.-Cl. PLA, fasc. 1026, Propriété littéraire et artistique. – Documentation pratique. – Contrat type pour l'exploitation de vidéogrammes destinés à la vente ou à la location au public pour l'usage privé. – Formule. – Comp. P. Kamina, *Droit du cinéma*, Litec, 2011, n° 295, p. 216, qui constate des durées allant de 10 à 15 ans. – Pour le rattachement de ce contrat au contrat d'édition : C. Bernault, *thèse préc.*, n° 996 et s., p. 372 et s.

²¹⁸¹ Il s'agira d'un contrat de représentation, « dernier « maillon » d'une chaîne de contrats », le premier de ce « maillon » étant le contrat de production audiovisuelle (B. Montels, *La protection du professionnel par le droit*

licence des droits qu'il a lui-même reçu des auteurs au titre d'une licence ou d'une cession. L'activité du producteur reste donc attachée à des actes, généralement juridiques, directement en prise avec le monopole d'auteur.

On notera toutefois que certaines diligences attendues du producteur dépassent les obligations qui découleraient du simple exercice des droits « cédés ». Assumant lui-même, comme l'éditeur, un risque financier, il doit en outre accomplir un travail de réunion des financements nécessaires à la production,²¹⁸² et la souscription de contrats d'assurance couvrant les différents risques de la réalisation. Ensuite, le producteur fournit des efforts de promotion de l'œuvre²¹⁸³. Enfin et surtout, un travail d'initiative, une « mission de catalyseur »²¹⁸⁴ qui, à l'image d'un architecte, doit permettre le bon ajustement des prestations d'une multitude d'intervenants²¹⁸⁵. De jurisprudence constante, le financement ou plus exactement la prise de risque²¹⁸⁶ – qui n'est pas propre au contrat de production – quoique nécessaire²¹⁸⁷, ne suffit pas à qualifier le producteur. Ce dernier, investi des droits des auteurs et propriétaire du support matériel original : la « matrice », doit jouer un rôle actif dans la réalisation de l'œuvre²¹⁸⁸. S'il n'est pas un auteur, on le qualifie couramment d'« auxiliaire de

spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, CCE juin 2001, p. 19) ; Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, n° 537 et ss., p. 357 et ss.

²¹⁸² Par ex. Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1996, Bull. I, n° 137 JCP G, 1996, IV, 1131 : « Mais attendu que la cour d'appel a souverainement retenu, d'une part, que la société KS Visions avait réalisé les *démarches utiles à la commercialisation du film*, spécialement auprès des chaînes de télévision, et que l'échec rencontré était imputable à la durée trop longue du film et à son sujet, d'autre part, que *le producteur avait respecté son obligation en obtenant le financement nécessaire à la production*, le fait que la réalisatrice ait elle-même trouvé des bailleurs de fonds étant sans influence à cet égard » (nous soulignons).

²¹⁸³ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1110, p. 662.

²¹⁸⁴ Th. Hassler, V. Lapp, obs. sous : CA Paris, 4^e ch. B, 8 avril 1998, D. 1999, p. 121 (précité).

²¹⁸⁵ B. Montels, thèse préc., n° 2, p. 21. Sur le détail de la mission du producteur : n° 12, p. 34.

²¹⁸⁶ La situation de la personne assumant le risque financier de l'opération doit être distinguée d'un simple bailleur de fonds participant au financement : si, dans les faits, le prêteur pourrait ne pas récupérer son investissement, en revanche il demeure créancier du remboursement. En ce sens : A. Singh et J.-M. Iscovici, Un point sur la qualité de producteur de l'œuvre audiovisuelle, *Gaz. Pal.*, 22 févr. 2005, n° 53, p. 2.

²¹⁸⁷ Illustrant l'obligation de diffusion et ses propres limites, V. par ex. CA Paris, 22 oct. 1992, D. 1993, somm. p. 246, obs. Th. Hassler, (également donné en exemple par P. Kamina, J.-Cl. PLA fasc. 1340, Contrat de production audiovisuelle, n° 68), pour un producteur de séries de programmes de télévision : « cette obligation consiste à *prendre toutes mesures utiles pour en permettre une première diffusion puis à en assurer la conservation et la tenir à disposition de tout utilisateur éventuel, notamment en lui donnant des facilités de visionnage, pour décider d'une rediffusion si la demande existe. En revanche, à la différence de l'éditeur, le producteur de séries de télévision n'est pas tenu d'effectuer un démarchage actif dès lors qu'il n'est pas établi que tel serait l'usage en la matière*, alors surtout qu'eu égard à la masse des œuvres disponibles, au volume des productions nouvelles et à la capacité effective de diffusion des chaînes, un tel démarchage pourrait aboutir à alourdir les coûts de gestion des entreprises de production sans qu'il en résulte un réel avantage pour quiconque ».

²¹⁸⁸ Ainsi, les diffuseurs, ou des sociétés spécialisées (Sofica) qui participent fréquemment au financement de la production, ne peuvent se voir reconnaître la qualité de coproducteurs s'ils n'ont pris aucune initiative dans la réalisation de l'œuvre. En ce sens (pour un distributeur) : CA Paris, 4^e ch. B, 8 avril 1998, D. 1999, p. 121, obs. Th. Hassler, V. Lapp : « La qualité de coproducteur d'un film ne peut s'inférer d'une convention qui vise

la création ». Les apports de la jurisprudence permettent à un auteur de synthétiser le rôle du producteur en ces termes : « Le financement, en effet, qui est essentiel dans la production, n'est pas la condition première exposée par la loi ; être producteur, c'est tout d'abord avoir pris une initiative, celle de faire réaliser l'œuvre : le rôle d'impulsion est indispensable et, faute de l'avoir tenu, le seul fait d'apporter les sommes d'argent nécessaires ne confère pas la qualité de producteur ; ce rôle d'impulsion doit ensuite être complété par une prise de responsabilité dans la réalisation »²¹⁸⁹. Ces actes sont essentiels et font toute l'originalité du contrat de production audiovisuelle. Relevés en jurisprudence comme autant de critères de qualification du contrat²¹⁹⁰, ils ne peuvent être les accessoires des obligations qui résulteraient d'une licence, et moins encore d'une cession²¹⁹¹.

590. Production audiovisuelle et contrats de services. Une fois encore, l'observation de l'autorisation portant sur la chose est insuffisante à décrire le contrat d'exploitation : on doit se tourner vers la prestation attendue de l'exploitant. Celle-ci consiste essentiellement en un service, consistant en la conclusion de nombreux actes juridiques. L'analogie du mandat sans représentation ou commission est donc parlante. Elle est cependant inadaptée, comme en matière d'édition, car si le producteur doit rendre compte à l'auteur²¹⁹², il jouit en son nom et pour son compte du droit acquis ou loué des auteurs²¹⁹³. L'exploitation passera par la conclusion de contrats par le producteur ayant pour objet ces droits, sans que l'auteur ait vocation à être engagé ; ils sont une illustration de la notion de chaîne de contrats²¹⁹⁴. Chacun de ces contrats intervenant en aval de la production ne portera que sur une fraction des utilités de l'œuvre, là où le contrat de production visait à englober un

seulement à répartir le produit du fonds de soutien à la cinématographie attribué à un film franco-italien » ; *adde* : A. Singh et J.-M. Iscovici, *op. cit.*

²¹⁸⁹ Obs. Colombet sous : CA Paris (4^e ch. B), 22 juillet 1981, D. 1983, somm. p. 94. V. également : CA Paris, 25 juin 1999, inédit, Distributors France c. Boisset et al., également cités par : A. Singh et J.-M. Iscovici, *ibid.*

²¹⁹⁰ Cette diversité doit également être prise en compte dans la détermination de la localisation du contrat : 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, n° 344 ; S. Comanzo, *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles internationales*, Thèse, Dijon, 1997.

²¹⁹¹ En matière de commande pour la publicité, les obligations du producteur ne vont pas au-delà des actes que peut accomplir un cessionnaire ou un licencié. Il n'existe pas d'obligation d'exploitation spécifique, *a fortiori*, les prestations attendues du « producteur » ne semblent pas aller au-delà d'actes d'exploitation de l'œuvre cédée et se bornent à une rémunération. « L'obligation d'exploiter apparaît donc incompatible avec la finalité même de la création publicitaire », Ch. Bigot, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997, n° 213, p. 162.

²¹⁹² Art. L. 132-28 CPI.

²¹⁹³ B. Montels, La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, CCE juin 2001, p. 19.

²¹⁹⁴ B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 4.

vaste ensemble de prérogatives. Selon M. Montels²¹⁹⁵, la situation serait une illustration de la notion de chaîne de contrats par « diffraction de la convention principale »²¹⁹⁶, où le contrat de représentation constitue « un moyen de *réalisation* du contrat originaire »²¹⁹⁷. La chaîne est en outre « hétérogène » si on considère toutefois que la nature juridique du contrat de production n'est pas communiquée aux sous-contrats, contrats de représentation²¹⁹⁸. La mise à disposition de l'œuvre, généralement sous forme de licence, qui fondera le droit d'exploiter de chaque intervenant successif, est impuissante à décrire le contrat de production dans son ensemble. Néanmoins, elle évacue la qualification de mandat avec ou sans représentation²¹⁹⁹, du moins pour ce qui est de la relation entre auteurs et producteur²²⁰⁰.

La qualification d'entreprise est séduisante, car l'on pourrait voir dans la présomption de « cession » de l'œuvre commandée un effet de ce contrat. Cette qualification s'avère cependant délicate pour les mêmes raisons qu'en matière d'édition²²⁰¹, mais davantage encore ici, car à observer les obligations du producteur, les actes à accomplir sont pour lui essentiellement juridiques.

591. Qualification fiduciaire. Les obligations pesant sur le producteur ont pu inciter une partie de la doctrine à la qualification fiduciaire²²⁰². L'évocation d'un esprit fiduciaire, comme en son temps celui de la « société en participation » pour le contrat d'édition, est une image parlante ; la finalité annoncée du rattachement est séduisante. Si elle ne vise pas à attacher au contrat de production le régime exact de la fiducie-gestion, elle n'est pas pour autant une vue de l'esprit car elle offrirait un fondement juridique permettant l'application au producteur des dispositions protectrices de l'auteur (par exemple la

²¹⁹⁵ B. Montels, thèse préc., n° 41, p. 65 et s. L'intérêt de cette qualification apparaît en matière de résolution et de responsabilité (v. n° 42 et ss., p. 66 et ss.).

²¹⁹⁶ Notion développée par M. Teyssié (B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, n° 122 et ss.). On oppose à la notion celle de chaîne de contrat par addition.

²¹⁹⁷ Sur cette notion : J. Néret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979, n° 203. Pour son application à la chaîne : contrat de production – de représentation, v. B. Montels, thèse préc., n° 41, p. 65 et s.

²¹⁹⁸ Dans le cas contraire, la chaîne est « homogène ».

²¹⁹⁹ La qualification de mandat sans représentation, ou commission est évoquée pour décrire l'intérêt commun des parties au contrat de production. Elle est toutefois écartée en raison du « transfert de propriété » opéré par le contrat. En ce sens : B. Montels, *op. cit.*, n° 30, p. 53.

²²⁰⁰ Le producteur se rapprochera d'un distributeur ayant pour mission le placement de l'œuvre auprès de diffuseurs. Sur la qualification de ce contrat en commission ou sur la base d'une licence, v. *infra* 638 et s.

²²⁰¹ L'aspect « création » autorise la qualification de contrat d'entreprise (sous réserve de la qualification de contrat de travail) : l'auteur étant entrepreneur et le producteur étant maître d'ouvrage. Mais la seconde étape, celle de l'exploitation ferait du producteur un entrepreneur et de l'auteur un maître d'ouvrage, avec les mêmes difficultés que nous avons rencontrées en matière d'édition (l'entrepreneur rémunère le maître, le maître met à disposition une chose).

²²⁰² Pour les références faites à cette institution en général, v. *infra* n° 386 et ss. – Spéc. pour le contrat de production audiovisuelle, v. B. Montels, *op. cit.*, n° 29 et ss., p. 50 et ss.

rémunération proportionnelle, l'obligation d'exploitation, le formalisme, le privilège). Renversant la tendance actuelle, l'application du dispositif protecteur au producteur profiterait alors indirectement à l'auteur²²⁰³. L'intérêt de la qualification fiduciaire serait également d'expliquer la réunion en un contrat unitaire d'un transfert de propriété possiblement temporaire et d'une obligation d'exploiter.

S'il est loisible de voir l'essence de la fiducie dans les contrats d'exploitation du droit d'auteur²²⁰⁴, prouver son existence, entendue comme sa traduction en une qualification juridique s'avère plus délicat. Outre les obstacles insurmontables, déjà abordés, du régime et de l'économie générale de l'opération, à supposer cette fiducie « innommée », il n'est pas sûr que l'esprit du producteur, qui est un investisseur, un commerçant tirant un profit de l'exploitation de l'œuvre, doive être confondu avec celui d'un fiduciaire, quand bien même le bénéficiaire pour l'auteur dépendrait cette exploitation. Les rapports que l'auteur entretient avec le producteur sont d'un autre ordre, semble-t-il que ceux qu'il peut entretenir avec une société de gestion collective, plus volontiers tenue pour fiduciaire, et ce ne serait pas rendre service à la fiducie récemment intégrée au Code civil que de voir une de ses manifestations dans la relation entre auteurs et producteurs. Ensuite, passée l'évocation de l'authentique communauté d'intérêt des coauteurs et du producteur, la qualification fiduciaire devrait, à défaut d'indices laissés par le législateur, être induite de l'observation des obligations du producteur quant à l'exploitation de l'œuvre. Or, si l'investissement à réaliser est plus lourd, et son travail d'organisation plus complexe que celui d'un éditeur, les obligations du premier quant aux diligences apportées à l'exploitation effective de l'œuvre sont plus ténues que celles du second²²⁰⁵.

592. Conclusion : un contrat complexe sous une dénomination unitaire.

Le contrat de production audiovisuelle a pour originalité le caractère en partie interchangeable des éléments qui le composent : commande et/ou contrat de travail pour la phase création ; cession ou licence pour l'autorisation de l'auteur objet de la présomption, à laquelle viennent s'ajouter des obligations de faire pesant sur le producteur.

Ces obligations, qui ne se résument pas toutes à la mise en œuvre concrète des droits tenus de la cession ou de la licence consentie par l'auteur, permettent de distinguer le contrat

²²⁰³ B. Montels, art. préc.

²²⁰⁴ Justifiant l'essence fiduciaire de la plupart des contrats d'exploitation du droit d'auteur par la circonstance que le cédant conserve « un intérêt fondamental à la mise en valeur de la chose », P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 473.

²²⁰⁵ Par ex. A. Françon, Le contrat de production audiovisuelle, Droit d'auteur et droits voisins, in *La Loi du 3 juillet 1985, Colloque de l'IRPI, Paris, 21 et 22 nov. 1985*, Librairies Techniques, 1986, p. 88.

de production de la simple autorisation assortie d'une obligation d'exploiter. Abstraction faite de la phase de création, la structure du contrat de production audiovisuelle est en cela similaire à celle du contrat d'édition.

Cependant, on notera que ce qui permet de distinguer plus nettement encore le contrat de production audiovisuelle de la cession ou de la licence qu'il reçoit, consiste dans l'intégration de l'étape « création » à l'objet du contrat. Un auteur, critiquant la focalisation traditionnelle de la doctrine comme de la pratique contractuelle sur l'aspect « cession » du contrat, ou plus rarement sur son aspect « commande » ou « entreprise »²²⁰⁶, conclut à la présence de deux obligations caractéristiques au contrat de production audiovisuelle²²⁰⁷.

Suite à la prise en compte des obligations de faire du producteur, on pourrait ajouter que les obligations essentielles à la validité comme à la caractérisation du contrat sont en fait au nombre de trois : à la création (écriture, réalisation) viennent s'ajouter l'autorisation présumée (licence ou cession) obligeant les auteurs, ainsi que les obligations de faire (missions d'impulsion, de réunion des financements et d'organisation) du producteur.

Mais cette décomposition du contrat laissant apparaître une prestation caractéristique « triple » peut faire l'objet d'une synthèse. On peut ainsi considérer que l'autorisation (cession ou licence) consentie par l'auteur – en fait présumée – n'est qu'un effet de la prestation de création, ce qui permettrait de voir dans le contrat de production audiovisuelle la réunion de deux types d'entreprise : l'une « typique », correspondant à la « cession » au producteur de l'œuvre commandée ; l'autre « atypique », correspondant au service réalisé par le producteur à partir de l'œuvre mise à disposition par l'auteur²²⁰⁸.

Ces obligations se soutiennent les unes avec les autres, et concourent de manière indissociable à la même fin. Une qualification unitaire par référence à l'un des éléments artificiellement tenu pour « principal » susciterait une fausse unité : la phase de création et de « cession » n'est pas accessoire à la phase d'exploitation, et réciproquement²²⁰⁹. Il est vrai que la possibilité offerte par l'article L. 132-24 du CPI de déroger à la présomption de cession

²²⁰⁶ En ce sens : Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 170.

²²⁰⁷ O. Yacoub, *op. cit.*, p. 70. Notant le « double aspect » du contrat : N. Blanc, Thèse préc., n° 59.

²²⁰⁸ Cette dernière entreprise correspond assez bien au schéma du contrat d'édition. V. Ph. Gaudrat, *op. cit.*, n° 170, notant de la partie « contrat d'exploitation » qu'il s'agit d'un « louage d'ouvrage inversé », par lequel « le maître est le créateur, rémunérant l'ouvrage de diffusion par une cession de droit, ce qui le rend créancier du producteur ».

²²⁰⁹ On a ainsi remarqué que le contrat ne portant que promesse de cession reçoit la qualification d'option et non de contrat de production (O. Yacoub, *op. cit.*, p. 71). Nous constatons précédemment que la « cession » dépourvue de phase de création ne pouvait recevoir la qualification de production.

pourrait déclasser cette « cession » en élément naturel du contrat. Or, la doctrine s'entend pour voir dans cette possibilité, soit un cas d'école susceptible de disqualifier le contrat en une commande bien inutile²²¹⁰, soit, ce que confirme la pratique, une faculté pour les parties de moduler l'étendue et l'intensité de cette « cession », dont le principe demeure. Cette modulation s'opère spécialement dans la durée, avec les conséquences que nous avons relevées sur la nature juridique du titre du producteur. La « cession » est essentielle au contrat de production ; en revanche, son étendue et sa qualification effective (licence ou cession *stricto sensu*) sont indifférents.

Le contrat de production audiovisuelle, complexe au regard de ses composantes analysées dans les termes du Code civil, est davantage qu'une simple *juxtaposition* de contrats²²¹¹. Il constitue une *combinaison*²²¹² d'éléments divers et n'en demeure pas moins « un » par sa finalité et sa qualification exclusive délivrée par le CPI. *La relation de ces diverses obligations évoque non pas un rapport d'accessoire à principal, mais traduit au contraire la nature également essentielle partagée par ces composantes, un lien qui, à défaut de la caractériser juridiquement, évoque l'idée d'« indivisibilité »*²²¹³. Quoique ne le régissant que partiellement, le Code évoque bien, en introduction de son article L. 132- 24, « le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle ».

B – Contrats de représentation

593. Plan. Le contrat de représentation est défini à l'article L. 132-18 du CPI. S'il est souvent dépeint en opposé du contrat d'édition, ces deux contrats présentent néanmoins un point commun, au sens où la présence d'un régime impératif instille aux deux catégories,

²²¹⁰ Par ex. N. Blanc, *op. cit.*, n° 58.

²²¹¹ Il n'apparaît donc pas comme un groupe de contrats ou « complexe de contrats » (Sur la notion : D. Grillet-Ponton, *op. cit.* n° 94). Cela explique pourquoi l'on parle de « contrat de production » et non, par exemple d'« opération de production ».

²²¹² Distinguant la *juxtaposition* de deux contrats de la *combinaison* d'éléments dans un seul contrat, v. A. Bénabent, L'hybridation dans les contrats, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27.

²²¹³ Le recours à la notion d'indivisibilité comme l'instrument d'une qualification globale, unique (F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, spéc. n° 480 et ss., p. 387 et ss.) a fait l'objet de vives critiques, cet usage étant susceptible de dénaturer le concept. Employée à cette fin, elle ne serait qu'un synonyme d'unité de diverses obligations d'un contrat, ou d'élément essentiel du contrat (J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999, n° 310 et n° 255). Il est d'ailleurs intéressant de constater que le terme « indivisibilité » a pu être employé pour désigner une relation de principal à accessoire (J.-B. Seube, *op. cit.*, n° 251), c'est-à-dire l'exact contraire de la situation du contrat de production audiovisuelle. *Adde* : J. Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, RTD civ. 1950, p. 1.

selon des modalités différentes, un esprit de retour. C'est pour cela que l'autorisation de l'auteur contenue dans ces formules devrait échapper à la qualification de cession *stricto sensu* au bénéfice de la licence²²¹⁴. Forts de ce constat, nous pouvons entreprendre la recherche de l'identité propre du contrat de représentation. C'est lors de l'étude de la structure d'ensemble du contrat de représentation que les différences avec les contrats d'exploitation précédents apparaissent les plus grandes. Cette tâche s'avère ardue, car elle suppose la prise en compte de la nature plurielle et du domaine incertain de ce contrat d'exploitation de l'œuvre. En effet, au contrat de représentation au « sens strict » ou « simple » (1), s'ajoute le contrat général de représentation (2).

1 – Le contrat « simple » de représentation

594. Le contrat de représentation fait l'objet d'une définition par l'article L. 132-18 du CPI : « Le contrat de représentation est 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 (...) ». Cette véritable définition correspond au contrat tel qu'il est pratiqué ; elle ne peut engendrer les mêmes doutes que ceux affrontés lors de l'identification des contours du contrat de production audiovisuelle. En revanche, elle possède les défauts de sa généralité. Si nous avons constaté que l'obligation de fabriquer pesant sur l'éditeur ne pouvait se réduire entièrement à des actes de reproduction énoncés au CPI, en revanche, pour définir l'autorisation de l'article L. 132-18 du CPI, il suffirait de se reporter à l'énoncé du droit de représentation²²¹⁵ par l'article L. 122-2 du CPI : « *La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :*

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion.

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite. ».

²²¹⁴ V. *supra* n° 490 et ss.

²²¹⁵ Procédant de même : R. Savatier, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398, (spéc. n° 77).

595. Plan. L'identification du contrat de représentation suscite des interrogations de différents niveaux : sur les contours du contrat et l'application de son principal élément de régime consistant à imposer une réglementation de la durée de l'exclusivité (a), ainsi que sa qualification posant la question de son autonomie par rapport à l'autorisation qu'il contient (b).

a) Contours du contrat de représentation

596. Plan. Tout contrat ayant pour objet une autorisation d'exploiter le droit de représentation entre-t-il dans le cadre de cette qualification ? Cette question comporte deux aspects : ce cadre est accueillant, doit-il être contraignant ? Le domaine très étendu du contrat de représentation laisse penser que le contrat vise toute mise en œuvre du droit de représentation (α – *Le domaine universel du contrat de représentation légiféré*). Or, le domaine du contrat tel qu'il est pratiqué s'avère bien plus restreint (β – *Le domaine spécifique du contrat de représentation pratiqué*).

α – Le domaine universel du contrat de représentation légiféré

597. Le fait que le contrat vise toute hypothèse de mise en œuvre du droit de représentation²²¹⁶ découle de la définition légale du contrat, ou plutôt du silence de celle-ci. Curieusement, la généralité du domaine du contrat de représentation est confirmée et illustrée à l'occasion du rappel du principe de spécialité des « autorisations » aux articles L. 132-20 et s. du CPI²²¹⁷ : diffusion télévisée, par satellite, câble²²¹⁸. Il est admis que l'article s'applique aux différentes modalités d'accès individualisé et à la demande²²¹⁹. Il pourrait

²²¹⁶ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec, 2009, n° 448.

²²¹⁷ « Sauf stipulation contraire :

1° L'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne ne comprend pas la distribution par câble de cette télédiffusion, à moins qu'elle ne soit faite en simultané et intégralement par l'organisme bénéficiaire de cette autorisation et sans extension de la zone géographique contractuellement prévue ;

2° L'autorisation de télédiffuser l'œuvre ne vaut pas autorisation de communiquer la télédiffusion de cette œuvre dans un lieu accessible au public ; [...] ».

²²¹⁸ Ces modes de diffusion entrent dans le cadre du droit de représentation : E. Deliyanni, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble*, LGDJ, 1993, p. 5 et ss. et p. 59 et ss. – Le débat n'est cependant pas clos, en cause le caractère transitoire de certaines émissions vers ou depuis un satellite, qui n'opèrent pas un contact de l'œuvre avec un public, mais au mieux avec les techniciens d'un opérateur de diffusion par câble. Sur ce sujet, v. les analyses critiques de M. Caron : La transmission d'œuvres et d'interprétations vers et partir d'un satellite ou vers un organisme de radiodiffusion par câble relève-t-elle des monopoles ?, CCE 2009, étude 21.

²²¹⁹ Par ex. : A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 287, p. 228 ; V. art. 8 Traité OMPI sur le droit d'auteur et art. 3.1 de la directive Société de l'information ; J. Passa, J.-Cl. PLA, fasc. 1970, Propriété littéraire et artistique – Divers – Internet et droit d'auteur, spéc. n° 74 et ss.

s'appliquer à la diffusion sur Internet par le contrat de mise en ligne d'une œuvre²²²⁰. Corrélation ou conséquence, les termes « autorisation » ou « licence » remplacent fréquemment dans ces contrats la traditionnelle « cession ». Cependant, ce mode de diffusion suppose la mise en jeu du droit de reproduction aux côtés du droit de représentation. Si les analogies sont d'usage, elles suggèrent bien une différence de nature ; il est donc permis de douter du caractère nommé du contrat²²²¹, du moins de son rattachement au contrat de représentation²²²². Il demeure que si le contrat de représentation semble conçu en contemplation des modes classiques d'exploitation du droit de représentation, son cantonnement aux domaines traditionnels (théâtre, mais également radiodiffusion et cinéma²²²³) n'est plus soutenable²²²⁴. Le régime de ce contrat ne permet d'identifier clairement ni la destination contractuelle de l'œuvre ni les utilités précises concernées au sein du droit de représentation. De fait, le contrat individuel de représentation apparaît comme une catégorie de ralliement d'opérations aux fins aussi diverses que les classiques contrats de représentation théâtrale ou musicale. On songe encore aux formules adaptées aux œuvres audiovisuelles selon leur mode de diffusion : contrat « d'achat » de droits (télévision), contrat de location de film (cinéma), sans compter la diffusion de ces mêmes objets sur Internet. Toute autorisation d'usage du droit de représentation pourrait être admise à la qualification de contrat de représentation. Singulièrement, ce domaine d'une telle généralité a donné naissance à deux analyses nettement opposées : on a pu considérer que le rapprochement de certaines de

²²²⁰ Par ex. la diffusion d'œuvres sur Internet : G. Vercken et M. Vivant, Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, Cahiers dr. entr. n° 2, 2000, p. 18 ; *Comp.* : 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, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise n° 22. p. 258, notant que le contrat met également en jeu le droit de reproduction. V. également Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit. Tout en maintenant la qualification innommée (*Ibid.* n° 464), l'auteur n'exclut cependant pas la qualification de contrat de représentation en cas de diffusion d'œuvres sur Internet, en effet le contrat de représentation « vise toutes les hypothèses dans lesquelles le droit de représentation est utilisé pour communiquer une œuvre de l'esprit au public » (*Ibid.* n° 448). *Adde* : J.-L. Goutal, Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur, D. 1997, Chron., p. 357.

²²²¹ Sur ce point, V. *infra.* n° 637.

²²²² M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 827, notent le « rapprochement » avec le contrat de représentation faisant partie de la « même famille de contrats », tout en remarquant que l'élaboration du contrat par la pratique l'éloigne de ce modèle. Mais est-ce déterminant, lorsque le contrat d'édition comporte systématiquement en pratique une clause de « cession » du droit de représentation ?

²²²³ L'art. 45 originel de la loi du 11 mars 1957 visait la radiodiffusion ainsi que « tout autre mode de diffusion sans fil des signes, des sons ou des images », ce qui inclut le cinéma : J. Matthyssens, Le droit de la cinématographie, RIDA, avril 1958, XIX, p. 223. Limitant son étude à ces modes traditionnels : A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971. *Adde* : J. Matthyssens, La limitation dans le temps des droits exclusifs de représentation (Etude de droit français), RIDA, avril 1961, p. 39.

²²²⁴ B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 50, p. 77 et s. L'auteur note que la désuétude des termes employés, « entrepreneur de spectacles » et « auteur dramatique », n'empêche pas leur extension aux exploitants de salles et chaînes de télévision ainsi qu'aux auteurs d'œuvres audiovisuelles.

ces formules récentes avec le contrat de représentation du CPI était inutile et insuffisant pour opérer une véritable nomination²²²⁵. A l'inverse, un auteur a remarqué que ces conventions relèvent d'une simple « décomposition » du droit de représentation : « absorbées » par le contrat de représentation, elles ne sauraient être considérées comme innommées²²²⁶. Tout contrat mettant en jeu le droit de représentation sera donc automatiquement nommé... ou innommé, puisque tout dépend de l'appréciation du « pouvoir » de nomination que l'on prête à l'article L. 132-18 du CPI.

β – Le domaine spécifique du contrat de représentation pratiqué

598. En revanche, il semble plus douteux d'affirmer que la mise en œuvre du droit de représentation emprunte obligatoirement ce moyen. Le contrat vise-t-il toute exploitation du droit de représentation ? La réponse est négative si l'on observe la réalité des contrats. Ainsi, nous avons pu constater que l'utilité de l'œuvre en cause n'était qu'un moyen de suggérer le recours à l'un des contrats d'exploitation du CPI, mais que cette utilité ne suffisait pas à caractériser le contrat. Le contrat de représentation n'a pas vocation à s'imposer à toute autorisation de représentation de l'œuvre. Ainsi, le droit de représentation, composante du droit d'exploitation sous forme audiovisuelle, est un élément essentiel du contrat de production audiovisuelle. Ce droit est également donné en licence dans le cadre du contrat d'édition, de matière accessoire, mais néanmoins systématique en pratique. L'exploitation du « droit numérique » sur un réseau impose une autorisation portant sur le droit de représentation. Enfin, un point était très tôt relevé par la doctrine : l'autorisation portant sur le

²²²⁵ Ecartant la qualification de contrat de représentation pour le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle : P.-Y. Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D. 1989, Chron., p. 113 (spéc. n° 2 et n° 11). Selon cet auteur, les dispositions du CPI sur le contrat de représentation, en dépit des allusions à la télédiffusion ajoutées par la loi du 3 juillet 1985, « évoquent les relations traditionnelles avec les entrepreneurs de théâtre et de musique ». Cependant, le refus de ce rattachement est surtout justifié par le peu d'intérêt du régime institué au CPI. Ailleurs, ces contrats seront traités comme des applications du contrat de représentation : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n° 626, p. 673. En ce sens, prônant des analogies avec le contrat de représentation : Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, n° 586, p. 380. Comp. en faveur du rattachement au contrat de représentation : M.-E. Laporte, Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, JCP G, 1991, I, 3540, p. 371.

²²²⁶ N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 116, p. 111. V. également n° 112, p. 107 : « La définition légale du contrat de représentation est si large qu'il paraît impossible de créer de l'innommé en se contentant de réduire le droit transmis à l'exploitant ». *Contra*, préférant la qualification innommée pour le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, v. P.-Y. Gautier, art. préc., et du même auteur, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n° 626, p. 674. En ce sens, v. D. Grillet-Ponton, Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, D. 2000, Chron., p. 31 (spéc. n° 3).

droit de représentation, affranchie de la qualification de contrat de représentation, intervient spécialement lorsque le droit de représentation est cédé ou concédé à un premier exploitant dont la mission sera de d'autoriser un tiers à la représenter effectivement²²²⁷. La différence entre contrat de représentation et licence (ou la cession) du droit de représentation pourrait s'opérer sur le même modèle que la distinction traditionnelle entre contrat d'édition et cession « pure et simple » du droit de reproduction. Cette considération est compatible avec la définition légale de ce contrat.

599. Si en jurisprudence, on ne trouve pas d'illustration explicite de l'application du régime du contrat individuel de représentation en dehors des domaines classiques²²²⁸, c'est que ce débat, d'un intérêt tout didactique, est passablement déconnecté de la réalité pratique. L'affirmation de ce rattachement est *a priori* de faible intérêt, n'emportant aucun avantage substantiel.

Ainsi, comme nous l'avons constaté, la prescription d'une « durée limitée » paraît dépourvue d'effet contraignant, même si elle correspond bien au contrat tel qu'il est pratiqué. Ensuite, le rappel par le CPI du respect dû au droit moral par l'exploitant (art. L. 132-22), une obligation de déclaration des représentations ainsi que la fourniture d'un état des recettes à l'auteur ou son représentant, tout comme l'affirmation du caractère obligatoire de la rémunération stipulée (art. L. 132-21) n'ont pas d'intérêt en matière de qualification, et peu en matière de régime, car découlant soit de règles du CPI s'imposant à tous, soit du droit commun des obligations. Enfin, l'intervention de la SACD et la pratique des formules types utilisées, témoins d'usages anciens, régleront le plus souvent les rapports individuels entre auteur et exploitant. Un élément plus important du régime de ce contrat concerne la stipulation d'une exclusivité, qui doit être expresse (art. L. 132-19 al. 2).

La pauvreté du régime légal du contrat de représentation conduit donc à mettre en doute l'intérêt d'une telle qualification. Son principal intérêt résiderait, par un détour au droit commun des contrats d'auteur, dans l'application du formalisme probatoire de l'article L. 131-2 du CPI et de la spécification de l'objet de l'autorisation, requise *ad validitatem*, par

²²²⁷ A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, n° 263, p. 188 et s. ; N. Blanc, *op. cit.*, n° 288.

²²²⁸ Notant cette carence en général : « le milieu du théâtre est extrêmement consensuel et conservateur, fondé sur des usages pas éloignés des temps héroïques ; il n'y a quasiment pas eu de procès depuis l'intervention de la loi de 1791, il y a plus de deux siècles, ni d'arrêt important de la Cour de cassation. Lorsqu'un litige éclate, il se trouve le plus souvent résolu par un mode alternatif de règlement des différends – le monde du théâtre, pionnier du nouveau droit non processuel. » P.-Y. Gautier, Les droits de l'auteur d'une pièce de théâtre (du contrat de représentation), in *Droit et Théâtre (Aix-en-Provence, 29 juin 2001)* Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationales, t. VI, PUAM, 2003, spéc. n° 2.

l'article L. 131-3 du même code. Or, ce dernier article n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux contrats conclus par l'auteur et non par un cessionnaire²²²⁹, il serait par là même exclu des possibles nouvelles applications du contrat de représentation mettant en présence un producteur, ou un distributeur (cessionnaire ou licencié) et un diffuseur (licencié ou commissionnaire). Notons que le contrat de location de films (en salles de cinéma), justement nommé « Contrat de concession des droits de représentation cinématographique » par le CCIA, fait l'objet d'un formalisme spécifique dont l'application pratique laisse toujours à désirer²²³⁰.

600. Le domaine de la réglementation de la durée des droits exclusifs. L'intérêt de ce rattachement serait donc ailleurs : il résiderait dans le dispositif de limitation de la durée des droits exclusifs par l'article L. 132-19 al. 3 du CPI²²³¹ : « 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 ». Nous avons montré qu'au-delà de son intérêt en matière de régime, cette disposition, en prescrivant une durée effectivement limitée, autorisait la qualification de licence ou du moins, limitant la durée de l'exclusivité, interdisait la qualification de cession. Or, le rattachement d'un contrat au contrat de représentation n'impliquerait pas nécessairement l'application de cette règle : d'une part, elle ne vise que l'auteur, or en cas d'œuvre audiovisuelle, c'est le producteur ou le distributeur qui contractera avec des diffuseurs ; d'autre part, seule l'œuvre dramatique que l'on comprendra comme l'œuvre théâtrale est visée par le texte²²³². Tout porte pourtant à croire que l'on pourrait étendre l'application de la disposition à l'ensemble des contrats de représentation. A titre de comparaison, le vocabulaire parfois excessivement précis, si ce n'est

²²²⁹ V. *infra* n° 702.

²²³⁰ V. Article L. 213-14 Code du cinéma et de l'image animée (Ordonnance n° 2009-1358 du 5 nov. 2009 – art. 5) : « Le contrat de concession des droits de représentation cinématographique comporte les stipulations suivantes : 1° Le titre et les caractéristiques techniques de l'œuvre cinématographique dont les droits sont concédés pour l'exploitation en salle de spectacles cinématographiques ;
2° La date de livraison d'une copie de l'œuvre cinématographique et la date de début d'exécution du contrat ;
3° La durée minimale d'exécution du contrat ainsi que les conditions de sa reconduction ou de sa résiliation ;
4° Le nombre minimum de séances devant être organisées ;
5° Le taux de la participation proportionnelle du concédant ;
6° Les conditions de placement dans la zone d'attraction cinématographique. ».

²²³¹ Dispositif impératif étudié *supra* : n° 491.

²²³² L'article L. 122-2 du CPI donnant les principales déclinaisons du droit de représentation distingue la « représentation dramatique » d'autres modes de représentation voisins. Cet article étant reconnu comme la principale référence au domaine du contrat de représentation, il semble logique de tenir les notions abordées pour identiques : « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment : 1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée (...) ».

désuet, du contrat d'édition se prête remarquablement aux diverses mutations techniques : hier l'édition musicale et marginalement les créations des arts appliqués, aujourd'hui le livre électronique²²³³. Cette interprétation extensive du CPI suscite cependant les doutes d'une doctrine parfois évasive sur le sujet²²³⁴ que le silence de la jurisprudence ne peut guider²²³⁵.

601. Éléments de pratique. La question semble neutre du fait que la pratique, opposée à celle de l'édition par exemple, se plie d'elle-même à des durées plus courtes. Ainsi, nombre de contrats de représentation, ou mettant en jeu le droit de représentation, même non exclusifs, sont effectivement limités à un maximum de 5 ans²²³⁶. Ces limitations apparaîtront tout autant comme le fruit d'une connaissance superficielle de la loi que comme de légitimes précautions prises en raison de l'imprévisibilité de son interprétation.

²²³³ Ainsi, on imagine mal, par exemple, que les dispositifs spéciaux de résiliation du contrat d'édition, lui conférant un esprit de retour, ne puissent être appliqués au contrat passé par les ayants droit. – Autre cas : si la « fabrication » d'exemplaires « en nombre » et la « mise au pilon » n'ont plus le sens précis en matière d'édition de livres numériques, il ne fait pas de doute que l'éditeur s'engage à diffuser l'œuvre de manière permanente et suivie, et que l'indisponibilité prolongée du livre sur les plateformes de téléchargement permette la résiliation du contrat.

²²³⁴ Cependant, limitant nettement la portée de l'al. 3 à la représentation théâtrale : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.* n° 769. Comp. se prononçant pour la portée générale des art. L. 132-18 à L. 132-22 du CPI : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 702. V. plus nuancé quant à la généralisation de l'art. L. 132-19 al. 3, v. *Ibid.*, n° 709.

²²³⁵ Une décision exclut l'application de l'actuel article L. 132-19 al. 3 CPI au contrat de production audiovisuelle, et précise que ce dernier ne connaît pas de limitation temporelle, ce qui n'est pas en soi discuté : TGI Créteil, 1^{re} Ch., 14 janv. 1992, JurisData : 1992-044404, RIDA, 3/1992, p. 197 : « Attendu toutefois que l'article 44 (...) de la loi du 11 mars 1957 (...) prévoyant un délai maximum de 5 ans, concerne le contrat de représentation tel que défini à l'article 43 de la même loi, conclu entre l'auteur dramatique d'une œuvre de l'esprit et un entrepreneur de spectacles, personne physique ou morale chargé de représenter cette œuvre à des conditions à déterminer ; que cet article ne concerne pas le contrat conclu entre un auteur et un producteur en vue de la production d'une œuvre audiovisuelle, lequel relève des articles 63-1 et suivants du même texte (...) ; qu'aucune limitation dans le temps n'est organisée par ces derniers textes ».

²²³⁶ J.-Cl. PLA Fasc. 9605 : Contrat de Représentation. – Formule. Cette formule semble correcte sur ce point car elle distingue la durée de l'autorisation et celle de l'exclusivité. – A titre d'exemple, le contrat proposé par le Ministère chargé de l'Education nationale pour la représentation d'une pièce de théâtre propose une durée ne dépassant pas 5 ans, or cette limitation de durée ne s'imposerait qu'à l'exclusivité consentie (exclusivité hors de propos en l'espèce). <http://www.educnet.education.fr/legamedia/legapratique/contrats-et-modeles> (consulté : 20/10/2011).

V. Le contrat d'une durée de quelques jours : « Contrat de licence de droits de diffusion d'un court métrage sur le réseau Internet », cité par : B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, p. 347, également cité par l'auteur in : M. Bouyssi-Ruch, C. Geiger, R.M. Hilty (dir.), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Rencontres franco-allemandes*, Litec – Editions du JurisClasseur, 2007, Le droit des affaires n° 29, p. 508. – *Adde* : v. le contrat « d'achat d'un court-métrage », conçu pour abriter une durée limitée, cité par : C. Martel, *La production audiovisuelle – Les contrats*, Dixit éditions, 2003, p. 339.

Il en va de même pour les contrats d'édition de livres numériques que nous avons pu consulter, limitant généralement à 5 ans la durée des droits concédés. Sur ce constat par la SGDL, v. « Les droits numériques des auteurs », 22 mai 2011, document publié sur <http://www.sgdl.org/>.

602. Télévision. Dans le domaine de l'audiovisuel, la doctrine, quoique partagée, a préconisé l'application de la règle²²³⁷. Cependant, les durées d'exclusivité rencontrées en matière de télévision, qu'elles excèdent nettement les cinq ans au risque de provoquer un « gel des droits »²²³⁸ ou qu'elles soient réduites plus volontiers aujourd'hui à quatre ou cinq ans, voire le plus souvent à 18 mois²²³⁹, peuvent difficilement être tenues pour une conséquence directe des dispositions du CPI²²⁴⁰. La question de la durée de l'exclusivité semble devoir se régler en dehors de notre code : indirectement par le droit de la concurrence, permettant de limiter très ponctuellement la durée d'exclusivités²²⁴¹ ; de façon plus incitative et prévisible sans doute par le droit public de l'audiovisuel posant des conditions très précises, notamment quant à la durée et à l'exclusivité, aux contrats d'achats de droit de télédiffusion.

Il ne s'agit pas ici d'entreprendre l'étude détaillée de cette réglementation aussi complexe que fluctuante, travail déjà entrepris par ailleurs²²⁴². Il nous sera cependant utile de présenter sommairement ces règles dans leur dernier état, en nous concentrant sur ce qui nous intéresse ici, à savoir les textes imposant sous certaines conditions une limitation dans le temps des exclusivités consenties aux diffuseurs télévisuels (TNT, câble, satellite, ADSL).

La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (dite « Loi Léotard »), modifiée à de nombreuses reprises, spécialement par une loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000, impose notamment aux articles 27 et 33²²⁴³ un cadre juridique destiné à

²²³⁷ A. Hugué, *op. cit.*, n° 262, p. 187 (mais à condition de voir dans le film une œuvre dramatique). – Plus nettement : M.-E. Laporte, art. préc. ; B. Montels, thèse préc., n° 50 et n° 99. – Un auteur qualifie le contrat de location de film (cinéma) de contrat de représentation au sens du CPI, en notant comme nous l'avons fait le faible intérêt de ce rattachement, mais ne se prononce pas explicitement sur la limitation spécifique instaurée par l'art. L. 132-19 al. 3 : J.-Cl. Contrats - Distribution fasc. 3140, C. Bernault, Contrat de distribution des œuvres audiovisuelles – Contrat de distribution en salles (spéc. n° 36 et 37). V. du même auteur : *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, 2003, pour le contrat de location de films, évoquant l'application de l'art. L. 132-19 al. 3, v. *Ibid.* n° 984, et avec les mêmes conclusions pour le contrat d'achat de droits de diffusion télévisée : v. *Ibid.* n° 988 et ss.

²²³⁸ B. Montels, thèse préc., n° 63, p. 95. L'auteur note que les dépassements étaient remarqués dans les années 1980. On citera avec M. Montels l'affaire « Teledis », Cass. com. 19 juin 1990, D. 1991, p. 436, note P.-Y. Gautier ; JCP E, 1991, I, 104, n° 19, obs. J.M. Mousseron, J. Raynard. – Sur cette pratique, v. *supra* n° 76.

²²³⁹ B. Montels, *op. cit.*, n° 63, p. 94 et s. et n° 101, p. 152 (v. également les contrats cités par l'auteur).

²²⁴⁰ En ce sens, cependant : M.-E. Laporte, art. préc., (spéc. n° 70).

²²⁴¹ V. *supra* n° 425 et s.

²²⁴² B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 111, p. 121 et s. D'autres contributions relatives à l'audiovisuel précitées traitent de ces sujets, cependant les récentes réformes intervenues en la matière nous obligent à nous appuyer essentiellement sur les travaux récents de M. Montels. *Adde* : E. Mauboussin, *J.-Cl. Communication, fasc. 4121, Obligations des télévisions relatives aux œuvres audiovisuelles et cinématographiques*, Cote : 11, 2003.

²²⁴³ Article 27 : « Compte tenu des missions d'intérêt général des organismes du secteur public et des différentes catégories de services de communication audiovisuelle diffusés par voie hertzienne terrestre, des décrets en Conseil d'Etat fixent les principes généraux définissant les obligations concernant : (...) 4° L'acquisition des droits de diffusion, selon les différents modes d'exploitation, et la limitation de la durée de ces droits lorsqu'ils sont exclusifs. Pour les œuvres cinématographiques diffusées en première exclusivité, la durée des droits exclusifs peut varier en fonction de la nature et du montant de la contribution au développement de la production

favoriser la production indépendante, précisé par des décrets d'application. La version actuelle de ces normes est issue de deux décrets à l'esprit et au contenu comparables : n° 2010-747 du 2 juillet 2010 « relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre » ainsi que le décret n° 2010-416 du 27 avril 2010, dit décret « Cabsat » (câble, satellite et ADSL²²⁴⁴). D'après ces textes, une partie du chiffre d'affaires annuel des diffuseurs doit être consacrée au financement de la production cinématographique (3,2%) et audiovisuelle (12,5 à 15 %) ; on parle des « obligations de production » des chaînes. Au sein de ces quotas, une part importante (de 60 à 100 % selon les cas) est consacrée à la production dite indépendante. Or la qualification de cette « indépendance » est le fruit de deux séries de critères : l'une relative aux liens de dépendance entre le producteur et le diffuseur, relevant d'une logique de droit des sociétés ; l'autre relative aux modalités contractuelles d'exploitation de l'œuvre, évaluées par le CSA²²⁴⁵. Au sein de cette dernière série d'exigences, figure celle que les droits « n'ont pas été acquis (*sic*) par l'éditeur de services [*i.e.* la chaîne de télévision] pour plus de deux diffusions et la durée d'exclusivité de ces droits n'excède pas dix-huit mois pour chaque diffusion » (Décret n° 2010-747 art. 6 – I – 1°). Cette

; (v. également l'art. 33 concernant l'« Edition [*sic*] de services de communication audiovisuelle distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ».

²²⁴⁴ Décret « relatif à la contribution cinématographique et audiovisuelle des éditeurs de services de télévision et aux éditeurs de services de radio distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ».

²²⁴⁵ Article 6 du Décret n° 2010-747 (extraits) : « Au moins trois quarts des dépenses mentionnées aux 1° et 2° de l'article 4 sont consacrées au développement de la production indépendante, selon des critères liés à l'œuvre cinématographique et à l'entreprise qui la produit.

I. – Est réputée relever de la production indépendante l'œuvre dont les modalités d'exploitation répondent aux conditions suivantes :

1° Les droits stipulés au contrat conclu pour l'application du 1° de l'article 4 n'ont pas été acquis par l'éditeur de services pour plus de deux diffusions et la durée d'exclusivité de ces droits n'excède pas dix-huit mois pour chaque diffusion ;

2° L'éditeur de services ne détient pas, directement ou indirectement, les droits secondaires ou mandats de commercialisation de l'œuvre pour plus d'une des modalités d'exploitation suivantes :

a) Exploitation en France, en salles ;

b) Exploitation en France, sous forme de vidéogrammes destinés à l'usage privé du public ;

c) Exploitation en France, sur un service de télévision autre que celui qu'il édite ;

d) Exploitation en France et à l'étranger, sur un service de communication en ligne ;

e) Exploitation à l'étranger, en salles, sous forme de vidéogrammes destinés à l'usage privé du public et sur un service de télévision [...].

II. — Est réputée indépendante d'un éditeur de services l'entreprise de production qui répond aux conditions suivantes :

1° L'éditeur de services ne détient pas, directement ou indirectement, plus de 15 % de son capital social ou de ses droits de vote ;

2° Elle ne détient pas, directement ou indirectement, plus de 15 % du capital social ou des droits de vote de l'éditeur de services ;

3° Aucun actionnaire ou groupe d'actionnaires la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce ne contrôle, au sens du même article, l'éditeur de services. ».

exigence ne s'applique désormais qu'aux œuvres cinématographiques²²⁴⁶. Du reste, la durée et autres modalités des licences, variables selon les genres des œuvres, tend à devenir le fruit d'accords professionnels (entre diffuseurs, sociétés d'auteurs et syndicats de producteurs), pris en compte par des conventions liant les chaînes au CSA. Ces accords impriment un esprit de retour aux contrats d'achat de droits, selon les mécanismes déjà observés²²⁴⁷, en imposant une durée (généralement : 18, 36 ou 48 mois) associée à un nombre d'actes d'exploitations dits « multidiffusions » (généralement 6 passages sur 30 jours²²⁴⁸). A considérer le contrat d'achat de droits de télédiffusion comme une application actuelle du contrat de représentation du CPI, il est donc étonnant de constater que la qualification de licence, attribuée traditionnellement à ces deux contrats, tient à d'autres corps de règles que celles du CPI censées pourtant assurer ce rattachement. Comme l'on connaît le rôle de ces éléments de régime dans la qualification de l'autorisation d'exploiter l'œuvre, on pourrait se demander si ce n'est pas le droit public de l'audiovisuel et non le CPI qui nomme la variété particulière de contrat de représentation qu'est le contrat d'achat de droits de télédiffusion. Voici comment d'un ordre public de direction, l'on passe à la régulation d'un contenu contractuel relevant du droit privé, déterminant de sa qualification.

603. Cinéma. En matière de cinéma, la difficulté soulevée par les auteurs et les producteurs - associée à la problématique du nombre de salles où le film sera diffusé - tient plus à la trop faible durée d'exécution du contrat de location de film qu'à un excès de cette

²²⁴⁶ Les « œuvres audiovisuelles » (notion plus strictement entendue que par le CPI), jusque là soumises à une limitation de durée comparable, se voient appliquer désormais des critères spécifiques censés assurer une séparation entre production et diffusion (V. art 14 et 15 du décret n° 2010-747). Sur cette évolution, v. : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, op. cit.*, n° 111, p. 122.

²²⁴⁷ Sur la manifestation de l'esprit de retour par la combinaison d'un terme et d'un nombre d'actes d'exploitation autorisés : v. *supra* n° 350 et s.

²²⁴⁸ Ces conventions, rendues obligatoires pour l'ensemble des intéressés en vertu des décrets précités, font l'objet de publications au Journal officiel. Elles peuvent également être consultées sur le site internet du CSA : http://www.csa.fr/infos/textes/textes_conventions.php (consulté : 20/10/2011). Citons par ex. la convention de TF1 : Décision n° 2001-577 du 20 nov. 2001 (JO du 21 déc. 2001, p. 30301), complétée dernièrement par la décision du 8 sept. 2011). V. avenant n° 6, signé le 21 janv. 2010, JO du 10 mars 2010 texte n° 109, Annexe 2 (Extrait) : « 1. Etendue des droits cédés. Les droits de diffusion télévisuelle des œuvres audiovisuelles patrimoniales de fiction sont cédés pour trois multidiffusions sur le réseau de TF1, et trois multidiffusions sur des télévisions diffusées par internet et opérées par TF1, une multidiffusion étant définie comme six passages sur une période de 30 jours. Pour les préachats, ces droits sont acquis pour une période globale de : - 36 mois pour les unitaires et miniséries ; -48 mois pour les séries. Les délais courent à partir de l'acceptation du « prêt à diffuser ». Les droits de télévision de rattrapage des œuvres audiovisuelles patrimoniales de fiction sont inclus dans les droits de diffusion télévisuelle et sont exercés pendant une période qui inclut le jour de la diffusion et les 7 jours qui suivent. En cas d'investissement du diffuseur supérieur à plus de 20 % du financement moyen d'une œuvre audiovisuelle patrimoniale de fiction, la durée des droits pourra être prolongée de deux ans pour deux diffusions supplémentaires [...] ». – Pour un tableau récapitulatif de ces règles détaillées à l'extrême, v. B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, op. cit.*, n° 111, p. 123 et annexe n° 3 p. 339. V. également : F. Balle, *Médias & sociétés*, 14^e éd., Montchrestien, 2009, n° 422, spéc. p. 412 et s.

durée. Celle-ci, très variable selon le genre cinématographique, n'est généralement que de quelques semaines, évaluée par le diffuseur (exploitant de salle), et non par le distributeur²²⁴⁹. Dès lors que l'intérêt commun des auteurs et des producteurs est de prolonger la durée « d'exposition du film » en salles, la limitation imposée par l'article L. 132-19 al. 3 est, par son contenu même, déconnectée des enjeux de la pratique.

604. Pour conclure sur ce point, si nous pouvons observer, au travers de contrats effectivement pratiqués, une véritable adaptation du contrat d'édition aux œuvres numériques diffusées par des plateformes de téléchargement sur internet, l'adaptation du contrat de représentation à ces nouveaux objets ne présente pas le même enjeu et reste un débat essentiellement doctrinal. Ce constat n'ôte cependant pas l'intérêt de ces propositions de rattachement qui font du droit des contrats du droit d'auteur un terrain d'expérimentation des plus fertiles.

b) Qualification du contrat de représentation et autonomie par rapport à la licence

605. Rappel de méthode. L'identification de la licence de droit d'auteur emprunte régulièrement le détour d'un travail de distinction entre cession et formules irréductibles aux schémas connus. Nous l'appuyons sur une méthode de lecture consistant à distinguer les contrats organisant l'*exploitation* de l'œuvre, leur nature, leur régime, de l'*autorisation*, cet élément simple qui les compose. Cette méthode nous a permis de constater que les contrats d'édition, de production audiovisuelle et de commande pour la publicité ne sont pas réductibles aux formules élémentaires du Code civil, c'est-à-dire à la location ou à la vente qui les compose. Ils ne sont pas pour autant des formules innommées, leur prise en compte par le CPI étant une source de nomination suffisante. La mesure de leur complexité laisse apparaître d'une part un élément commun consistant en une autorisation d'exploiter l'œuvre, une « cession » selon la lettre du CPI, plus fréquemment une licence, comme le révèle l'analyse ;

²²⁴⁹ Ces questions ont fait l'objet de nombreuses études et rapports. Par ex. : A. Perrot, J.-P. Leclerc et C. Verot, *Cinéma et concurrence, Rapport remis à Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et Mme Christine Albanel, ministre de la culture et de la communication*, La Documentation française, mars 2008. Ce rapport émet la proposition d'une durée d'exposition minimale du film en salle de deux semaines. V. également : J.-P. Leclerc, *Mission de médiation et d'expertise relative aux conditions actuelles de sorties de films en salles à la demande du Centre national de la cinématographie*, La Documentation française, mai 2006. Adde, pour une étude essentiellement statistique : CNC, *Durée de vie des films en salle*, Etude, juill. 2008, consultable sur le site www.cnc.fr.

d'autre part, un ensemble d'obligations de faire concourant à organiser une certaine forme d'exploitation. Mais ce n'est pas tant l'affirmation du caractère obligatoire d'une exploitation²²⁵⁰ que la précision de son *contenu*, de ses *modalités* (promotion, distribution, initiative, réunion de financements, etc.) qui rend tout aussi inutile que réductrice la réduction de ces contrats d'exploitation aux formules simples (bail, vente, entreprise). Enfin, cette complexité ne peut être, comme on l'a lu, source d'innommé, ces contrats étant nommés et dotés d'un régime par la loi²²⁵¹.

606. Plan. Pour savoir si le contrat de représentation s'assimile à une simple autorisation d'exploiter l'œuvre, il convient de s'interroger sur la prétendue « simplicité » de ce contrat, dans son domaine traditionnel qu'est le théâtre (α), ainsi que dans ses déclinaisons plus récentes, en particulier celles qui exigent la mise à disposition d'un support matériel de l'œuvre (β).

α – Le contrat de représentation du CPI, simple aspect de la représentation théâtrale

607. La « simplicité » toute théorique du contrat de représentation. Le contrat de représentation semble s'éloigner de ce schéma au profit d'une certaine « simplicité²²⁵² »,

²²⁵⁰ La distinction établie par la doctrine oppose les contrats selon qu'ils portent ou non une obligation d'exploitation (par ex. J. Raynard, *op. cit.*, n° 647 et s., p. 574, en termes d'obligation caractéristique). Cette opposition, quoique décisive en pratique, ne nous paraît pas fondamentale en matière de qualification, l'important étant l'organisation concrète de cette exploitation.

²²⁵¹ Peu importe qu'il ne s'agisse pas du Code civil. Par ailleurs, nous constatons que l'on pouvait préférer à une conception « légaliste » de la distinction entre nommé et innommé, une conception « fonctionnelle » ouvrant les sources de nomination à la pratique systématique ainsi qu'à la jurisprudence. Quel que soit le critère choisi, les contrats du CPI ne peuvent être considérés comme innommés, et *a fortiori* comme *sui generis* (v. *supra* n° 621 et ss.).

²²⁵² Comp. l'analyse opposée de M. Gaudrat : « La qualification du contrat de représentation (...) ne diffère pas de celle du contrat d'édition ; non seulement la qualification est la même, mais la structure du contrat est semblable. En effet, l'entrepreneur de spectacles s'oblige à un ouvrage déterminé qui n'est pas, ici, une fabrication d'exemplaires à distribuer, mais une représentation. Parce que, dans cet ouvrage, il n'est pas seulement *locateur* mais *exploitant* (il spéculé sur le résultat), il lui faut une cession de droit. Parce que, en tant qu'exploitant, il escompte tirer un profit personnel d'une activité commerciale, la délivrance à laquelle il s'oblige est tournée vers un *public* et non vers le *maître de l'ouvrage*. Parce qu'il est cessionnaire, il s'oblige à intéresser l'auteur proportionnellement, sauf cas d'autorisations gratuites d'exécution prévues par la loi, à *condition que ce soit stipulé par écrit*. Parce que, en tout état de cause, la cession est *non exclusive* (simple autorisation), la gratuité ne soulève ni disqualification du contrat de louage d'ouvrage (rémunéré par le droit cédé), ni objection au regard des principes appliqués au contrat d'édition. La *stipulation écrite* de l'intention libérale est seulement exigée, par application de l'article L. 131-2 du code de la propriété intellectuelle », Ph. Gaudrat, *Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*, sept. 2007 (spéc. n° 159). – Nous opposerons à cette analyse deux arguments. Le premier est l'absence d'obligation d'exploitation reconnue dans le cadre de ce contrat, mais il est vrai que celle-ci peut être stipulée. Le second, plus décisif, est que ce n'est pas tant l'obligation d'exploitation qui confère aux contrats d'édition et de production certains aspects de l'entreprise, les rendant irréductibles à une licence ou une cession, que le contenu de cette obligation. Ces contrats portent des obligations de faire : promotion, distribution (sous réserve du droit de distribution),

du moins quant à sa structure. L'absence de phase de commande d'une part, l'absence d'organisation d'une forme d'exploitation par le CPI d'autre part, font de cette convention une opération relativement sommaire, du moins dans son principe. Le contrat de représentation se réduit à des actes, généralement facultatifs, possiblement obligatoires, découlant directement de l'autorisation conférée par l'auteur ou ses ayants droit. Or, le contrat de représentation qui se borne à définir une autorisation d'exploiter s'identifie à l'autorisation qui le fonde ; à moins que la convention n'ajoute des obligations de faire dépassant les actes d'emprise résultants de la jouissance de l'œuvre, c'est-à-dire un véritable régime d'exploitation, le contrat de représentation demeure un contrat simple, prenant généralement la qualification de licence²²⁵³.

608. On rappellera cependant que si le contrat de représentation se confond avec l'autorisation qu'il contient, celle-ci n'est pas nécessairement une licence, car hors du domaine dramatique, elle peut constituer une cession *stricto sensu*, ou une forme innommée de mise à disposition. Le contrat peut aussi être gratuit, empruntant alors les qualifications conçues pour cette gratuité²²⁵⁴. Dans toutes ces hypothèses cependant, le contrat de représentation du CPI s'identifie à l'autorisation qu'il contient (cession, licence ou innommé) et dont il ne constitue qu'une modalité ne justifiant pas une qualification autonome. La réglementation du contrat de représentation (durée et domaine de l'autorisation) ne porte pas un cadre d'exploitation, mais aménage une autorisation. C'est cette généralité qui permettra l'application de cette qualification aux contrats de l'audiovisuel et du cinéma. On peut même se demander si, en dépit du vocabulaire employé, le schéma « simple » proposé par le CPI ne convient pas mieux aux contrats portant sur les œuvres audiovisuelles que sur les œuvres théâtrales. En effet, la représentation théâtrale affiche une complexité bien étrangère au régime prévu par le CPI.

609. Viendront en effet nuancer ce constat les différents actes que doit souscrire l'entrepreneur de spectacle pour mener à bien la représentation (conclusion de contrats avec les interprètes, metteur en scène, techniciens, etc.²²⁵⁵). Dans les faits, la mission de

initiative, etc. qui ne découlent pas directement d'actes d'emprise sur l'œuvre (reproduction – représentation) qui seuls, relèvent de l'autorisation donnée.

²²⁵³ V. *supra* n° 490.

²²⁵⁴ V. *supra* n° 180 et ss.

²²⁵⁵ L. de Gaulle, De la nature des relations juridiques entre les producteurs et les organisateurs de spectacles vivants, RIDA, 1993, n° 157, p. 59 : « Un lieu de représentation ainsi que le personnel nécessaire au bon fonctionnement de la salle, en ce compris la location de places, l'accueil, la billetterie, la régie, etc. sont les

l'entrepreneur de spectacles évoque parfois aussi bien celle d'un producteur – qui n'est pas sans rappeler celui d'un producteur audiovisuel²²⁵⁶ – que celle d'un organisateur de spectacles²²⁵⁷. Les deux tâches peuvent être assumées par des personnes distinctes, ce qui pose le problème de la détermination de la personne d'« entrepreneur de spectacles » au sens du CPI²²⁵⁸. Si la lecture du CPI fait du contrat de représentation une variété de licence, le contrat tel que pratiqué semble aller au-delà de la simple licence qu'il comporte.

β – Mise à disposition d'un support et qualification du contrat de représentation

610. Mise à disposition d'un support et qualification du contrat de représentation. L'article 27 de la loi du 11 mars 1957 définissait la représentation comme la « communication directe de l'œuvre au public ». Cette formulation ayant été remplacée par celle de « communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque » (loi du 3 juillet 1985), plus rien ne s'oppose à ce que l'œuvre puisse être représentée au sens du CPI par l'intermédiaire d'un support matériel. Parmi les contrats mettant en jeu un tel support, on trouve les contrats d'achat de droit de télédiffusion ou de location de films. Assimilés ou comparés au contrat de représentation, ils sont organisés autour d'une licence. S'identifient-ils pour autant à celle-ci ? Qualifier l'un ou l'autre de ces contrats en licence (ou concession) équivaut à « se demander s'il s'agit d'une forme de louage de choses au sens du Code civil »²²⁵⁹. La qualification ne fait pas de difficulté si l'on se concentre sur le principal, à savoir l'autorisation de représenter l'œuvre²²⁶⁰. Le débat ne présente pas d'originalité : on y

éléments nécessaires pour assurer les obligations mises à la charge de l'entrepreneur de spectacles par l'article L. 132-22. ». L'auteur cite : Cass. Com. 7 mars 1972, Bull. IV, n° 81 : « Mais attendu, d'une part, qu'ayant constaté que X..., qui organisait des spectacles payants, engageait une troupe, achetait des décors et des costumes, recherchait des salles pour le spectacle, frétait des camions pour transporter son personnel et ses décors sur les lieux des représentations, la cour d'appel en a justement déduit que ledit X... exploitait une entreprise de spectacles publics au sens de l'article 632 du C. com. ».

²²⁵⁶ M. Gautier notera que l'option portant sur le droit d'adaptation audiovisuelle, droit qui pourra être cédé à un producteur, rapproche la situation de l'entrepreneur de celle d'un éditeur littéraire. V. P.-Y. Gautier, Les droits de l'auteur d'une pièce de théâtre (du contrat de représentation), in *Droit et Théâtre, op. cit.*, spéc. n° 10.

²²⁵⁷ L. de Gaulle, art. préc., (spéc. p. 69).

²²⁵⁸ *Ibid.*

²²⁵⁹ J.-Cl. Contrats - Distribution fasc. 3140, C. Bernault – Contrat de distribution en salles, n° 35.

²²⁶⁰ Par ex. en matière de télédiffusion : M.-E. Laporte, art. préc. n° 67 : « Plus intéressant et plus spécifique au contrat d'achat est le droit de diffuser qu'acquiert l'organisme de télévision – c'est même là l'objet principal du contrat. Ce droit est toutefois affecté par une obligation : l'obligation qui est faite au diffuseur de respecter le droit moral de l'auteur. ». Or, nous savons que l'obligation de respecter le droit moral, liée à toute utilisation d'une œuvre, n'entre pas, du moins dans son principe, dans le champ contractuel et n'est pas de nature à affecter une qualification contractuelle. – V. également ce jugement intéressant : « Attendu qu'il ne peut cependant en

retrouve les points d'achoppement récurrents, autant d'arguments déjà combattus lors de l'identification de la licence en général²²⁶¹. Rappelons-les sommairement ici : l'impossibilité de louer un droit, argument tout aussi inexact qu'inutile si l'on voit dans l'œuvre une chose dépourvue de *corpus* ; l'absence d'obligation de restitution, ce qui confond l'élément qualifiant qu'est l'esprit de retour avec l'une de ses manifestations matérielles (la restitution d'un pré ou d'un domaine forestier à l'issue du bail n'emporte pas plus d'actes matériels pour le preneur que la restitution d'une œuvre concédée...) ; le caractère frugifère du film, argument qui omet le droit aux fruits du preneur et menace la notion même de bail d'exploitation. Enfin, on évoque l'exécution généralement instantanée des obligations, or l'argument est indifférent à la qualification de bail (le temps d'exécution de l'obligation réciproque ne devrait pas disqualifier l'opération). L'affirmation est d'ailleurs contredite par les faits : dans les contrats de télévision par la stipulation d'une durée d'autorisation de représentation assortie d'un nombre d'actes d'exploitation ; dans les contrats du cinéma par le choix de l'exploitant de salle de mettre un terme aux projections. Continue ou échelonnée, l'exécution du contrat, à durée déterminée ou indéterminée, est bien successive²²⁶². Tout ici concorde à la qualification de licence : caractère onéreux²²⁶³ et durée limitée de l'autorisation de représenter l'œuvre, brièveté (télévision) ou absence (cinéma) d'exclusivité, impossibilité de disposer du droit concédé, titularité de l'action en contrefaçon refusée au diffuseur.

611. Le support, essentiel mais accessoire. Cependant, ces contrats ne parviennent à leur objectif de représentation que par l'intermédiaire d'un support : « L'œuvre audiovisuelle naît reproduite »²²⁶⁴. La mise à disposition de ce support devra pénétrer dans le champ contractuel. La question qui nous intéresse en est la conséquence en matière de qualification. Usant de techniques et de terminologies différentes, les contrats du cinéma et de

être déduit que le diffuseur est le commanditaire de l'œuvre dans la mesure où ce diffuseur ne deviendra jamais titulaire de droits patrimoniaux sur l'œuvre, lesquels appartiennent au producteur qui ne fait que concéder au diffuseur un droit unique et limité dans le temps », TGI Paris, 17 nov. 2006, S. S. c. TF1 et *a.*, CCE 2007, Chron. 6, n° 12, obs. B. Montels. – Pour une autre illustration de la notion de concession : Cass. 1^{re} civ. 29 juin 1982 (*SA Gaumont C. Chloé Production et autres*), D. 1983, Jur. 33 obs. B. Edelman ; D. 1983 Somm. 99. obs. C. Colombet ; JCP 1982 II 19756 note R. Plaisant ; RTD Com. 1983, p. 435. Obs. H. Desbois.

²²⁶¹ Comp. reprenant les mêmes arguments pour faire du contrat de location de film un contrat innommé relevant de la cession : C. Bernault, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, 2003, n° 970 et ss. ; V. également, du même auteur : J-Cl., *op. cit.*, n° 28 et ss.

²²⁶² Sur ces notions, v. *supra* n° 360.

²²⁶³ *Cinéma* : la participation est en principe proportionnelle, exceptionnellement au forfait pour les petites salles. Le prix est déterminé par un taux prenant pour assiette le prix de vente des entrées, taux librement débattu mais encadré : v. art. L. 213-9 et ss. du CCIA. – *Télévision* : prix généralement forfaitaire (la consultation du RPCA donne une idée des montants pratiqués, v. <http://www.cnc-rca.fr/Pages/PageAccueil.aspx> consulté : 20/10/2011).

²²⁶⁴ G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, LGDJ 1957, t. 1, n° 229, p. 233.

la télévision offrent sur ces points des similitudes, au point que les traiter séparément semblerait artificiel²²⁶⁵.

Ainsi les contrats d'achats de droits de diffusion télévisuelle comportent-ils une clause dédiée à la fourniture du matériel, parfois complétée par des annexes spécifiant des données techniques²²⁶⁶. Le support pourra être prêt à diffuser (bande « PàD »)²²⁶⁷. Parfois, le diffuseur peut ne recevoir qu'un *master* et procéder lui-même à la reproduction, ce qui implique la licence de ce droit.

En matière cinématographique le film, notion, est traditionnellement compris dans son sens le plus matériel de support, par opposition à l'œuvre cinématographique²²⁶⁸. Cet élément de mise à disposition du support a longtemps justifié une disqualification de ces contrats (alors que la remise du manuscrit dans le contrat d'édition semble n'avoir que peu interrogé sa qualification).

Le contrat de location de films comme celui d'achat de droits, dotés d'une certaine complexité, seraient d'une double nature : plutôt que de « pures licences de propriété intellectuelle »²²⁶⁹, ils constitueraient un acte mixte ajoutant la mise à disposition du film, chose corporelle, à l'autorisation de représentation de l'œuvre. Dans le cadre du contrat d'achat de droits de diffusion télévisée, que l'on peut généraliser, M. Gautier, reliant ainsi le nouveau à l'ancien, évoque cette mise à disposition sous le terme de « *pacte adjoint* à la concession ». Quoique constituant les clauses d'un même *instrumentum*, les conventions

²²⁶⁵ Notant la similitude des schémas contractuels du cinéma et de la télévision, sous des dénominations différentes : C. Bernault, thèse préc., n° 995, p. 372.

²²⁶⁶ Contrat d'achat de droits de diffusion « Article 3 : Matériel : Afin de lui permettre d'exercer les droits cédés aux présentes, le Contractant mettra à la disposition de TPS CINEMA le matériel défini à l'annexe 1 qui devra être d'une qualité conforme aux normes de TPS CINEMA figurant à l'annexe 1. TPS CINEMA fabriquera à ses frais le matériel de diffusion à partir du master. La mise à disposition du matériel sera accompagnée de la fourniture du relevé de droits d'auteurs (notamment auteurs et compositeurs des musiques, et réalisateurs). Le Contractant donnera également accès à la version originale sous-titrée en langue française.

TPS CINEMA disposera d'un délai de 4 semaines à compter de la livraison du matériel pour notifier par écrit son acceptation ou son refus. Faute d'une telle notification dans ce délai, le matériel serait réputé accepté. En cas de master refusé par TPS CINEMA, le Contractant devra procéder, à ses frais, à son remplacement, dans le délai de 15 jours à compter de l'envoi de la notification de refus de TPS CINEMA.

TPS CINEMA disposera d'un délai de 4 semaines à compter de cette nouvelle livraison pour notifier par écrit son acceptation ou son refus. Faute d'une telle notification dans ce délai, le matériel sera réputé accepté. Si ces nouveaux matériels étaient de nouveau défectueux, TPS CINEMA aura le droit de refuser définitivement le matériel et de demander au Contractant un titre de remplacement ou le remboursement des droits du Programme dont le matériel est défectueux.

A l'expiration de la durée des droits de diffusion cédés, le matériel qui aura été livré à TPS CINEMA ou mis à sa disposition en prêt sera remis à la disposition du Contractant, étant entendu que le matériel de diffusion fabriqué par TPS CINEMA restera la propriété de TPS CINEMA.

Le Contractant assure à ses risques et périls et à ses frais, l'expédition du matériel et de la documentation visée à l'article 4, et TPS CINEMA les frais de réexpédition. ».

²²⁶⁷ V. par ex. C. Bernault, thèse préc., n° 989, p. 371.

²²⁶⁸ G. Lyon-Caen et P. Lavigne, t. 1, *op. cit.*, n° 229, p. 232.

²²⁶⁹ En ce sens, dernièrement pour la location de films : P. Kamina, *Droit du cinéma*, Litec, 2011, n° 215.

seraient donc distinctes²²⁷⁰. La qualification retenue en matière de télévision pour l'aspect « support » est celle d'un *commodat*²²⁷¹. Or, cette gratuité pourrait n'être qu'apparente, la rémunération stipulée couvrant l'ensemble des prestations dues²²⁷². Si gratuité il y a, elle est somme toute « intéressée ». Cette décomposition trouve cependant sa limite dans l'observation d'ensemble de ces conventions.

Ainsi, l'affirmation par cette doctrine d'une double nature juridique semble bien heurter l'affirmation tout aussi ferme du caractère *accessoire*²²⁷³ de l'aspect matériel du contrat²²⁷⁴. Or, il paraît plus cohérent de considérer que ce caractère accessoire doit emporter une qualification unitaire du contrat, par référence à son élément principal : « Lorsqu'un contrat est complexe, il n'a qu'une seule nature : la qualification est exclusive »²²⁷⁵. Ainsi, ce qui est *essentiel* peut n'être qu'*accessoire*²²⁷⁶.

Assez tôt, le contrat dénommé par une pratique ancienne « location de film » est donc conçu comme portant principalement sur l'œuvre cinématographique, siège principal de la valeur, cette concession ne faisant *qu'impliquer* la mise à disposition du support par le distributeur²²⁷⁷. C'est bien ce que suggèrent les conditions générales de location de films en salles de cinéma de 1935, auxquelles il est toujours fait référence²²⁷⁸. L'ambiguïté était donc levée bien avant la récente et juste nomination du contrat de location de film par l'article L. 213-14 du CCIA : « contrat de concession des droits de représentation cinématographique ». On rappellera que le droit de représentation défini à l'article L. 122-2 du CPI fait référence à la « communication de l'œuvre au public par un procédé

²²⁷⁰ P.-Y. Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D. 1989, Chron., p. 113, spéc. n° 7.

²²⁷¹ *Ibid.* En ce sens, v. également : M.-E. Laporte, Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, JCP G, 1991, I, 3540 p. 371. – En matière de cinéma, on évoque davantage la qualification de louage ; c'est cet aspect qui aurait donné son nom au contrat de location de films. Ainsi, MM. Lyon-Caen et Lavigne évoquent un tel rapprochement, mais sans trancher la question : « il y a bien des façons de donner à quelqu'un la jouissance matérielle d'une chose », G. Lyon-Caen et P. Lavigne, t. 2, *op. cit.*, n° 612, p. 186. – En faveur du prêt à usage : C. Bernault, thèse préc., n° 970 (cinéma) et n° 989 (télévision).

²²⁷² En ce sens : B. Montels, thèse préc., n° 115, p. 168.

²²⁷³ Ch. Hugon, thèse préc., n° 545, p. 363. Pour une étude détaillée du support comme accessoire du droit de représentation : B. Montels, Thèse préc., n° 107 et ss., p. 158 et ss.

²²⁷⁴ Contenant les deux affirmations de la double nature du contrat et du caractère accessoire de la mise à disposition du support : G. Lyon-Caen et P. Lavigne, t. 2, *op. cit.*, n° 611, p. 184 ; P.-Y. Gautier, article préc., spéc. n° 7.

²²⁷⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 11, p. 11.

²²⁷⁶ G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969, n° 137 et ss., p. 206 et ss. (spéc. n° 142). En ce sens, en notre matière : B. Montels, Thèse préc., n° 116, p. 169, note n° 558. – Sur la pluralité de sens attachés à la notion d'accessoire, v. également : J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM 1999, n° 208.

²²⁷⁷ En ce sens, notamment : C. Bernault, thèse préc., n° 970, p. 365, indiquant que la remise d'une copie n'est que le corollaire de « l'objet essentiel du contrat », qui est de permettre à l'exploitant de projeter l'œuvre. V. également, du même auteur : J.-Cl. préc., n° 26.

²²⁷⁸ V. les conditions générales de location de films en salles de cinéma du 1^{er} juillet 1935. Document tenant à la fois du contrat type et de la convention collective, elles restent la source essentielle, état des usages liés à la relation entre distributeur et exploitant de salle (en ce sens : B. Montels, thèse préc., n° 73, p. 107, document cité p. 329 ; v. P. Kamina, *Droit du cinéma*, *op. cit.*, n° 220, p. 152).

quelconque » : cet article illustre bien le caractère accessoire de l'éventuel support entrant dans la mise en œuvre du procédé de représentation. Ne suggère-t-il pas un même rang d'accessoire au stade de la mise en œuvre contractuelle du droit ? En cas de pluralité de contrats concourant à une même exploitation, la jurisprudence récente a pu recourir à une autre notion, celle d'indivisibilité. En l'espèce, un cour d'appel avait prononcé l'annulation d'un contrat emportant remise d'un support pour un franc symbolique (contrat dit d'achat de bandes sonores). L'auteur étant également lié par un contrat d'édition musicale et un contrat d'adaptation, l'arrêt est cassé : « Qu'en statuant ainsi sans rechercher si, même sans se référer au contrat d'édition, le contrat de cession ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible, de sorte qu'il ne pouvait être annulé pour absence de cause »²²⁷⁹.

612. Le caractère accessoire de la remise du support ne devrait pas, en toute logique, affecter la qualification, permettant de rallier les contrats d'achat de droits ou de location de films au contrat de représentation, et par là même à une licence comprise comme synonyme de bail. C'est donc au titre de la délivrance d'un accessoire que pourra être envisagée la mise à disposition du support²²⁸⁰, celle-ci suivant la délivrance de l'œuvre nécessairement dématérialisée. La dématérialisation annoncée des supports sera donc indifférente à la qualification de ces contrats²²⁸¹.

Privilégiant finalement la qualification de contrat de licence de droit d'auteur, MM. Lyon-Caen et Lavigne concluent : « (...) ce second aspect [relatif au support] du contrat doit rester l'aspect accessoire ; pour l'essentiel, le contrat de location de film n'est pas un contrat de location, mais un contrat de licence »²²⁸². Curieusement, en raison d'une conception « matérialiste » du contrat de location cantonnée au support, c'est la référence à la licence qui permet à ces auteurs d'écarter la qualification de location. Les obstacles du rattachement de la licence à la location étant écartés, c'est donc vers la qualification de

²²⁷⁹ Cass. 1^{re} civ. 13 juin 2006, n° 04-15.456, F-P+B, Sté Kapagama c. Poulet, D. 2007, n° 4, p. 277, obs. J. Ghestin ; D. 2006, AJ, p. 1819, obs. J. Daleau ; RTD Com. 2006, p. 593, obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE févr. 2007, comm. 20, Ch. Caron ; M.-A. Roux, Précisions sur les obligations de l'éditeur d'œuvres musicales d'illustration, *Légipresse*, n° 237, III, p. 238.

²²⁸⁰ Art. 1719 C. civ. v. B. Montels, Thèse préc., n° 108, p. 158.

²²⁸¹ En ce sens, C. Bernaut, thèse préc. n° 970, p. 365 ; *Contra* : P. Kamina, *Droit du cinéma*, *op. cit.* n° 215, p. 150, note n° 15.

²²⁸² G. Lyon-Caen et P. Lavigne, t. 1, *op. cit.*, n° 612, p. 186. La licence, à raison distinguée de la cession, est pourtant rapprochée par ces auteurs de l'usufruit. Rapp. avec P.-Y. Gautier, article précité.

licence ou de location, les termes pouvant être tenus pour équivalents, que s'oriente la qualification des contrats d'achat de droits de télédiffusion et de location de film²²⁸³.

2 – Contrat général de représentation et analogies

613. Exclusion, domaine de la recherche. Cette forme contractuelle a suscité une doctrine approfondie, nourrie par un abondant contentieux mettant principalement en jeu le droit de la concurrence²²⁸⁴. Son étude s'inscrit traditionnellement dans celle du mécanisme de la gestion collective, qui n'entre pas directement dans le cadre de cette recherche. Toutefois, on ne saurait justifier la négation d'une importante réalité contractuelle en arguant de la délimitation d'un domaine de recherche. Renonçant à l'exhaustivité, nous consacrerons donc quelques lignes au cas particulier de la qualification de la relation entre la société et l'utilisateur qui, en tant que contrat organisant l'utilisation d'une œuvre, intéresse bien notre sujet.

614. Définition. Faisant suite à la définition du contrat individuel de représentation, l'article L. 132-18 du CPI dispose : « (...) *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* ». S'ajoute à cette définition un élément qui, à défaut de renseigner utilement sur la qualification du contrat, confirme sa licéité : « *Dans le cas prévu à l'alinéa précédent, il peut être dérogé aux dispositions de l'article L. 131-1*²²⁸⁵ ». Le contrat général de représentation est donc présenté comme une dérogation au principe de prohibition de la « cession » globale des œuvres futures. Si l'on observe le schéma dans son ensemble, cette dérogation est en fait double : elle touche en amont l'auteur qui « apporte »²²⁸⁶ ses œuvres à la société de gestion collective, et en aval la relation entre cette même société et

²²⁸³ Sur ce rapprochement et citant d'autres tentatives de qualification, *Adde* : A. Virenque, Les contrats de diffusion télévisuelle de films cinématographiques, *in* : Ch. Debbasch et C. Gueydan (dir.), *Cinéma et télévision*, PUAM-Economica, coll. Droit de l'audiovisuel, 1992, p. 171.

²²⁸⁴ V. les références citées, *supra* n° 225.

²²⁸⁵ *Adde* : Article L. 321-2 CPI : « Les contrats conclus par les sociétés civiles d'auteurs ou de titulaires de droits voisins, en exécution de leur objet, avec les utilisateurs de tout ou partie de leur répertoire sont des actes civils ».

²²⁸⁶ V. *supra* n° 222 et ss., sur la qualification de cet « apport », qui d'une part ne correspond pas au schéma normal d'un apport en société, d'autre part relève, en dépit de l'esprit « fiduciaire » qu'on lui prête, de la qualification de licence.

l'exploitant qui opérera la communication des œuvres du répertoire au public²²⁸⁷. Il serait donc une application de ce qui est normalement interdit.

Pour s'assurer d'une lecture cohérente du texte, il importe de relever qu'ici, le terme « cession » doit être compris dans son sens le plus générique d'« autorisation », puisque la mise à disposition de l'œuvre à l'exploitant sera naturellement limitée dans le temps et non exclusive. Il n'y a donc pas de contradiction à appliquer à cette licence la levée de cette prohibition que la loi semble attacher à la « cession », dans la mesure où la « cession » du CPI – dont celle de l'article L. 131-1 – ne vise aucune qualification juridique précise²²⁸⁸. La situation ne souffre aucune ambiguïté : certaines règles impératives du CPI, favorables à l'auteur, s'appliquent tant à la cession qu'à la licence, et il doit en aller de même pour celles qui dérogent ponctuellement à ce principe de protection. Le principe d'interprétation *in favorem auctoris* des contrats d'auteur n'est d'aucun secours ici, faute de matière à *interprétation*.

615. Qualification. Ce contrat est une des principales et plus visibles manifestations du rôle des sociétés d'auteur (en particulier la SACEM), permettant une utilisation de masse des œuvres du répertoire par des utilisateurs aux profils très variés²²⁸⁹. Il débarrasse l'auteur de l'impossible gestion de chaque autorisation et – chose paradoxale dans un système réputé individualiste – il « participe ainsi de l'effectivité de son droit exclusif »²²⁹⁰. Ce contrat se situe donc en aval de celui par lequel l'auteur « apporte » ses œuvres à la société de gestion collective²²⁹¹. Liant la société de gestion à l'utilisateur « entrepreneur de spectacles », il permet de réaliser la communication de l'œuvre au public, contre un prix

²²⁸⁷ Sur ce constat : R. Savatier, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398, n° 78 ; H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 544, p. 660 ; en ce sens : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1079, p. 649. V. en ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 598, p. 453.

²²⁸⁸ Comp., considérant qu'il ne s'agit pas d'une véritable exception à la prohibition de la cession globale des œuvres futures, dans la mesure où le contrat général de représentation ne portera que sur des concessions : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 630, p. 677. En ce sens : Ch. Hugon, *op. cit.*, n° 695, p. 435.

²²⁸⁹ « En effet, le recours à la technique du contrat général répond à un besoin spécifique de certains utilisateurs, désireux d'avoir accès à l'ensemble d'un répertoire. Il en va ainsi notamment des théâtres, des radiodiffuseurs, des télédiffuseurs, des câblodistributeurs, mais aussi des établissements diffusant de la musique comme les discothèques, les cafés, les bals, les supermarchés, etc. Dès lors que la "consommation" d'un utilisateur d'œuvres de l'esprit peut être qualifiée de masse, il est naturel que lui réponde un mode de délivrance global, parfaitement collectif, des autorisations nécessaires : le contrat général de représentation ». F. Siiriainen, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1550, Théorie générale de la gestion collective. – Logique de droit exclusif de la gestion collective, n° 48.

²²⁹⁰ F. Siiriainen, J.-Cl. fasc. 1550, préc., n° 49 ; v. également, du même auteur, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, Thèse, Nice, 1999, *passim*.

²²⁹¹ Cette étape est également une dérogation au principe de cession globale des œuvres futures. – Sur la nature controversée de cet « apport », v. *supra*, n° 226 et ss.

forfaitaire indépendant de l'utilisation effective des œuvres²²⁹², autre exception au droit commun des contrats d'auteur. A ce titre, le système est parfois qualifié de « licence globale »²²⁹³, terme souvent employé pour les notions pourtant distinctes de « licence légale » ou « licence obligatoire »²²⁹⁴. L'opération est traditionnellement analysée en une « concession, à titre non-exclusif, du droit d'exploiter les œuvres du répertoire selon un ou plusieurs modes d'exploitation indiqués dans le contrat »²²⁹⁵.

616. Ce contrat relève, dit-on, d'un « schéma différent »²²⁹⁶ du contrat individuel de représentation. Mais relève-t-il pour autant d'une *qualification* différente ? M. Gautier évoque la vente d'une espérance dont l'antique illustration est la « vente au coup de filet »²²⁹⁷. Cependant l'aléa ici fait défaut²²⁹⁸, remplacé par la faculté d'utiliser le répertoire qui constitue la cause du prix dû. Ce qui est « casuel » dans le modèle de rattachement évoqué serait ici licitement « potestatif ». Encore ne s'agit-il que du contenu de l'autorisation plus que son exécution ; cette potestativité licite se logerait dans les choix du *créancier* de l'autorisation et non de son *débiteur*. En outre, plus que d'une vente, il s'agirait ici d'un louage de choses présentes et futures dont l'objet, le répertoire²²⁹⁹, est assorti d'une certaine indétermination²³⁰⁰. On considérera que si le contenu des œuvres composant le répertoire est

²²⁹² En matière d'audiovisuel, cette rémunération prend en considération le chiffre d'affaire global des chaînes de télévision. Sur le sujet : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 129, p. 146.

²²⁹³ Par ex. M. Ficsor, *Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins*, Rapport préparé par le Bureau international de l'OMPI : Droit d'auteur, 1989, p. 327 ; F. Siiriainen, J.-Cl., fasc. 1550, préc., n° 48 ; Ch. Hugon, *op. cit.* p. 428, note 1346.

²²⁹⁴ Il s'agit de mettre en œuvre les droits exclusifs de l'auteur, il ne s'agit donc pas de licence légale ou licence obligatoire (organisant un droit à rémunération) : « En règle générale, la doctrine s'accorde ainsi pour affirmer que les licences non volontaires ont été instituées par les législateurs en raison de l'absence de sociétés de gestion collective structurées, à même d'imposer des conditions d'autorisation sous forme de contrats cadres ou de contrats types négociés avec les utilisateurs ». F. Siiriainen, J.-Cl., fasc. 1550, préc., n° 48. On a également pu voir dans la gestion collective une « troisième voie » entre le droit exclusif de l'auteur et les licences obligatoires, v. R. Fernay, *Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur. Quelques réflexions sur le passé, le présent et l'avenir*, RIDA juill. 1984, p. 139 et 165.

²²⁹⁵ Ch. Hugon, *op. cit.*, n° 688, p. 431, pour une définition similaire, ajoutant qu'elle s'apparente à la licence : A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971, n° 186, p. 167 et n° 239, p. 215.

²²⁹⁶ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 754.

²²⁹⁷ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 630.

²²⁹⁸ C'est ce que l'on comprendra de cette objection : « Avec toutefois cette différence qu'ici le filet n'est pas au départ entièrement vide », M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 755, note n° 5.

²²⁹⁹ Sur la notion de répertoire : F. Siiriainen, J.-Cl., fasc. 1550, préc., n° 50.

²³⁰⁰ L'argument de l'indétermination de l'objet (art. 1129 C. civ.) a pu être invoqué, sans succès, par un exploitant de discothèque, v. Cass. 1^{re} civ. 23 juin 1987, n° de pourvoi : 85-16422, Inédit. L'entrepreneur reprochait à la cour d'appel « d'avoir implicitement mais nécessairement admis que le répertoire de la société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, dite S.A.C.E.M., à laquelle il était reproché de se refuser à la communication de ce répertoire, n'était pas déterminable, de sorte que les juges du second degré auraient violé l'article 1129 du Code civil en déclarant cependant valable les contrats imposés par la S.A.C.E.M. à la société ». Le pourvoi est rejeté : « s'il est exact que la S.A.C.E.M. est dans l'impossibilité de communiquer l'ensemble de

partiellement indéterminé, la notion même de répertoire et les usages qui y sont attachés sont quant à eux tout à fait déterminés.

617. Diversité des contrats généraux de représentation. La situation de la SACD doit être distinguée de celle de la SACEM. Rappelons que les apports réalisés en amont par l'auteur à ces sociétés ne sont pas une formule unitaire, leur nature dépendant largement de leur contenu fixé par le pacte social²³⁰¹ : les droits d'adaptation et de représentation théâtrale font l'objet d'un apport en gérance, alors que les droits correspondant à l'exploitation audiovisuelle se rapprochent, comme on l'a vu, d'une licence. Pour la première, s'agissant des « grands droits »²³⁰² (représentation théâtrale), un « traité général de représentation » ou « contrat d'abonnement » est passé entre l'entrepreneur (ou des organisations représentatives) et la SACD. Cette convention se double de « contrats particuliers » ou « individuels »²³⁰³ conclus entre celui-ci et l'auteur avec l'intervention de la SACD²³⁰⁴, elle-même étant bénéficiaire d'un simple « apport en gérance »²³⁰⁵. Le contrat général, « véritable charte des rapports des auteurs dramatiques et des théâtres, englobe à la

son répertoire préalablement à tout contrat, il n'est pas soutenu qu'elle refuse d'indiquer à ses cocontractants si telle ou telle œuvre fait partie de ce répertoire, de sorte (...) que le moyen doit être écarté ».

²³⁰¹ V. *supra* n° 231.

²³⁰² Sur cette notion et la différence de nature des apports à la SACD selon qu'il s'agit de « grands » ou de « petits » droits : v. *supra* n° 224.

²³⁰³ Définition du « contrat particulier » par la SACD pour le spectacle vivant : « Il s'agit d'un accord, établi par l'intermédiaire de la SACD, entre l'auteur ou les auteurs d'une œuvre et l'entrepreneur de spectacles qui désire la représenter. Cet accord matérialise l'autorisation. Il définit l'ensemble des conditions et garanties financières applicables à la représentation ou à la série de représentations (taux de perception, minimum garanti, dédit en cas de non-représentations...), lesquelles ne peuvent être inférieures aux conditions générales fixées par la SACD. Le contrat particulier est signé par l'ensemble des parties ». [http://www.sacd.fr/Glossaire.265+M578d1e7117e.0.html?&tx_sacdglossary_pi1\[letter\]=C](http://www.sacd.fr/Glossaire.265+M578d1e7117e.0.html?&tx_sacdglossary_pi1[letter]=C). (consulté : 20/10/2011).

Rappelons l'art. 2 – II des statuts de la SACD : « II - Dans le cadre de la gérance des droits d'adaptation et de représentation dramatiques, chaque auteur conserve le droit d'autoriser ou d'interdire la représentation de son œuvre, pourvu que l'autorisation donnée soit conforme aux présents statuts et aux traités généraux de la Société, laquelle demeure seule habilitée à transmettre les autorisations et interdictions ».

²³⁰⁴ Sur ce mécanisme : A. Schmidt, *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation*, LGDJ, 1971, n° 62, p. 58, n° 83 et ss., p. 77 et ss. et *passim* ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 622, p. 669 ; du même auteur, Les droits de l'auteur d'une pièce de théâtre (du contrat de représentation), in *Droit et Théâtre (Aix-en-Provence, 29 juin 2001)* Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationales, t. VI, PUAM, 2003, spéc. n° 7 ; N. Rouart, Gestion collective des œuvres théâtrales et des œuvres audiovisuelles de fiction, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 387. – Pour la diffusion télévisée, une pratique validée par le Conseil de la concurrence, permet de cumuler contrat général et contrat individuel permettant ainsi d'assurer une meilleure sécurité juridique à « l'accès au répertoire » de la SACD : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, op. cit.*, n° 131, p. 147 ; v. sur ce sujet, du même auteur, Thèse préc. n° 165, p. 223 et ss.

²³⁰⁵ Extrait du formulaire : « Demande d'autorisation de représentation – Exploitations professionnelles » de la SACD : « Le demandeur sollicite l'autorisation de représenter, sous forme de spectacle vivant, l'(les) œuvre(s) objet(s) de la présente dont l'(les) auteur(s) est / sont membre(s) de la SACD ou par elle représenté(s). Le demandeur déclare être informé des conditions d'autorisation et de perception figurant sur le site de la SACD (<http://www.sacd.fr>). L'autorisation est délivrée exclusivement par l'intermédiaire de la SACD ».

fois des prescriptions propres à la représentation de chaque œuvre – s’appliquant dans les relations entre l’auteur et le théâtre – et un dispositif d’ordre général définissant les obligations du directeur de théâtre vis-à-vis de la SACD stipulant au nom de la profession qu’elle représente »²³⁰⁶. La situation évoque alors le *contrat-cadre*, si ce n’est que les contrats d’application ne seront pas conclus avec la même personne²³⁰⁷. Rappelons à cet effet que « la convention d’abonnement ne confère aucunement au directeur de théâtre le droit de représenter les œuvres du répertoire de la SACD. Elle lui permet seulement de contracter à cet effet, avec n’importe quel membre de la société »²³⁰⁸. Cette autorisation de contracter n’est donc pas une licence, encore moins une cession partielle ; elle s’inspire du mécanisme du contrat-cadre, ce qui ne sera pas indifférent lorsqu’il s’agira de déterminer le prix des contrats d’application²³⁰⁹.

Cette qualification semble moins pertinente s’agissant de la SACEM, bénéficiaire en amont d’une véritable licence de la part de l’auteur²³¹⁰. Le contrat général qu’elle propose donne naissance à une faculté de représenter (et non de « contracter ») ne nécessitant pas l’autorisation supplémentaire de l’auteur. Le contrat général de représentation proposé par cette société apparaît comme un seul et unique contrat susceptible d’exécution échelonnée, et non comme une convention cadre organisant la conclusion de contrats ultérieurs et distincts²³¹¹.

L’activité d’une société de gestion peut évoquer encore l’abonnement, la notion de service, voire celle de louage d’ouvrage²³¹². En pareil cas, celui qui fournirait ce service est celui qui met à disposition la chose, à savoir l’œuvre, ce qui constituerait un retour au schéma

²³⁰⁶ A. Schmidt, *op. cit.*, n° 46, p. 49. Par ex. : taux des droits, assiette, modalités de réception de l’œuvre, délais et conditions de représentation de la pièce...

²³⁰⁷ En ce sens : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 622 et art. préc.

²³⁰⁸ A. Schmidt, *op. cit.*, n° 47, p. 49. L’auteur constate que cette situation pourrait ne pas correspondre avec la définition légale du contrat général de représentation (citée *supra*). La difficulté est cependant écartée : la « faculté de représenter » consistant en « la possibilité de contracter avec ses adhérents pour la représentation de leurs œuvres. » (*Ibid.* n° 62, p. 58). En ce sens : N. Rouart, *Gestion collective des œuvres théâtrales et des œuvres audiovisuelles de fiction*, art. préc., v. spéc. p. 390.

²³⁰⁹ V. *infra* n° 799 (*in fine*) – V. cette application : Cass. 1^{re} civ. 25 janv. 2000, Éric Barlet c. Fehrat Temal et Gilles Bougeault, RIDA, 4/2000, p. 267 ; JCP E, 2002, 223, obs. A. Ratovo.

²³¹⁰ V. *supra* n° 231.

²³¹¹ V. en ce sens cette analyse de Mme Rochfeld, soulignant le « risque de confusion que pourrait occasionner la conception d’un contrat s’organisant, dans l’hypothèse où il est divisible, en tranches d’exécution à équilibre partiel. Rappelant une pluralité de contrats juxtaposés, indépendants les uns des autres, cette conception pourrait être source de confusion avec le contrat-cadre. Or, les deux notions ne se rejoignent pas : le second est « préalable » et « laisse à d’autres contrats le soin de réaliser l’objectif » des parties et requiert de ces dernières qu’elles donnent un second consentement à des contrats d’application ; le premier « fait naître des obligations dès sa formation, quand bien même leur exigibilité est repoussée, sans nécessité de nouveaux consentement ou contrat », J. Rochfeld, *Les modes temporels d’exécution du contrat*, RDC, janv. 2004 n° 1, p. 47, n° 19 ; v. J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996, v. not. p. 3, p. 10 et p. 145.

²³¹² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 617, et art. préc. ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 755.

normal du contrat d'entreprise²³¹³. Cependant, l'élément « location » semble bien constituer le principal du contrat : si l'on se concentre sur le rapport entre exploitant et société de gestion, et non sur la mission d'ensemble de la gestion collective, ce contrat « final » organise avant tout la jouissance locative d'œuvres. L'existence d'une faculté plutôt que d'une obligation, et le fait que l'usage ne portera en fait que sur une infime fraction d'un répertoire au contenu changeant, ne devraient pas intervenir dans ce choix de rattachement.

618. Rapprochements : contrats de location d'ensemble, de préachat et d'output deals. Les contrats *individuels* de représentation d'œuvres audiovisuelles connaissent plusieurs déclinaisons. Notons ainsi la pratique de la « location d'ensemble », ainsi nommée car elle intervient sur plusieurs œuvres existantes²³¹⁴. Pour le reste, elle porte le même contenu que le mal nommé contrat d'« achat » de droits. Voici une illustration du peu de fiabilité dont font parfois preuve les nominations accomplies par la pratique.

L'achat de droits de diffusion télévisée étudié plus haut comme une application du contrat « simple » de représentation est de plus en plus fréquemment un « préachat », lorsque l'œuvre concernée n'est pas encore réalisée. Ce contrat devient alors un important instrument de financement, notamment de la production cinématographique, par le diffuseur télévisuel²³¹⁵, qui s'assure ainsi de l'obtention préalable du droit de diffusion de l'œuvre à produire. Si tous deux sont souvent regroupés sous la notion de « prévente », le préachat se distingue pourtant de la coproduction avec achat de droits, autre formule par laquelle le diffuseur, en contrepartie de deux contributions distinctes²³¹⁶, double les droits attachés à la qualité de producteur d'une concession des droits de télédiffusion²³¹⁷. Ce dernier contrat s'analyse en une « concession par anticipation à laquelle est combinée un contrat d'entreprise »²³¹⁸. La qualification de coproduction devrait emporter en sus celle de société en participation, étant rappelé que le simple financeur ne peut être assimilé à un coproducteur. Qu'elles portent sur un lot ou sur une œuvre future, ces conventions ne sont donc pas originales.

²³¹³ Comp. le contrat d'édition, dans lequel la mise à disposition est le fait du « maître d'ouvrage ».

²³¹⁴ Convention née du cinéma et transposée à la télévision. Liant le producteur au diffuseur, elle sera conclue entre ce dernier et une société gérant un « portefeuille de droits audiovisuels ». B. Montels, Thèse préc., n° 138.

²³¹⁵ Particularité française, la télévision est l'un des principaux acteurs du financement de la production cinématographique (plus de 40%), en ce sens : F. Balle, *Médias & sociétés*, 14^e éd., Montchrestien, 2009, n°138.

²³¹⁶ Dites « part producteur » et « part antenne ».

²³¹⁷ V. B. Montels, Thèse préc., n° 137. L'auteur note que cette formule devrait décliner en raison des règles favorisant la production indépendante, que nous avons évoquées, v. *supra* n° 602.

²³¹⁸ *Ibid.*

619. Participant de ces formules et empruntant leurs finalités, une figure proche évoquera le contrat *général* de représentation, certes indépendamment du régime évoqué et à moindre échelle. Le contrat d'*output deal* est une forme de contrat d'achat de droit de plusieurs œuvres non encore réalisées²³¹⁹. Sous réserve de l'intervention des sociétés de gestion, il est conclu entre un producteur et un télédiffuseur, et dans le cadre du cinéma entre un producteur et un distributeur. Généralement qualifié de contrat innommé²³²⁰, il apparaît plus vraisemblablement comme une déclinaison du contrat d'achat de droit, si ce n'est que la chose « achetée » – en réalité louée, comme on l'a rappelé – est future. Ce contrat se rapproche donc du contrat général de représentation, en particulier lorsqu'il porte sur un catalogue d'œuvres²³²¹.

L'inadéquation de la règle de prohibition des « cessions » globales d'œuvres futures apparaît en obstacle éventuel, sans le secours de l'exception posée pour le véritable contrat général de représentation. Répliquera-t-on qu'il ne s'agit ici que de licences ? Nous avons justement noté l'artifice consistant à limiter la prohibition aux cessions *stricto sensu* et à l'exclure des concessions, dans la mesure où le terme de cession est ici employé par le CPI dans son sens générique. M. Montels expliquera que la prohibition ne fait pas obstacle à la cession ou concession d'œuvres à créer dont les contours sont déjà précisés, ce qui n'est manifestement pas toujours le cas, parfois au plus grand risque du diffuseur²³²². Peut-être cette prohibition devrait-elle suivre le même sort que d'autres dispositions du CPI, conçues en vue de la protection de l'auteur, appelées à céder lorsque cet intérêt n'est plus directement en jeu, et *a fortiori* lorsqu'il n'est pas partie au contrat.

620. Conclusion du paragraphe. Au cours de cette analyse, il est apparu que les principaux contrats d'exploitation figurant au CPI (édition, production audiovisuelle, commande pour la publicité et représentation) empruntent aux formules du droit civil des pans entiers de leur contenu. Rien d'étonnant à cela, dès lors que pour exploiter une œuvre, il faut mettre à disposition, donner ou faire. Si l'on admet que la qualification s'opère parfois, ou se corrige, selon une démarche largement intuitive²³²³, le rattachement des contrats du CPI

²³¹⁹ B. Montels, *op. cit.*, n° 138.

²³²⁰ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 575 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 624.

²³²¹ M. Montels n'hésite pas à y voir des contrats « généraux » de représentation : B. Montels, Thèse préc., n° 139, p. 193. – Sur le mode de la comparaison : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 626 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.* n° 758.

²³²² B. Montels, Thèse préc., n° 139 ; V. aussi les développements détaillés sur les mécanismes tirés du droit commun des obligations destinés à assurer une plus grande sécurité aux parties, n° 140 et ss.

²³²³ J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 11, p. 22 ; Comp. J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255, n° 25 :

aux contrats du Code civil, qu'il soit « exclusif »²³²⁴ ou « distributif »²³²⁵, ne heurte pas frontalement cette intuition. Cependant, au terme d'une analyse approfondie, aucun des rattachements disponibles ne s'avère suffisant : s'il porte effectivement sur une chose et sur un service, le contrat d'exploitation est davantage qu'une vente, qu'un bail, qu'un contrat d'entreprise ou de mandat. Il est vrai cependant que les contrats de représentation, tels que décrits par le CPI, tranchent avec cette complexité ; les obligations s'ajoutant à la mise à disposition temporaire de l'œuvre ne parviennent pas toujours à les différencier d'une licence, simple contrat d'autorisation. Intégrant une licence, et plus rarement une cession contrairement à l'opinion admise, les contrats d'exploitation du CPI, par l'alliage de matériaux familiers, assimilables à divers contrats spéciaux, plus exactement à leurs composantes essentielles²³²⁶, développent un contenu qui leur est propre. Seule leur nomination par le CPI les fait échapper à l'innommé. La licence trouve-t-elle à s'illustrer dans le cadre d'opérations non légiférées ?

§ 2 – La licence et la qualification des contrats d'exploitation innommés

621. Plan. Devant la difficulté à classer ce qui relève du nommé ou de l'innommé, n'est-ce pas la teneur de ces catégories qui est en cause ? Appréhender les contrats innommés du droit d'auteur susceptibles d'accueillir une licence n'est pas faire œuvre inédite : à des classifications proposées (*I*), nous opposerons une classification tenant compte de la distinction nécessaire entre les contrats se bornant à autoriser l'exploitation de l'œuvre et ceux qui organisent un cadre d'exploitation dépassant les simples attentes d'un licencié ou d'un cessionnaire (*II*).

« En présence de notions à contenu variable et de fréquentes imprécisions de la qualification, l'appréciation subjective et les choix d'opportunité conduisent à corriger les termes du raisonnement pour en modifier le résultat et parvenir à la solution qui paraît préférable. ».

²³²⁴ Si l'on considère par ex. que le contrat de production audiovisuelle est une forme de vente ou de location (l'auteur cède ou concède son œuvre à charge pour le producteur de l'exploiter).

²³²⁵ Si l'on considère que ce contrat relève autant de la location (l'auteur met à disposition son œuvre) que de l'entreprise (l'auteur réalise sa contribution à l'œuvre, le producteur initie, organise, promeut ...).

²³²⁶ « Les combinaisons contractuelles issues de la pratique associent moins des contrats nommés que les opérations élémentaires qu'ils mettent en œuvre » P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, n° 825 (spéc. p. 832).

I – Typologies proposées

622. Classification existante. Rendre compte du phénomène de l'innommé dans la diversité de ses manifestations consiste précisément à le classifier. Ce qui est innommé ne l'est pas du fait d'une essence spécifique de l'objet étudié qui le rendrait « innommable », mais en raison d'un défaut, parfois temporaire, d'intervention de la source de nomination²³²⁷. Comment présenter en catégories ce qui est censé, précisément, échapper aux catégories ? Parmi les principales tentatives, déjà entrevues²³²⁸, celle de M. Terré, tripartite : l'innommé alliage, décomposition et création. Citons également la division de Mme Grillet-Ponton, qui distingue l'innommé typique ou atypique²³²⁹. Réussissant une intéressante combinaison de ces modes de classement en les adaptant à notre matière, Mme Blanc distinguera les créations absolues (contrats *sui generis*) d'une part, les créations relatives d'autre part, au sein de ces dernières : l'innommé décomposition ou innommé alliage²³³⁰. L'auteur démontre cependant que les cas d'innommé sont rares en droit d'auteur, où l'imagination des praticiens, quoique féconde, est vite encadrée, si ce n'est par la loi impérative, du moins par la largesse des catégories existantes. Nommé ou innommé, tout dépendra en fait de l'étendue de la convention la plus proche. Parmi les « créations absolues » qui tiennent à des modes d'exploitation inédits, l'auteur cite : le contrat d'adaptation, d'exploitation de personnages issus d'une œuvre de l'esprit (*character merchandising*), l'insertion d'une œuvre préexistante dans une œuvre nouvelle, l'exploitation d'œuvres numérisées, et enfin les licences libres. Ces opérations se distinguent, selon l'auteur, des contrats innommés réalisant des « créations relatives ».

623. Ainsi, reprenant des éléments de la typologie établie par M. Terré, Mme Blanc constatera que la « décomposition »²³³¹ du droit mis à disposition est inapte à créer de l'innommé en droit d'auteur²³³². En effet, soit cette décomposition est indifférente, le contrat

²³²⁷ Ce qui signifie que le *sui generis* est une catégorie juridique transitoire, « opérante mais temporaire » car l'intervention de l'autorité normative en fera une catégorie nommée. M. Painchaux, La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? RRJ, 2004-3, p. 1567, spéc. n° 23. Nous avons constaté tout le paradoxe exprimé par une importante doctrine à tenir pour « *sui generis* » les contrats d'exploitation du droit d'auteur pourtant nommés par le CPI (v. *supra* n° 518 et ss.).

²³²⁸ V. références citées *supra* n° 519.

²³²⁹ V. références citées *supra*.

²³³⁰ N. Blanc, *op. cit.*, n° 108 et ss.

²³³¹ Décomposition consistant à « cisailer » le contrat, opération dont il résulterait l'originalité de la convention. V. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 604.

²³³² N. Blanc, *op. cit.*, n° 117.

restant nommé²³³³ ; soit – mais ces hypothèses ont-elles encore un sens en droit d’auteur ?²³³⁴ – la décomposition fait échapper totalement le contrat au cadre envisagé. La généralité du contrat de représentation en fait un cas à part : entrent en son sein les conventions d’achat de droit et de location de film ainsi que leurs différentes modalités.

En revanche, poursuit Mme Blanc, dans cette même idée de décomposition génératrice d’innommé, des éléments essentiels pourraient être supprimés, affectant ainsi les qualifications nommées du CPI (comme l’obligation d’exploitation du contrat d’édition ou de production)²³³⁵. Mme Blanc constate justement que dans ces cas, le contrat devient une cession ou une licence pure et simple²³³⁶. Mais cette analyse très fine ne se risque-t-elle pas à quelque contradiction, lorsque l’auteur voit dans ces contrats des manifestations de l’innommé ? Certes, l’opération de cession ou de licence « pure et simple » ne pourrait être assimilée au contrat d’édition ou de production du CPI. Rien d’innommé pourtant à ces formules, que nous avons rattachées aux opérations du Code civil.

Autre point souligné par Mme Blanc, la suppression de la rémunération, comme on l’a vu, ne remet pas en cause les qualifications du CPI, avec pour exception le cas marginal du contrat de commande pour la publicité, dont la « cession » est explicitement subordonnée à la définition d’une rémunération distincte pour chaque mode d’exploitation²³³⁷.

Enfin, comme nous l’avons souligné, la suppression de la phase de commande disqualifie le contrat de commande pour la publicité, et constitue un élément d’originalité dans le contrat de production audiovisuelle.

A l’inverse, l’innommé peut résulter d’un « alliage ». Cependant, la commande venant s’ajouter en préalable au contrat d’édition, de cession ou de licence pure et simple n’a pas vocation à le disqualifier²³³⁸. En effet, l’alliage – mode de création de l’innommé selon M.

²³³³ Par ex. soustraire tel mode d’exploitation au contrat d’édition, de représentation, de production audiovisuelle où le cas est d’école cependant.

²³³⁴ Par ex. exclure l’exploitation audiovisuelle d’un contrat de production audiovisuelle, le changement de la destination publicitaire dans le contrat de commande pour la publicité.

²³³⁵ N. Blanc, *op. cit.*, n° 120.

²³³⁶ Avec une nuance cependant : Mme Blanc considère que la stipulation d’une exclusivité ou d’une rémunération proportionnelle suscite une obligation d’exploiter (arguments que nous discuterons plus loin), les contrats se rattacheraient donc aux contrats d’édition ou de production audiovisuelle. Ainsi, « seules les concessions non exclusives prévoyant une rémunération forfaitaire ou ne prévoyant aucune rémunération se distinguent du contrat d’édition et constituent des contrats innommés » (N. Blanc, *op. cit.*, n° 125).

²³³⁷ Pour ce dernier la rémunération fait figure d’élément essentiel (art. L. 132-31 CPI) ; en ce sens, N. Blanc, *op. cit.*, n° 127.

²³³⁸ Cette question n’intéresse qu’indirectement notre sujet, le contrat de commande n’étant pas, en tant que tel, un contrat d’exploitation du droit d’auteur. – Pour la démonstration de l’indifférence de l’adjonction d’une phase de création au contrat, v. N. Blanc, *op. cit.*, n° 139. Cet auteur constate que le débat n’est pas tranché : la qualification pourra être unitaire, si l’on considère que le contrat d’auteur n’est qu’assorti d’une clause relative à la création de l’œuvre, ou mixte lorsque les deux opérations apparaissent distinctes (N. Blanc, *op. cit.* n° 139). La doctrine se prononce majoritairement pour une qualification distributive, distinguant les deux opérations

Terré – ne se comprend pas du simple fait de « mélanger les stipulations de deux contrats nommés »²³³⁹. L'innommé se révèle dans la naissance, par cet alliage, d'« un élément nouveau singulier »²³⁴⁰. La juxtaposition d'une commande et d'une cession ou d'une licence pourra aboutir à la catégorie plus large de l'acte mixte, donnant lieu à une qualification distributive ou unitaire qu'emportera la considération de l'élément principal : « l'un des emprunts colore l'ensemble de l'acte »²³⁴¹. Dans la mesure où la commande, assortie ou non d'une cession, n'entraîne pas d'obligation de publier, mais celle de payer le prix convenu²³⁴², l'auteur en quête de notoriété aura tout intérêt à plaider la qualification d'édition. Dans ce dernier contrat, portant alors sur une chose future, la clause justifiant avec légèreté le refus de publier apparaîtra comme une condition potestative, le débiteur se dispensant arbitrairement d'exécuter la prestation promise. En revanche, dans le cadre d'une commande, la clause apparaîtra valable. Elle prendra la forme d'une clause de dédit ou « option », c'est-à-dire d'une promesse unilatérale de vente ou de bail consentie par l'auteur au profit de l'exploitant dans laquelle une certaine forme de « discrétionnaire » est admise²³⁴³. On peut néanmoins reprocher le caractère artificiel de cette distinction entre dédit et condition, emportant pour l'auteur des conséquences opposées dans des situations de fait identiques. Aussi la jurisprudence a-t-elle prononcé la nullité pour potestativité de clauses d'agrément laissant la décision d'exploiter à l'arbitraire du débiteur de cette exploitation²³⁴⁴. Il y a quelque artifice encore à distinguer le sort de la commande et celui de la « cession », dans la mesure où la commande n'a d'autre but que de fournir à l'éditeur une œuvre à éditer. Cette pratique de l'*option* fait l'objet de critiques de la part d'organismes chargés des intérêts des auteurs²³⁴⁵.

(bien qu'elles puissent être liées par ailleurs) : S. Denoix de Saint-Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 1999, n° 91 p. 40 ; S. Raimond, *op. cit.*, n° 86 et n° 92.

²³³⁹ F. Terré, Thèse préc., n° 605, p. 481.

²³⁴⁰ *Ibid.*, n° 606, p. 482.

²³⁴¹ *Ibid.*

²³⁴² Par ex. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 648.

²³⁴³ S. Denoix de Saint-Marc, Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir du contrat de commande, RIDA 1999, n° 1 janv., p. 3 ; du même auteur : Thèse préc., n° 528 et s. ; N. Blanc, *op. cit.*, n° 139.

²³⁴⁴ CA Paris 1^{re} Ch., 5 mars 1986, TF1 c. R. Huyghe et M. Droit, RIDA, juill. 1986, n° 129, p. 163. La cour devait se prononcer sur la validité d'un contrat de commande d'un texte destiné à être télédiffusé sous la forme d'une série de documentaires. La chaîne de télévision qui avait finalement renoncé au tournage et de ce fait privé d'objet la commande des textes, invoqua une stipulation contractuelle lui permettant « de refuser l'œuvre si elle ne lui (convenait) pas ». La cour releva le caractère potestatif de la clause et prononça la résolution du contrat dans son ensemble. En ce sens pour un contrat d'édition stipulant que l'éditeur « se réserve le droit d'apprécier, lors de la remise du manuscrit, si (l'œuvre) convient bien au public et aux buts visés ». Bien que la référence faite au « public » soit de nature à tempérer l'unilatéralisme de la décision de l'éditeur, la cour de Paris juge que la clause conférait à l'éditeur « le droit de décider seul et sans aucun contrôle ce qui convenait, ou non, au public », CA Paris 1^{re} ch. A, 25 avril 1989, Anagramme c. Provost, RIDA, janv. 1990, p. 314. D. 1990, Somm. p. 58, obs. C. Colombet ; RTD civ. 1989, p. 284. obs. Mestre.

²³⁴⁵ V. cet exemple de clause d'option : « Article IV - Option en faveur de l'éditeur - L'auteur consent à l'éditeur une option en vue de l'acquisition du droit d'éditer et de vendre l'ouvrage qu'il aura élaboré en application de

L'ajout d'une prérogative non nécessaire à la réalisation de l'objet du contrat tel que le CPI le conçoit (par exemple la concession du droit de représentation dans le contrat d'édition) apporte une certaine « complexité au contrat ». Néanmoins, nous avons constaté que le jeu de l'accessoire n'emportera pas en principe de requalification : « Reproduire une chose, ce n'est pas seulement concevoir un support matériel, c'est aussi permettre son accès par le biais d'exemplaires dématérialisés »²³⁴⁶. Nous constatons précédemment que la notion de « fabrication » siégeant au régime du contrat d'édition ne coïncidait pas exactement avec la notion de reproduction. Dans le cadre de l'exemplaire dématérialisé, cette « fabrication » va d'ailleurs au-delà de cette prérogative nécessitant le droit de représentation. En revanche, la réunion dans un contrat du droit de reproduction et du droit de représentation peut dépasser une relation d'accessoire à principal et justifier une nouvelle qualification : il en va ainsi du contrat de mise en ligne d'œuvres protégées²³⁴⁷, du moins lorsque l'examen de ses modalités ne permet pas de relever une simple adaptation du contrat d'édition.

624. On ne peut que souscrire à l'esprit de ces classifications, trop sommairement évoquées ici, selon lesquelles le contrat de droit d'auteur – la métaphore est permise²³⁴⁸ – peut être *inédit* ou ne constituer qu'une *adaptation* d'un contrat nommé, par ajout ou soustraction d'éléments qui le composent. Cette distinction, qui reste un outil précieux d'analyse, conduit pourtant à voir dans des licences ou des cessions pures et simples, fruits de la décomposition de contrats d'exploitation du CPI, des contrats innommés, ce qu'elles ne sauraient être²³⁴⁹.

l'article 1 ci-dessus. L'option ainsi offerte à l'éditeur est valable pendant un délai de trois mois à compter de la remise du manuscrit définit par l'auteur.

Article V – Acceptation de l'éditeur - Si l'éditeur lève l'option, il devra, dans le délai imparti, informer l'auteur de sa décision d'éditer l'ouvrage. Le contrat d'édition et le contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle ci-après entreront alors en vigueur. Dans cette hypothèse, la rémunération perçue par l'auteur constituera une avance minimum garantie sur droits d'auteur.

Article VI – Refus de l'éditeur - Si l'éditeur renonce à lever l'option dans le délai prévu, l'auteur disposera en toute liberté du droit d'exploiter son ouvrage, et la première somme reçue au titre de l'article II ci-dessus (acompte) lui restera acquise. Toutefois, si l'auteur cède ce droit à un tiers, il devra, avant la publication du nouvel ouvrage, rembourser à l'éditeur la rémunération perçue et, à cet effet, déléguer à celui-ci ses droits d'auteur, y compris toute avance sur droits d'auteur, jusqu'à concurrence de cette somme. ». Cité in *Livre blanc pour la relance de la politique culturelle, Tome 1 Propriété Intellectuelle*, Commission pour la Relance de la Politique Culturelle : ACOF, AFD, ANJRPC-FREELENS, CAAP, FASAP FO, FRAAP, Fédération SAMUP, Qwartz, SAIF, SAMUP, SNTD, SNEA-UNSA, SNLA FO, SNM FO, SN2A FO, SNJ, SNSP, SPEDIDAM, UMJ, UNPI, UPC, p. 150. <http://www.crpc.free.fr/C.R.P.C/index.html> (consulté : 20/10/2011).

²³⁴⁶ N. Blanc, *op. cit.*, n° 138.

²³⁴⁷ V. *infra*, n° 637.

²³⁴⁸ Elle n'est certes pas de notre fait : Mme Blanc évoque le « plagiat » de ces conventions qui, sous une apparente originalité, se rattachent aux catégories préexistantes, N. Blanc, *op. cit.*, n° 108.

²³⁴⁹ Cette conclusion est soutenable si l'on suit la thèse de Mme Blanc distinguant la nomination en droit d'auteur de la nomination en droit civil. Cependant nous avons eu l'occasion de montrer que cette présentation était peu convaincante, un contrat ne pouvant être simultanément nommé dans une discipline et innommé dans

Appliquées à notre matière du moins, ces distinctions paraissent davantage au service d'elles-mêmes que de la connaissance des contrats d'auteur. Aussi leur préférera-t-on la distinction qui sous-tend notre thèse dans son ensemble : le contrat portant autorisation d'une part, le contrat organisant l'exploitation d'autre part.

II – Typologie retenue : les contrats innommés au regard de la distinction entre contrat d'autorisation et contrat d'exploitation

625. Plan. L'étude de la nature juridique de l'autorisation d'utiliser une œuvre a conduit à distinguer la licence de la cession. Elle s'appuie sur une méthode de lecture des contrats du droit d'auteur distinguant, en termes de qualification comme de régime, l'autorisation d'exploiter l'œuvre, contrat simple, du contrat complexe visant, au moyen d'une autorisation, à organiser une exploitation de l'œuvre. L'autorisation (cession ou licence) est appelée à intégrer un contrat d'exploitation (édition, production...); elle peut également exister de manière autonome, en qualité de contrat spécial. La question de savoir si l'on a affaire à un véritable contrat innommé ou à l'adaptation d'un contrat nommé se posera, le cas échéant, au sein de ces catégories. Le contrat de droit d'auteur se bornant à une autorisation d'exploiter est-il susceptible d'emprunter des voies inédites et de donner lieu à l'innommé (*A – Contrats innommés d'autorisation, une catégorie insondable ?*) ? Si une réponse positive est envisageable, la principale source d'innommé tient dans les contrats qui organisent une exploitation de l'œuvre, et ne se réduisent pas à l'autorisation – généralement la licence – qu'ils comportent (*B – Contrats innommés d'exploitation et adaptations de contrats nommés*).

A – Contrats innommés d'autorisation, une catégorie insondable ?

626. Plan. Cession ou licence « pures et simples », les contrats se limitant à autoriser l'exploitation des utilités concédées ont vocation à se rattacher à ceux du Code civil, ce qui limite la possibilité d'innommé (*1 – Les contrats d'autorisation, généralement rattachables aux catégories du Code civil*). Une illustration de cette situation se trouve dans

une autre. Une fois la source de nomination choisie (seule la loi pour certains, la jurisprudence ou une pratique constante pour d'autres), son pouvoir de nomination devrait être uniforme. La nomination opérée par le Code civil est donc de même valeur (à défaut d'avoir la même portée symbolique) que la nomination opérée par toute loi, qu'elle soit ou non codifiée.

les contrats d'autorisation portant sur les droits d'adaptation (2 - *Illustration : les contrats portant sur le « droit d'adaptation »*).

1 – Les contrats d'autorisation, généralement rattachables aux catégories du Code civil

627. La « cession atypique » du CPI. Nous le constatons en première partie de ce travail, la « cession » du CPI, plus qu'une qualification contractuelle bien définie, désigne un ensemble d'opérations au contenu et à la nature variable. Après analyse de leur contenu, nous avons montré que certaines répondaient fidèlement aux canons du commerce des choses : bail (licence) et vente, et par extension contrat à effet réel (cession *stricto sensu*). D'autres n'entraient dans aucune catégorie préexistante : ainsi en est-il de l'autorisation définitive et non exclusive (souvent sans transfert de la titularité de l'action en contrefaçon, ni faculté de disposer librement du droit). Cette formule, qui est à même d'intégrer le contrat de représentation, peut aussi exister à l'état pur, c'est-à-dire en tant que contrat d'autorisation.

Ces « cessions » sont souvent le fait de pratiques anglo-saxonnes, abusivement traduites en termes de « licences », alors qu'elles ne relèvent d'aucune de ces catégories. Citons par exemple la pratique importante de la « cession » non exclusive de photographies par des sociétés gérant des « banques d'images »²³⁵⁰, qui alimentent massivement la presse, la publicité ou les sites internet en images variées illustrant leurs sujets. Citons encore certains contrats d'exploitation de logiciel portant « licence définitive » ou « licence perpétuelle » pour des actes allant au-delà d'une simple utilisation de l'outil logiciel²³⁵¹.

Le fait que ce type contractuel soit implicitement permis par le CPI, qui ne l'interdit pas, en permettant de moduler l'exclusivité, le droit d'agir et de disposer, fait-il pour autant de cette « zone grise » entre cession et licence une formule nommée ? L'idée est peu satisfaisante : cette « cession » particulière n'apparaît pas comme une formule bien identifiée.

²³⁵⁰ Par ex. cette clause, inspirée de pratiques anglo-saxonnes, d'un contrat autorisant un utilisateur à exploiter les images d'une banque de données : « 2. Conditions de la Licence Standard : En vertu des présentes, nous vous concédons une licence mondiale perpétuelle, non exclusive, non transférable d'exploitation du Contenu pour les Utilisations Autorisées (telles que définies ci-dessous) ». – Ce type de contrats comprend généralement des clauses permettant à la société de substituer un contenu « similaire », ou pour chacun, de mettre fin au contrat. Dans ce cas, en dépit du terme « perpétuel », le contrat s'apparente à une véritable licence. V. par ex. : « 6. Fin de Contrat : (a) Le présent contrat restera en vigueur jusqu'à ce qu'il soit résilié. Vous pouvez le résilier en détruisant le Contenu et toutes les Œuvres Dérivées Autorisées, ainsi que les copies ou archives ou tout élément l'accompagnant (si applicable), et en cessant toute utilisation du Contenu (...) ».

²³⁵¹ V. sur la licence de logiciel en général, v. *supra*, n° 83 et ss. – Sur ces formules couramment pratiquées, v. par ex. M.-A. Ledieu, Et si la licence de logiciel était une location ?, CCE nov. 2003, p. 12. – En l'absence de terme stipulé cependant, on considèrera que le contrat est à durée indéterminée, et non calqué sur la durée du monopole, confirmant le passage de l'innommé à la licence, v. J. Raynard, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 nov. 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8.

La présence d'une ébauche de régime applicable (art. L. 131-1 et ss. du CPI) fait-elle de cette formule un contrat nommé ? La réponse est selon nous négative, précisément parce que ce régime, impératif, conçu dans un objectif raisonné de protection de l'auteur, est justement indifférent à la qualification des opérations qu'il régit²³⁵². Le contrat portant une simple autorisation d'exploiter l'œuvre est nommé s'il est une licence ou une cession *stricto sensu* ; il peut également être innommé lorsqu'il transcende ces catégories.

628. En dehors de cette hypothèse, le contrat innommé d'autorisation peut-il prospérer en droit d'auteur ? Le contrat de représentation, qui a vocation à englober la plupart des mises à disposition du droit de reproduction, est un obstacle à la découverte de l'innommé. Cependant, nous avons relevé que des autorisations d'usage du droit de représentation pouvaient s'émanciper de ce cadre, aussi large soit-il : seraient-elles innommées ? La réponse devrait être négative, car la licence comme la cession « pures et simples », entendues strictement, sont bien des contrats nommés. On songe à la pratique ancienne de l'exposition d'œuvres plastiques²³⁵³ qui, depuis la consécration récente d'un droit d'exposition²³⁵⁴, déjà en germe dans le droit de représentation, tendrait à émerger en tant que *contrat d'exposition*²³⁵⁵. Reste à qualifier « l'accord préalable (de l') auteur » exigé par le juge. La qualification de licence semble la mieux adaptée, permettant de distinguer la propriété du support et celle de l'œuvre de l'esprit, de l'exploitation temporaire de l'œuvre par l'organisateur d'exposition (parfois non professionnel). Certes, regarder n'est pas exercer le droit d'auteur²³⁵⁶, mais donner à voir l'est certainement. La finalité du contrat se double-t-elle

²³⁵² N'est-ce pas le propre d'un régime inspiré par l'ordre public (ici de protection) que de transcender, dans une certaine mesure, les qualifications contractuelles ? Cela contredit bien l'idée selon laquelle la présence d'un régime identifié participe au processus de nomination d'un contrat (sur cette conception : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 3 ; en droit d'auteur : N. Blanc, *op. cit.*, spéc. n° 27 et n° 172).

²³⁵³ Sur la reconnaissance incertaine de ce droit, déclinaison du droit de représentation, une approche historique et les lourdes conséquences prévisibles pour les responsables d'expositions : W. Duchemin, *Réflexions sur le droit d'exposition*, RIDA avril 1993, n° 156, p. 15

²³⁵⁴ Cass. civ. 1^{er} 6 nov. 2002, CCE 2003, comm. 2, obs. Ch. Caron.

²³⁵⁵ Ce contrat ne semble pas au cœur de la relation entre le peintre et le galeriste ou marchand de tableaux. Cependant, v. cette réflexion de M. Pollaud-Dulian : « Certaines formes d'art contemporain – telles que des installations ou des œuvres vidéographiques – nécessitent des financements importants et débouchent sur des œuvres qui ne sont pas forcément vendables aux collectionneurs. Leur valeur, voire leur existence, se concentre dans l'exposition, de sorte que l'on se demande si la rémunération de l'artiste ne change pas de forme, passant d'une partie d'un prix de vente à une sorte de cachet dans une exposition-représentation financée par une galerie, qui agit à la façon d'un producteur de spectacles... Du reste, le droit d'auteur assimile le droit d'exposition au droit de représentation publique ». F. Pollaud-Dulian, *Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art*, Dr. et patrimoine, janv. 2004, p. 24 (1^{re} partie) et fév. 2004, p. 28 (2nde partie). Cette rémunération rappellerait celle d'un artiste-interprète, qualité qui peut se fondre avec celle d'auteur (au songe au *happening* et plus spécifiquement à la « *performance* »).

²³⁵⁶ *Contra*, très contestable : « regarder, c'est déjà utiliser l'œuvre du créateur », W. Duchemin, *op. cit.* p.103.

de l'espoir de ventes « directes » ? La qualification de dépôt-vente est envisageable²³⁵⁷, mais l'objet du « dépôt » ne saurait être la création. Licence de la représenter est donc donnée, tacitement, par l'auteur.

Il en va *a fortiori* de même pour le droit de reproduction, dont le contrat d'édition, principal instrument, « n'en est qu'un cas particulier » écrivait déjà Savatier²³⁵⁸. La cession ou la licence « pure et simple » de cette utilité ne peuvent être davantage inscrites parmi les contrats innommés, en raison de leur rattachement, selon des critères observés plus haut, à la vente ou au bail, à la donation ou au prêt à usage.

2 – Illustration : les contrats portant sur le « droit d'adaptation »

629. La mise en œuvre contractuelle du « droit d'adaptation ». Ce droit permet de « faire usage d'une œuvre première afin d'en tirer une seconde »²³⁵⁹. L'œuvre qui découle de l'exercice du droit d'adaptation est dite en pratique « dérivée », et dans la loi « composite », ce qui est en principe exclusif de toute idée de collaboration²³⁶⁰. Bien que toute œuvre composite ne soit pas le fruit de l'adaptation d'une œuvre première²³⁶¹, la distinction n'emporterait pas de conséquences juridiques²³⁶². Le droit d'adaptation, bien que la lecture des contrats incline à en faire une prérogative autonome²³⁶³, peut être présenté comme une division du droit de reproduction²³⁶⁴. Son exploitation mettra pourtant généralement en jeu les

²³⁵⁷ *Contra*, pour une qualification *sui generis* et confirmant ainsi le risque de perte incombant à l'auteur : Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, Inédit, pourvoi n° 90-14701.

²³⁵⁸ R. Savatier, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398, (spéc. n° 71).

²³⁵⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, 2010, n° 585.

²³⁶⁰ Article L. 113-2 CPI al. 2 : « Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ».

²³⁶¹ Notamment en cas de juxtaposition d'une œuvre nouvelle et d'une œuvre ancienne. Sur ces notions : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, *loc. cit.* – Dans tous les cas, il y a incorporation entre deux œuvres. Dans le cas où l'œuvre dérivée ne permet plus d'individualiser l'œuvre incorporée, on pourra parler de fusion. Sur ces notions : Ch. Caron, *op. cit.*, n° 238.

²³⁶² Ch. Caron, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁶³ On notera en outre que la jurisprudence exige que la mention de ce droit soit distincte dans le contrat. Par ex. : « Qu'ainsi l'adaptation d'une œuvre à des fins publicitaires qui suppose sa transformation, n'est pas une forme d'exploitation de celle-ci qui se distinguerait seulement des autres formes par sa finalité particulière ; que le droit d'y procéder est un droit spécifique dont la cession ne saurait donc s'inférer d'une clause générale de cession mais doit résulter d'une mention précise et expresse du contrat d'édition », CA Paris, 15 févr. 2008, n° 05/20334.

²³⁶⁴ Par ex. H. Desbois, *op. cit.*, n° 285, p. 367 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 421 : « Il est admis que le droit d'adaptation est un corollaire du droit de reproduction » ; A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n°282 ; Ch. Caron, *op. cit.*, n° 307. – V. également : S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, 2005, raisonnant en termes de spécification et assimilant sur ce point les œuvres composites et dérivées, l'auteur propose cette analyse : « S'agissant du versant patrimonial du droit d'auteur, la spécification d'une œuvre littéraire et artistique met fondamentalement en jeu le seul droit de reproduction. La formation d'une œuvre nouvelle à partir d'une œuvre première suppose en elle-même une fixation, ce qui entraîne par là même la fixation des éléments empruntés à partir desquels elle est élaborée », v. : n° 132, p. 316.

deux prérogatives principales : droit de reproduction et de représentation²³⁶⁵. Il est cependant irréductible à une combinaison de ces deux prérogatives²³⁶⁶, car il permet certaines modifications de l'œuvre, qu'il s'agisse de traduction²³⁶⁷, ou d'adaptation à proprement parler : par exemple le changement de genre²³⁶⁸ (adaptation en œuvre audiovisuelle, en bande dessinée, etc.). Le droit d'adaptation porte donc sur des actes qui « intéressent aussi le droit au respect »²³⁶⁹. Cependant, nous l'avons vu, le droit moral n'est pas susceptible d'être l'objet d'une licence, et *a fortiori* d'une cession. Aussi, plutôt que de considérer l'autorisation d'adaptation comme teintée de droit moral, il semble plus exact que le droit d'adaptation qui fera l'objet d'une autorisation s'entend des droits de reproduction et de représentation strictement nécessaires à la réalisation et à l'exploitation d'une œuvre seconde, assortis de la « renonciation »²³⁷⁰ au droit au respect strictement nécessaire à la réalisation de cet objectif d'adaptation.

630. La nécessité d'une autorisation²³⁷¹. Cette autorisation en tant que telle n'est pas nommée en termes généraux par le CPI²³⁷². Cependant, sa nécessité sera déduite du

²³⁶⁵ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 236 : Le droit d'adaptation est le « corollaire » de ces deux prérogatives ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 585 : « il est le dérivé des grands droits patrimoniaux ».

²³⁶⁶ Comp. avec le droit d'exploitation numérique qui relativise la *summa divisio* du droit de reproduction et du droit de représentation. Le droit d'adaptation constituerait-il une prémisses de cette remise en question ?

²³⁶⁷ La traduction est généralement assimilée à une forme d'adaptation (par ex. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 585), bien que la formulation de l'art. L. 122-4 du CPI suggère le contraire : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ». Distinguant les deux notions : J.-H. Renauld, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Thèse, éd. Larcier, Bruxelles, 1955, p. 32.

²³⁶⁸ Pour une typologie des différentes œuvres dérivées : H. Desbois, *op. cit.*, n° 21 et ss. p. 32 et ss.

²³⁶⁹ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 728.

²³⁷⁰ Sur le caractère précaire de cette « renonciation », v. *supra* n° 288. – L'auteur pourra toujours invoquer son droit au respect, néanmoins, l'autorisation d'adapter sera de nature à guider le juge chargé d'évaluer ce qui reste dans le domaine de l'adaptation consentie et ce qui relèverait de la dénaturation. Fournissant d'intéressantes indications au juge chargé d'apprécier le travail de l'adaptateur : J.-H. Renauld, *op. cit.*, p. 249 et ss. – Sur ces renonciations, A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 503, p. 386 et ss. – *Adde* : (préc.) Cass. 1^{re} civ. 13 juin 2006, D. 2007 p. 277, obs. J. Ghestin ; D. 2006, AJ, p. 1819, obs. J. Daleau ; RTD Com. 2006, p. 593, obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE févr. 2007, comm. 20, Ch. Caron ; M.-A. Roux, Précisions sur les obligations de l'éditeur d'œuvres musicales d'illustration, Légipresse, n° 237, III, p. 238 : « Violen, par ailleurs, l'art. L. 121-1 C. pr. intell., ensemble l'art. 1134 C. civ. la Cour d'appel qui, pour annuler le contrat d'adaptation audiovisuelle, énonce que la clause qui dispense l'éditeur de solliciter préalablement l'autorisation de l'auteur pour accorder le droit d'adapter les œuvres d'illustration musicale destinées à la sonorisation des œuvres audiovisuelles, loin de constituer une simple limitation contractuelle de portée restreinte, porte atteinte au principe d'inaliénabilité du droit moral, l'auteur, par cette clause, étant réputé y renoncer par avance et de façon générale, alors que cette clause n'entraînait pas aliénation de la part de l'auteur de son droit moral qu'il pouvait exercer si l'exploitation, autorisée conformément à la destination de l'œuvre, venait à y porter atteinte. ».

²³⁷¹ Sur le point de savoir à quel stade (réalisation ou exploitation) doit être requise l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première (V. *infra* n° 704).

²³⁷² V. cependant le cas particulier de l'adaptation audiovisuelle. Art L. 131-3 CPI al. 3 et 4 : « Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée. ».

silence de la loi. En effet, l'article L. 113-4 du CPI dispose que « L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. ». Quoique la situation ait pu évoquer les notions d'accession mobilière et de spécification et « l'équité naturelle » qui préside à leur mise en œuvre²³⁷³, cette « réserve » faite des « droits de l'auteur de l'œuvre préexistante » pose un interdit qui n'est autre que la manifestation du pouvoir d'interdire du propriétaire. Cet interdit invite naturellement à concevoir l'autorisation contractuelle qui, seule, le lèvera. Fréquemment dénommé « autorisation », ce contrat pourra être indifféremment une licence ou cession, l'utilité de l'œuvre en cause n'étant d'aucune influence sur ces qualifications²³⁷⁴.

631. Pluralité de contrats portant sur l'adaptation de l'œuvre. La mise en œuvre contractuelle de ce « droit », siège de prédilection de la licence, donne-t-elle lieu à un contrat innommé ? La réponse ne peut être unique, dans la mesure où les contrats mettant en œuvre ce « droit » d'adaptation ne constituent pas une seule et même catégorie et n'ont pas la même structure²³⁷⁵ : s'agit-il de conférer une autorisation (accompagnée le cas échéant de l'obligation) d'exploiter, ou de prévoir un cadre complexe dépassant le contenu d'une simple autorisation et organisant cette exploitation ?

En effet, le contrat d'adaptation ne vise pas tant une forme d'exploitation innommée, comparable à celles que visent les principaux contrats du CPI²³⁷⁶, qu'un ensemble de prérogatives que l'exploitant concèdera ou exploitera lui-même. On voit bien ici que la distinction juridiquement pertinente n'est pas celle qui oppose les contrats autorisant l'exploitant à réaliser l'adaptation à ceux qui lui accordent « la faculté de traiter pour son

Le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues. »

²³⁷³ Sur l'application de la notion d'accession mobilière (art. 565 C. civ.), comme moyen de résoudre par « l'équité naturelle » les conflits entre les auteurs de l'œuvre dérivée et ceux de l'œuvre première : P.-Y. Gautier, L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien, D. S. 1988, p. 152 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 593. – *Contra*, écartant explicitement la thèse de M. Gautier, l'article 565 C. civ. restant cantonné aux choses corporelles, v. CA Paris, 13 janv. 1993, Ch. 4 A, D. 1993, IR, 90. – V. également : S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, 2005. Cette thèse propose l'application de la notion de spécification, au-delà des art. 570 à 572 C. civ. aux objets intellectuels : « le phénomène de production des choses semble correspondre très exactement à un mécanisme juridique : la spécification » (*Ibid.* n° 6, p. 12). – Proposant l'application à la matière des notions d'accession « fruit de l'union de deux meubles par le travail » et de spécification « résultat de l'union d'un meuble et du travail » (l'auteur souligne) : Th. Revet, *La force de travail – Etude juridique*, Litec 1992, n° 414 et ss., p. 467 et ss.

²³⁷⁴ V. *supra* n° 457 et ss.

²³⁷⁵ Il en va différemment si l'on considère que l'utilité mise en œuvre est l'élément déterminant de la qualification des contrats d'auteur, (en ce sens : N. Blanc, *op. cit.*, n° 145) analyse que nous avons démentie.

²³⁷⁶ *Ibid.*

propre compte avec des exploitants »²³⁷⁷. La distinction passe davantage entre les contrats portant autorisation (d'adapter ou de faire adapter) et les contrats organisant l'adaptation dans un cadre complexe dépassant les obligations normalement mises à la charge d'un licencié.

632. Contrat de « cession » des droits d'adaptation audiovisuelle. Ainsi, le « contrat d'adaptation », souvent tenu pour innommé²³⁷⁸, ne sera en fait qu'une cession ou, plus fréquemment une licence de certaines utilités pour certaines destinations²³⁷⁹. Vue ainsi, la mise en œuvre contractuelle du « droit » d'adaptation n'est donc pas en elle-même génératrice d'innommé, si ce n'est en raison de l'interférence du droit moral, entrant indirectement et passivement dans le champ contractuel. Souvent, la cession du droit d'adaptation interviendra dans le sillage d'un contrat d'exploitation du CPI. L'auteur d'une œuvre littéraire, d'une bande dessinée ou encore fréquemment d'un ouvrage de type « beau livre » (adaptation en documentaire) « cède » ses droits d'adaptation audiovisuelle par un *instrumentum* distinct. L'éditeur, dans de rares cas, concèdera ensuite à un producteur une licence, dont la durée sera généralement limitée à une dizaine d'années, ce qui pourra être source de difficultés, comme nous l'avons signalé.

C'est bien ainsi que le CPI envisage la « cession » des droits d'adaptation audiovisuelle²³⁸⁰ par l'auteur à son éditeur qui, en pratique se présentera comme une simple autorisation parfaitement assimilable à une licence ou une cession. Ainsi, les contrats proposés par la SCAM et la SGDL instillent un fort esprit de retour qui incitera à la qualification de licence²³⁸¹. A l'inverse, les contrats proposés par le SNE²³⁸² ou la

²³⁷⁷ En pratique la distinction est importante, l'auteur sachant par avance ou ignorant l'identité de l'exploitant qui produira cette adaptation. – Evoquant cette distinction : H. Desbois, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, D. 1957, Lég. 357. *Contra*, N. Blanc, *op. cit.*, n° 146, pour qui le « contrat d'adaptation » appréhende les deux hypothèses. Cet auteur ne distingue pas en, termes de qualification, les différents types de contrats mettant en jeu le droit d'adaptation. C'est donc le droit d'adaptation qui porte l'originalité du contrat. Nous avons précédemment montré les limites de cette conception consistant à relier la qualification du contrat à l'utilité de l'œuvre faisant l'objet de l'autorisation.

²³⁷⁸ Selon N. Blanc (*op. cit.*, n° 147), il serait « sans conteste le prototype du contrat innommé ».

²³⁷⁹ Notant le caractère généralement temporaire des autorisations concédées : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 592 (les durées effectivement limitées sont généralement observable dans les contrats seconds, liant l'éditeur et le producteur).

²³⁸⁰ Art. L. 131-3 al. 3 et 4 CPI : « Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée. / Le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues ». – A rapprocher de l'Art. L. 122-2 du CCIA évoquant le contrat d'« option pour l'achat des droits d'adaptation et de réalisation ».

²³⁸¹ En sus de la résiliation pour défaut d'exploitation permanente et suivie, reprise des contrats d'édition, les contrats de la SGDL et de la SCAM écartent le recours systématique à la clause portant la durée du contrat à la durée de vie de l'œuvre. V. le « Contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle d'une œuvre littéraire » proposé par la SCAM : « Article I Etendue de la cession. A – Dans le temps : La présente cession, qui engage

SACEM²³⁸³, généralement pratiqués, seront conclus pour la durée de vie de l'œuvre et, effet pervers de l'article L. 131-3 du CPI imposant sa rédaction dans un acte distinct, ils échapperont vraisemblablement aux modes de résiliation du contrat d'édition, pourtant favorables à l'auteur. Un lien d'indivisibilité pouvant toujours être décelé entre ces contrats, le rédacteur du contrat d'adaptation sera bien inspiré d'indiquer que la résiliation du contrat d'édition ne mettra pas en cause le contrat d'adaptation²³⁸⁴. Ajoutons que dans le cas du contrat proposé par la SACEM (art. IV) : « L'ÉDITEUR s'engage à informer l'AUTEUR de toute demande d'autorisation d'adaptation audiovisuelle dont il serait saisi et s'oblige, avant d'accorder toute autorisation à un producteur, à solliciter l'accord écrit de l'AUTEUR sur l'adaptation envisagée. Faute de réponse dans le délai de quinze jours, l'AUTEUR sera présumé avoir refusé ladite adaptation ». La clause est ambiguë : l'autorisation de l'auteur porte-t-elle sur l'autorisation concédée par l'éditeur au producteur ou sur l'adaptation précise envisagée par le producteur ? Dans le premier cas, l'exigence d'une autorisation de l'auteur pour que l'éditeur procède à des « rétrocessions » au bénéfice de producteurs interdira la qualification de cession. Le contrat apparaît alors comme une cession « atypique » du CPI, contrat d'autorisation innommé. Moins ambiguë, la clause proposée par le SNE ne prévoit l'autorisation de l'auteur que lorsque les modifications « sont susceptibles de modifier d'une manière substantielle le contenu ou l'esprit de l'œuvre »²³⁸⁵, c'est-à-dire d'atteindre le droit moral. Une telle réserve qui relève du droit commun d'auteur ne saurait affecter la qualification de cession : le droit personnel du licencié comme le droit de propriété du cessionnaire s'entendent retranchés des droits moraux conservés par l'auteur.

tant l'auteur que ses ayants droit, est consentie pour une durée de ... années, à compter de la signature du présent contrat. Cette cession est renouvelable par tacite reconduction par périodes par périodes de même durée, sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties par lettre recommandée avec accusé de réception trois mois au moins avant la date d'expiration de la période en cours ».

<http://www.scam.fr/fr/T%C3%A9l%C3%A9charger/lesmod%C3%A8lesdecontrats/tabid/363404/Default.aspx>.

(consulté : 20/10/2011).

²³⁸² J.-Cl. PLA, fasc. 1014, Documentation pratique – Contrat d'édition – Modèles du Syndicat national de l'édition (SNE) – Modèle de contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle d'un livre, cote 05-1997.

²³⁸³ J.-Cl. PLA, fasc. 1018, Documentation pratique – Contrat de cession et d'édition d'œuvre musicale – Contrat de cession du droit d'adaptation audiovisuelle Formule 2 – Contrat de cession du droit d'adaptation audiovisuelle (Contrat proposé par la SACEM).

²³⁸⁴ C'est généralement le cas en matière de contrat de traduction d'une œuvre de littérature générale qui emprunte les principaux traits d'un contrat d'édition. Il sera indiqué dans le contrat d'adaptation audiovisuelle éventuellement conclu, que la résolution ou la résiliation du contrat de traduction n'affectera pas le contrat d'adaptation. Le Code des usages pour la traduction d'une œuvre de littérature générale va en ce sens : Art. VII « La résiliation du contrat de traduction ne porte pas atteinte à la validité des cessions de droits dérivés et annexes que l'éditeur aurait pu antérieurement consentir à des tiers. »

²³⁸⁵ Contrat du SNE précité, art. 3. En dehors de ce cas, un simple droit à information est stipulé au profit de l'auteur.

Autoriser l'adaptation par l'exploitant ou autoriser ce dernier à chercher une exploitation pour son compte, que l'autorisation porte une faculté ou une obligation, importe peu en matière de qualification. En revanche, le contrat autorisant l'adaptation peut aller au-delà d'une licence ou d'une cession lorsqu'il organise l'adaptation et son exploitation. Mais le contrat en question sera-t-il pour autant innommé ?

B – Contrats innommés d'exploitation et adaptations de contrats nommés

633. Plan. Obliger le cocontractant de l'auteur à exploiter n'ajoute pas, en soi, à la licence, car utiliser une œuvre revient à l'exploiter. En revanche, exploiter en ajoutant un service (initiative, travail de conception, de financement, de publicité, de commercialisation d'exemplaires etc.), ajoute de la complexité à l'élément radical que constitue la licence.

D'autres contrats ne figurant pas au CPI ou dans d'autres textes sont ainsi de vrais contrats complexes d'exploitation innommés, dont la structure est comparable. Une distinction s'impose, qui sera illustrée par quelques exemples : certains de ces contrats semblent constituer des formules inédites (2 –), tandis que d'autres ne sont que les adaptations de contrats préexistants et resteront dans le giron du contrat nommé concerné (1 –).

1 – Adaptations de contrats nommés

634. Contrat d'édition ou de production portant adaptation d'une œuvre. Si le contrat d'adaptation tel qu'envisagé au CPI n'est qu'une autorisation se limitant à des actes d'emprise des utilités de l'œuvre, certains contrats portant sur le droit d'adaptation se glissent dans les habits des contrats d'exploitation du CPI, dont ils recevront la qualification.

Il en va ainsi pour le contrat de traduction d'une œuvre littéraire, que l'on assimilera à une adaptation. Contrairement à la traduction de textes informatifs, articles, modes d'emploi..., qui sont des commandes assorties de cessions pures et simples, la traduction en tant qu'œuvre fera l'objet d'un véritable contrat d'édition, accompagné d'une commande²³⁸⁶.

²³⁸⁶ Ce contrat fait l'objet d'un Code d'usages signé à Paris le 17 mars 1993 par le SNE, la SGDL, la Société française des traducteurs et l'Association des traducteurs littéraires de France. Les contrats observables en pratique portent dans les premiers articles sur la commande de la traduction, puis reprennent les grands traits du contrat d'édition (obligation de diffusion permanente et suivie conforme aux usages de la profession, rémunération proportionnelle, reddition des comptes, etc.).

Cette « adaptation » du contrat d'édition, d'ailleurs suggérée par l'article L. 132-6 du CPI²³⁸⁷, source de « complexité », n'est en rien source d'innomé.

En matière audiovisuelle, l'adaptation à proprement parler prendra la forme d'un contrat de production audiovisuelle. Le contrat d'adaptation sera conclu avec²³⁸⁸ ou sans²³⁸⁹ commande préalable. Cette dernière modalité pourra être rattachée au contrat de production audiovisuelle du CPI ou considérée comme une simple autorisation, selon que l'on considère la phase de commande comme essentielle ou non au contrat de production audiovisuelle.

635. Autres exemples de contrats dont le rattachement à des contrats d'exploitation du CPI est envisageable. Ces contrats, déjà traités ou évoqués, ne seront évoqués ici que brièvement.

- **Le contrat d'édition électronique (ou numérique)** consiste en l'adaptation du contrat d'édition du CPI. On a vu que les notions de fabrication, d'exemplaire, de mise au pilon, etc. devaient se prêter à une interprétation extensive. Néanmoins, l'essentiel du contrat d'édition apparaît dans ces contrats, avec des différences : certaines clauses d'usage pour internet viennent s'ajouter au contrat, par exemple au sujet de la sécurisation de l'accès au site internet de l'éditeur, l'exonération de responsabilité de l'éditeur lorsque la diffusion de l'œuvre est affectée par une défaillance des prestataires de service ou par un problème technique lié au fonctionnement du réseau. Mais c'est surtout une véritable inversion d'un schéma classique qui intervient. Les contrats d'édition « classiques » les plus récents ne manquent pas de prévoir une faculté d'exploiter l'œuvre sous forme de livre électronique. En matière d'édition électronique, le schéma est comme inversé : l'édition électronique est

²³⁸⁷ Cet article du régime du contrat d'édition autorise le recours à la rémunération forfaitaire « 7° A la demande du traducteur pour les traductions ». Cela suggère bien que l'œuvre de traduction puisse être éditée comme toute autre œuvre. En matière littéraire, la rémunération sera généralement proportionnelle (v. cependant la pratique de l'à-valoir sur recettes : v. *supra* n° 270).

²³⁸⁸ V. le contrat type de la SACD : Cinéma – Contrat de production audiovisuelle – Cession de droits d'auteur – Scénario / Adaptation / Dialogues : « Article 1^{er} : Objet de la convention : 1. Le *Producteur charge l'Auteur, qui l'accepte, d'écrire le scénario, l'adaptation et les dialogues* du film cinématographique de long métrage que le Producteur se propose de produire, provisoirement ou définitivement intitulé : « » dénommé ci-après par le terme « le film ». / 2. Ces textes seront écrits par l'Auteur en collaboration avec M. - Mme... / 3. L'Auteur s'engage, pour l'exécution du travail qui lui est confié, à respecter le calendrier suivant : [...] ». (Nous soulignons).

²³⁸⁹ V. le contrat type de la SACD : « Cinéma – Contrat de production audiovisuelle – Cession de droits d'auteur – Adaptation d'une œuvre préexistante », <http://www.sacd.fr/Modeles-de-contrats-cinema.236.0.html>. (consulté : 20/10/2011). Extrait : « Article 1^{er} Objet de la convention 1. *Le Cédant cède au Producteur, aux conditions ci-après définies, les droits d'adaptation et d'exploitation* cinématographiques de l'œuvre (préciser sa nature) de, intitulée : « » en vue de la production d'un film cinématographique de long métrage dénommé ci-après par le terme « le film » et provisoirement ou définitivement intitulé : « ». / 2. Les textes du film seront écrits par M. / Mme ... / 3. La réalisation du film sera confiée à M. / Mme ... ». (Nous soulignons).

obligatoire, et c'est à son aune que l'on mesurera l'exploitation permanente et suivie, l'édition papier n'étant plus qu'une faculté²³⁹⁰. L'édition sous forme de livres devient donc une exploitation secondaire. Cependant, ce changement de « préséance » des différentes utilités concédées ne devrait pas remettre en cause la nature du contrat.

Au-delà de considérations juridiques déjà entrevues, la reconnaissance du caractère banal de ce contrat est au centre des préoccupations des agents de ce secteur. L'assimilation emportera l'application de son régime très détaillé, en particulier des obligations d'exploitation pesant sur l'éditeur. Mais tout l'enjeu est de savoir si elle emportera également des « usages » formalisés dans des contrats types généralement favorables à ce dernier, comme la durée de la licence siégeant au contrat. Tandis que les auteurs auront intérêt à s'éloigner des usages, les éditeurs voudront transposer la clause de cession pour la durée de vie de l'œuvre ou maintenir les taux de rémunération relativement bas. Présentés tous deux comme la cause de coûts de fabrication et de distribution élevés, ont-ils encore un sens avec la baisse à prévoir de ces coûts ? Comme nous le constatons précédemment, la pratique tend à préférer de courtes durées (environ cinq ans), confirmant un recours voulu à la licence.

- Les contrats d'achats de droits de télédiffusion et de location de film. Ces contrats ont précédemment été rattachés au contrat de représentation. Si un élément important de régime, réservé à l'auteur dramatique, doit être écarté²³⁹¹, nous avons pu montrer que ces contrats entraient pour le mieux dans le cadre, il est vrai fort accueillant, de ce contrat de représentation.

Ces contrats ne sont qu'apparemment innommés ; ils ne font qu'emprunter les traits des grands contrats d'exploitation en adaptant certains aspects de régime qui n'affecteront pas leur nature. Quels contrats organisant l'exploitation de l'œuvre sur la base d'une licence pourraient être véritablement innommés ?

2 – Contrats innommés d'exploitation

636. Quelques contrats d'auteur ne sauraient se réduire à de simples autorisations d'exploiter, et ne semblent pas pouvoir se rattacher aux contrats du CPI organisant dans le

²³⁹⁰ V. par ex. le contrat type du SNE : J.-Cl. PLA, fasc. 1014, Documentation pratique – Contrats d'édition – Modèles de contrats proposés par le Syndicat national de l'édition (SNE) – 3. Modèle de contrat d'édition « Multisupports » (Exploitation principale de l'œuvre sur réseau numérique). Cote : 04,2010.

²³⁹¹ La limitation de durée de l'exclusivité (art. L. 132-19 al. 3 CPI).

détail certains modes d'exploitation de l'œuvre. Seuls ces contrats d'exploitation peuvent prétendre à l'innommé. L'usage de licences en leur sein est fréquent, quoique non systématique. Quelques exemples en seront ici présentés. Nous nous concentrerons sur quelques cas dans lesquels la licence apparaît en composante d'un contrat. D'autres situations permettent d'illustrer la licence comme intégrant un ensemble de conventions distinctes : dans le domaine de l'informatique²³⁹² et plus récemment de la musique au moyen des contrats « 360° », qui regroupent en fait différents contrats²³⁹³.

637. Contrat de mise en ligne d'une œuvre sur internet. La nouveauté que constitue aujourd'hui encore internet ne devrait pas focaliser l'attention du contractueliste : c'est la nouveauté du contenu des éléments caractéristiques du contrat qui devrait être l'élément qualifiant, et non celle du média permettant au public d'accéder à l'œuvre. Ainsi, entre le contrat d'édition électronique et la licence d'exploitation d'une œuvre électronique, tous deux nommés, il y a-t-il une place pour l'innommé ? Certainement lorsque, tout en organisant un cadre d'exploitation irréductible à une autorisation, le contrat ne porte pas à titre principal sur la reproduction d'exemplaires (même dématérialisés)²³⁹⁴. A vrai dire, le cas envisagé par la doctrine trouve sa principale originalité dans l'absence d'obligation d'exploitation à charge de l'exploitant : « la particularité de nos contrats est ici que l'auteur autorise une exploitation mais se borne à l'autoriser sans *a priori* l'exiger »²³⁹⁵. A s'en tenir à cet élément, le contrat serait une licence comparable à celle qui intègre le contrat de représentation, licence existant au demeurant en qualité de contrat spécial d'autorisation. La formule, quoique nouvelle, serait donc nommée en vertu de son rattachement au louage de

²³⁹² V. Ch. Caron Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle, RDC, 1^{er} juillet 2007 n° 3, p. 1001 : « Mais c'est surtout dans le domaine de l'informatique qu'il existe des montages juridiques complexes. Bien souvent, la propriété intellectuelle n'est qu'un aspect du montage qui concerne également la location de matériel, la maintenance, voire la mise à disposition de salariés du prestataire informatique auprès du client. ». – Mais le caractère indivisible de contrats qui peut se manifester lors de leur formation ou de leur résolution n'implique pas nécessairement une qualification unitaire.

²³⁹³ On peut évoquer, dans le domaine de la musique « de variétés » la pratique assez récemment remise au goût du jour, des contrats « 360° » par lesquels un artiste-interprète, éventuellement auteur, concède l'ensemble de ses droits et activités (représentation, reproduction, droits dérivés, mais aussi droit à l'image, droits voisins ...) à un exploitant « label » unique. L'apparition de ces contrats est souvent reliée au constat de la crise du marché du disque (mettant en jeu le droit de reproduction) et l'essor relatif du droit de représentation (spectacle) et des produits dérivés (not. ce que l'on appelle le *merchandising* électronique : sonneries de téléphone, par ex.). Sur ces contrats, (ou plus vraisemblablement ces ensembles de contrats, car ces opérations donnent lieu à la conclusion de plusieurs contrats distincts, ne serait-ce qu'en raison de la division des activités en différentes sociétés), v. P.-M. Bouvery, *Les contrats 360°, Pour une explication des contrats à droits multiples*, Irma, 2011. (spéc. p.29 et s.)

²³⁹⁴ Opérant nettement cette distinction avec le contrat d'édition de livres sous forme électronique : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 827.

²³⁹⁵ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 828.

choses. La délimitation de l'autorisation sera particulièrement sensible, la rémunération sera généralement forfaitaire, ou fonction de recettes publicitaires, la contribution n'étant pas exploitée pour elle-même mais amenée à se fondre dans un site. De la gratuité à la rémunération proportionnelle, son évaluation empruntera des chemins originaux²³⁹⁶. Ce que l'on peut voir comme l'hybridation d'un contrat d'édition et de représentation n'est en fait qu'une licence au contenu circonstancié, réunissant droit de reproduction et droit de représentation dans une catégorie qui les dépasse : « les droits d'exploitation numérique ». L'analogie avec l'identité du droit d'adaptation est permise. Mais peu importe la chose louée, et pour quelle destination, s'il y a louage.

Le caractère innommé du contrat, généralement avancé²³⁹⁷, prête donc au doute. En revanche, lorsque l'utilisation d'une œuvre intervient dans un cadre complexe distinct des contrats du CPI, il y aura place pour l'innommé. On songe aux contrats de création et de développement d'un site internet, relevant de l'entreprise et de la licence, ajoutant à une commande et une autorisation relative à l'œuvre créée, des dispositions relatives à la formation du client ou à la maintenance du site²³⁹⁸, autant d'éléments dépassant le cadre d'une licence et demeurant étrangers aux contrats d'exploitation nommés. Ces contrats ne se conçoivent pas principalement comme des contrats de la propriété intellectuelle. Celle-ci, intégrée aux relations économiques « quotidiennes » n'est plus que le moyen d'atteindre un objectif²³⁹⁹.

638. Le contrat de distribution. La distribution est une phase intermédiaire entre le contrat primaire liant auteurs et premiers exploitants²⁴⁰⁰ (éditeur²⁴⁰¹, producteur) et l'étape finale par laquelle s'accomplira le contact de l'œuvre avec son public. Réserve faite du « droit

²³⁹⁶ G. Vercken et M. Vivant, Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, Cahiers dr. entr. n° 2, 2000, 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, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise n° 22. p. 258 ; *adde* : J.-L. Goutal, Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur, D. 1997, Chron. p. 357. – Une difficulté provient du fait que la consultation du site sera généralement gratuite pour l'utilisateur. Dès lors on peut imaginer une participation prenant en compte le nombre de connexions, les recettes publicitaires du site. Il est vrai que le recours au forfait est ici une solution de facilité.

²³⁹⁷ V. réf. précitées. – *Adde* : N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 157.

²³⁹⁸ Sur ce contrat : Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 6^e éd. 2010, n° 12.3 et ss., p. 399 et ss. ; A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 2001, n° 825.

²³⁹⁹ V. la comparaison avec le contrat de franchise, *supra* n° 449.

²⁴⁰⁰ Sur cette expression : A. Dietz, Le droit primaire des contrats d'auteur dans les états membres de la communauté européenne. Situation législative et suggestions de réforme. Etude réalisée à la demande de la commission des CE. Publications de la commission – Etudes, série secteur culturel. SG culture 4, 1981.

²⁴⁰¹ Sur les relations entre distributeur et éditeur : E. Pierrat, *Le droit du livre*, 2^e éd., Editions du cercle de la librairie, 2005, p. 207 et ss.

de distribution » émergeant en droit d'auteur, le distributeur lié avec l'éditeur semble - jusqu'à présent - n'exercer directement ou indirectement aucun droit d'auteur. La question, en revanche, prête à discussion en matière d'œuvres audiovisuelles destinées à alimenter les salles de cinéma, puis les écrans de télévision et d'ordinateur. Par ce contrat, que le CCIA évoque sans le « nommer »²⁴⁰², « le distributeur est chargé de la sélection des films qui vont être présentés au public, du travail de promotion des films, d'activités techniques telles que l'organisation du doublage ou du sous-titrage, la duplication et le transport de copies »²⁴⁰³. S'ajoute une mission de perception des redevances auprès des exploitants, dont une part sera versée au producteur, ainsi que d'éventuelles activités d'importation et d'exportation. C'est donc le distributeur et non le producteur qui conclura les contrats de location de films et d'achat de droits de diffusion télévisuelle étudiés plus haut, qui assurera la reproduction des supports, qui organisera les campagnes de publicité, les avant-premières, etc.

639. Quelle est la nature du contrat²⁴⁰⁴ ? Le distributeur, en cinéma comme en télévision, agit de manière indépendante ; il est unanimement rattaché par la doctrine, la pratique et la jurisprudence au commissionnaire – forme de mandataire sans représentation, seul engagé avec les tiers²⁴⁰⁵. Cependant, constatant que le distributeur pourrait agir pour son propre compte, la doctrine évoque généralement la possibilité d'opter pour un mécanisme de licence, le contrat étant limité à quelques années (en général sept) ou de « cession » temporaire lorsque la notion même de licence est rejetée par principe²⁴⁰⁶.

²⁴⁰² L'art. L. 123-1 du CCIA soumet à inscription et publication : « 4° Les conventions relatives à la distribution d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ».

²⁴⁰³ P. Kamina, *Droit du cinéma*, Litec, 2011, n° 210.

²⁴⁰⁴ Pour l'étude détaillée de son régime, il est toujours fait référence à : G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, LGDJ 1957, t. 2, n° 590 et ss., p. 148 et ss.

²⁴⁰⁵ Le contrat de commission (art. L. 132-1 C. com.) est une forme de mandat sans représentation. L'objet de ce contrat est la conclusion d'autres contrats (v. M.-P. Dumont, *L'opération de commission*, Litec, 2000, spéc. n° 548). En revanche, seule la relation entre commettant et commissionnaire relève du mandat (*Ibid.*, n° 261). – Ici, le distributeur agit en son nom, mais pour le compte du producteur. Il est à ce titre tenu pour commissionnaire : par ex. Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995, Bull. I, n° 166, D. 1996, p. 70 obs. Th. Hassler « Le contrat de distribution de films est un contrat de commission » ; CA Nancy, 2e ch., 12 janv. 1993, D. 1996, somm. p. 70, obs. Th. Hassler. – En ce sens, déjà : J. Percerou, Une nouvelle application du contrat de commission de vente – Les Entreprises de distribution de films cinématographiques, *Ann. dr. com.*, 1934, p. 185 ; G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *op. cit.*, n° 607, p. 161 et ss. ; P.-Y. Gautier, Le mandat en droit d'auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 223, spéc. n° 2.

²⁴⁰⁶ En ce sens : G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *op. cit.*, n° 682 et ss., p. 140 et ss. ; C. Bernault, thèse préc., n° 960 et 961, et J.-Cl. fasc. 3140, préc., n° 23. Ces auteurs notent que la qualification de « cession des droits de représentation » doit être admise lorsque le distributeur agit pour son propre compte, ce qui est le cas pour l'exploitation du film à l'étranger. – Proposant un choix entre commission et licence des droits de distribution : P. Kamina, *Droit du cinéma, op. cit.*, n° 210 et n° 215 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 624, parlant de « rétrocession ».

Quel que soit le mécanisme pour lequel les parties disent opter, le travail de placement consiste à mettre le film en exploitation, c'est-à-dire *essentiellement* à organiser la « sortie » du film, en passant pour ce faire des contrats avec les diffuseurs²⁴⁰⁷. Au regard de cet objet, la qualification de commission semble s'imposer, préférée à celle de mandat car le distributeur agit en son nom, mais pour le compte du producteur²⁴⁰⁸. Cette considération fait donc échapper le contrat de distribution à la catégorie des contrats d'exploitation du droit d'auteur. Cette présentation traditionnelle et unanime demeure cependant incertaine. Comme l'observaient déjà Lyon-Caen et Lavigne, c'est le distributeur « mandataire » qui rémunère le producteur « mandant » : « Il n'est pas douteux qu'il y ait là une déformation profonde de la technique du mandat : le mandataire n'agit pas seulement pour le compte du mandataire, mais aussi pour son propre compte »²⁴⁰⁹. Si la qualification de mandat sans représentation pouvait encore être admise sous les traits du contrat de commission, ce dernier élément fait douter à présent de cette seconde qualification²⁴¹⁰. Les contrats pratiqués, quoique généralement intitulés « mandat de distribution de films », restent ambigus sur ces points et certaines de leurs clauses évoquent franchement le contrat de bail²⁴¹¹. Demeurant favorable à ce rattachement, Lyon-Caen et Lavigne affirment : « La technique du mandat, fortement estompée lorsqu'il s'agit de déterminer la nature des obligations assumées par le mandataire, reprend son empire avec l'institution caractéristique de la reddition des comptes prévue par l'article 1993 C. civ. »²⁴¹². Or, nous savons que cette obligation de rendre compte n'est pas propre à cette qualification, et qu'on l'a déjà entrevue dans les principaux contrats d'exploitation du droit d'auteur.

Dans tous les cas, si le contrat de distribution revêt à l'évidence les grands traits d'un mandat sans représentation, tous les actes du distributeur nécessaires à l'accomplissement de sa mission ne semblent pas se justifier par ce seul mécanisme. Si la qualification de mandat constitue un « écran » écartant l'idée que le distributeur puisse être investi des droits, cette construction semble bien artificielle. Il nous semble donc qu'en dépit de la construction

²⁴⁰⁷ Sur le caractère essentiel de cette obligation du distributeur : G. Lyon-Caen et P. Lavigne, t. 2, *op. cit.*, n° 595, p. 151.

²⁴⁰⁸ G. Lyon-Caen et P. Lavigne, t. 2, *op. cit.*, n° 595, p. 152.

²⁴⁰⁹ *Ibid.* n° 596, p. 153.

²⁴¹⁰ *Contra* : N. Blanc, *op. cit.*, n° 244, considérant que cette originalité ne disqualifie pas le contrat car « les sommes recouvrées ne le sont que pour le compte du mandant ».

²⁴¹¹ V. Par exemple le « Contrat type de « mandat » (*sic*) de distribution de films » cité par B. Montels dans sa thèse (*op. cit.*, p. 372), qui évoque à plusieurs reprises la concession des droits d'exploitation du film. – V. le contrat-type cité par C. Martel, *La production audiovisuelle – Les contrats*, Dixit éditions, 2003, p. 276 « 6. Garantie : Le producteur s'engage (...) à ce que rien ne vienne troubler la libre et paisible jouissance par le mandataire des droits qui lui sont conférés par les présentes ».

²⁴¹² G. Lyon-Caen et P. Lavigne, *op. cit.*, *loc. cit.*

généralement promue, ce contrat puisse mettre directement en jeu le droit d'auteur²⁴¹³. Quelles sont ces prérogatives exercées par le distributeur ? La concession du droit de distribution émergeant, fournir les exploitants de salles en copies réalisées à ses frais²⁴¹⁴, assurer les opérations de doublage ou de sous-titrage (« droit » de traduction), la réalisation de films annonces, qui sont autant d'actes matériels de reproduction et de représentation²⁴¹⁵, voire d'adaptation, et qui n'ont rien d'accessoire. Sous peine de contrefaçon, ils supposent une autorisation du producteur.

Le contrat de distribution serait-il pour autant une simple licence de droit d'auteur ? Non, car viennent s'ajouter à ces prestations relevant directement d'actes d'emprise d'un licencié d'autres services relatifs à l'organisation du « lancement » du film. Le distributeur doit ainsi s'assurer de la bonne programmation du film permettant sa bonne « exposition » en salles. Sa mission s'étend également à des activités de promotion qui ne sont pas sans rappeler celles d'un éditeur : choix de la date de sortie d'un film, élaboration de ce qu'il est convenu d'appeler un « plan-média » organisant la promotion du film, les relations avec la presse, la distribution des films de bande annonce, jusqu'à l'organisation d'avant-premières et autres présentations du film au public par les différents intervenants. Enfin, une participation financière à la production est également fréquente sous la forme d'un prêt ou d'une clause de du croire²⁴¹⁶.

²⁴¹³ C'est bien ce que suggère une définition d'origine communautaire : l'article 2.2 de la directive du 15 octobre 1968 concernant la réalisation de la liberté d'établissement pour les activités non salariées de distribution de films (JOCE, n° L. 260, 22 oct. 1968, p. 22) dispose : « sont considérées comme des activités de distribution et de location de films, toutes les activités *comportant disposition des droits d'exploitation économique d'un film* en vue de sa diffusion commerciale dans un marché déterminé et la cession, à titre temporaire, des droits de représentation publique à tous ceux qui organisent directement de telles représentations dans le pays d'accueil » (la référence faite *in fine* concernant le contrat de location de film en salles).

²⁴¹⁴ Et ce alors même que la propriété des copies revient au producteur, d'où une situation parfois délicate pour le distributeur : « En effet, en principe, le distributeur rentre dans ses frais en se remboursant sur les recettes d'exploitation de l'œuvre. Cela signifie donc que si le succès n'est pas au rendez-vous, si le public ne se rend pas dans les salles, le distributeur peut parfaitement devoir assumer ces frais, alors même qu'il ne pourra prétendre à aucun droit sur les copies », C. Bernault, J.-Cl. fasc. 3140, préc., n° 19. « Cette situation est incompatible avec la règle fixée par l'article 1999 du Code civil selon laquelle « *le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat* » » (*Ibid.* n° 23).

²⁴¹⁵ En ce sens, MM. Lucas optent certes pour la qualification de mandat, excluant le contrat de distribution des contrats d'exploitation du droit d'auteur, mais formulent cette réserve : « Le distributeur peut d'abord être autorisé à fabriquer lui-même des exemplaires, par exemple à tirer des copies du film ou du logiciel, ce qui met en jeu le droit de reproduction. Il peut aussi recevoir mission de concéder des autorisations à des exploitants, ce qui, sauf à limiter son rôle à celui d'un mandataire, implique que lui soient transférées les prérogatives d'auteur en cause », A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 566. En ce sens : C. Bernault J.-Cl. fasc. 3140 préc., n° 21 : « Sous l'angle du droit d'auteur, s'agissant de réaliser des copies de l'œuvre, c'est donc le droit de reproduction qui est concerné. Mais si on conclut ce contrat, c'est pour permettre la projection du film dans les salles et dans cette perspective, c'est alors le droit de représentation qui est en jeu ». Cet auteur optera finalement pour la qualification de commission.

²⁴¹⁶ Sur ces éléments entrant dans les missions du distributeur : G. Lyon-Caen et P. Lavigne, t. 2, *op. cit.*, n° 590 et ss., p. 148 et ss.

A ce titre, la mission d'un distributeur évoquera celle d'un éditeur. Nous sommes donc en présence d'un contrat d'exploitation du droit d'auteur, innommé, ne se réduisant pas à une autorisation, et complexe malgré sa qualification unitaire, car relevant d'une composition de différentes espèces : commission, licence de droit d'auteur, entreprise.

640. Conclusion du Paragraphe 2. La licence étant un contrat nommé par référence au bail, de même que la cession *stricto sensu* l'est par référence à la vente, l'originalité est donc à chercher dans les modalités de l'exploitation bien plus que dans l'utilisation de l'œuvre, qui emprunte généralement les voies tracées par le Code civil. Réserveons le cas où l'autorisation d'exploiter est elle-même originale. Il en ira ainsi lorsque, portant sur la durée du droit d'auteur et excluant toute idée de retour, elle ne présentera pas les traits nécessaires à la qualification de cession (en particulier l'exclusivité).

En revanche, l'innommé en cas de licence ne peut naître que de l'adjonction d'un cadre d'exploitation à l'autorisation d'exploiter l'œuvre. C'est précisément ce cadre qui distinguera la licence, contrat nommé par le détour de la location, du contrat d'exploitation. Sous réserve des dispositions applicables à tout contrat d'auteur, ce cadre non légiféré est le fruit de la liberté contractuelle. L'auteur doit-il pour autant en pâtir ? Nous ne l'avons pas constaté : souvent, il ne sera pas partie à ces contrats mettant en scène deux exploitants aux relations patinées par les usages. D'autre part, la pratique des syndicats et sociétés d'auteur, leur influence dans la conception de nouveaux modèles contractuels devrait idéalement nuancer la position d'infériorité de l'auteur.

641. Conclusion de la section 2. Les contrats nommés et innommés organisant certaines formes d'exploitation de l'œuvre peuvent être organisés sur la base d'une cession, ce que suggère la lettre du CPI. Comme l'a établi notre analyse, ils comportent plus généralement une licence. Bien qu'elle ne soit pas systématiquement choisie, cette qualification mérite d'être encouragée, ce que ne manquent pas de faire les sociétés d'auteurs. Pour le cocontractant de l'auteur, l'exploitation d'une œuvre n'est obligatoire qu'un temps. Quelle rationalité il y a-t-il à ce que le moyen de cette exploitation, à savoir l'autorisation, soit définitif ?

Les mêmes principes de qualification s'appliquent aux contrats, qu'ils soient nommés ou innommés : une licence ou une cession est intégrée dans un cadre complexe portant, en sus d'actes d'emprise sur la chose incorporelle (reproduction, représentation, adaptation,

première mise sur le marché d'exemplaires), des obligations de faire (promotion, organisation, initiative, mais également des actes de fabrication du support qui ne se résument pas à l'exercice du droit de fabrication concédé). Les différents éléments de ces contrats évoquent donc les formules du code civil (bail, entreprise, parfois mandat sans représentation) sans qu'aucune ne domine. Une mise à disposition apparaît comme le moyen d'une prestation de service. La prestation de service réalise concrètement le contenu d'une mise à disposition et bien davantage, sans qu'une relation de principal à accessoire n'émerge clairement de cette réunion. La seule différence par rapport aux contrats d'exploitation du CPI est qu'aucune loi ne leur confère un nom : la notion d'innommé-alliage définie par M. Terré trouverait donc à s'appliquer ici²⁴¹⁷.

642. Conclusion du Chapitre 2. L'étude de la licence, considérée comme composante d'un contrat d'exploitation de l'œuvre, présente d'importants enjeux en termes de qualifications contractuelles. La difficulté apparue au moment d'identifier la nature de cette composante²⁴¹⁸ a pu être rapidement résolue. La tâche s'est avérée plus ardue s'agissant de définir le contrat d'exploitation contenant un mécanisme de licence. Le phénomène de spécialisation du droit semble en effet mettre en difficulté l'application des notions de contrat nommé ou innommé. Pour qualifier les contrats d'auteur mêlant notions du droit civil et concepts spéciaux du droit d'auteur, on se trouve face à une alternative entre deux méthodes. Celle que nous avons rejetée considère qu'un contrat est à la fois nommé et innommé à différents titres par la loi spéciale ou par la loi « générale ». Conclure qu'un contrat d'auteur est innommé en droit d'auteur mais nommé en droit civil en raison de la licence ou de la cession qu'il comporte peut être une démarche séduisante, qui demeure toutefois contradictoire. Certes, un contrat spécial peut être régi par le CPI et méconnu du Code civil, et réciproquement. Mais dès lors que la loi est conçue comme la source principale de nomination des contrats, un contrat régi par la loi ne peut être à la fois nommé et innommé. L'argument est également valable si l'on voit dans la jurisprudence ou dans une pratique établie des sources de nomination : un contrat serait-il nommé dans un domaine de la pratique et innommé dans l'autre ? Les réflexions qui précèdent appellent à considérer qu'un contrat, ne pouvant être à la fois une chose et son contraire²⁴¹⁹, est soit nommé, soit innommé, ces

²⁴¹⁷ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, spéc. n° 604 et ss

²⁴¹⁸ V. le Ch. 1^{er} du présent Titre.

²⁴¹⁹ V. l'article précité : J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255, n° 15 : « *A l'intérieur d'une même classification, les catégories qui la composent sont donc antinomiques et alternatives : elles s'excluent l'une l'autre car on ne peut être simultanément une chose et son contraire* ».

notions connaissant en leur sein des nuances. Cette conception nous semble s'accorder à la doctrine majoritaire : il existe des contrats « plus ou moins nommés ou plus ou moins innommés »²⁴²⁰, autrement dit, en des termes plus savants, des contrats innommés typiques ou atypiques²⁴²¹. Ainsi, un contrat sur droit d'auteur, non compris au CPI, ne sera donc qu'imparfaitement innommé, car la licence ou la « cession » qu'il contient sera généralement rattachable au bail.

643. Conclusion du Titre 1. La licence de droit d'auteur peut exister « à l'état pur », comme contrat spécial autonome porteur d'une autorisation. Elle a cependant vocation à intégrer un contrat d'exploitation. Cette rencontre présente un territoire des plus fertiles pour le juriste dont la mission première est de qualifier en droit les situations de fait qui se présentent à lui. Connaître la licence supposait donc d'étudier les rapports entre cette formule simple et le cadre d'exploitation qu'elle intègre. *A priori*, la qualification de licence, fruit de la volonté des parties, ne dépend ni des types d'œuvres, ni des modalités d'exploitation, ni pour finir des contrats d'exploitation, qui pourraient en théorie contenir indifféremment une licence ou une cession. Cependant, ces contrats dont l'objectif est d'organiser une exploitation portent pour certains d'entre eux un contenu impératif qui infléchira la nature de l'autorisation. Le plus souvent, cette autorisation que la loi et l'opinion commune qualifient de « cession » sera en fait une licence. Le contrat d'exploitation influence donc sur la qualification de l'autorisation qu'il contient et cette influence incitera à la qualification de licence. Cependant, cette reconnaissance parfois délicate mériterait d'être mieux encouragée : l'élément qui compose un contrat d'exploitation devrait être une licence, d'une durée raisonnable, précisément parce que l'objectif visé par les parties est l'exploitation de l'œuvre et non le transfert en lui-même.

Réciproquement, la présence d'une licence influence sur la qualification du contrat d'exploitation. Ces contrats, pour l'essentiel nommés, servent de modèles à des contrats innommés. Leurs aspects considérés isolément sont familiers au civiliste ou au commercialiste (mettre à disposition, céder, fabriquer, commercialiser, promouvoir), mais la réunion de ces mécanismes simples en un acte complexe rend la plupart des contrats d'exploitation du droit d'auteur irréductibles au louage, à la vente, à l'entreprise ou au mandat, en raison de la composante licence qui n'est jamais un accessoire.

²⁴²⁰ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 10.

²⁴²¹ Selon la distinction, v. D. Grillet-Ponton, Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, D. 2000, Chron., p. 31 et la thèse préc.

Cette rencontre entre licence de droit d'auteur et contrat d'exploitation poursuivra naturellement son cours dans l'étude des principaux éléments de régime. Comme nous l'avons fait en matière de qualification, il importe de distinguer ce qui relève du contrat d'exploitation et de l'autorisation. Significative en termes de qualifications, la différence entre cession et licence a-t-elle la même portée en termes de régime ?

TITRE 2 – LA LICENCE DE DROIT D’AUTEUR, COMPOSANTE DU CONTRAT D’EXPLOITATION : ENJEUX DE REGIME

644. La licence envisagée comme la composante radicale d’un contrat d’exploitation de l’œuvre témoigne d’une autre série d’enjeux, ceux de régime. La démarche qui sera menée à présent n’est pas différente de celle qui nous a permis de distinguer la qualification de la licence de celle du contrat d’exploitation et d’en apprécier les relations. C’est cette distinction, déjà éprouvée au stade des qualifications, qui doit nous conduire à présent dans l’étude du régime du contrat de licence.

645. Plan. Les règles entourant la formation du contrat feront l’objet de développements approfondis, car elles constituent un enjeu majeur du droit d’auteur contractuel. Leur étude suppose de distinguer ce qui relève de l’autorisation d’exploiter l’œuvre de ce qui relève du contrat organisant éventuellement son exploitation. Nous verrons que cette question entretient des liens inattendus avec la qualification de licence (*Chapitre 1 – La formation de la licence en tant que composante d’un contrat d’exploitation du droit d’auteur*). La même démarche sera suivie pour l’étude des autres éléments de régime du contrat (*Chapitre 2 – L’exécution de la licence et son apport au contrat d’exploitation du droit d’auteur*).

CHAPITRE 1 – La formation de la licence en tant que composante d’un contrat d’exploitation du droit d’auteur

646. Démarche : le recours à la notion fonctionnelle de formation du contrat.

La notion générale et fonctionnelle de régime de la formation du contrat²⁴²² pourra fédérer l’étude de points *a priori distincts* que sont : le consentement de l’auteur personnellement donné par *écrit* (art. L. 132-7 al. 1^{er} du CPI), l’exigence d’un contrat constaté par *écrit* (art. L. 131-2 du CPI) et enfin la mention précise des droits « cédés » dans l’acte de « cession » *écrit* (art. L. 131-3 du CPI). Toutes ces règles voient l’une de leurs principales portées pratiques (et sources de contestations) en ce qu’elles imposent le recours à un acte écrit, un *instrumentum*, et qu’elles prescrivent l’énonciation d’un certain contenu à cet acte. *En droit d’auteur, ces règles imprimeront de leur marque la forme du contrat et c’est essentiellement au titre de ce résultat qu’apparaît leur intérêt.* C’est pourquoi nous les traiterons dans un même mouvement.

Par ailleurs, ces différentes exigences sont généralement regroupées en doctrine spécialisée sous la bannière du « formalisme »²⁴²³. Ce rattachement apparaît pourtant plus fonctionnel que rigoureux. Il pourrait s’autoriser de ces mots de Gény : le formalisme s’entend de l’exigence d’une forme, d’une extériorisation selon certaines modalités de la volonté, requise « à peine d’inefficacité juridique (absence de sanction sociale), à un degré quelconque »²⁴²⁴. Ainsi, certaines règles, qui se manifestent en droit d’auteur par l’exigence d’une forme écrite, tiennent essentiellement à la considération du consentement et de la capacité de l’auteur ou à la nécessité de détermination de l’objet de l’autorisation qu’il concède. Or, ces éléments relèvent directement de l’article 1108 du Code civil énonçant les

²⁴²² La démarche est courante dans les manuels de droit des contrats spéciaux et de droit des obligations. V. par. ex. : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n°88 et ss., p. 74 et ss. qui réunissent dans une section « La formation du contrat de vente » les éléments de fond relatifs au consentement et à l’objet ainsi que les éléments de forme relatifs à la question du formalisme. V. également le sous-titre I « Les conditions de formation du contrat » : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les Obligations, t. 1 L’acte juridique*, 14^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 121 et ss., p. 99 et ss.

²⁴²³ Constatant cette imprécision : G. Vercken, Le formalisme dans les contrats d’auteurs : un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006, RIDA n° 219, janv. 2009, p. 5 (spéc. p. 13). – Evoquant le « Paradoxal formalisme » puis le « Formidable formalisme » de l’article L. 131-2 du CPI, v. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n° 272. – Comp. P. Sirinelli, *Le droit moral de l’auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris, 1985, cet auteur regroupe les thèmes que nous allons traiter sous la bannière « les règles relatives au consentement », v. p. 23 et ss.

²⁴²⁴ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 2^e éd., Sirey, 1925, n° 203. Ce n’est qu’à condition d’opter pour cette conception très large que l’on peut évoquer une véritable renaissance du formalisme, en ce sens : J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 373.

conditions de fond, de validité du contrat. Ils ne relèveraient qu'indirectement de l'exigence d'une quelconque matérialisation formelle de la volonté, ignorée de cet article. En toute rigueur, il conviendrait donc de présenter le sujet de la formation du contrat de droit d'auteur en ce que, dérogeant au droit commun consensualiste, il met en œuvre une série de règles spéciales encadrant à différents titres le processus de formation du contrat.

Certains de ces éléments relèvent de la forme du contrat, d'un « formalisme direct » mettant en jeu la validité du contrat (dit « *ad validitatem* »). D'autres ont une portée plus restreinte : des règles de preuve (dites « *ad probationem* »), consistant en un « formalisme indirect » en ce qu'il se limite à instituer un régime spécifique de preuve de l'engagement. *Cette division n'est en aucun cas remise en cause ici dans son principe ; elle a pu être appliquée rigoureusement au droit d'auteur*²⁴²⁵.

Toutefois, elle ne nous apparaît pas comme l'outil d'analyse le plus apte à saisir la réalité du phénomène en droit d'auteur, dans la mesure où la distinction entre ces deux « formalismes » n'y est pas plus nette qu'opérationnelle²⁴²⁶. Ce constat que nous éprouverons peut être mis en lumière par une doctrine ancienne : « L'opposition connue entre la règle de forme et la règle de preuve, entre l'écrit requis *ad validitatem* et celui qui est exigé *ad probationem*, est, dans une large mesure, artificielle. C'est relever une différence bien menue et bien théorique que de mettre l'accent sur la possibilité, à défaut d'écrit, de faire la preuve par l'aveu et par le serment, c'est-à-dire par des procédés qui mettent chacune des parties à la discrétion de l'autre et de sa loyauté »²⁴²⁷. L'étude du droit d'auteur ne remet pas en cause ces distinctions, mais elle montre leur part « d'artifice ». Précisons que le contrat d'exploitation est généralement un acte « mixte » : civil pour l'auteur, commercial pour l'exploitant, la preuve du contrat est librement apportée par l'auteur à l'encontre de l'exploitant²⁴²⁸.

²⁴²⁵ A. Maffre-Baugé, Le formalisme contractuel en droit d'auteur, in, J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 265.

²⁴²⁶ « (...) la preuve des contrats d'exploitation de droit d'auteur est indéniablement soumise à un formalisme probatoire particulier. (...) Concrètement, et en application de l'adage « *parum est non esse et non probari* », l'absence d'écrit neutralise la preuve de la cession en sorte que l'éventuel exploitant des droits prétendument cédés peut être poursuivi en contrefaçon. » A. Maffre-Baugé, art. préc., n° 7. Cet auteur affirme par ailleurs nettement la différence entre formalisme *ad probationem* et formalisme *ad validitatem*.

²⁴²⁷ J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, Etudes générales, Droit de la famille, LGDJ, 1950, p. 93, (spéc. n° 6).

²⁴²⁸ La solution est admise. V. par ex. : A. Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, Chron., p. 55.

647. Plan. Les règles de formation qui affectent le contrat d'exploitation impriment leur marque sur la licence de droit d'auteur, c'est-à-dire sur l'autorisation donnée par l'auteur ou son ayant droit. La preuve du contrat et l'exigence de spécification de son contenu à travers la délimitation de l'objet de la licence sont saisies par le formalisme. Cette première affirmation ne pose pas de difficulté, du moins dans son principe : la licence devra être envisagée comme l'objet « passif » des règles présidant au stade de la formation du contrat d'exploitation du droit d'auteur. La complexité de la mise en œuvre de ce principe nécessitera des développements substantiels (*Section 1- La formation de la licence et les règles impératives du Code de la propriété intellectuelle*). Mais encore faut-il s'interroger sur la source de ces règles.

Cette seconde question est en revanche plus délicate, au point qu'elle est à l'origine de l'une des plus intenses controverses que connaît le droit d'auteur positif. Si la licence peut être soumise à un régime spécial au stade de sa formation, quelle est la source de ce dernier ? Selon une approche traditionnelle de la question, la réponse est : toute licence, de même que tout transfert du droit d'auteur. La licence serait nécessairement soumise aux règles spéciales, dont le siège est d'ailleurs implanté au CPI en introduction des dispositions générales sur l'exploitation des droits²⁴²⁹. *En revanche, si l'on s'attache à une lecture rénovée et plus rigoureuse des textes, il apparaît que la licence n'est qu'indirectement l'objet de ce régime, dont la source ne se trouve que dans certains contrats nommés d'exploitation.* La licence ne déclenche pas nécessairement l'application d'un formalisme spécial. L'enjeu pratique consiste en l'admission de la conclusion d'une licence dégagée des règles du formalisme contractuel. L'enjeu « théorique » est de démontrer que la licence se trouve par là même distincte par ce trait essentiel de régime du contrat d'exploitation qui la contient. (*Section 2 - La licence de droit d'auteur, distincte du contrat d'exploitation du Code de la propriété intellectuelle au regard des règles de sa formation.*).

On nous objectera que les mêmes raisonnements seront souvent transposables à la cession telle que nous l'avons définie. L'objection peut cependant être levée : d'une part, nous avons démontré que le CPI, en visant la « cession », ne pose pas une véritable qualification juridique à l'autorisation d'exploiter une œuvre. De ce qui précède, il apparaît que de nombreuses « cessions », à commencer par celle du contrat d'édition, revêtent la qualification de licence. Le régime de la formation de la « cession » saisira en pratique davantage la licence que la cession *stricto sensu*. D'autre part, nous constaterons que le régime d'inspiration

²⁴²⁹ Comme nous l'avons déjà observé, déterminer ce qui est spécial et ce qui est général est souvent relatif au point d'observation duquel on se place.

formaliste du CPI entretient des liens étroits avec l'exigence de détermination de l'objet des obligations. Ce souci de détermination du *negotium* perceptible dans l'*instrumentum* impose aux parties de prendre position sur la qualification de l'autorisation donnée (cession ou licence) et vient parfois à être contredit par le mécanisme de présomption institué par certains contrats²⁴³⁰. Or, de l'absence d'indication sur la durée du contrat, le juge induira un contenu contractuel ; des conséquences en termes de qualification en découleront automatiquement.

Section 1 – La formation de la licence et les règles impératives du Code de la propriété intellectuelle

648. Plan. En quoi consistent ces exigences requises au stade de la formation du contrat ? La première exigence a trait à la nécessité du consentement personnel donné par écrit de l'auteur au contrat d'édition. Cette disposition intéresse une condition de fond du contrat, le consentement, bien que ce soit le constat de ce consentement dans un *écrit* qui retienne toute l'attention. La question est de savoir si cette exigence posée par l'article L.132-7 du CPI doit être étendue à toute autorisation (§ 1). La seconde, qui est de loin la plus significative, concerne la double exigence d'un contrat écrit et d'un écrit comportant la spécification détaillée de la mise à disposition autorisée par l'auteur, c'est-à-dire de l'objet de l'autorisation. Il faudra résoudre l'apparente contradiction suscitée par le contenu et la nature même des deux textes : les articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI (§ 2).

§ 1 – Le domaine controversé de l'exigence du consentement personnel de l'auteur

649. Plan. A la lecture des textes, la portée de l'article L.132-7 du CPI apparaît limitée (I) ; elle tend cependant à être étendue en raison de la source prétendue de la règle : le droit moral de divulgation de l'auteur (II) ; or, cette extension appellera nécessairement la critique (III).

²⁴³⁰ Contrat de production audiovisuelle et contrat de commande pour la publicité.

I – La portée limitée de l’article L. 132-7 du CPI

650. Article L. 132-7 du CPI : « *Le consentement personnel et donné par écrit de l’auteur est obligatoire.*

Sans préjudice des dispositions qui régissent les contrats passés par les mineurs et les majeurs en curatelle, le consentement est même exigé lorsqu’il s’agit d’un auteur légalement incapable, sauf si celui-ci est dans l’impossibilité physique de donner son consentement.

Les dispositions de l’alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque le contrat d’édition est souscrit par les ayants droit de l’auteur. ». Cet article édicte la règle du consentement personnel donné par écrit de l’auteur au contrat d’édition, fût-il en état d’incapacité d’exercice²⁴³¹ avec exception en cas d’impossibilité physique - ou morale, selon une doctrine unanime - de manifester ce consentement. Le Code de la propriété intellectuelle connaît une disposition voisine, l’article L. 132-16 exigeant également le consentement personnel de l’auteur en cas de cession isolée du contrat d’édition, règle dont le domaine d’application a été rappelé par la Cour de cassation²⁴³².

651. Effets. La sanction de l’inobservation de cette règle est la nullité relative, aux dires de la doctrine²⁴³³, c’est-à-dire la même sanction que lorsque le consentement n’a pas été recueilli par écrit lorsqu’il devait l’être (et non la sanction frappant normalement l’absence de

²⁴³¹ La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (art. 425 et ss. C. civ.), a substitué au terme « incapable » de la loi du 3 janvier 1968, celui de « majeur protégé », ce qui, bien évidemment, n’affecte en rien le sens de l’article étudié.

²⁴³² Cass. 1^{re} civ. 30 janv. 2007, Bull. I n° 46 p. 40, JCP G n° 10, 7 mars 2007, IV 1472 ; D. 2007, p. 586, obs. J. Daleau ; Prop. intell. 2007, avril 2007, n° 23, p. 219, n° 5, obs. A. Lucas. La cour d’appel de Paris (CA Paris 8 avril 2005 n° JurisData : 2005-277280) avait annulé un contrat par lequel le fils mineur d’un auteur « M. Patrick X... n’a pas exprimé son consentement à la cession des droits d’auteur du 30 juillet 1971 par sa mère à la société Editions musicales Hortensia, conformément aux exigences de l’article L. 131-7 du code de la propriété intellectuelle ». Ce défaut de consentement est selon la cour d’appel une cause de nullité d’ordre public (prescription trentenaire). La Cour de cassation cassera cet arrêt : « Qu’en statuant ainsi, alors qu’il résultait de ses constatations que le contrat du 30 juillet 1971 avait été conclu par la société Editions Patrick et opérait *transfert du contrat d’édition*, initialement passé par Jaques X..., au bénéfice d’un tiers, de sorte que cet acte était régi par les dispositions de l’article L. 132-16 du code de la propriété intellectuelle dont la violation est sanctionnée par une nullité relative soumise à prescription quinquennale à compter de la découverte du vice, la cour d’appel a violé, par fausse application l’article L. 132-7 du code de la propriété intellectuelle, et par refus d’application les articles L. 132-16 du même code et 1304 du code civil ».

²⁴³³ Par ex. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 654. – *Contra*. V. l’arrêt de la cour d’appel de Paris (CA Paris 8 avril 2005 n° JurisData : 2005-277280), cassé par l’arrêt de la Cour de cassation précité. Cette cassation n’intervient pas sur le délai de prescription de la sanction de l’art. 132-7 CPI (30 ans pour la cour d’appel), mais sur l’application même du texte : la Cour de cassation fait application de l’art. 132-16 CPI avec une nullité relative prescrite en 5 ans. On notera que les deux textes visent une situation relativement proche.

consentement²⁴³⁴). L'effet second de la règle est de rendre inefficace le recours au mandat dans le cadre du contrat d'édition²⁴³⁵. La situation pourrait à l'avenir générer un contentieux relatif à la profession d'agent littéraire, encore balbutiante en France, mais qui tend progressivement à s'y étendre²⁴³⁶. L'agent n'étant pas un licencié, encore moins un cessionnaire, il n'a pas vocation à conclure des actes en son nom et pour son compte. Selon les formules, sa mission s'étend du simple courtage (intermédiaire entre deux candidats au contrat) à celle d'un véritable mandataire représentant l'auteur et percevant les redevances pour son compte²⁴³⁷. Sa mission dépasse cette qualification quand viennent s'y ajouter des activités de conseil, de promotion, voire des services de relecture, qui évoquent davantage le contrat d'entreprise²⁴³⁸. On peut toutefois s'interroger sur la validité de cette représentation en raison de l'exigence d'un consentement personnel de l'auteur au contrat d'édition²⁴³⁹. Dans ce cas, l'opération semble relever du courtage plus que du mandat : seul l'auteur signera l'acte²⁴⁴⁰.

652. Portée de la règle. A s'en tenir à la lettre du texte, la question de savoir si cette règle, dédiée au contrat d'édition, doit être étendue à tout contrat dont l'objet est une œuvre appelle une réponse nécessairement négative. Deux éléments lui assignent une portée spéciale : d'une part, la règle prend place dans la section du CPI dédiée au contrat d'édition ; d'autre part, l'alinéa 3 de cet article énonce explicitement son domaine d'application : le

²⁴³⁴ L'absence pure et simple de consentement suppose l'annulation, ou, plus exactement la reconnaissance de l'inexistence de l'acte. V. par ex. A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, n° 202.

²⁴³⁵ Le mandat spécial et univoque pourrait cependant être admis. En ce sens, v. : Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec 2009, n° 405. – En termes plus généraux, v. : P.-Y. Gautier, *Le mandat en droit d'auteur, Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz 1995, p. 223.

²⁴³⁶ En ce sens : X. Skowron-Galvez, *La relation entre l'auteur et son agent littéraire*, *Légipresse* n° 234 sept. 2006, II, p. 101.

²⁴³⁷ Comp. la situation courante de l'agent artistique (artistes interprètes) qui peut être intermédiaire ou mandataire, et qui n'est engagé dans aucun de ces cas. Sur le sujet, v. : D. Veaux, mis à jour par M. Garnier, J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 3120 : Contrats en matière de spectacles, Cote : 05,2004, n° 31.

²⁴³⁸ Sur l'ensemble de ces missions : V. P.-Y. Gautier, art. préc. ; X. Skowron-Galvez, art. préc.

²⁴³⁹ *Contra*, CA Paris, Pôle 5, chambre 2, 27 nov. 2009, n° 08/07454 (inédit), reconnaissant la validité du contrat d'édition conclu par la représentante d'un auteur (auteur vivant en URSS « dont la liberté de mouvement était alors réduite en raison de son état de dissident ») : « Considérant qu'eu égard à la procuration ainsi donnée à Madame D. et non contestée, il y a lieu de considérer que le contrat signé au nom de Vénédict E. par sa représentante reflète la volonté de l'auteur non seulement s'agissant de la cession des droits pour la France mais également pour l'étranger ». La demanderesse qui contestait la validité du contrat évoqua l'article L. 132-7 du CPI, en vain : « Considérant, cependant, que la constatation écrite du contrat d'édition n'est requise que pour la preuve de l'existence du contrat et non pour justifier de sa validité ». Il nous semble qu'il y ait là une confusion (voulue) entre l'art. L. 132-7 et l'exigence portée à l'article L. 131-2 du CPI (disposition étudiée *infra* n° 666 et ss.).

²⁴⁴⁰ Comp. : en matière de production audiovisuelle, qui devrait pourtant échapper à l'art. L. 132-7 CPI, c'est en principe l'auteur et non l'agent qui signe le contrat : en ce sens, v. P. Kamina, J.-Cl. PLA Fasc. 1340, *Contrat de production audiovisuelle*. La situation pourrait s'expliquer : un tel contrat engage l'auteur à accomplir une prestation dans un esprit de collaboration, son consentement personnel, en pratique, irait de soi.

contrat d'édition²⁴⁴¹. C'est en effet une disposition d'exception en ce qu'elle déroge à l'article 1123 du Code civil. Ainsi, les dispositions légales sur le contrat de représentation qui évoquent explicitement le rôle du représentant de l'auteur, relèvent, sur ce point, du droit commun²⁴⁴².

653. Critique. Il est rare cependant que l'exégèse suffise à convaincre ; aussi l'idée de limiter la règle à son domaine d'application propre recueille-t-elle contre elle une quasi-unanimité. Dans la continuité des premiers commentateurs de la loi du 11 mars 1957²⁴⁴³, la doctrine nettement majoritaire se prononce aujourd'hui en faveur d'une généralisation de cette règle spéciale²⁴⁴⁴. Par exemple, dans cet exercice d'extension, un auteur considère ainsi qu'il y a lieu d'appliquer la règle de l'exigence du consentement personnel de l'auteur, par analogie, aux autres contrats d'auteur²⁴⁴⁵. Le commentateur pourra mettre en évidence la maladresse du texte dans lequel le terme « édition » serait employé dans son sens ancien de « reproduction » dont la portée est évidemment bien plus large²⁴⁴⁶. Il est vrai que le législateur en 1957, soucieux de régir les modes d'exploitation connus voire « classiques », n'a pas envisagé les cessions et licences autres et qui représentent souvent une dépossession plus intense que la licence exclusive qui fonde le contrat d'édition, assortie d'un régime cohérent et protecteur des intérêts économiques de l'auteur.

²⁴⁴¹ Cette position semble assez isolée en doctrine. En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, p. 446 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 657.

²⁴⁴² Le consentement à la cession du contrat de représentation peut être exprimé par le représentant de l'auteur (Art. L. 132-19 al.4 CPI). – Comp. en matière d'édition, dans le cas de cession de contrat, c'est le consentement de l'auteur qui est requis par l'art. L. 132-16 CPI. – Une autre disposition spéciale s'opposerait à la généralisation de l'article L. 132-7 CPI : le contrat général de représentation autorise la *représentation* [ne pas confondre les deux notions homonymes] de l'auteur (art. L. 132-18 CPI). L'argument est relevé par : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 657. Il est vrai que le contrat de représentation engage l'auteur de façon moins contraignante.

²⁴⁴³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, n° 502 ; A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, n° 58 ; A. Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, Chron. p. 55. (v. spéc. p. 59) ; R. Savatier, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398, (Spéc. n° 84).

²⁴⁴⁴ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 405 et 429 ; C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz 1999, n° 293 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 451 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 946. – Linant de Bellefonds, note que s'il n'y a pas de « jurisprudence significative » en ce sens, cette interprétation serait en fait conforme à l'esprit de la loi : *op. cit.*, n° 704. – Pour un exemple jurisprudentiel d'annulation d'une simple cession d'une photographie sur le fondement de l'actuel article L.132-7 du CPI, v. CA Paris 12 mai 1992, JurisData n° 021313, cité par : A. Bories, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Thèse, Montpellier, 2007, p. 35.

²⁴⁴⁵ F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 946.

²⁴⁴⁶ F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989, n° 162 et 167. En effet, l'emploi du terme « édition » dans son dernier alinéa devrait être compris dans son sens primitif de « reproduction » héritée du « décret » de 1793. L'assertion est ici remarquable dans la mesure où l'auteur dit devoir se refuser à une extension des autres règles gouvernant ce contrat, v. *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 1010. En ce sens : S. Joly, *La création artistique et l'ordre public*, Thèse, Montpellier, 1999, n° 286.

654. Eriger une règle propre au contrat d'édition en une règle de droit « commun » du contrat de droit d'auteur et donc à toute mise à disposition de l'œuvre, est une tendance qui n'est pas propre au régime de la formation du contrat en droit d'auteur, mais qui s'y exerce tout particulièrement. Certains « grands contrats » : la vente en droit civil, le bail commercial en droit commercial jouent un rôle semblable. Dans notre domaine, le contrat d'édition serait plus qu'un contrat spécial mais un modèle des contrats d'exploitation du droit d'auteur. Au-delà du caractère attractif de son régime impératif, il porterait en lui une part du droit commun des contrats du droit d'auteur. La règle de formation édictée en son sein, tout à la fois commune et impérative, devrait être étendue aux autres contrats. Cette lecture se justifie probablement par des carences du droit commun des contrats du droit d'auteur. Elle se heurte cependant à l'écueil consistant à *confondre la qualification et le régime du contrat d'exploitation avec le titre de l'éditeur, licencié*²⁴⁴⁷, dont nous savons qu'il n'est que le « radical ». Or, rien dans l'examen des textes ne semble permettre une telle interprétation, interprétation pourtant choisie par une doctrine quasi-unanime dont voici les arguments.

II – Le droit de divulgation, fondement prétendu de la règle

655. L'argument de fond tient à la considération que cette règle du consentement personnel de l'auteur ne serait qu'une expression particulière du droit moral de l'auteur et plus précisément de l'article L.121 al. 1 du CPI relatif au droit de divulgation. Promoteur de cette interprétation, Desbois²⁴⁴⁸ constate, ce qui va de soi, que la décision liminaire de « publication » appartient à l'auteur (première édition ou première représentation) ; mais il pose ensuite en principe l'exigence du consentement personnel de l'auteur pour chaque nouveau mode de communication au public. Pour une partie de la doctrine, la règle semble devoir s'imposer même à l'occasion de chaque nouvelle diffusion de l'œuvre suivant un procédé différent²⁴⁴⁹. Ce rattachement suppose que le droit de divulgation se maintienne par « tranches » au-delà de la première communication au public.

La généralisation de la règle à tout contrat d'auteur repose donc toute entière sur le postulat en vertu duquel la conclusion de contrats pour de nouvelles exploitations met

²⁴⁴⁷ Nous avons vu que le contrat d'édition est organisé sur la base d'une licence (v. *supra* n° 487).

²⁴⁴⁸ H. Desbois, *op. cit.*, p. 614, n° 495.

²⁴⁴⁹ P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris 2, 1985 p. 25 et s. : « En réalité, chaque fois que le créateur donne pour la première fois son assentiment à un contrat de reproduction ou de représentation d'une œuvre, chaque fois qu'il donne son accord à la livraison du support matériel d'une création, c'est en quelque sorte sa personne même qu'il livre au public, c'est donc son droit de divulgation qu'il exerce ». En ce sens : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur, op. cit.*, n° 617.

nécessairement en jeu le droit de divulgation. A en croire certains interprètes, l'idée est liée au postulat plus fondamental de cet auteur selon lequel l'exercice du droit moral conditionnerait l'existence du droit patrimonial²⁴⁵⁰. Par la suite, il paraîtrait logique que chaque mode d'exploitation nouveau recourant à chaque « fragment » nouveau de droit patrimonial soit subordonné, dans son accession à la patrimonialité et donc au contrat, à l'exercice du droit moral de divulgation correspondant. La démarche entreprise pour parvenir à cet objectif est contestable. En effet, la divulgation, que l'on sait nécessaire à une exploitation respectueuse du droit moral et non contrefaisante des droits patrimoniaux, est étrangère à l'existence de l'œuvre en tant que de bien. Ce statut n'est obtenu, particularité du droit d'auteur, que du seul fait de la création²⁴⁵¹. Tout en relativisant la position de Desbois sur le choix de la divulgation comme événement générateur du droit, toute une doctrine dans l'esprit de cet auteur considère néanmoins que limiter la règle du consentement personnel de l'auteur au contrat d'édition serait illogique, voire injuste²⁴⁵². La règle paraît entretenir des rapports si étroits avec le droit moral, qu'à la lecture de certains auteurs, l'exercice du consentement personnel de l'auteur donné par écrit semble se confondre avec le droit de divulgation lui-même²⁴⁵³.

III – Critiques à l'extension de la règle du consentement personnel donné par écrit

656. Plan. L'extension de la règle au-delà de son domaine légal se comprend ponctuellement par des considérations d'opportunité. Mais le recours au droit moral en tant que fondement d'une règle de source incertaine est – comme souvent – l'indice de la justification *a posteriori* d'une solution souhaitée, plutôt que la démonstration d'une base juridique solide. Or, pas plus qu'il n'est juridiquement satisfaisant, le raisonnement qui soutient cette solution ne sert la défense du droit moral : « on peut estimer qu'une fois son œuvre divulguée, l'auteur doit utiliser les dispositions relatives aux contrats d'exploitation, plutôt que le droit de divulgation, pour déterminer les modalités de la communication de celle-ci au public »²⁴⁵⁴. Ce n'est donc pas nécessairement le renforcer que de lui trouver pour

²⁴⁵⁰ H. Desbois, *op. cit.*, n° 387, p. 476. En ce sens, v. P. Sirinelli, thèse préc., p. 27.

²⁴⁵¹ Art. L. 111 – 1 CPI. V. Par ex. O. Laligant, *La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ 1983, not. p. 94 ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 280 et ss.

²⁴⁵² F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 946 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 704 et s.

²⁴⁵³ Par ex. P. Sirinelli, thèse préc., spéc. p. 70.

²⁴⁵⁴ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 613. – Autrement exprimée, l'idée est largement répandue en doctrine : « Il faudrait éviter que l'auteur monnaie deux droits. » P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 191. En ce sens : A. Lucas-

justification une disposition spéciale d'un contrat spécial. La règle imposant que le consentement personnel de l'auteur soit donné par écrit est, d'une part, inhérente à la conclusion par un auteur, du contrat d'édition (A) ; d'autre part, l'argument selon lequel le droit moral de divulgation permettrait de généraliser cette disposition s'avère infondé (B).

A – L'article L. 132-7 du CPI inhérent à la conclusion du contrat d'édition par un auteur

657. Tout d'abord, l'application de l'article L. 132-7 du CPI suppose que l'auteur et non un ayant droit soit partie au contrat. Ainsi, les cessionnaires, licenciés ou héritiers de l'auteur ne bénéficient pas de ce texte²⁴⁵⁵. En effet, la dévolution du droit de propriété et de certains droits moraux est impuissante à faire d'ayants cause les bénéficiaires de toutes les prérogatives liées à la qualité d'auteur. Fonder la solution sur le droit moral n'est alors pas à l'abri de l'incohérence, dans la mesure où l'héritier est titulaire, lui aussi, d'un certain droit moral. La règle ne trouverait pas sa source dans le droit moral en général, mais dans le droit moral de divulgation lorsqu'il est exercé du vivant de l'auteur, ce qui, sans ruiner totalement ce fondement, tend néanmoins à le fragiliser. Pour Desbois, l'argument est justifié car les héritiers n'exercent pas le droit de divulgation en leur nom personnel²⁴⁵⁶. Pourtant, un droit moral subsiste avec l'œuvre ; exercé par les héritiers, son régime ne saurait que s'adapter au fait de la disparition de l'auteur, mais il a été démontré qu'il ne change pas pour autant de nature à l'occasion de ce transfert²⁴⁵⁷. Il nous paraît plus conforme au texte d'estimer que la règle est liée non pas au droit moral, mais à la réunion de la qualité d'auteur, lien exclusif d'appartenance et d'un mode d'exploitation particulier de l'œuvre, c'est-à-dire le contrat spécial d'édition.

B – L'article L. 132-7 du CPI étranger au droit de divulgation

Cet article paraît étranger au régime (1) tout comme à l'objet même du droit de divulgation (2).

Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité Etude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002, n° 510.

²⁴⁵⁵ Par ex : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* p. 488 ; Comp. : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 452.

²⁴⁵⁶ H. Desbois, *op. cit.*, n° 502, p. 618 ; en ce sens : C. Colombet, *op. cit.*, n° 294. Dans ce cas la personnalité des ayants droit n'est pas engagée.

²⁴⁵⁷ O. Laligant, *op. cit.*, n° 59 et n° 127 ss.

1 – Un rattachement contraire au régime du droit de divulgation

658. Limites de l'argumentation de Desbois : l'épuisement du droit de divulgation. Il est admis que le droit de divulgation « s'épuise par la première communication au public »²⁴⁵⁸. Comme l'ont remarqué des commentateurs ultérieurs, l'argumentation de Desbois²⁴⁵⁹ porte en elle une contradiction ; car si pour Desbois le droit de divulgation ne s'épuise pas, en revanche tel est le cas de l'exigence d'un consentement personnel (l'exigence ne vaudrait que pour la décision liminaire et non pas pour les communications subséquentes au public). Or, cette limitation de la règle à la décision liminaire de communication implique – justement – un certain épuisement du droit de divulgation. Le lien tissé entre consentement personnel et droit moral de divulgation semble donc défectueux²⁴⁶⁰.

659. L'exemple de la réédition. Pour la doctrine²⁴⁶¹, la réédition ne devrait pas être soumise au consentement (*a fortiori* personnel) de l'auteur²⁴⁶². En effet, la réédition ne met pas en cause le droit de divulgation en raison de l'identité de l'œuvre mise à disposition une seconde fois ainsi que de son mode d'exploitation. La réédition se plie pourtant, dans certaines hypothèses dégagées par la jurisprudence, à la règle du consentement donné par l'auteur (donc à l'article L. 132-7 du CPI). Tel est le cas lorsqu'une longue période sépare la première publication de la seconde²⁴⁶³. Dans un tel cas, la règle ne saurait s'expliquer par le

²⁴⁵⁸ CA Paris 14 févr. 2001, CCE 2001, comm. 25, obs. Ch. Caron ; Prop. intell., 2001, n° 1, p. 60, obs. A. Lucas ; D. 2001, somm. p. 2637, obs. P. Sirinelli. En ce sens : A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, 2002, n° 510 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 191 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 440.

²⁴⁵⁹ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 585.

²⁴⁶⁰ Une doctrine plus unanime considère ensuite que le consentement personnel de l'auteur reste facultatif dès lors qu'il ne s'agit plus que de la négociation des intérêts pécuniaires (Desbois, *ibid.* ; Huguet, *ibid.* ; P. Sirinelli, v. *infra*, Colombet, *op. cit.*, n° 293 et 294). – Cette précision a le mérite de recentrer le droit moral de divulgation dans son domaine propre : la première communication de l'œuvre au public et non les modalités contractuelles de son exploitation. Par ex. pour P. Sirinelli, il semble bien que chaque nouvelle communication mette en jeu le droit de divulgation, encore qu'il ne s'agisse que de la décision de divulgation et non de la discussion des conditions pécuniaires. Cet auteur admet néanmoins que les modalités pécuniaires ou purement matérielles du contrat puissent être débattues par un mandataire, représentant l'auteur. P. Sirinelli, thèse préc., p. 70.

²⁴⁶¹ H. Desbois, *op. cit.*, p. 615 n° 496. Il en va autrement en cas de modifications apportées à l'œuvre, notamment en cas de mises à jour : P.-Y. Gautier, *op. cit.* n° 578.

²⁴⁶² Pourtant, afin de refuser l'application de l'article L. 131-2 du CPI un arrêt rejette la qualification de contrat d'édition à la réédition d'albums de bandes dessinées : Cass. 1^{re} civ. 12 nov. 1980, RTD com. 1981, p. 748, obs. Françon ; RIDA oct. 1981, p. 192.

²⁴⁶³ CA Paris 25 oct. 1991, D. 1993, p. 93, obs. C. Colombet. Cet arrêt pose l'exigence d'un nouveau consentement à une nouvelle publication d'un ouvrage épuisé, intervenant 20 ans après la première édition. L'argument de la cour repose sur les atteintes au « renom et à la notoriété » des auteurs voyant réédité un ouvrage non mis à jour. Nous ne pouvons que souligner l'argument : la cause de l'indemnité accordée aux plaignants n'est pas une infraction au droit moral mais l'atteinte préjudiciable à des droits de la personnalité des

droit de divulgation, déjà exercé donc épuisé, mais, croyons-nous, par l'extinction de la licence de l'éditeur ayant procédé à une première exploitation, suivie d'une longue période d'inertie²⁴⁶⁴. La solution doit être confirmée lorsque, *a fortiori*, l'éditeur a unilatéralement déclaré renoncer explicitement à son titre²⁴⁶⁵. Or, si la règle était fondée sur le droit de divulgation, ce nouveau consentement n'aurait pas lieu d'être, le droit de divulgation étant alors déjà exercé et épuisé. Comme nous l'avons vu, en dépit de la terminologie légale et des clauses types, les dispositions impératives régissant le contrat d'édition atténuent les effets de la « cession » au centre de laquelle il est organisé, jusqu'à en perturber la qualification. Cela nous a conduit à y voir, dans les cas les plus typiques, une licence exclusive assortie d'une faculté, très encadrée certes, de résiliation unilatérale. Il est permis de penser qu'en parallèle du régime de résiliation spécifique du contrat d'édition²⁴⁶⁶, le droit *personnel* de l'éditeur ait vocation à s'épuiser en cas de non-exercice. Il en résulte ici, que ce qui peut justifier un nouveau consentement personnel de l'auteur, c'est qu'il donne un nouveau consentement à un *nouveau contrat d'édition*, certes sur le même objet et la même chose, mais il ne s'agit nullement d'une *nouvelle divulgation* de son œuvre. Par ailleurs, si aucun consentement supplémentaire de l'auteur n'est exigé lorsque le délai séparant deux publications est plus court, c'est simplement parce que dans les espèces érigées en principe par la doctrine²⁴⁶⁷, il ne s'agit toujours que du même contrat d'édition et que la licence qui lui sert de fondement n'est pas encore arrivée à son terme.

660. Il résulte de cela que l'exigence d'un consentement personnel de l'auteur au contrat d'édition a pour cause non pas le droit moral, ni d'ailleurs la licence du droit prise isolément, mais la conclusion du contrat spécial d'édition auquel un auteur est partie. Et si l'on persiste à rechercher un fondement dans le droit moral, c'est davantage parce que les

plus « communs » : renom et notoriété ; voire à un simple préjudice moral, non relié à la propriété littéraire et artistique. – *Contra* : MM. Lucas, *op. cit.*, n° 680, qui voient en dépit des termes de cet arrêt, une application du droit moral.

²⁴⁶⁴ A moins que ces rééditions n'aient fait l'objet de dispositions suffisamment précises dans le premier contrat.

²⁴⁶⁵ CA Paris 21 nov. 1994 Juris-Data n° 1994-024648. En l'espèce, une société éditrice, après une première publication, avait par courrier « renoncé pour l'avenir à tous droits sur l'ouvrage ». La cour de Paris considère que l'éditeur « devait soit obtenir l'accord exprès des auteurs pour un nouveau tirage soit signer avec eux un contrat d'édition ». La cour admet ensuite que ce second tirage, de qualité moindre que le premier, et ne comportant pas d'index mis à jour, constituait « pour les auteurs une atteinte à leur réputation ». Notons, encore, qu'aucune référence n'est faite au droit moral, mais à la « réputation » des auteurs ; ensuite, l'exigence d'un consentement renouvelé s'explique ici exclusivement, croyons-nous, par l'extinction du premier contrat. L'éditeur se trouvait donc sans titre lors de la seconde publication.

²⁴⁶⁶ V. *supra* n° 483 et ss. Ce régime est relativement contraignant et impose une mise en demeure de l'éditeur (art. L. 132-17).

²⁴⁶⁷ Cass. 1^{re} civ. 18 mai 1976, Bull. n° 176, RIDA n° 1, 1977, p. 102. V. cet autre arrêt fréquemment cité : CA Paris 8 août 1871, DP 1872, II, p. 165.

nouvelles exploitations utilisant des moyens techniques différents sont susceptibles de mettre directement en jeu le droit au respect de l'œuvre, droit que l'on n'imagine pas être épuisable.

2 – Un rattachement incompatible avec l'objet du droit de divulgation

661. L'association des deux notions doit être vue comme le fruit d'une confusion voulue entre droit moral et exercice du droit patrimonial. La confusion intervient ici entre le *fait* pour l'auteur de juger l'œuvre « digne d'être arrachée à son secret »²⁴⁶⁸ et un premier *contrat* d'exploitation, qui est un acte juridique. Cette idée d'une confusion du droit de divulgation avec le consentement donné à la publication est très présente dans « la » doctrine française mais à des titres bien distincts²⁴⁶⁹. Sans entrer davantage dans ce débat relatif à la nature du droit de divulgation, il nous semble discutable de confondre divulgation et consentement à une première édition. La divulgation, fait²⁴⁷⁰ ou acte juridique émanant d'une seule volonté, ne peut avoir la même nature juridique que la décision de publier qui ne trouvera son existence juridique que dans la *convention*. Un auteur écrit : « l'exercice du droit de divulgation se confond toujours avec la conclusion d'un contrat »²⁴⁷¹. Il nous semble que l'exercice du droit entre tout au plus en *corrélation* avec la conclusion d'un contrat, celle-ci relevant de l'exercice d'une liberté. Par la divulgation, l'auteur exerce ses prérogatives de propriétaire en consentant à perdre la maîtrise intellectuelle de son œuvre : il s'agit d'un acte de volonté ou - selon la conception retenue - d'un fait juridique, marqué par profond *unilatéralisme*. Mais, en concédant son exploitation à l'éditeur, l'auteur consent à un contrat, acte juridique *bilatéral* qui portera des obligations pour chacun. Ce consentement dépasse largement la portée de l'acte de volonté unilatéral, éminemment potestatif²⁴⁷², ou du fait de divulgation. Au mieux, pourra-t-on voir dans le contrat un mode d'exercice courant, mais non exclusif, du droit de divulgation. Les actes matériels d'exécution de ce droit, généralement

²⁴⁶⁸ C. Colombat, *op. cit.*, p. 131.

²⁴⁶⁹ D'une part, voir le fondement de la règle édictée par l'article L. 132-7 CPI dans le droit moral est principalement le fait des doctrines personnalistes : de la conception personnelle de la nature du droit d'auteur dans son ensemble, il est permis de déduire l'identité de nature de la divulgation et du premier acte contractuel d'exploitation. D'autre part, mais dans le sens opposé, la doctrine réaliste doute de l'utilité du concept général de « droit de divulgation », celui-ci étant lors de sa manifestation, en nécessaire coïncidence avec l'exercice du droit d'exploitation dont il partage en outre les finalités (v. S. Strömholm, Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement. Etude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957, *Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 73 ; J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 317 et ss.).

²⁴⁷⁰ Thèse défendue par MM. Lucas, *op. cit.*, p. 351 : la divulgation est un fait juridique. C'est un « fait matériel » selon Mme A. Lucas-Schloetter, thèse préc., n° 510. *Contra* : H. Desbois, *op. cit.* p. 477, n° 388.

²⁴⁷¹ O. Lalignant, *op. cit.*

²⁴⁷² Sur la nature potestative du droit de divulgation, v. *supra* : n° 315 et s.

assortis d'un terme suspensif (fabrication et distribution, représentation effective) donneront une portée efficace à la décision de divulguer, unilatérale, potestative par nature.

662. Illustrations. La confusion de ces deux éléments peut naître de l'observation des pratiques de l'édition littéraire ou des arts plastiques. Mais dans le sens contraire, on peut évoquer l'offre de cession²⁴⁷³, la diffusion de l'œuvre au public par l'auteur sur l'Internet, préalablement à la conclusion d'un contrat d'exploitation²⁴⁷⁴. De même, dans d'autres secteurs plus traditionnels, le schéma classique s'inverse : d'un contrat instrument de la divulgation, la divulgation devient l'instrument de la recherche d'un partenaire contractuel²⁴⁷⁵. Réunies de fait par l'état de la technique et des modes de commercialisation des œuvres, divulgation et première exploitation contractuelle tendent aujourd'hui à se séparer à nouveau. Cette séparation de fait donne l'occasion à l'observateur de cerner davantage leur différence de nature juridique.

663. Conclusion. Texte exorbitant commandant une interprétation stricte²⁴⁷⁶, l'article L. 132-7 du CPI ne vise que la situation vérifiant la réunion de la qualité d'auteur et d'un mode particulier d'exploitation de l'œuvre, et non toute mise à disposition du monopole d'exploitation d'une œuvre. Le fondement de droit moral ayant été écarté, quelle que soit la conception retenue, la généralisation de l'article L. 132-7 du CPI, est soit inutile car faisant doublon avec le droit moral, soit fausse, croyons-nous, car sans fondement juridique. Un moyen de généraliser cette règle spécifique serait, *de lege ferenda*, sa migration du Chapitre II jusqu'au Chapitre I du titre III, Livre Premier du CPI ainsi que la suppression du terme « édition » dans son dernier alinéa. Cette correction permettrait de rattacher l'obligation édictée par cet article à l'opération juridique de licence ou de cession, dénominateur commun de tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur. Ceci dit, une telle nécessité ne semble pas devoir s'imposer.

²⁴⁷³ Ph. Gaudrat, *Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants) - septembre 2007*, n° 32 : « L'offre de cession peut évidemment se superposer à l'acte de divulgation ; ce serait néanmoins une erreur de les confondre. Les deux actes n'ont ni même nature, ni même régime. Le premier est une offre de contrat ; le second consiste dans l'exercice d'un droit moral. L'acceptation de l'offre scelle un contrat qui la rend irrévocable. L'exercice du droit de divulgation n'est et ne peut être contractualisé. ».

²⁴⁷⁴ Par ex. v. Art. L. 122-7-1 CPI.

²⁴⁷⁵ Par ex. : le cas de la mise en ligne gratuite d'œuvres sur l'Internet. Plus classiquement, dans le domaine des dessins et modèles : « Dans le cours des négociations, le créateur est obligé de se « mettre à nu », selon l'expression d'un *designer* ; il est nécessaire de « divulguer sa création pour essayer de vendre », avant même que le client ne se soit engagé. », Y. Gaubiac et M. Bouyssi-Ruch, *Les aspirations de la pratique : une enquête par entretiens*, in : A. Françon et M.-A. Pérot-Morel (dir.), *Les dessins et modèles en question – le droit et la pratique*, Librairies Techniques, coll. Le droit des affaires, 1986, n° 622.

²⁴⁷⁶ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 654.

§ 2 – Exigence spécifique d'un contrat écrit et exigence générale de la spécification écrite du contenu contractuel

664. Une fausse contradiction ? Notre recherche visant à mieux identifier la licence de droit d'auteur exige qu'on la distingue du contrat d'exploitation du droit d'auteur. Cette démonstration exige l'étude du régime de formation imposé à ces contrats : est-il attaché par principe à toute mise à disposition de l'œuvre ou au contraire à des statuts contractuels spéciaux ? Il s'agit encore une fois de départager ce qui est spécial de ce qui est général. La démarche s'inscrit donc à la suite de celle que nous venons de mener au sujet du champ d'application de l'article L. 132-7 du CPI relatif au consentement personnel de l'auteur et que nous avons circonscrit au contrat d'édition. La question, qui suscite des arguments assez distincts, est non moins délicate car le domaine de ce formalisme est incertain et que la source de cette incertitude est essentiellement le fait du législateur.

Le siège du formalisme contractuel connaît ainsi une apparente contradiction : un premier article (art. L. 131-2 CPI) assigne à l'exigence d'un écrit requis *ad probationem*²⁴⁷⁷ un domaine restreint (contrats d'édition, représentation, production audiovisuelle, auxquels il faut joindre le contrat d'adaptation audiovisuelle lorsqu'il est adossé à un contrat d'édition) ; un second (art. L. 131-3 CPI) pose quant au contenu de cet écrit une exigence au contraire générale : « 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* (...) ». En toute rigueur, on dira que cette dernière règle touche les conditions de *forme* du contrat (formalisme *ad validitatem*)²⁴⁷⁸ plus que sa *preuve* (formalisme *ad probationem*). Cependant, sa principale incidence est qu'elle implique un *instrumentum* écrit et détaillé dès lors qu'un quelconque contrat opère « transmission » de droit d'auteur. C'est donc bien entre deux règles préconisant une forme à l'expression du consentement qu'apparaît une contradiction : elles seront donc traitées sur le même plan. L'article L. 132-3 du CPI peut ainsi se voir reconnaître la double nature d'exigence de forme et de preuve²⁴⁷⁹.

²⁴⁷⁷ Par ex. fréquemment cités en ce sens : Cass. civ. 28 mai 1963, JCP G 1963, II, 13347, obs. Ph. Malaurie ; CA Paris 17 juin 1976, RTD com. 1978, p. 105, obs. H. Desbois ; CA Paris 9 oct. 1995, D. 1995 IR, p. 267.

²⁴⁷⁸ Par ex. Cass. civ. 1^{re} 23 janv. 2001, « Cercle d'art c. Picasso », CCE avril 2001, comm. 34, Ch. Caron ; obs. A. Maffre-Baugé, in : M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n° 14.

²⁴⁷⁹ Cette « double nature » des exigences de forme est généralement envisagée de façon alternative : *ad probationem* ou *ad validitatem* (V. A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, n° 102). Or, il est possible qu'un même texte, en raison de son ambiguïté, puisse relever cumulativement des deux exigences.

La loi pose une règle impérative dont le domaine est spécifique, mais dont le régime et le contenu semblent empreints d'une portée générale. Si les cas les plus nombreux imposent avec certitude l'application de ces règles (*I – Formation du contrat de licence intégré à des contrats d'exploitation du CPI*), en revanche, la correspondance que l'on pourrait espérer entre le contenu de la règle et la délimitation de son domaine d'application sera parfois mise à mal (*II – Formation du contrat de licence pure et simple : incertitudes*).

I – Formation du contrat de licence intégré à des contrats d'exploitation du CPI

665. Plan. Le régime spécial qui formalise l'expression des consentements est certain quant à son domaine (*A*) ; en revanche son contenu est parfois relatif (*B*).

A – Le domaine certain du formalisme prescrit par l'article L. 131-2 du CPI

666. Cet article **L. 131-2 du CPI** est le siège principal du domaine du formalisme des contrats du droit d'auteur : « *Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution.* ».

Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du Code civil sont applicables. ».

Il faut joindre à cet article fondamental l'article L. 131-3 al. 3 du CPI : « *Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée.* ».

Un *instrumentum*, un écrit, est donc requis pour la preuve des contrats d'édition, de représentation, de production audiovisuelle et plus généralement pour les autorisations gratuites d'exécution. Il faut ajouter à cette liste le contrat d'adaptation audiovisuelle ; même si le texte est situé dans le « Chapitre I Dispositions générales », il ne semblerait devoir s'appliquer que s'il est adossé au contrat d'édition afin que l'auteur ait conscience de céder son droit pour un autre mode d'exploitation. Par ce dernier point, le législateur a voulu régler une question fréquente en pratique, mais a négligé le cas général dans lequel un contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle n'est pas conclu avec un contrat d'édition.

Exception faite du formalisme du contrat de nantissement de logiciel et des règles préconisées par le CCIA, déjà observées, ce sont les seuls contrats pour lesquels la loi impose

explicitement et spécialement l'écrit. En dehors de ces cas spéciaux, pour paraphraser un auteur, la rédaction d'un écrit, quoique non obligatoire, est nécessaire²⁴⁸⁰.

B – Le contenu relatif du formalisme prescrit par l'article L. 131-3 du CPI

667. La nécessaire distinction entre l'exigence de détermination de l'objet et l'exigence de formalisation de ce dernier dans un *instrumentum*. Ce contenu du formalisme consiste en la description détaillée dans un écrit de l'objet du contrat²⁴⁸¹ ou plus précisément, comme il a été remarqué à juste titre, de la *chose*²⁴⁸², objet de la prestation de l'auteur. Si l'exigence de la détermination de l'objet relève du droit commun des obligations (article 1129 du Code civil), en droit d'auteur, ce dernier doit être « particulièrement déterminé »²⁴⁸³. Ce lien entre l'article L. 131-3 du CPI et la notion d'objet conduit donc la doctrine à y voir, au-delà d'un formalisme de protection, une condition de fond essentielle à la validité de l'acte²⁴⁸⁴. Or, cette approche, si elle est difficilement contestable en raison de la lettre même du texte, ne peut être exclusive : elle relèverait d'une confusion entre d'une part, la nécessaire détermination de l'objet du contrat comme condition de validité de celui-ci au sens de l'article 1129 du Code civil ; et d'autre part, la formalisation de cet objet dans un écrit, obligation relevant plus directement de l'article L. 131-3 du CPI. Cette dernière obligation, bien que reliée par la doctrine spécialisée à l'existence de l'objet, n'est d'ailleurs sanctionnée que par la nullité relative du contrat assortie d'une prescription quinquennale,

²⁴⁸⁰ X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, n° 730.

²⁴⁸¹ Par ex. G. Loiseau, *L'immatériel et le contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz – LGDJ, 2009, p. 353 (spéc. p. 360). D'après l'auteur, l'art. L. 131-3 CPI vient : « soutenir (...) l'exigence commune d'un objet déterminé ». *Adde* : X. Linant de Bellefonds, *op. cit., loc. cit.*

²⁴⁸² S. Joly, *La création artistique et l'ordre public*, Thèse, Montpellier, 1999, n° 283. Mme Joly remarque qu'à ce titre, l'article L. 131-3 du CPI s'écarte de l'article 1602 du Code civil qui ne concerne que les obligations auxquelles s'oblige le vendeur (par ex. garantie) et non directement la détermination de l'objet du droit de propriété. Nous ajouterons à cela que la qualification de licence conduit à écarter purement et simplement ce rapprochement ou à le réduire à la simple comparaison.

²⁴⁸³ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec, 2009, n° 407.

²⁴⁸⁴ V. par ex. : V. C. Colombet, *La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur, Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 63. – Ph. Gaudrat, *Répertoire de droit civil Dalloz*, préc., n° 50 : « La construction est souvent présentée en doctrine comme n'ayant d'autre objet que d'imposer un *formalisme protecteur de la partie faible*. Il n'est pas douteux que la règle ait aussi cette conséquence ; mais elle est, avant tout, imposée par le *respect du droit civil*. N'eût-elle pas été disposée au titre du droit spécial que l'application des exigences de l'article 1108 du code civil à la convention qui produit l'obligation de donner aurait dû conduire à la reconnaître. En effet, céder le *droit d'exploiter*, sans définir le *domaine d'exploitation* couvert par l'autorisation, laisse entièrement indéterminé l'objet de la convention, ce qui est contraire au droit des obligations. L'exigence de détermination de l'objet cédé est, par conséquent, une *incontournable condition de fond*. Non un *formalisme surajouté* pour éclairer le consentement vacillant du créateur. ». *Adde* : A. Bensamoun, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008, n° 152.

nullité conçue en protection de la partie présumée faible, et non sa nullité absolue²⁴⁸⁵. *On pourrait donc admettre que la règle relève des deux catégories : tout « transfert » de droit d'auteur doit comporter un objet déterminé, mais il va de soi que l'énoncé de cet objet dans un écrit ne concerne que les contrats soumis à l'exigence d'une preuve littérale.*

668. Plan. Disposition qualifiée d'ordre public²⁴⁸⁶, la formalisation de l'objet doit impérativement, à peine de nullité, suivre exigences de l'article L. 131-3 du CPI, al. 1 : « *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.* ». La délimitation de la portée de la cession impose la mention de chaque droit cédé ainsi que la détermination du domaine d'exploitation des droits cédés c'est-à-dire des utilités de l'œuvre concédée (1). Ce domaine doit être précisé sous quatre de ses aspects : quant à son étendue et sa destination, son lieu et sa durée. Cet inventaire se veut complet, mais n'est pas à l'abri d'incohérences et ne constitue donc pas nécessairement une garantie absolue de sécurité pour l'auteur comme pour le licencié. Il est nécessaire d'en opérer l'étude (2).

1 – La mention des droits cédés

669. Selon l'article L. 131-3 du CPI, il est nécessaire « que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession ». On en déduit que les clauses : « tous droits cédés » ou « tous droits compris », fréquentes avant la loi du 11 mars 1957²⁴⁸⁷, sont nulles, sous l'importante réserve de la possibilité offerte au rédacteur de l'acte par l'article L. 131-6 du même code²⁴⁸⁸. Cette disposition prend appui sur l'article L. 122-7 al. 2 et 3 du CPI. Et par « droits » on entend droits de reproduction et de représentation. Le

²⁴⁸⁵ Par ex. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 582 ; Ch. Caron, *op. cit.*, n°412 (v. les décisions citées en ce sens).

²⁴⁸⁶ A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, v. par ex. p. 5 ; S. Joly, *L'ordre public et le droit d'auteur*, in J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007. p. 343 et s. (spéc. p. 350).

²⁴⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1991, Bull. I, n° 253 ; D. 1993, somm. p. 92, obs. C. Colombet. – V. également CA Paris, 4^e ch., 4 mars 2005, CCE 2005, comm. 82, obs. Ch. Caron, à propos de la clause « tous droits attachés, sans limitation de durée ».

²⁴⁸⁸ Article L. 131-6 CPI : « La clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat doit être expresse et stipuler une participation corrélatrice aux profits d'exploitation. ». Encore faut-il que la clause soit correctement rédigée et concerne une forme d'exploitation qui n'existe pas à la conclusion du contrat. – Sur cet article, v. : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 966 et s.

principe, bien connu, est l'indépendance de la cession du droit de reproduction et de celle du droit de représentation. La cession du premier n'emporte pas cession du second et réciproquement. Cette division qui intervient au niveau contractuel se fonde sur la présentation du droit d'auteur lui-même en deux prérogatives principales : droit de reproduction et droit de représentation. Si cette distinction est toujours de droit positif, nous devons la considérer comme la traduction juridique d'un état donné de la technique, donc comme transitoire. L'utilité de cette division est critiquée dans l'univers de l'exploitation de l'œuvre numérisée dont la communication suppose la mise en œuvre successive ou simultanée des deux droits. Un courant doctrinal constatant l'inadaptation des deux droits traditionnels aux nouveaux modes d'exploitation se prononce en faveur de leur unification dans un droit d'exploitation numérique²⁴⁸⁹. Sont également proposés les termes plus généraux de « droit de communication au public », « droit d'exploitation multimédia »²⁴⁹⁰ ou encore « droit patrimonial exclusif ou de mise à disposition »²⁴⁹¹. Cette proposition peut s'analyser comme un mouvement légitime de « reflux » en réponse à la pratique actuelle des clauses détaillées à l'excès et qui, sous une énumération de prérogatives, désignent toutes peu ou prou le même droit d'auteur²⁴⁹². Englobant, voire dépassant les notions de reproduction et de représentation, la mention de ce droit dans l'*instrumentum* permettrait de mieux cerner l'objet de ces contrats d'exploitation. Davantage que la découverte d'un « nouveau droit », on peut espérer voir dans cette notion de « droit d'exploitation numérique » la redécouverte de l'unité du droit d'auteur, unité concevable par son rattachement à la catégorie du droit de propriété.

En propriété intellectuelle, nous l'avons vu²⁴⁹³, le principe est la liberté, c'est à dire l'absence de propriété, ce qui oblige le législateur à énoncer spécialement le contenu du droit. Les comportements que son titulaire peut exercer exclusivement, donc interdire aux tiers, doivent nécessairement être détaillés par la loi. Cependant, le droit d'auteur comme droit de propriété ne se réduit pas à une addition de prérogatives²⁴⁹⁴ ; c'est d'abord une relation d'exclusivité entre une chose et son propriétaire qui se manifeste essentiellement par la

²⁴⁸⁹ TGI Paris ord. réf., 14 août 1996, RIDA janv. 1997, p. 380, note Ch. Caron ; D. 1996, 490, obs. P.-Y. Gautier ; G. Vercken & M. Vivant, Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, Cahiers du droit de l'Entreprise, n° 2, 2000, p. 18.

²⁴⁹⁰ Th. Dreier, L'analogie, le digital et le droit d'auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz 1995, p. 119.

²⁴⁹¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 242 et n° 263. L'auteur évoque les cessions (ou concessions) « en bloc », en cours en matière audiovisuelle.

²⁴⁹² V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 694 : « (...) quand les juristes (français) de droit d'auteur aiment à souligner le caractère synthétique du droit d'auteur, il n'est pas simple d'expliquer cela à un juriste américain qui découvre ébahi des contrats marqués du plus extrême pointillisme. ».

²⁴⁹³ V. *supra*, n° 83 et ss.

²⁴⁹⁴ Les deux droits classiques, auxquels on a ajouté plus tard le droit de suite, un droit de distribution et, selon certains, un contestable droit d'accès.

faculté d'interdire l'usage de sa chose à des tiers. L'étude du droit d'auteur français souligne son approche *synthétique* par opposition au *copyright*. Cependant, guidé par la structure et le régime de ce « droit retenu »²⁴⁹⁵, le formalisme contractuel impose une énonciation explicite des différentes utilités concédées. C'est là un paradoxe du droit français qui postule un système synthétique, à l'image que l'on se fait de la propriété corporelle, tout en limitant ses effets de deux manières. Au stade de l'appropriation, la propriété intellectuelle obéit à un principe de spécialité, car seules sont appropriables les valeurs incorporelles que la loi estime expressément utile d'être appropriées. Au stade contractuel, ce qui n'est pas expressément cédé est conservé par l'auteur, ce qui en pratique, sans remettre en cause son principe, ne permet pas à cette conception synthétique d'exprimer pleinement ses effets dans le contrat.

Par ailleurs, il est arrivé, pour des modes d'exploitation plus traditionnels, que le juge confronté à un contrat ne mentionnant la cession que d'un droit déduise de la commune intention des parties l'autorisation d'utiliser l'autre, lorsque des raisons techniques l'imposaient pour une exécution normale²⁴⁹⁶.

Mais le principe de spécification des droits reste heureusement d'actualité et l'énoncé des droits cédés doit être complété par celui de leur domaine d'exploitation.

2 – Le domaine des droits cédés

670. Plan. Le domaine d'exploitation des droits cédés doit être délimité quant à son étendue, à sa destination, quant au lieu (*a*) et quant à la durée (*b*).

a) Etendue, destination et lieu

671. L'étendue. La notion d'étendue est susceptible d'être comprise dans deux sens : certains auteurs indiquent que le terme renvoie au nombre d'exemplaires reproduits autorisés ou au nombre de représentations ou diffusions²⁴⁹⁷. Mais comprise ainsi, l'intensité de cette obligation, si elle existe, est très relative et ne semble pas intéresser tous les contrats. Par exemple, ce n'est, dans le contrat d'édition, que le nombre minimal d'exemplaires qui

²⁴⁹⁵ Par ex. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 241.

²⁴⁹⁶ Ex. la cession du droit de représentation d'un film implique celle du droit de reproduction. En ce sens : Ch. Caron, *op. cit.*, n° 408.

²⁴⁹⁷ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 739 ; Ch. Caron, *op. cit.*, n° 409.

doit être précisé, et seulement lorsqu'aucun versement minimum n'est garanti à l'auteur²⁴⁹⁸. Ajoutons que l'article L. 132-19 dédié au contrat de représentation, impose soit une durée limitée, soit un nombre déterminé de communications au public²⁴⁹⁹. Cette option, également connue du pacte de préférence (art. L. 132-4 du CPI), révèle le lien qu'entretiennent les notions de durée du contrat et du nombre d'exemplaires, mais la mention du nombre d'exemplaires n'est pas une obligation commune à tous les contrats de droit d'auteur. Cependant, si un nombre est stipulé, cette stipulation s'impose aux parties et l'exploitation qui la dépasserait serait en outre contrefaisante²⁵⁰⁰. Toujours est-il que dans la plupart des contrats prévoyant une rémunération proportionnelle, fixer un nombre d'exemplaires serait en pratique difficile, et n'aurait pas d'intérêt pour l'auteur. Dans ces cas, la mention de l'étendue des droits « cédés » a fort à voir avec la qualification de l'autorisation (licence ou cession) dans la mesure où elle indiquera la présence ou l'absence d'un esprit de retour. Obliger les contractants à indiquer la durée ou le nombre d'actes d'exploitation autorisés, c'est les inciter à prendre parti sur la qualification du contrat²⁵⁰¹.

Mais plus sûrement, selon l'article L. 131-3 du CPI, *l'étendue* est ce que l'on peut comprendre comme les modes d'exploitation auxquels il est fait référence à l'article 122-7 al.4²⁵⁰². On peut entendre l'énoncé des modes d'exploitation comme la spécification²⁵⁰³ de la chose cédée ou concédée. En effet, l'énoncé des droits par l'article L. 122-7 du CPI qui borne les limites de la cession (reproduction ou représentation) est insuffisant pour se figurer l'objet. De fait, peu de contrats à l'heure actuelle se satisfont de la mention « cession ou concession du droit de reproduction », par exemple²⁵⁰⁴. Comme nous l'enseignent MM. Vercken et Vivant : « L'important est bien, non de définir des droits plus ou moins abstraits, mais des

²⁴⁹⁸ Art. L. 132-10 du CPI.

²⁴⁹⁹ Il convient également de noter les règles particulières de la radiodiffusion de l'œuvre et de sa télédiffusion par voie hertzienne par câble aux art. L. 132-20 à L. 132-20-2 du CPI. Dispositions marquées par le principe de l'interprétation stricte des cessions : ainsi « Chaque fois qu'un public distinct est atteint, une nouvelle autorisation de représentation est requise. », F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1072 et ss.

²⁵⁰⁰ Par ex. J. Cayron, La situation du photographe dans les contrats de cession de droit d'auteur, *Légipresse* 2003, n° 205, II, p. 129., v. les exemples cités p. 130.

²⁵⁰¹ V. *supra* n° 350.

²⁵⁰² H. Desbois, *op. cit.*, n° 528. Interprétation reprise par A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 579 ; C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz 1999, n° 321. – Pour d'autres auteurs, l'étendue de la cession désigne aussi bien le nombre d'exemplaires ou de représentations ainsi que leur forme, v. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 956 ; M. Bories évoque l'étendue quantitative ainsi que les modes d'exploitation (V. thèse préc., n° 133).

²⁵⁰³ Le droit français préfère l'expression de « Délimitation des droits cédés », le terme de « spécification », quoiqu'il soit davantage employé en droit belge, nous semble bien décrire cette exigence. V. par ex : A. Cruquenaire, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Larcier, Coll. Création Information Communication, n°11, 2007, n° 25 p. 32. – En droit français on retiendra le second sens donné à la notion de « spécification » par M. Cornu : « Détermination des caractères d'un objet ou d'un article (origine, composition, qualité, poids, etc. », G. Cornu dir., *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 9^e éd. 2011, p. 976.

²⁵⁰⁴ Sur ce constat : A. Bories, thèse préc., n° 125.

utilisations dans leurs conséquences concrètes. »²⁵⁰⁵. La référence à des types de support, voire à un format informatique, et finalement à un type d'accès à l'œuvre par le public, sont plus utiles que la référence au droit de reproduction et de représentation. Cette disposition est l'un des sièges du principe d'interprétation stricte du contrat, donc du principe d'interprétation *in favorem auctoris* qui en découle (puisque ce sont les clauses qui sont susceptibles de dépouiller l'auteur de son droit qui sont interprétées strictement, cette interprétation lui est nécessairement favorable).

672. Les nouveaux « droits » dans le cadre de l'exploitation des œuvres audiovisuelles. La pratique, en particulier dans l'univers de l'audiovisuel, en vient à « inventer » de nouveaux droits : droits dérivés, droits de traduction, de *merchandising*, d'adaptation. Ce dernier peut se « décomposer » en « droit de *remake*, *prequel*, de *sequel*, *spin off*... »²⁵⁰⁶ autorisant la réalisation d'œuvres dérivées. La mention de ces « droits » est indispensable car ils sont exclus de la présomption de cession du contrat de production audiovisuelle et doivent donc être expressément stipulés²⁵⁰⁷. Leur dénomination en « droits » est cependant discutable ; en fait, ces différentes manières de tirer une utilité de l'œuvre ne sont que les modes d'exploitation des prérogatives traditionnelles et non de nouveaux droits issus de la fragmentation des droits patrimoniaux. L'existence de ces modes d'exploitation constitue néanmoins une valeur, une utilité, à l'usage de laquelle est attachée une rémunération. Il devient facile d'opérer ce raccourci en les qualifiant de « droits ».

673. La destination La destination peut être définie comme « la finalité de la reproduction ou de la représentation autorisée »²⁵⁰⁸. Cette destination, et sa nécessaire détermination dans l'intention des parties, ne s'éloigne pas fondamentalement de la

²⁵⁰⁵ G. Vercken & M. Vivant, *Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées*, *op. cit.* – C'est aussi le cas pour des secteurs plus traditionnels comme en témoignent les clauses d'étendue des droits cédés dans l'édition littéraire.

²⁵⁰⁶ Le *remake* consiste à « refaire » une œuvre d'un même genre ; le *sequel* consiste à en réaliser une suite ; à l'inverse, le *prequel* consiste à placer l'action antérieurement à l'œuvre première, dont on découvre ainsi les fondements, les origines ; le *spin-off* consiste à tirer d'un élément d'une œuvre existante (généralement un personnage secondaire) une œuvre à part entière. Ces termes viennent du cinéma et des séries télévisées américaines, mais en quête d'illustrations, l'on pourrait tout autant consulter l'arbre généalogique des Rougon-Macquart. Sur ces « droits » : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n°84 et pour la définition de ces droits : v. n° 96. *Adde* : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, 2010, n° 610 ; S. Dupuy-Busson, *Le délit de contrefaçon par adaptation : le cas des scénarios de films*, JCP G 2005, I, 102 ; R. Prades, *Suite de film : œuvre dérivée ou autonome ? Réflexions sur la nature juridique des droits dits de « sequel »*, CCE déc. 2004, Etude 41.

²⁵⁰⁷ V. *infra* n° 682 et s.

²⁵⁰⁸ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 958 ; H. Desbois, *op. cit.*, n° 288 (sur la distinction entre « étendue » et « destination »).

destination de la chose telle qu'on l'entend pour le contrat de louage de choses²⁵⁰⁹. Une nuance doit être faite : dans la location des biens corporels, l'obligation du preneur d'utiliser la chose conformément à sa destination vise à protéger celle-ci²⁵¹⁰. En droit d'auteur, l'exploitation de l'œuvre dans le cadre strict de sa destination contractuelle vise la protection de l'auteur. Il importe donc que cette destination soit précisée. En cas de contestation, elle est interprétée de façon stricte et en cas de doute, en faveur de l'auteur. L'article L. 131-6 du CPI comporte des assouplissements : l'exploitation de l'œuvre selon des modes « non prévisibles ou non prévus » peut et doit faire l'objet d'une clause. La clause doit être expresse et comporter une rémunération proportionnelle. Cette prise en compte d'une certaine « imprévision »²⁵¹¹ dans les contrats de la propriété littéraire et artistique, soumis plus que d'autres aux évolutions des techniques²⁵¹², nécessite cette très relative dérogation au formalisme.

Il convient toutefois de préciser que la destination ne se confond pas avec le mode d'exploitation. L'utilisation (par exemple publicitaire) peut méconnaître la destination contractuelle de l'œuvre et être sanctionnée, sans porter nécessairement sur un mode d'exploitation distinct²⁵¹³.

Enfin, la sanction de la méconnaissance de la mention de la destination de l'œuvre dans l'*instrumentum* est la nullité relative du contrat à l'instar des autres mentions de l'article L. 131-3 du CPI. A notre sens, cette sanction ne doit pas être confondue avec celle de la violation de la destination de l'œuvre en cours d'exécution du contrat. Cette sanction devrait être la résolution de ce dernier aux torts de l'exploitant, conformément au droit commun du louage de choses²⁵¹⁴, sans préjudice d'une action en contrefaçon.

674. Le territoire. Le contrat doit comporter l'indication des Etats dans lesquels la cession prend effet. Pourtant, la clause limitant la cession à un pays (fréquente pour les traductions) ne saurait faire obstacle, le cas échéant, au principe de la libre circulation des

²⁵⁰⁹ « L'usage pour lequel la chose est louée étant de la substance du contrat de louage, comme nous l'avons vu, le consentement des parties contractantes doit aussi intervenir sur les espèces d'usage pour lesquels la chose est louée. C'est pourquoi si l'une des parties comptait donner à loyer une chose pour un certain usage, *putà*, un cheval de selle pour le monter, et l'autre partie comptait le prendre pour un autre usage, *putà*, le mettre à une voiture ; il n'y a pas de contrat de louage, faute de consentement sur l'usage pour lequel la chose serait louée. », Pothier, *Traité du contrat de louage*, Paris, 1771, p. 210.

²⁵¹⁰ J. Cayron, thèse préc., n° 251.

²⁵¹¹ P.-Y. Gautier, *Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques*, D. 1990, chron. p. 130.

²⁵¹² Sur la question de la délicate interprétation des contrats antérieurs à l'apparition des technologies numériques, v. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec 1998, n° 599 et ss.

²⁵¹³ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 514.

²⁵¹⁴ Art. 1729 du Code civil.

marchandises. Il est vrai que cette exigence de limitation du lieu d'exploitation peut sembler dépassée, notamment en cas d'exploitation sur le réseau Internet qui réalise dans les faits l'ubiquité naturelle de l'œuvre. On peut formuler à l'encontre de cette exigence la même remarque que pour la durée dont la spécification obligatoire se traduit en pratique par des cessions définitives : la clause « cession pour tous pays » ou « Monde entier » est de loin la plus courante²⁵¹⁵. Mais comme on l'a remarqué pour l'absence de durée déterminée, l'absence de précision du territoire est encore sanctionnée par les tribunaux²⁵¹⁶.

b) Durée des droits « cédés »

La mention de la durée de la « cession » soulève des problèmes spécifiques. L'étude de son contenu (α) appelle une appréciation de sa pertinence (β).

α – Domaine et contenu de la clause de durée

675. Domaine de la clause de durée. L'article L. 131-3 du CPI impose la spécification de la durée de la mise à disposition du droit. Cette durée est celle de la licence proprement dite et n'est pas nécessairement la même pour toutes les obligations nées du contrat d'exploitation, et qui peuvent se prolonger au-delà de ce dernier (garantie²⁵¹⁷, non-concurrence) ou lui être inférieure (exclusivité). Par ailleurs, cette durée est liée à la qualification de contrat de droit d'auteur et ne doit donc pas être confondue avec d'autres clauses liées à la notion de durée²⁵¹⁸.

676. Contenu de la clause de durée. La mention de la durée peut être explicite, ce qui est la norme en pratique. Cependant, la jurisprudence a pu la déduire d'autres clauses du contrat, telle la clause limitant dans le temps la rémunération de l'auteur, qui suggère une

²⁵¹⁵ V. par ex. L'art. 2 : « Etendue de la cession » du Modèle de contrat d'édition pour œuvre de littérature générale publié par le Syndicat national de l'édition (SNE). L'auteur cède à l'éditeur : « le droit de reproduire et de représenter, de publier et d'exploiter l'œuvre en tout pays et en toutes langues ainsi que suit ». *Adde* : Y. Gaubiac, *Pratique contractuelle. Les contrats internationaux de droit d'auteur*, CCE juill. 2011, n° 12.

²⁵¹⁶ A. Bories, thèse préc., n° 146.

²⁵¹⁷ Pour une transposition de la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement à la notion de garantie, illustrant son inscription dans la durée, v. P. Jourdain, *Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé*, In *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303. Sur les obligations de garantie : v. *infra* n° 808 et ss.

²⁵¹⁸ Par exemple, un même *instrumentum* pourra spécifier des durées d'ordres différents : date de délivrance de la création, délai de réalisation de l'œuvre, délai de publication par l'exploitant, délai d'option, etc.

durée limitée de la licence elle-même²⁵¹⁹. Cette solution semble en tout point conforme au droit positif. En effet, au contraire d'autres formalismes protecteurs de la partie faible, celui du droit des contrats d'auteur n'impose aucune formule « sacramentelle »²⁵²⁰. L'information de l'auteur par des termes clairs et explicites n'impose pas, en théorie, une rédaction typique de ces clauses. Mais le principe reste l'interprétation stricte du contrat et ces restrictions dans l'interprétation doivent être dirigées en faveur de l'intérêt de l'auteur, partie protégée. De la sorte, la stipulation d'une clause de durée « perpétuelle », « illimitée », ou encore l'absence de clause de durée dans le contrat est en principe sanctionnée par la nullité de celui-ci²⁵²¹.

β – Pertinence de l'obligation de spécifier la durée de la licence de droit d'auteur

677. Le formalisme ne pèche pas tant par sa nature ou sa sanction que par son contenu. Le formalisme spécifique à la durée de la licence a l'intérêt essentiel d'assurer une information complète de l'auteur sur la durée de mise à disposition de son œuvre. Cependant, l'information de la partie faible n'est qu'une condition de sa protection. Si cette condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante. Aussi, l'opportunité de la mention de la durée, dont on ne contestera pas l'importance, montre des insuffisances quant à son régime, au point d'en compromettre l'efficacité. Un auteur relève que le but du formalisme, la protection de l'auteur, n'est pas parfaitement atteint, d'une part parce que l'exigence d'écrit (art. L. 131-2 CPI) n'est pas requise *ad validitatem* mais *ad probationem* ; et d'autre part, parce que la nullité ne frappe pas également tous les manquements aux mentions exigées *ad validitatem* (L. 131-3 CPI)²⁵²². A ces deux raisons, insistant l'une sur la *nature*, l'autre sur la *sanction* du formalisme, il convient d'ajouter que si le formalisme n'a atteint que partiellement son objectif de protection de l'auteur, c'est parce que les mentions requises par l'article L. 131-3 du CPI, c'est-à-dire son *contenu*, ne lui sont pas toutes nécessairement *utiles*²⁵²³. L'exigence légale porte sur certaines mentions qui ne sont pas utiles en elles-

²⁵¹⁹ CA Versailles 22 juin 2000, Juris-data n° 156150, cité par A. Bories, *op. cit.*, n° 147. Ainsi, la cession par un *designer* à un industriel accompagnée d'une rémunération forfaitaire par objet vendu, pour un délai de 7 ans, est limitée à cette durée et n'a pas de caractère illimité.

²⁵²⁰ A. Maffre-Baugé, art. préc., v. spéc. p. 272. L'auteur cite les exemples du formalisme concernant désormais la plupart des contrats de cautionnement (spéc. art. L. 341-2 et L. 341-3 C. conso.).

²⁵²¹ Par ex. Cass. civ. 1^{re} 29 juin 1994, RIDA, janv. 1995, p. 197, pour une cession de droits d'adaptation télévisuelle et vidéographique antérieure à la loi du 3 juillet 1985. V. en cas d'absence de clause relative à la durée : Cass. civ. 1^{re} 23 janv. 2001, « Cercle d'Art c. Picasso », Bull. I, n°13, p. 8 ; CCE 2001 comm. 34. obs. Ch. Caron ; V. le commentaire de A. Maffre-Baugé in : M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n° 14. *Adde* : CA Paris 28 novembre 1984, D. 1985, IR 316, obs. C. Colombet.

²⁵²² A. Maffre-Baugé, *op. cit.*, n° 14, *in fine*.

²⁵²³ P.-Y. Gautier, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, RTD civ. 1995, p. 497, évoquant les clauses de durée et de territoire notamment.

mêmes, car elles ne sont pas l'expression formelle d'une règle de fond protectrice de l'auteur. A titre de comparaison, l'obligation de spécification des droits cédés protège l'auteur seulement parce que, comme on l'a vu, en dépit d'une conception nationale « synthétique », la cession d'un droit est indépendante de la cession de l'autre (art. L. 122-7 CPI), ce qui est une règle de fond. Dans ce cas, la mention des droits cédés vient s'appuyer, dans sa réalisation contractuelle, sur le régime « retenu » du droit cédé. Au contraire, l'obligation de mentionner une durée n'a que peu d'intérêt autre qu'informatif pour l'auteur, dans la mesure où aucune règle de fond n'impose, en principe, de limitation de celle-ci.

En pratique, cette obligation de spécifier la durée de la cession, associée à une sanction dissuasive, la nullité en cas d'inobservation, conduit tout naturellement le cessionnaire en position favorable à opter pour une durée qui est non seulement la plus longue autorisée, mais aussi et surtout, la plus longue à être juridiquement concevable, car correspondant à durée de la survie du droit lui-même (et ses éventuelles prolongations à venir). Au titre des effets pervers de cette obligation de spécifier la durée sans que celle-ci ne soit limitée par la loi, il faut constater que le contrat comportant, de fait, de façon quasi systématique cette clause, à savoir le contrat d'édition, est celui dont le statut est censé offrir le cadre de la meilleure protection des intérêts patrimoniaux et moraux de l'auteur²⁵²⁴. Il est vrai que les effets de cette clause insérée dans le contrat d'édition sont nuancés par les modes de résiliation légaux faisant de l'autorisation qui fonde ce contrat, une licence. En revanche, dans les contrats qui échappent à cette qualification, une pareille clause a vocation à s'appliquer dans sa plénitude.

Nous avons cependant constaté que la pratique opte pour des durées sensiblement plus courtes pour les contrats de production audiovisuelle. Cette pratique a de quoi étonner car l'investissement est plus lourd pour le producteur que pour l'éditeur, et rien ne semble justifier une telle durée des droits pour l'éditeur, si ce n'est une pratique ancienne. Par ailleurs, il est relevé que le contrat de production, notamment par sa présomption de cession, vise à asseoir la position du licencié, investisseur, par rapport à celle d'autres licenciés. Nul besoin d'une cession perpétuelle pour cela.

678. L'intérêt du régime formaliste et la validité de la clause de cession pour la durée du droit d'auteur. Nous avons constaté que la pratique des clauses alignant la durée de l'autorisation à la durée de vie de l'œuvre ne souffrait pas de vive contestation. La qualification de cession, opérant un véritable transfert définitif de la chose, nous est apparue

²⁵²⁴ V. le contrat type du SNE (préc.), largement utilisé en pratique. V. aussi le modèle proposé par X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 321.

de nature à écarter le grief de perpétuité de l'engagement²⁵²⁵. Le débat s'était ainsi déplacé du terrain de la validité à celui des qualifications contractuelles. Il gagne à présent celui du régime. Lorsque la solution est appréciée sous l'angle du formalisme des contrats d'auteur, on ne peut que regretter ce « double langage » du formalisme de la durée. Le CPI qui instaure un ordre public de protection en prescrivant l'annulation du contrat portant une durée « illimitée » ou « perpétuelle », c'est-à-dire *impossible*, valide pourtant le contrat portant cession pour la durée du droit d'auteur, c'est-à-dire *définitive*. Or, distinguer ces deux durées – identiques dans les faits – pour valider l'une et sanctionner l'autre est logique d'un point de vue juridique, mais n'a aucun intérêt et ne réalise en rien la finalité protectrice de la loi.

679. Sanction possible de l'inobservation de la mention de la durée. La recherche d'une sanction utile et correspondant à la volonté des parties de la clause de « cession » non délimitée quant à la durée, pourrait être sa requalification en contrat à durée indéterminée²⁵²⁶, c'est-à-dire en licence assortie d'une faculté de résiliation unilatérale. Il reviendrait alors au juge l'appréciation du préavis raisonnable, appréciation d'autant plus importante s'agissant d'un bail d'exploitation. Cette dernière solution imposerait toutefois une modification des textes s'agissant des contrats soumis au formalisme, une interprétation plus souple de la loi pour les autres²⁵²⁷.

680. En conclusion, la protection des intérêts patrimoniaux de l'auteur est certes facilitée par le formalisme contractuel dont un des buts est bien de « faire *réfléchir* la partie présumée juridiquement et économiquement faible »²⁵²⁸. Mais l'instrument privilégié de cette protection devrait être, avant tout, la complétude de la règle de fond. Le formalisme qui se réduit à informer l'auteur d'une cession définitive a un intérêt préventif, mais celui-ci est limité.

C – Un régime dérogatoire : le contrat de production audiovisuelle

²⁵²⁵ V. *supra* n° 372 et s. – Grief évoqué notamment par Ch. Caron, *op. cit.*, n° 412.

²⁵²⁶ En ce sens : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 454.

²⁵²⁷ Cpdt. v. TGI Paris 9 juillet 2008, Légipresse 2008, n° 256, III, p.191, note S. Choisy, fondant sur le principe de prohibition des engagements perpétuels la révocation à tout moment (avec préavis) du contrat d'édition à durée indéterminée. En ce sens, pour une licence d'exploitation de logiciel : J. Raynard, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 novembre 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8.

²⁵²⁸ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 450.

681. Plan. Le régime légal²⁵²⁹ du contrat de production audiovisuelle réalise une atténuation du formalisme dont le juge n'hésite pas à se saisir. Ce régime spécial pose une dérogation légale au formalisme bien connue qu'est la présomption de cession (1) ; une autre dérogation, jurisprudentielle, et plus spécifique, tient au formalisme de la durée de ce contrat (2).

1 – La présomption de cession du contrat de production audiovisuelle et l'énoncé nécessaire des droits cédés

682. Principe et contenu de la présomption. Nous avons défini précédemment le contrat de production audiovisuelle et évoqué la nature de la « cession » présumée, selon les usages, les types d'œuvres et surtout la volonté des parties : une cession ou une licence²⁵³⁰. L'originalité de cette autorisation réside en ce qu'elle est présumée, ce qui est, d'après la doctrine, « l'aspect le plus important du contrat de production audiovisuelle »²⁵³¹. C'est aussi à ce titre que la perspective s'écarte du modèle que constitue le contrat d'édition²⁵³². Le mécanisme constitue en outre une exception au régime de l'œuvre de collaboration²⁵³³. Cette présomption, qui ne semble pas écarter pour autant l'exigence d'un écrit (a) verra son domaine décrit (b) et son utilité appréciée (c).

a) Exigence d'un écrit et présomption de cession : une fausse contradiction

²⁵²⁹ Sur la qualification de la « cession » présumée, v. *supra* n° 498 ; sur la qualification du contrat de production, v. *supra* n°586 et ss.

²⁵³⁰ V. *supra* : n° 500 et 581.

²⁵³¹ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 884.

²⁵³² Comparons, aux termes de l'article L. 132-1 CPI : « Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent... » ; alors que selon les termes de l'article L. 132-24 : « Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle (...) emporte (...) cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle. ». Ainsi, comme dans tout contrat d'exploitation, la mise à disposition est un élément essentiel, mais la perspective de chacun de ces deux importants contrats est inverse : dès lors que les parties ont en vue l'exploitation commerciale de l'œuvre selon certaines modalités, l'autorisation concédée à l'éditeur emporte contrat d'édition. S'agissant du contrat de production audiovisuelle, c'est son existence qui emporte de droit l'autorisation. L'analogie avec l'obligation de donner, effet du contrat de vente davantage qu'une obligation, est séduisante, si ce n'est que cette « obligation » de donner peut être remplacée comme on l'a vu par une obligation de *praestare* lorsque le contrat s'organise sur la base d'une licence.

²⁵³³ B. Parisot, La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ?, D. 1992 Chron. p. 75. spéc. n° 3.

683. Cession présumée et cession tacite. Quoique la cession soit présumée, nous ne sommes pas ici dans le cas d'une mise à disposition tacite du droit²⁵³⁴. Les effets des deux mécanismes peuvent être comparés, mais nous devons écarter toute assimilation. Une cession tacite est déduite du silence circonstancié des parties. Or, dans le contrat de production audiovisuelle, la cession, par l'effet de la loi, est simplement déduite d'un événement premier : le contrat. De plus, le contrat, qui est la source légale de la cession, doit être constaté par écrit, ce qui sépare définitivement les deux notions. Il est vrai qu'il a été jugé que l'existence d'un contrat de travail vaut l'écrit en question, et ce contrat de travail n'a pas à être conclu par un écrit formellement signé²⁵³⁵. Néanmoins, le principe reste clair : la loi du 3 juillet 1985 a fait de ce contrat un des contrats nommés soumis expressément à la rédaction d'un écrit à titre de preuve²⁵³⁶. Cela permet de relever que « l'absence d'écrit interdit au producteur de se prévaloir des effets du contrat de production audiovisuelle, et notamment de la présomption de cession »²⁵³⁷. Les actes d'exploitation effectués alors qu'aucun contrat n'a été signé sont logiquement qualifiés d'actes de contrefaçon.

684. Ecrit et présomption de « cession ». L'exigence d'un écrit n'est en rien en contradiction avec le mécanisme de la présomption : ce qui est présumé n'est pas le contrat de production audiovisuelle, mais la licence ou la cession qu'il contient. Nous retrouvons ici la distinction que l'on doit opérer entre l'autorisation d'utiliser une œuvre (cession ou licence), d'une part ; le contrat d'exploitation, d'autre part.

L'exigence d'un écrit est clairement affirmée par l'article L. 131-2 du CPI. Ce texte a ceci de particulier non seulement qu'il relève de la logique de la protection de l'auteur, mais aussi qu'il constitue l'instrument de l'information des tiers et d'opposabilité du contrat en tant que préalable nécessaire à la formalité de publicité par l'inscription au Registre public du

²⁵³⁴ V. la situation étudiée plus bas de la licence implicitement conclue dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un contrat de commande.

²⁵³⁵ Cass. soc. 3 mars 2004, D. 2004, II, p. 2494, note J.-L. Piotraut et P.-J. Dechristé ; Prop. intell. 2004, n° 13, p. 917, note A. Lucas ; RTD com. 2004, p. 726, obs. F. Pollaud-Dulian ; Légipresse 2005, III, p. 66, obs. Th. Hassler et N. Olszak ; B. Montels, J.-Cl. Communication Fasc. 6085 : Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles, n° 8.

²⁵³⁶ En application de l'article L. 132-24 du CPI, un écrit est requis *Ad probationem*. V. par ex. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1093.

²⁵³⁷ X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 881 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 723, citant : CA Paris 17 janv. 1995, RIDA 1995, n° 165, p. 332 ; V. Chardin, La présomption de cession des droits de l'auteur au producteur de l'œuvre audiovisuelle Dix ans de jurisprudence, Légipresse, nov. 1999 n° 136, II, 139.

cinéma et de l'audiovisuel (art. L. 121-1 CCIA)²⁵³⁸. Ceci alors même que le formalisme du droit des contrats d'auteur n'a pas, en soi, vocation à assurer cette fonction de publicité²⁵³⁹.

L'exigence d'un écrit n'étant pas sérieusement contestée ici, c'est le contenu de la présomption qui pose problème, en raison de la contradiction réalisée par le maintien de l'obligation de spécification.

b) Domaines de la présomption et soumission au formalisme « spécial » des contrats d'auteur

685. Modes d'exploitation compris dans la cession. L'intérêt essentiel de la réforme de 1985 réside dans l'élargissement (pour les contrats postérieurs) de l'étendue de la présomption, mécanisme préexistant²⁵⁴⁰. Sont ainsi cédés les « droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle » et non plus seulement « cinématographique »²⁵⁴¹. Cette notion de « droits exclusifs » est bien une illustration du dépassement de la *summa divisio* : droit de reproduction – droit de représentation. Ce qui importe, c'est que soit mis à disposition l'ensemble des droits strictement nécessaires à l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle selon sa destination naturelle (cinéma, télévision, vidéographie, etc.). Se trouve consacrée une sorte d'« indivisibilité » entre les deux principales prérogatives du droit d'auteur²⁵⁴². Pour mémoire, l'article L. 132-24 du CPI exige la mention des éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre. Cette disposition n'a qu'une valeur « pédagogique » car la nullité en cas d'inobservation est impensable²⁵⁴³.

686. Modes d'exploitation exclus de la cession : les exclusions de la présomption sont tout d'abord contractuelles. Sont tout d'abord exclus de la présomption de cession ce que les parties ont souhaité exclure : c'est en effet une présomption simple²⁵⁴⁴. Au-delà,

²⁵³⁸ Contrairement au contrat de location de film qui fait l'objet d'un formalisme détaillé, mais d'aucune publication (Art. L. 213-14 CCIA).

²⁵³⁹ J. Raynard, thèse préc., n° 724.

²⁵⁴⁰ La loi du 3 juillet 1985 a modifié l'article 31 al. 1^{er} de la loi de 1957 qui ne concernait que l'œuvre cinématographique et n'était pas doté d'un véritable régime. – Sur ce constat : O. Yacoub, *Les principaux contrats de production audiovisuelle*, Thèse dactyl. Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines 2000, p. 31 ; B. Parisot, *op. cit.*, spéc. n° 1 et s. ; A. Singh, L'obligation du producteur d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, *Légipresse* 2005, II, p. 16.

²⁵⁴¹ Restent exclues les œuvres multimédia : Cass. 1^{re} civ. 28 janv. 2003, CCE avril 2003, obs. Ch. Caron, p. 17.

²⁵⁴² Par ex. : O. Yacoub, *op. cit.*, p. 34.

²⁵⁴³ Sur les détails de cette conservation, v. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 724.

²⁵⁴⁴ D. Bécourt, Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins, *Petites Affiches*, 11 oct. 1996, n° 123, p. 4 (1^{re} partie), 14 oct. 1994, n° 124, p. 12, (2^e partie) ; B. Parisot, art. préc., spéc. n° 4.

penser une dérogation d'ensemble au principe de la présomption est peu envisageable car les parties peuvent préférer la formule moins contraignante d'un contrat de commande (utilisé notamment lorsqu'il n'y a pas lieu de recourir au personnage du « producteur » tel que défini par la loi). De fait, il s'agira davantage d'écarter de la présomption de cession certains modes d'exploitation secondaires, non nécessaires au producteur, ou déjà réservés par ailleurs. Indépendamment de l'exclusion légale de la musique, cela concernera également les autres « apports » antérieurs à des sociétés de gestion collectives telles la SACD²⁵⁴⁵, dans les cas où ces « apports » relèveraient de véritables cessions ou licences exclusives.

Ces exclusions sont également légales (articles L. 132-29 et L. 132-24 du CPI). Les exclusions légales de la présomption sont, pour certaines, attachées à certains modes d'exploitation. On notera le droit pour chaque auteur de l'œuvre audiovisuelle, qui rappelons-le est une œuvre de collaboration, d'exploiter sa contribution personnelle dans un genre différent dans les limites de l'article L. 113-3 du CPI. L'exclusion vaut également pour les modes d'exploitation appelés « droits graphiques et théâtraux ». Comme le note un auteur, toutes ces exclusions ne sont pas tant des restrictions à la présomption que la prise en compte du fait que ces « droits » ou plutôt ces modes d'exploitation « sont distincts des droits audiovisuels ; ils ne correspondent pas à des utilités audiovisuelles de l'œuvre »²⁵⁴⁶. Selon l'article L. 132-29 CPI, la licence ou la cession intégrée au contrat de production audiovisuelle ne porte donc pas sur ces utilités. En revanche, il peut y avoir discussion sur ce que l'on doit entendre par « droits graphiques »²⁵⁴⁷.

On a fait remarquer l'inutilité de la disposition et la confusion qu'elle engendre, la présomption étant limitée aux droits d'exploitation audiovisuelle²⁵⁴⁸. La loi pouvait se contenter de cette qualification positive, sans soustraire explicitement et finalement assez arbitrairement, certains droits. Peut-être aurait-il été plus cohérent de consacrer l'exclusion explicite des droits dérivés, en ne se limitant pas à un mode d'exploitation ou à une technique particuliers.

²⁵⁴⁵ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1095.

²⁵⁴⁶ Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, n° 430 et 431.

²⁵⁴⁷ Au sens strict il s'agirait de l'exploitation d'œuvres dérivées au sens d' « arts graphiques » (L. 112-2) c'est à dire sous forme de dessin (En ce sens, v. B. Edelman, *op. cit.* n° 170). – Au contraire de cette conception très restrictive, la doctrine majoritaire considère plus largement les droits graphiques qui incluraient l'exploitation sur support papier quelle que soit sa nature, y compris l'édition littéraire ou, par ex. sous forme de bandes dessinées. En ce sens : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1094 ; Rép. min., JO, Sénat, 11 févr. 1988, p. 198 : les droits graphiques comprennent « les droits d'adaptation pour réaliser une œuvre destinée à l'édition, telle une bande dessinée. »).

²⁵⁴⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* p. 528.

- *Musique*. Une autre exclusion légale est celle de l'article L. 132-24, concernant la composition musicale avec ou sans paroles. Cette différence tient à la tradition d'un traitement spécifique de l'œuvre musicale²⁵⁴⁹. L'œuvre musicale originale aura le plus souvent été « cédée » à la SACEM²⁵⁵⁰.

- *Exclusion des droits dérivés ou droits d'utilisation secondaire*. Ils ne sont pas exclus expressément comme les trois autres modes d'exploitation, mais déduits du caractère nécessairement restrictif de la cession²⁵⁵¹. L'exclusion des droits de *merchandising* est normale : au-delà de l'argument de la différence du mode d'exploitation, il ne s'agit plus d'exploiter l'œuvre audiovisuelle en tant que telle mais des œuvres dérivées elles-mêmes protégeables par le droit d'auteur (spécialement le *character merchandising*), donc d'autres œuvres, d'autres objets de droit. Cette exclusion, regrettée par certains²⁵⁵², ne peut que recommander en pratique la rédaction de clauses expresses et détaillées au sein de l'*instrumentum* du contrat de production audiovisuelle²⁵⁵³.

- *Exclusion des droits d'exploitation numérique*. Il importe de noter également l'exclusion des droits d'exploitation numérique, en raison du domaine de la présomption de cession (et pour le problème de détermination de la rémunération attachée à ces modes d'exploitation)²⁵⁵⁴. La loi de 1985, plus qu'une révolution juridique, était une adaptation du droit à l'état de la technique et de l'économie de l'audiovisuel ; cette adaptation ne pouvait pas prévoir les bouleversements actuels liés au « fait » numérique.

c) Efficacité relative de la présomption

²⁵⁴⁹ B. Parisot, art. préc., spéc. n° 8 et s. Cette exclusion n'est généralement pas critiquée.

²⁵⁵⁰ Sur la nature juridique de ces « apports », v. *supra* n° 224 et ss.

²⁵⁵¹ Ch. Hugon, *op. cit.*, n° 433. Également en faveur de cette limitation de la présomption et du caractère tout à fait supplétif de la règle, observé en pratique : X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 890.

²⁵⁵² B. Montels, J.-Cl. Fasc. 6085, préc., n°8

²⁵⁵³ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°1094.

²⁵⁵⁴ V. Ch. Nguyen Duc Long, *La numérisation des œuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Litec, publication de l'IRPI, 2001, n° 59. – B. Montels (J.-Cl. préc.), résumant bien cette problématique : « Il est vrai que, depuis la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985, la présomption – qui ne concernait que le "droit exclusif d'exploitation cinématographique" dans la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 – a été étendue, de façon générale, aux "droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle". Cette expression, qui affirme l'unité non seulement des œuvres audiovisuelles, mais aussi de leurs modes d'exploitation, aurait dû englober ces droits numériques. Pourtant, comme l'a affirmé le Tribunal de grande instance de Strasbourg, dans son jugement du 16 novembre 2001, il restait l'obstacle de la détermination des conditions de la rémunération versée en contrepartie aux auteurs. Tant que les moyens de transmission des œuvres en ligne, tels que le réseau internet, étaient inconnus, il n'était évidemment pas possible pour les parties d'organiser les rétributions afférentes. L'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle, qui autorise la cession des droits imprévisibles au jour de la conclusion du contrat, ne permettait pas non plus de déroger à cette exigence, puisqu'il subordonne pareillement cette cession à une participation corrélative aux profits d'exploitation. ».

687. Plus que par son domaine et ses exclusions, la présomption de cession est critiquée en raison de sa solidité, sa fiabilité : « En vérité, il semble bien que dès l'origine le texte procédait d'une malfaçon législative »²⁵⁵⁵ concluent d'éminents auteurs. Elle est plus généralement qualifiée d'inutile, du moins en partie²⁵⁵⁶ ; pour d'autres elle relèverait du mythe²⁵⁵⁷. Du fait de la référence faite par l'article instituant la présomption à l'article L. 131-2 du CPI, siège du formalisme du contrat d'exploitation, la présomption de cession se verrait réduite au rang de simple « rhétorique ». Cette contradiction trouve son origine dans l'élaboration de la loi. La recherche d'un compromis entre les intérêts des auteurs et des producteurs qui a inspiré les rédacteurs de la loi de 1985 s'est traduit dans un produit législatif contradictoire faute d'avoir su trancher entre les deux positions antagonistes des auteurs et des producteurs²⁵⁵⁸.

688. Qu'en est-il de la pratique ? En effet, on n'attend pas tant de la pratique qu'elle se prononce en faveur de telle doctrine, mais qu'elle imagine les solutions propres à assurer la sécurité juridique de ses contrats. Il est intéressant de constater que la maladresse du législateur dont l'intention première était d'asseoir la position de l'investisseur en instituant une simplification de la formation du contrat, est mise en échec par la pratique qui maintient l'usage de contrats détaillés. Le maintien d'un certain formalisme est ici issu de la pratique et non directement de la loi. Par exemple, les différents modes d'exploitation sont en général spécifiés dans le contrat et associés à des rémunérations proportionnelles différenciées (selon la source des recettes : cinéma, télévision, vidéo, vidéo à la demande, internet, etc.), ces

²⁵⁵⁵ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 727.

²⁵⁵⁶ B. Montels, J.-Cl. Fasc. 6085, *op. cit.*, v. n°8.

²⁵⁵⁷ B. Parisot, art. préc.

²⁵⁵⁸ La difficulté tient à la disposition selon laquelle la présomption de cession s'effectue « sans préjudice » de dispositions protégeant l'auteur, dont l'article L. 131-3 du CPI. Deux interprétations des textes sont possibles : selon une première interprétation, favorable aux auteurs, il y a lieu de voir dans l'expression « sans préjudice » l'absence de dérogation au principe protecteur du Chapitre premier du Livre III du CPI, ce qui paraît logique, mais dans ce cas la présomption n'a pas de sens. Selon une seconde lecture, la présomption s'applique dans toute sa plénitude sans que cela ne soit considéré comme une atteinte aux principes du formalisme de rigueur dans les autres contrats. Au soutien de cette lecture : le principe *specialia generalibus derogant*. En effet, si l'on veut voir dans l'art. L. 131-3 du CPI une règle générale, l'article L. 132-24 CPI qui énonce divers droits qui ne sont pas cédés par présomption, en est la seule exception. Ce point de vue, naturellement partagé par les producteurs serait à l'origine celui du législateur et se dégagerait des travaux préparatoires de la loi. V. B. Parisot, La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ?, D. 1992, Chron. p. 75. Spéc. n° 19 ; V. Chardin, La présomption de cession des droits de l'auteur au producteur de l'œuvre audiovisuelle Dix ans de jurisprudence, *Légipresse*, nov. 1999 n° 136, II 139. L'auteur cite le rapport Jolibois ainsi qu'une réponse parlementaire : Rép. Quest. Ecrite n°332, JO Sénat (Q), 8 sept. 1988, p. 988, citée au JCP 1988, IV, 333.

différentes proportions et assiettes fondant le calcul de la rémunération, elles obligent indirectement le producteur à détailler les différents modes d'exploitation²⁵⁵⁹.

Comme autre exemple de l'efficacité amoindrie des présomptions en droit d'auteur en raison de la prégnance du formalisme spécial et de l'omniprésence du principe d'interprétation stricte des contrats, on peut citer (ne concernant pas l'œuvre audiovisuelle) la pratique consistant à insérer une clause de « cession » dans le contrat d'apport d'une contribution à une œuvre collective. Or, cette clause n'est pas nécessaire, en vertu du principe de titularité *ab initio* de la personne sous le nom de laquelle elle est divulguée. Ce type de clauses est certes une sécurité pour l'exploitant, en cas de disqualification de ce statut. Les clauses détaillées se développent là où les présomptions légales n'inspirent pas « confiance » aux partenaires contractuels, investisseurs.

689. Ce tableau critique n'enlève pas à la présomption toute utilité : dans les rapports avec les sous-contractants, le contrat de production audiovisuelle, contrat primaire, la présomption est reconnue comme une sécurité juridique²⁵⁶⁰, avec la publicité spécifique à ces contrats. Il est vrai aussi que la présomption, en tant qu'exception au formalisme de l'article L. 131-3 du CPI, semble avoir une influence très sensible dans l'interprétation du contenu du contrat, qui, dans ces cas, a fort à voir avec le droit commun.

2 – Une interprétation raisonnable des clauses de durée des contrats de production audiovisuelle : des effets inattendus sur la qualification de licence

690. Qualification de la « cession » présumée. La Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur d'une vision extensive de la présomption de cession, n'annulant pas les contrats de production audiovisuelle dépourvus de durée déterminée²⁵⁶¹. Dans ces cas, le juge considère que le contrat a pour durée celle du droit d'auteur (*70 ans post mortem auctoris*). Nous avons eu l'occasion de critiquer cette jurisprudence qui interprète la carence du rédacteur de l'acte en qualifiant l'autorisation présumée de cession *stricto sensu*.

²⁵⁵⁹ Article L. 132-24 al. 1^{er} du CPI ; V. B. Montels, J.-Cl. Fasc. 6085 (préc.).

²⁵⁶⁰ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°1097.

²⁵⁶¹ A défaut de stipulation contractuelle sur ce point, la société de production est « investie par l'effet de la loi et sans limitation de durée des droits d'exploitation » v. Cass. 1^{re} civ. 22 mars 1988 « A. Joffé c. Vauban Productions », RIDA juill. 1988, p. 106, note A. Kerever ; RTD com. 1988, p. 629, obs. A. Françon. Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ. 5 nov. 1991, RIDA avr. 1992, p. 186 « SA Procidis c. Tarta ». Sur cette jurisprudence, v. : V. Chardin, *op. cit.* spéc. p. 141. Les cas se rencontrent en présence d'un contrat de travail, v. *supra* n° 683.

Nous avons vu que le régime contraignant du bail sans durée stipulée (assimilé au bail verbal)²⁵⁶² n'avait pas vocation à s'appliquer, le contrat de production n'étant pas un bail (licence) mais un contrat complexe recevant une qualification et un régime propre, pouvant contenir un mécanisme de licence. Nous concluons à la possibilité pour le juge de se référer aux usages préconisant, dans certains secteurs, des durées plus courtes (par exemple de 15 à 30 ans).

691. Formalisme et qualification. La discussion que suscite cette jurisprudence se déplace au niveau des qualifications contractuelles et c'est à ce titre que nous l'avons principalement envisagée. Un curieux lien entre formalisme et qualification du contrat s'opère ici. Le point n'est pas étonnant, car le formalisme incitant les parties à énoncer dans un acte écrit l'objet du contrat, il les amène nécessairement à se prononcer sur sa détermination ainsi que sur la qualification de l'autorisation qui fondera l'exploitation de l'œuvre (cession ou licence). En dérogeant à l'exclusivité (cas d'école), ils écartent la qualification de cession *stricto sensu*. Plus fréquemment, les parties optent pour une durée limitée. Cette dernière clause suppose la manifestation d'une volonté affirmée, guidée par de puissants usages, car modifiant les contrats types généralement proposés. Elle emporte nécessairement la qualification de licence.

692. Conclusion. On constate que dans les cas où l'exigence d'un formalisme est « certaine » car clairement affirmée par l'article L. 131-2 du CPI, son contenu soumis à l'article L. 131-3 n'en demeure pas moins porteur d'incertitudes quant à son domaine et de critiques quant à sa pertinence. Une autre question, celle du domaine d'application « incertain » du formalisme, prête à de plus vifs débats. Incertain, ce domaine peut l'être dans le sens où la loi n'impose pas de formalisme particulier aux contrats non mentionnés par l'article L. 131-2 du CPI, notamment à la licence pure et simple. Ce formalisme tend cependant à leur être appliqué avec la même rigueur. Nous retrouvons là notre distinction entre le contrat d'autorisation (la licence considérée en contrat spécial) et le contrat d'exploitation spécialement organisé autour d'une licence.

²⁵⁶² V. *supra* n° 502.

II – Formation du contrat de licence pure et simple : incertitudes

693. Plan. L'étude des règles de formation de la licence considérée en tant que contrat spécial, que l'on nommera ici par commodité licence « pure et simple »²⁵⁶³, montre que le domaine des règles spéciales de formation édictées au CPI est entouré d'incertitudes. Il s'agit de faire le point sur la cause de cette incertitude (A) avant d'évoquer les principales illustrations de contrats au formalisme incertain (B).

A – La cause textuelle du caractère incertain du formalisme

694. La raison d'être du domaine incertain des exigences du formalisme des contrats du droit d'auteur tient dans l'apparente antinomie des deux articles L. 131-2 et L. 132-3 du CPI. En premier lieu, citons l'article L. 131-2 du CPI : « *Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. / Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables.* ». Liste à laquelle il convient de joindre d'autres textes du CPI concernant les autorisations gratuites d'exécution, les contrats d'adaptation audiovisuelle (art. L. 131-3 al.3). En second lieu, l'article L. 131-3 al. 1^{er} du CPI : « *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.* ». Cette disposition est, de l'avis de la doctrine, relative à l'objet plus qu'à la preuve du contrat. Cependant, nous avons vu que – passé le constat de son rattachement à l'exigence de détermination de l'objet – sa principale conséquence est d'imprimer à l'*instrumentum* une certaine forme conditionnant son efficacité juridique. La règle de fond a donc un impact en termes de formalisme, entendu dans son sens large.

695. Commentaires. L'un des premiers et plus éminents commentateurs de la loi du 11 mars 1957 estimait déjà que les dispositions de son article 31 (actuels art. L. 131-2 et L.

²⁵⁶³ L'expression de « cession pure et simple » est souvent utilisée pour désigner la cession dépourvue d'obligation d'exploitation. S'agissant de la licence, qui en tant que bail, intègre la possibilité d'une telle obligation d'exploitation, il nous paraît plus correct d'admettre que la « licence pure et simple » désigne cette opération lorsqu'elle n'est pas intégrée dans un contrat d'exploitation (édition, production, etc.).

131-3 du CPI) « ne laissent pas de jeter le lecteur dans l'embarras »²⁵⁶⁴. On peut, en synthétisant à l'extrême, parler d'un même sentiment partagé par la doctrine majoritaire, dont l'opinion commune reflète l'ambiguïté des textes sur lesquels elle s'appuie. Dans un premier temps, conformément à la lettre du texte, les seuls contrats énoncés par l'article L. 131-2 du CPI sont reconnus comme le siège du formalisme. Cette solution fait à ce titre l'objet de vives critiques qui attestent de sa réalité²⁵⁶⁵. On constate pourtant quasi unanimement²⁵⁶⁶ que la règle instituant une dérogation au droit commun de la preuve des actes juridiques doit être interprétée strictement²⁵⁶⁷.

Dans un second temps, les mêmes auteurs constatent ou souhaitent – la frontière entre les deux est parfois floue – que l'article L. 131-3 du CPI énonçant le contenu du formalisme s'impose à tous les contrats d'auteur²⁵⁶⁸.

²⁵⁶⁴ H. Desbois, *op. cit.*, p. 621 n° 505. Déjà, du même auteur : Commentaire de la loi du 11 mars 1957, D. 1957, Lég. 357 (spéc. p. 362).

²⁵⁶⁵ H. Desbois, *op. cit.*, p. 630, n° 518. En ce sens, par ex. : C. Colombet, La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 63.

²⁵⁶⁶ L'interprétation de Mme Joly, originale mais isolée, est à signaler. D'après cet auteur, « les autres cas » mentionnés par l'article L. 131-2 du CPI comme soumis au droit commun, seraient en fait les contrats de louages d'ouvrage ou de services, et tout contrat par lequel l'auteur s'engage à créer (S. Joly, *La création artistique et l'ordre public*, Thèse, Montpellier, 1999, n° 286). Outre l'absence de fondement textuel véritable, l'argument repose essentiellement sur l'extension du statut du contrat d'édition à tout contrat emportant cession du droit de reproduction. Or, c'est précisément cette confusion largement partagée que nous cherchons à réparer : l'assimilation de la mise à disposition du droit d'auteur et le contrat d'exploitation de ce dernier.

²⁵⁶⁷ Sur le constat du caractère limitatif de l'art. L. 131-2 CPI et la reconnaissance de la règle par la doctrine : V. H. Desbois, *op. cit.* n°518 ; A. Bories, thèse préc., n° 79. – Sur la critique de la règle et de son fondement v. *ibid.* n° 83 et s. ; A. Maffre-Baugé, Le formalisme contractuel en droit d'auteur, in, J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 265 ss. spéc. n° 13 ; A. Bensamoun, *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008, n°149 ; C. Colombet, art. préc. ; A. Françon, La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, Chron. p. 55. (Spéc. p. 59). En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 571 : « sous réserve du cas particulier de la cession des droits d'adaptation audiovisuelle, l'écrit ne sera donc pas requis lorsque l'auteur se borne à consentir à l'élaboration d'une œuvre dérivée. Il en ira de même dans les cessions pures et simples, et plus généralement pour tous les contrats non visés dans l'article L. 131-2, alinéa 1^{er}. La solution est d'ailleurs regrettable. ». – Il est intéressant de constater que Linant de Bellefonds (*op. cit.* n° 718) après avoir réalisé semblable constat, estime en revanche que la jurisprudence n'a pas élargi le domaine de l'art. L. 131-2 (contrairement d'ailleurs à d'autres dispositions protectrices de l'auteur).

²⁵⁶⁸ Selon M. Pollaud-Dulian (*op. cit.* n° 947), l'exigence d'un écrit est sans discussion le propre des contrats nommés par le CPI. Mais, *De lege ferenda*, l'auteur affirme que l'exigence d'un écrit devrait être étendue à tous les contrats d'auteur. – P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris II, 1985, p. 174, à propos de l'art. 31 de la loi de 1957, limitant l'écrit à certains contrats nommés : « Il est vrai que le caractère limitatif ne s'explique pas, quel que soit le fondement qui lui est attribué. ». Pour cet auteur, l'écrit devrait être appliqué quelle que soit la qualification du contrat, car la règle serait liée au droit de divulgation (lien que nous avons rejeté plus haut à propos de l'article L. 132-7 CPI). Il note qu'en pratique l'écrit est nécessaire pour satisfaire à la mention de tous les droits cédés. – P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n° 454, note bien cette inadéquation entre preuve de l'existence du contrat, non nécessairement écrite et celle de son contenu soumise à la production d'un écrit. L'auteur considère néanmoins que dans ces cas, le contenu du contrat « devrait être librement prouvé ». En ce sens : A. Maffre-Baugé, Le formalisme contractuel en droit d'auteur, *op. cit.*, v. spéc. n° 10 ; du même auteur : obs. sous : Cass. civ. 1^{re} 6 nov. 1979 ; Cass. civ. 1^{re} 13 oct. 1993 ; Cass. civ. 1^{re} 23 janv. 2001, in : M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*,

L'impression générale laissée par la doctrine est donc que, de droit, le formalisme est spécial car attaché à certains contrats nommés, mais que de fait²⁵⁶⁹, le formalisme s'impose à tout contrat portant « transmission » du droit d'auteur. A l'image de l'apparente contradiction de la loi, le discours doctrinal étonne donc par une certaine ambivalence : la fermeté du constat que nous venons de rapporter à propos du domaine limité de l'article L. 131-2 du CPI, siège du formalisme indirect, *ad probationem*, tranche avec l'affirmation selon laquelle l'article L. 131-3, siège d'un formalisme direct, *ad validitatem*²⁵⁷⁰, relié à l'exigence de détermination de l'objet, a vocation à s'étendre à tout contrat d'auteur, la loi n'opérant pas de distinctions dans ce dernier article²⁵⁷¹. Messieurs Lucas illustrent bien cette situation et notent qu'en dehors du champ d'application de l'article L. 131-2 du CPI, « la cession ne pourra déployer ses effets qu'à la condition de comporter les nombreuses précisions énumérées par l'article L. 131-3 alinéa 1^{er}. On ne voit guère que cela soit possible autrement que par écrit. »²⁵⁷². L'étendue générale de l'exigence de l'écrit est telle que ces auteurs n'hésitent pas à admettre que la discussion sur le domaine de l'article L. 131-2 du CPI n'est « pas dépourvue d'artifice » ; cela en raison de l'article L. 131-3 concurrent. De même Françon tenait-il, en grande partie, la dispute pour « purement théorique »²⁵⁷³. Notons que cette interprétation, quoique nettement majoritaire, n'a jamais été unanime. Moins de cinq ans après le vote de la loi du 11 mars 1957, M. Huguet concluait au caractère spécial de l'exigence formulée dans

Dalloz, 2004, n° 14. *Adde* : A. Bensamoun, *op. cit.*, n° 152 ; S. Denoix de Saint Marc, *op. cit.*, n° 429 et ss. ; S. Durrande, *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1342. Contrat de commande, n° 3.

²⁵⁶⁹ L'expression « en fait » est d'ailleurs employée par Françon, obs. sous Cass. civ.1^{re} 12 nov. 1980, RTD com. 1981, p. 749.

²⁵⁷⁰ C'est par ex. l'interprétation qui a été faite de : Cass. civ.1^{re}, 6 nov. 1979 cité in : M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, spéc. p. 186 : selon l'art. L. 131-2 du CPI, l'écrit est exigé *ad probationem* : « les conventions de droit d'auteur obéissent, sur ce point au moins, au principe général du consensualisme, et la rédaction d'un écrit ne conditionne pas leur validité. », A. Maffre-Baugé, *Ibid.* – Selon une doctrine constante (par ex. H. Desbois, *op. cit.*, n° 511), le contrat « conclu » par télégramme et le « consentement personnel de l'auteur » au contrat d'édition, sont dus à des défauts de rédaction de la loi et non des exceptions à la règle de l'écrit comme mode simplement probatoire. – V. *supra* : n° 664.

²⁵⁷¹ Insistant sur le caractère général du terme de « transmission » de l'art. L. 131-3 du CPI, v. : Ph. Allaeys, Du consensualisme en droit d'auteur, note sous : CA Paris 16 févr. 2005, D. 2005, p. 2523.

²⁵⁷² A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 583. L'idée apparaît à de nombreuses reprises : les dispositions de L. 131-3 CPI « s'appliquent, au-delà des contrats énumérés à l'article L. 131-2, alinéa 1^{er}, qui ne peuvent être prouvés que par écrit, à toutes les cessions auxquelles renvoie l'alinéa 2 du même article en visant « les autres cas » (*Ibid.* n° 581), « ce qui exclut les cessions tacites et paraît même signifier que l'efficacité du contrat est liée, en toute hypothèse, à la rédaction d'un écrit. » (*Ibid.* n° 571).

²⁵⁷³ A. Françon, obs. préc. sous Cass. civ.1^{re} 12 nov. 1980. Il est vrai que cet intéressant arrêt, après avoir soustrait une simple cession du droit de reproduction sur des bandes dessinées à l'exigence de l'écrit (art. 31 al. 1^{er}), constate que la preuve de l'étendue de la cession, quoique relevant du droit commun (art. 1341 à 1348 du Code civil) n'était pas pour autant rapportée en l'espèce.

son article 31, sans distinguer l'alinéa 1^{er} de l'alinéa 3, qui deviendront respectivement les articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI²⁵⁷⁴.

696. Illustrations. Dans le sens de cette interprétation prônant l'application de l'obligation de spécification de l'article L.131-3 CPI à tous les contrats, y compris s'ils ne sont pas nommés par l'article L. 131-2 du CPI, un arrêt récent, par exemple, affirme : « Qu'en statuant ainsi alors qu'elle relevait par ailleurs que la destination première du reportage était d'illustrer une brochure publicitaire des Thermes de Vittel-Contrexéville, la cour d'appel qui a donné effet à une clause que la généralité de ses termes rendait inopérante quant à la destination de l'œuvre, a violé le texte susvisé [art. L. 131-3 du CPI] »²⁵⁷⁵. L'arrêt portant en fait sur l'interprétation d'une clause d'un contrat non mentionné à l'article L. 131-2 du CPI, on pourrait se demander si la solution aurait été la même en l'absence pure et simple de tout écrit. Le fait de constater le contrat par écrit dans les cas où l'article L. 131-2 du CPI ne l'impose pas, serait-il l'élément déclenchant l'application de l'article L. 131-3 ? Si tel était le cas, la solution serait peu opportune car elle n'inciterait pas le cessionnaire à recourir à l'écrit. Mais il ne semble pas que cela soit le cas et d'autres arrêts jugent, alors qu'aucune cession n'avait été constatée par écrit, que l'article L. 131-3 du CPI s'applique également aux contrats non mentionnés par l'article L. 131-2 du même code²⁵⁷⁶.

²⁵⁷⁴ « Résumons la maladresse des dispositions légales : la cession totale du droit d'exploitation incorporelle de l'auteur sur son œuvre, est licite, à condition que soient prévus tous les modes d'exploitation, mais la preuve que ces modes d'exploitation ont été prévus, peut se faire par *tous les moyens* quand la cession totale intervient à l'état pur ; cette preuve doit être recherchée *uniquement* dans *l'instrumentum* lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un contrat d'édition ou de représentation, par application de l'article 31, §3. », A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, n° 176. L'idée est réaffirmée à plusieurs reprises, voir par ex. : *Ibid.* n° 227.

²⁵⁷⁵ Cass. 1^{re} civ. 12 juil. 2006, Bertrand M. c. Sté Waters France ; Prop. intell. 2006, p. 446, obs. A. Lucas. Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ. 30 sept. 2010 ; CCE 2010, comm. 119, Ch. Caron : « Attendu que la cession du droit de reproduction d'une œuvre de l'esprit est limitée aux modes d'exploitation prévus par le contrat ». La généralité de ces termes ne doit pas tromper : un contrat écrit limitait la cession de photographies à la réalisation de dépliants. L'exploitant est condamné pour les avoir reproduites sur des sets de table. Il ne s'agissait donc que de l'application des termes clairs d'un contrat. – *Adde* : Cass. 1^{re} civ. 16 mars 2004, Bull. I n° 89 p. 72, au sujet de plans commandés à un architecte : « la preuve d'une cession de ses droits d'exploitation doit être établie par convention expresse et conclue dans les conditions de l'article L. 131-3 ».

²⁵⁷⁶ Par ex. : Cass. com. 28 avril 2004, *Inédit.*, Prop. intell., janv. 2005, n°14, p. 62 s., obs. A. Lucas : « Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, la transmission des droits d'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 sa destination, quant au lieu et quant à la durée ; qu'en retenant que la cession des droits d'auteur ne se présuait pas et ne pouvait se déduire des seuls salaires payés à M. X..., en l'absence de tout contrat répondant aux exigences du texte susvisé, la cour d'appel, répondant aux conclusions prétendument délaissées en a fait une exacte application ». – Pour un exemple d'application étendue de l'art. L. 131-3 CPI à la cession des droits d'auteur d'un logiciel, v. Cass. civ. 1^{er} déc. 1999, obs. critiques de J.-C. Galloux, CCE mai 2000, p. 23, Comm. n° 55.

697. Qualification et régime. Ces interprétations doctrinales soutenues par la jurisprudence citée ne permettent pas d'établir une solution d'ensemble univoque car elles consistent souvent en la juxtaposition de deux analyses indépendantes de chacun des deux textes. Il est difficile pour les auteurs de s'accorder, car nous verrons plus loin que le droit positif pêche par l'absence d'un véritable critère stable et objectif d'application du formalisme. Tout au moins les auteurs conseillent-ils, solution nécessaire mais peu satisfaisante, de recourir à l'écrit dans tous les cas. Or, nous croyons que la solution du formalisme devrait émerger, non pas de la contemplation respective de chaque article, mais d'une lecture d'ensemble des deux textes, le second étant le développement et la suite logique et nécessaire du premier.

D'une part, l'article L. 131-2 du CPI fixe le domaine d'application de l'exigence du formalisme ; l'article L. 131-3 du CPI, quant à lui, détaille son contenu consistant en la spécification par écrit de l'objet du contrat. Or, le contenu d'une obligation légale, c'est-à-dire son régime, ne devrait être exigé que lorsqu'une qualification correspondante impose sa mise en œuvre. Par conséquent, l'article L. 131-3 du CPI ne saurait s'appliquer que pour les « transmissions » pour lesquelles l'article L. 131-2 du CPI exige préalablement un écrit. L'article L. 131-3 ne disposant qu'un régime juridique, ce régime ne s'applique qu'à la condition qu'un travail préalable de qualification conduise à son application²⁵⁷⁷. L'argument d'une maladresse de rédaction – souvent recevable par ailleurs – ne saurait être invoqué pour étendre le régime de l'article L. 131-3 du CPI à tout contrat dans la mesure où la méthode du législateur est ici des plus rationnelles, voire des plus banales.

698. La nécessité de ne pas priver de portée un article au profit de l'article qui le suit. D'autre part, voir une règle générale dans l'article L. 131-3 du CPI revient à dénier toute portée à l'article L. 131-2 qui assigne à cette règle un domaine restreint²⁵⁷⁸. Or, l'interprétation correcte d'un article de loi ne devrait pas conduire à ôter toute portée à l'article qui le précède. Cette règle est rappelée par le Code civil à propos de l'interprétation des contrats²⁵⁷⁹, elle vaut, *a fortiori*, pour l'interprétation de la loi. L'« exégèse » qui inclinerait à donner une portée générale à l'article L. 131-3 du CPI aboutirait ainsi à une

²⁵⁷⁷ Pour une démonstration de ce mode de raisonnement, v. par ex. : J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255.

²⁵⁷⁸ Argument relevé par J.-M. Leloup dans sa note sous : Cass. com. 5 novembre 1968, JCP G 1969, II, 15939.

²⁵⁷⁹ Du moins un rapprochement peut être proposé avec l'esprit de l'article 1161 c. civ. : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. ». – Rappr., évoquant l'article 1156 c. civ. appliqué à l'interprétation des lois : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 4^e éd. Dalloz, 2003, n° 232.

contradiction insurmontable sur le sens de cet article et de celui qui le précède. Comme un auteur l'expose très simplement : « Si l'écrit devait être une condition de fond pour garantir le transfert des droit, il aurait été logique de le viser également comme condition de forme pour toutes les cessions et non de le limiter à certaines conventions. Dans le cas contraire, la mécanique juridique serait absurde. »²⁵⁸⁰.

699. La codification de la loi du 11 mars 1957. On nous opposera en vain l'argument textuel de la division de cette règle en deux articles distincts à l'occasion de la codification de 1992, alors que la loi de 1957 les présentait dans un article unique²⁵⁸¹. La séparation des deux articles²⁵⁸² irait dans le sens d'une interprétation autonome des articles L. 131-2 et L.131-3 du CPI conduisant à donner une portée générale au dernier²⁵⁸³. L'argument ne convainc pas. D'une part, voir dans un même temps une simple maladresse de rédaction dans la formulation de 1957 et tirer cependant un sens de la scission de la règle en deux articles lors de la codification à *droit constant* de 1992 ne repose sur aucun argument que nous ayons pu identifier et l'on verra plus loin que c'est bien sous l'empire du Code de 1992 qu'on été rendus les principaux arrêts de principe affirmant le caractère spécial du formalisme contractuel. Derrière ces interprétations prônant la lettre de la loi et proposant son exégèse, se trouve en fait la recherche, juste en son principe, de l'intérêt de l'auteur. Néanmoins, il est peu satisfaisant de trouver cet intérêt *contra legem*.

700. *Ad validitatem – ad probationem.* Enfin, l'opposition évoquée entre la nature des règles de l'article L. 131-2 du CPI (règle de preuve) et L. 131-3 (règle de forme) touchant directement à la notion d'objet et requise *ad validitatem*²⁵⁸⁴, ne paraît pas décisive. D'une part, tout porteur d'une règle de fond qu'il soit, l'article L. 131-3 du CPI impose une « mention distincte dans l'acte de cession », ce qui renvoie à la notion d'*instrumentum* dans

²⁵⁸⁰ P. Noguier, Le contrat de travail serait-il un obstacle à la cession des créations salariées ?, Gaz. Pal. 18 avril 2002, n° 108, p. 18.

²⁵⁸¹ L'ancienne version de ces dispositions de la loi du 11 mars 1957 consistant en un article unique a fait place aux deux articles du CPI que nous connaissons aujourd'hui. Article 31 Loi 57-298 1957-03-11 JORF 14 mars 1957 rectificatif JORF 19 avril 1957 en vigueur le 11 mars 1958 : « *Les contrats de représentation et d'édition définis au titre III de la présente loi doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables. 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.* (...) »

²⁵⁸² Scission en deux articles remarquée par A. Bories, thèse préc., p. 112. Peu d'auteurs mentionnent cette modification formelle, ainsi : V.-L. Benabou et V. Varet, Dir. A. Françon, *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI, La documentation française 1998.

²⁵⁸³ Obs. F. Pollaud-Dulian sous Cass. 1^{re} civ. 21 nov. 2006 « EOS », RTD com. 2007, p. 363.

²⁵⁸⁴ V. *supra* : n° 664.

les cas où celui-ci est imposé par l'article qui le précède. D'autre part, l'objet d'un contrat peut être suffisamment précis dans la volonté des parties, le « *negotium* », et satisfaire ainsi à l'exigence de spécification. Si cette volonté de contracter sur un objet certain ne doit pas demeurer dans le for intérieur, il n'est pas nécessaire que cette précision soit formalisée dans un écrit. En effet, l'article L. 131-3 du CPI a fort à voir avec l'impératif de détermination de l'objet du contrat et de l'objet de la prestation caractéristique (l'œuvre pour certaines utilités). Mais si la détermination de l'objet du contrat est une chose, son expression dans un *instrumentum* en est une autre. Comme le note un auteur : « Selon la forme que prend la cession, la mention de l'objet sera explicite ou implicite, mais en cas d'indétermination, le contrat encourra la nullité »²⁵⁸⁵. Il convient d'étudier à présent ces cas pour lesquels le formalisme contractuel est, ou devrait être, contenu dans son domaine légal, celui des contrats désignés par l'article L. 131-2 du CPI.

B – Les principales illustrations de contrats au formalisme incertain

701. Quels contrats sont susceptibles d'échapper à la règle de l'article L. 131-2 du CPI énonçant les contrats soumis au formalisme, et par conséquent à l'article L. 131-3 du même code qui en détaille le contenu ? La réponse est déduite des développements qui précèdent : les contrats autres que d'édition, de représentation, de production audiovisuelle et d'adaptation audiovisuelle, ainsi que les autorisations gratuites d'exécution. Cette réponse n'est certes pas satisfaisante ; c'est pourquoi nous retiendrons quelques-unes de ces formules contractuelles relevant du droit commun de la formation des contrats.

Ces contrats, non soumis à l'article L. 131-2 du CPI, ont fait l'objet de tentatives de recensement, par exemple par M. Sirinelli : « les contrats portant sur les droits dérivés – c'est-à-dire les contrats de traduction ou d'adaptation autres que ceux portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle (...) les conventions de louage d'ouvrage, les accords entre coauteurs d'une œuvre de collaboration, ou ceux liant une personne morale aux auteurs des différentes contributions incorporées à une œuvre collective, le contrat de cession de droits de reproduction, le contrat de compte à demi, voire d'une façon plus générale les conventions de cession des droits pécuniaires. »²⁵⁸⁶. Nous ajouterons à cette liste les contrats d'achat de droits de télédiffusion et de location de film en salle (pourtant rattachés au contrat de

²⁵⁸⁵ C. Neirac-Delebecque, *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse dactyl., Montpellier 1999, n° 451.

²⁵⁸⁶ P. Sirinelli, thèse préc., p. 170.

représentation)²⁵⁸⁷, les contrats de distribution dont nous avons vu, contrairement à l'opinion dominante, qu'ils pouvaient actionner le droit d'auteur dans le cadre d'une licence. Citons encore les contrats portant sur l'exploitation des droits numériques à condition qu'ils n'entrent pas dans le cadre du contrat d'édition, par exemple. Ce relevé ne peut être exhaustif : les contrats non soumis au formalisme représentent une catégorie *résiduelle*, tandis que les contrats assujettis représentent une catégorie *limitative*²⁵⁸⁸. Nous pouvons néanmoins relever plusieurs des cas les plus significatifs.

1 – Les contrats seconds

702. L'exclusion des contrats conclus entre le « cessionnaire » et le sous-exploitant. L'arrêt de principe rendu le 13 octobre 1993 par la première chambre civile de la Cour de cassation doit être compris dans deux sens. Le premier est explicite : « les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle régissent les seuls contrats consentis par l'auteur dans l'exercice de son droit d'exploitation, et non ceux que peuvent conclure les cessionnaires avec des sous-exploitants ; qu'elles sont donc inapplicables (...) dans les rapports de l'agent de publicité, société commerciale cessionnaire du droit patrimonial de l'auteur, et de (...) son client »²⁵⁸⁹. Dans ces cas, la preuve du contrat et *a fortiori* de son contenu sont déterminés par le droit commun (ici un contrat type, traduisant des usages professionnels²⁵⁹⁰, auquel les parties ont entendu se soumettre, ou plutôt n'ont pas énoncé leur choix de se soustraire). L'argument de la *ratio legis* s'impose, car en dépit des termes généraux de l'article L. 131-3 du CPI, ce formalisme protecteur n'a de raison d'être que lorsque l'auteur contracte²⁵⁹¹. C'est l'esprit de la loi de protection qui permet au juge de restreindre son domaine d'application dont la lettre est apparemment générale. Cette interprétation était déjà connue pour l'exigence d'un écrit de l'article L. 131-2 du CPI : c'est l'interprétation que la doctrine a pu faire d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de

²⁵⁸⁷ V. *supra* n° 602 et s. et n° 610 et ss.

²⁵⁸⁸ Sur cette distinction : J.-L. Bergel, *op. cit.* – V. *supra* n° 472.

²⁵⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, Bull. I n° 284 p. 196 ; D. 1994 p. 166, note P.-Y. Gautier ; RIDA n° 164 avril 1995, p. 3, note S. Durrande : « L'arrêt « Perrier » un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur » ; RTD com. 1994, p. 272, obs. A. Françon.

²⁵⁹⁰ Il s'agit du contrat type du 19 septembre 1961, élaboré par un comité d'experts sous l'égide du secrétariat d'Etat au commerce. Ce « contrat » constitue une importante source d'usages des relations entre agences de publicité et annonceurs.

²⁵⁹¹ En ce sens : note P.-Y. Gautier, préc. ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 730. – Dans ce sens sur l'art. L. 131-3 CPI aff. « La Géode » CA Paris 23 oct. 1990 RIDA oct. 1991, n° 150, p. 134, obs. A. Lucas.

cassation le 5 novembre 1968 sur une espèce proche²⁵⁹². Le sens second de cet arrêt, nous semble-t-il, est que si le formalisme s'efface lorsque l'auteur ne contracte pas, *a contrario* tout autre contrat « consenti par l'auteur dans l'exercice de son droit d'exploitation » resterait soumis à l'article L. 131-3 du CPI (donc à l'article L. 131-2). On peut en déduire que si le cocontractant de l'affaire « Perrier » était l'auteur, la cession n'aurait probablement pas été admise, alors même que cette cession d'une création publicitaire n'aurait pas dû relever de l'article L. 131-3 faute de recevoir une des qualifications de l'article L. 131-2. La règle que nous tenons pour spéciale conserve après cet arrêt une partie de sa généralité.

L'arrêt « Perrier » constitue sans doute une étape importante vers une lecture raisonnable du formalisme de la mise à disposition du droit d'auteur. On peut l'apprécier en ce qu'il cesse d'associer l'application de règles spéciales du droit d'auteur à la présence de l'œuvre, objet de l'acte de mise à disposition²⁵⁹³, et la recentre sur la protection de son sujet : l'auteur. Néanmoins, cet arrêt ne résout pas pleinement les incohérences du formalisme contractuel. Ce formalisme n'est pas une servitude qui grève la chose et s'imposerait à toute mise à disposition de ses utilités²⁵⁹⁴, c'est avant tout une mesure légale de protection de l'auteur. Cette mesure pourrait s'appliquer à tout auteur cédant ou concédant, mais elle est en fait attachée par la loi à certaines qualifications contractuelles et, n'étant pas attachée à l'œuvre en tant que chose, elle ne peut constituer le principe de toute licence.

2 – Les contrats de création et d'exploitation d'une œuvre dérivée

703. Une grande variété de contrats. La création et l'exploitation de l'œuvre dérivée est le siège des contrats les plus divers. Ils sont regroupés pour l'essentiel en trois

²⁵⁹² C'est du moins le sens que M. Gautier donnera à cet arrêt (V. note préc.). Cependant, la portée de cette solution doit être relativisée. En effet, l'agence de publicité se défendait de toute cession au moyen de l'art. 31 de la loi de 1957 contre le client, prétendu cessionnaire, ne pouvant produire d'écrit. Or, l'argument est tout simplement déclaré irrecevable car présenté pour la première fois devant la Cour de cassation. Ce point est remarqué par J.-M. Leloup dans son commentaire (préc.) JCP G, 1969, II, 15939.

²⁵⁹³ Voir H. Desbois, *op. cit.*, n° 527. L'auteur considère que le texte n'opère pas de discrimination entre les auteurs et leurs cessionnaires, et n'étant pas attaché à la personne du créateur comme l'est par ailleurs le droit moral, l'exigence formaliste s'appliquerait à tous. Tout au plus, Desbois admettait lui-même que cette interprétation « paraîtra dépasser le but de la loi » ; v. P.-Y. Gautier, note préc.

²⁵⁹⁴ *Contra* : H. Desbois, *Ibid.* Pour cet auteur, les contrats conservent les particularités liées à l'application de l'actuel Livre 1^{er} du CPI. Ces prérogatives sont donc transmises *intuitu rei*, la « chose » étant, bien entendu, l'œuvre. Sur cette question : B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM 2001, n° 13. Cet auteur propose de fonder l'application des dispositions protectrices du CPI dans leur ensemble sur la théorie de l'accessoire développée par Aubry et Rau (Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil*, T.2 Librairies techniques, 6^e éd. par Bartin, § 176, n° 69). Cela supposerait néanmoins que ces mesures de protection soient formulées dans l'intérêt « de la chose », or, il est plus vraisemblable qu'elles soient formulées, ce que confirme la jurisprudence, dans l'intérêt de l'auteur.

genres : adaptation, traduction, *merchandising*²⁵⁹⁵. En fait, ces catégories recouvrent des réalités contractuelles bien distinctes²⁵⁹⁶. Ces contrats ont un point commun : la prééminence de l'œuvre première sur l'œuvre seconde et sa conséquence, *l'autorisation* que doit obtenir l'auteur second auprès de l'auteur premier (ou ayant droit). Il s'agit souvent d'une licence de droit d'auteur. Ces contrats peuvent faire intervenir une commande préalable (contrat de création) ou se borner à une licence d'exploitation des « droits » d'adaptation de l'œuvre première en vue d'une adaptation ultérieure (contrat sur la création). Nous avons noté que certains de ces contrats portant sur le « droit d'adaptation » pouvaient revêtir les habits des contrats d'édition ou de production audiovisuelle ; dans ces cas les règles de forme relatives à ces contrats s'appliqueront naturellement. Ces cas exceptés, se pose donc la question de la formation de ces contrats et de leur éventuelle soumission aux articles L. 131-2 et L.131-3 du CPI.

704. A quel moment l'autorisation-licence, élément déclencheur d'un éventuel formalisme, s'impose-t-elle ? Desbois était d'avis que l'adaptation nécessite une autorisation indépendamment de l'exploitation, dès le stade de la création²⁵⁹⁷. Il est vrai qu'en général, une commande du détenteur de l'œuvre première précède le transfert des droits de l'œuvre seconde. Par ailleurs, il est sans doute plus sage de requérir une autorisation et de s'assurer de la concession des droits avant la réalisation de l'œuvre composite car, quel que soit son genre, elle suppose un investissement certain²⁵⁹⁸. Cependant nous ne voyons pas en quoi cette « sagesse », curieusement importée dans le droit d'auteur – dont le régime se fonde précisément sur la carence supposée de cette qualité chez le sujet protégé – se verrait

²⁵⁹⁵ Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd. Litec, 2009, n°463 ; J.-H. Renaud, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Thèse, éd. Larcier, Bruxelles, 1955, p. 30 et s. Au sein de cette catégorie des œuvres dérivées, cet auteur réserve une place à part à l'adaptation en ce qu'elle autorise une plus grande liberté à son auteur. Cette liberté d'expression de l'adaptateur trouve néanmoins comme limite le droit moral de l'auteur de l'œuvre adaptée, dont l'appréciation rend parfois délicat l'office du juge. Voir : X. Desjeux, Le « *Character Merchandising* » et le droit français, Cahiers de la propriété intellectuelle, vol. 3, n° 2, janv. 1991, p. 193. (Spéc. p. 194 et s.)

²⁵⁹⁶ Sur les qualifications de ces contrats, v. *supra* n° 631 . – On peut citer par exemple la simple autorisation donnée par l'auteur d'une œuvre plastique d'exploiter une œuvre composite déjà créée ; la cession par l'auteur des droits d'adaptation audiovisuelle de son roman à l'occasion du contrat d'édition de ce dernier ; ou encore la cession ou la licence des « droits » dérivés ou de *merchandising* qui dépassent le domaine normal de la présomption de cession intervenant dans le cadre d'un contrat de production audiovisuelle. Autre exemple fréquent : la commande de la traduction d'un article ou d'une notice adressée par un éditeur ou un commanditaire quelconque et rémunérée au forfait. Dernier exemple : la commande de la traduction d'une œuvre littéraire assortie d'une promesse de contrat d'édition (et donc d'« achat » des droits) en cas d'acceptation de la traduction par l'éditeur commanditaire (contrat d'option).

²⁵⁹⁷ H. Desbois, *op. cit.*, n° 611 ; A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Coll. Les cours de droit, Litec, 1999, p. 198 ; F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 396.

²⁵⁹⁸ H. Desbois, *op. cit.*, *loc. cit.*

transformée ici en une obligation. C'est pourtant cette vision qu'adopte un arrêt de la Cour d'appel de Paris²⁵⁹⁹ qui s'appuie sur la lettre de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle²⁶⁰⁰, lecture que nous croyons erronée. Il apparaît au contraire que ces actes d'adaptation ne sont contrefaisants que s'ils enfreignent par ailleurs le monopole d'exploitation consistant en la représentation de l'œuvre par sa communication à un public (art. L. 122-2 CPI) ou en la reproduction, c'est-à-dire « la fixation matérielle par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte » (art. L. 122-3 CPI)²⁶⁰¹.

Faire de l'adaptateur un contrefacteur, quand bien même il n'exploiterait pas l'œuvre seconde, revient à reconnaître un droit de propriété à l'auteur premier là où il n'en a aucun. En effet, nous ne voyons pas dans l'adaptation un *droit* au même titre que le droit de représentation ou de reproduction, mais un simple mode *possible* d'exploitation du droit d'auteur ; l'adaptation ne devrait être réservée au titulaire qu'en tant qu'elle est exploitée²⁶⁰². Voir dans la seule adaptation un acte d'exploitation consisterait en une forme d'« *usus* » sur l'œuvre qui, comme nous l'avons vu, n'est pas reçu en tant que tel en droit d'auteur positif. Or, l'autorisation ne se justifie que lorsque l'acte est susceptible d'être interdit par le titulaire, ce qui ne peut concerner que les actes d'exploitation strictement énoncés par la loi. Par ailleurs, en se plaçant sur le terrain des droits moraux, il n'est pas possible d'exiger une autorisation au stade de la conception, car l'œuvre seconde peut ne pas avoir encore été divulguée, les tiers ne sont pas censés en avoir alors connaissance. Cette soumission de la simple adaptation à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première est en outre susceptible d'entrer en conflit avec le régime des exceptions défini à l'article L. 122-5 du CPI²⁶⁰³. La jurisprudence de la Cour de cassation retient jusqu'à présent une solution équilibrée en n'exigeant d'autorisation qu'avant l'exploitation et non pas au moment de la création de

²⁵⁹⁹ CA Paris, 4^e ch. A, 12 mai 2004, *Iaichouchene c. Sté Twentieth Century Fox Film Corporation*, CCE janv. 2005, comm. 1, Ch. Caron : « L'adaptation doit être autorisée avant la création de l'œuvre dérivée ».

²⁶⁰⁰ L'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque* ».

²⁶⁰¹ J. Raynard, thèse préc., n° 355.

²⁶⁰² *Contra* : on considère généralement que le droit d'adaptation est le dérivé des grands droits patrimoniaux. Ainsi, la seule adaptation relèverait du monopole de l'auteur. V. par ex. : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 585.

²⁶⁰³ Ce n'est pas l'exception qui doit être définie strictement, mais le monopole, en ce qu'il apparaît lui-même comme une exception à « la liberté d'agir de tout un chacun : J. Raynard, *op. cit.*, *loc. cit.*

l'œuvre²⁶⁰⁴. On ne peut que souhaiter le maintien de cette solution évitant que le CPI ne soit détourné de sa finalité en restreignant la liberté de création.

705. Lorsqu'elle est requise, au stade de son exploitation, cette autorisation-licence requiert-elle une forme particulière ? Supposer que les contrats d'exploitation d'une œuvre dérivée doivent être ou non soumis au formalisme impliquerait une approche unitaire de ces derniers. Or, les contrats portant sur l'exploitation d'une œuvre dérivée ne sont pas une formule contractuelle unitaire. Ils consistent simplement en la mise en œuvre d'un mode d'exploitation de l'œuvre. Cette exploitation peut donc emprunter la forme d'un contrat soumis au formalisme (par exemple le contrat d'adaptation audiovisuelle, ou encore le contrat d'édition, particulièrement usité pour les traductions littéraires). Mais le contrat d'exploitation d'une œuvre dérivée peut également prendre la forme d'un contrat ne figurant pas à l'article L. 131-2 du CPI²⁶⁰⁵. Il n'y a donc pas lieu, à titre d'exemple, de considérer tout contrat de traduction d'une œuvre littéraire par analogie avec le contrat d'édition, comme le suggère Desbois²⁶⁰⁶, au motif qu'il en partagerait la finalité. Par conséquent, pour une même prestation intellectuelle « d'adaptation » et la licence de l'œuvre ainsi dérivée, le contrat, selon son objet, ses modalités et au final, *la destination de l'œuvre*, pourra adopter diverses formes. Contrat « nommé » par l'article L. 131-2 du CPI et soumis à ce titre au formalisme, ou au contraire, opération ignorée par ce texte et soumise au droit commun de la preuve. Desbois allait dans ce sens et même au-delà en proposant une présomption de cession des droits par l'autorisation d'adapter. Les droits seraient cédés « dans la mesure nécessaire aux modes d'exploitation normaux de l'œuvre dérivée » ; présomption simple selon la « nature des choses », elle « reflète les intentions les plus vraisemblables des parties »²⁶⁰⁷.

706. Licence des droits dérivés. Un autre exemple fréquent de contrat dont l'objet est l'exploitation d'une œuvre dérivée est la licence des « droits d'exploitation

²⁶⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 1981, D. 1983, IR, p. 92, obs. C. Colombet ; TGI Paris, 17 déc. 1990, Légipresse 1992, III, p. 14.

²⁶⁰⁵ En général une commande assortie d'une cession à prix forfaitaire, très répandue en matière de traductions techniques et scientifiques, également des licences de quelques lustres conclues entre éditeur et producteur pour la mise en œuvre effective des droits d'adaptation.

²⁶⁰⁶ H. Desbois, *op. cit.*, n° 519.

²⁶⁰⁷ H. Desbois, *op. cit.*, 628 : « il est vrai, mais la loi du 11 mars 1957 n'interdit pas aux juges de recourir au jeu des présomptions simples dans l'interprétation des contrats, indépendamment des présomptions légales. Et, en l'absence de stipulations contraaires, ou de circonstances qui y mettraient obstacle, la présomption de cession, limitée aux modes normaux de publication d'une œuvre dérivée, correspond à la nature des choses et reflète les intentions les plus vraisemblables des parties. ». En ce sens, v. : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1085 : « l'autorisation d'adapter l'œuvre entraîne celle de reproduire ou de représenter, bref d'exploiter l'adaptation ».

dérivés » de personnages ou *character merchandising*²⁶⁰⁸. Doit-elle être mentionnée dans un *instrumentum* distinct du contrat portant sur l'exploitation principale de l'œuvre (édition ou production) ? En pratique, il semble que l'écrit soit exigé, non en vertu du formalisme spécial du droit d'auteur, mais pour des raisons d'interprétation des contrats. En effet, les droits graphiques étant expressément écartés de la présomption de cession du contrat de production audiovisuelle, il pourra être difficile de prouver l'intention des parties sans manifestation expresse. En fait, c'est curieusement la présence d'un contrat principal qui peut entraver la preuve d'une licence tacite des droits pour les modes d'exploitations dérivés (adaptation, traduction, *merchandising*). L'absence de clause dans le contrat de production audiovisuelle ou d'édition et d'*instrumentum* distinct du contrat d'édition pour l'adaptation audiovisuelle laisse penser que l'auteur n'a pas entendu donner son autorisation pour la création et l'exploitation d'une œuvre dérivée. En revanche, ces contrats échappant aux articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI, leur exécution devrait permettre la production d'un commencement de preuve par écrit (factures, devis ...) permettant de démontrer cette intention. En effet, rien ne s'oppose par principe à l'admission d'autorisations tacites.

3 – Les licences de droit d'auteur tacites à l'occasion de la licence d'un droit de propriété industrielle

707. « Cumul de contrats » en droit des marques. Les objets protégés par certains régimes de propriété industrielle, parce qu'ils portent eux aussi sur des formes, peuvent, sous condition d'originalité, donner prise au droit d'auteur et à ses contrats. Si la doctrine majoritaire, à quelques exceptions notables²⁶⁰⁹, considère que la marque n'est pas en elle-même une création, il est fréquent que le choix et l'enregistrement d'un signe distinctif à titre de marque soit l'aboutissement d'un processus de création dont le fruit est une forme, pourvue d'une originalité certaine. On assiste alors à un « cumul »²⁶¹⁰ de protections d'un signe donné, mais à deux titres très distincts : la réservation des actes d'apposition et de commercialisation des produits marqués d'une part, la réservation du droit de reproduire et de

²⁶⁰⁸ R. Vogel, *Le character merchandising à la lumière de l'analyse économique du droit (Droit français et droit allemand)*, Thèse, Montpellier, 1999. La solution dégagée pour le contrat de production audiovisuelle semble applicable au contrat de commande d'œuvres réalisées pour la création publicitaire et l'exploitation dérivée de l'objet créé pour cette publicité nécessitera une clause spécifique : J.-Cl. Contrats – Distribution Fasc. 4060 : S. Durrande, Contrat de *merchandising*, n° 8 et ss.

²⁶⁰⁹ La fédération des différents droits de propriété intellectuelle sous la notion de « créations immatérielles » en témoigne. V. M. Vivant (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses 1997, *passim*.

²⁶¹⁰ La notion de « cumul » n'est employée que par analogie avec le cumul de protection par les livres I^{er} et V^e du CPI.

représenter une œuvre de l'esprit, d'autre part. Un même signe représente alors deux « choses »²⁶¹¹. L'acte d'apposition d'une marque et de commercialisation, pour un signe par ailleurs original, peut coïncider avec les actes de reproduction et de représentation au titre du droit d'auteur. Il est à ce titre intéressant de constater que des contrats de licence de droit d'auteur interdisent expressément au licencié de déposer la création concédée en tant que marque ou dessin ou modèle²⁶¹². Il est donc légitime de penser qu'un grand nombre de contrats sur marques dont les formes vont au-delà de la nouveauté et du caractère distinctif pour gagner une originalité, mettent potentiellement en jeu une licence du droit d'auteur. Selon une interprétation extensive de l'article L. 131-3 du CPI, le licencié d'une marque présentant par ailleurs une forme originale devrait, en théorie, être automatiquement contrefacteur au titre de la propriété littéraire et artistique (dans la mesure où les actes d'exploitation de la marque, recouvreront pour certains des actes d'exploitation du droit d'auteur). Or, cette solution est particulièrement dangereuse, car le risque d'une interdiction ou d'une autorisation supplémentaire au titre du droit d'auteur paralyserait l'exercice du droit de marque²⁶¹³. Par conséquent, dans un tel cas, il y a bien une autorisation implicite et sans prix distinct de reproduire et de représenter une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur. Le domaine de cette autorisation implicite serait calqué sur la licence de marque²⁶¹⁴.

708. « Cumul de contrats » en cas de cession ou de licence²⁶¹⁵ de dessins et modèles. On y retrouve le même paradoxe : alors même que les contrats sur les dessins et modèles, notamment la licence, doivent être publiés pour être opposables aux tiers, ce qui suppose un écrit (art. L. 513-3 et R. 512-15 du CPI) les contrats portant sur le droit d'auteur

²⁶¹¹ Ce cumul d'appropriations sur un même signe est observé en pratique et il n'est pas rare de déposer à titre de marque une création de forme afin de pallier au caractère temporaire du droit d'auteur (70 ans *post mortem auctoris*) et *a fortiori* du droit des dessins et modèles (5 ans renouvelables jusqu'à 25 ans selon l'art. L. 513-1 al.1 du CPI). Le risque de fraude est néanmoins relevé, voir : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 409.

²⁶¹² Par ex. « article 1^{er} Objet du contrat (extrait) : Le licencié s'interdit, dans l'exercice de son activité commerciale toute référence aux personnages dans le cadre d'un signe distinctif quelconque, tout dépôt de marque ou de dessin et modèle lié aux personnages sans l'autorisation expresse du concédant », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 4070 : Merchandising. - Formules II. – Contrat de concession de licence de droits dérivés (Propriété littéraire et littéraire).

²⁶¹³ Pour un exemple de protection de logos par le droit d'auteur et l'interdiction faite à la société de les exploiter sous forme de marque notamment, suite au départ du créateur : Cass. com. 28 avril 2004, Prop. intell., janv. 2005, n°14, p. 62, obs. A. Lucas.

²⁶¹⁴ La question est évoquée par M. Passa dont la conclusion est néanmoins différente de la nôtre, car il suggère que les règles du livre I^{er} ne « s'imposent pas » dans un tel cas. A notre sens, il y a bien protection par le droit d'auteur, mais ce dernier n'apparaît que de manière tacite de façon à ne pas troubler l'exploitation du signe distinctif. V. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle. Tome 1. Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, 2^e éd., LGDJ, 2009, n° 762, p. 1017 et s.

²⁶¹⁵ L'article L. 513-2 du CPI (issu de l'ordonnance du 25 juillet 2001) reconnaît explicitement la notion de concession (licence) en droit des dessins et modèles. Nous avons vu en quoi cette reconnaissance, en fait une simple confirmation du droit existant, ne pouvait qu'encourager une telle reconnaissance en droit d'auteur.

attaché à un dessin ou modèle en application de la théorie de l'unité de l'art²⁶¹⁶, sous condition d'originalité, n'entrent pas dans la liste des contrats soumis au formalisme du Livre I^{er} (art. L. 131-2 CPI)²⁶¹⁷. Cependant, l'affirmation est nuancée par certains auteurs en raison de l'article L. 131-3 par lequel l'écrit serait rendu indispensable, ou du moins vivement conseillé en pratique²⁶¹⁸.

À supposer qu'un contrat de licence ou de cession de dessins et modèles ait été passé par écrit, mais que les droits d'auteur aient été négligés, une application restrictive de l'article L. 131-3 du CPI aurait pour conséquence l'absence de cession du droit d'auteur. Or, l'acte de *fabrication* réservé au propriétaire du dessin ou modèle dans les termes de l'article L. 513-4 du CPI pouvant tout à fait coïncider avec l'acte de *reproduction* tel que défini à l'article L. 122-3 du même code, l'exploitant du dessin ou modèle serait de fait contrefacteur au titre du droit d'auteur. Or, nous croyons que le cumul de protection devrait, en l'absence de stipulation expresse, se traduire par un « cumul de contrats ». Le contrat portant sur un dessin et modèle pourrait faire présumer la formation d'un contrat de même nature et de même portée, notamment quant à la délimitation de l'objet et de la durée²⁶¹⁹ qui devraient être celles du contrat portant sur le dessin ou le modèle²⁶²⁰.

²⁶¹⁶ V. not. *supra* n° 127 et ss.

²⁶¹⁷ Dans notre sens, sur l'articulation des articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI et prenant en compte le sens de la jurisprudence récente : P. et F. Greffe, *Traité des dessins et modèles*, 8^e éd. Litec 2008, n° 1212 et ss. Sur ce point, les auteurs tiennent pour similaires l'état du droit positif et du droit antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957. L'absence d'écrit et la soumission au régime de droit commun de la preuve imposera néanmoins la production d'un commencement de preuve par écrit (prenant souvent la forme de factures).

²⁶¹⁸ J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007, n° 453 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 721. L'écrit est « quasi-obligatoire » selon : F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle - La propriété industrielle*, Economica, 2011, n° 1126 ; D. Cohen, *Le droit des dessins et modèles Droit communautaire, droit international, droit français et autres droits nationaux étrangers*, 2^e éd. 2004, Economica, n° 572 et ss. – Certains auteurs ne prennent pas explicitement parti sur la question, par ex. A. Chavanne, J.-J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, 5^e éd. Dalloz, 1998, n° 798 et s.

²⁶¹⁹ Pourquoi la durée du contrat sur le dessin ou modèle (limitée à 25 ans) et non la durée du droit d'auteur ? Parce que, si un contrat de droit d'auteur pour la durée du droit est possible et même très fréquent, cela ne devrait pas être une durée de principe et cela serait contraire à l'interprétation *in favorem auctoris*. Dans ce cas, quelle durée choisir ? Le plus cohérent serait de calquer la durée de la licence du droit d'auteur sur la durée de la licence du dessin et modèle. Plusieurs arguments vont dans ce sens. Tout d'abord, cette durée est connue ou prévisible car définie par la licence du dessin ou modèle. Ensuite, cette durée permet une exploitation suffisante au licencié et cette exploitation, pour cette durée, est bien la finalité de la licence de droit d'auteur correspondante. Enfin et surtout, la protection susceptible d'être accordée à l'auteur du dessin ou modèle original ne devrait pas se retourner contre lui : il ne faudrait pas que la chose qu'il a cru concéder pour une durée limitée au titre du livre V du CPI se trouve en réalité définitivement cédée, tacitement, au titre du livre I^{er} du même code censé lui apporter une protection supplémentaire !

²⁶²⁰ Le fait de pouvoir déduire une licence tacite de droit d'auteur de la licence du dessin ou modèle déposé sur la même création a pour but de ne pas entraver l'exploitation normale de ce dernier. La possibilité de cette déduction ne doit pas autoriser des prétentions injustifiées. Ainsi, le contrat de licence d'une marque de lunettes (un sigle) ne constitue pas un commencement de preuve par écrit d'une cession du droit d'auteur sur le modèle de lunettes : CA Paris, 29 sept. 2004 : PIBD 2004, 799, III, 35 ; Prop. intell. 10/2005, n° 17, p. 450, obs. P. de Candé. L'arrêt ajoute que l'absence de revendication de l'auteur pendant plusieurs années n'emporte pas acquiescement de l'auteur à l'exploitation de ses œuvres sur lesquelles il n'a pas perçu de redevance. On notera

La question du formalisme soulève en fait un inconvénient dû au caractère hybride de ce droit, réunissant des droits au contenu parfois antinomique²⁶²¹, du moins par leur régime. Ainsi, après l'exposé des effets de la théorie de l'unité de l'art et la pénétration de la matière par le droit d'auteur, les auteurs des principaux ouvrages traitant de la question préconisent généralement d'interpréter les contrats sur dessins et modèles selon le régime de la licence de brevet ou de marques²⁶²². On objectera que les dispositions légales de ces licences étant elles-mêmes laconiques, le recours au Code civil s'impose, tout comme il s'impose à la licence de droit d'auteur à défaut de dérogation impérative. Pourtant, ce socle commun à toute cession ou licence, y compris de droit d'auteur, n'empêche pas les différences de régime. S'il y a lieu de réunir les licences de ces différents droits en raison de l'identité de nature d'objet et de chose, il reste des divergences importantes. Par exemple quant à l'obligation d'exploitation en cas de licence exclusive contre un prix proportionnel, qui n'est certainement acquise qu'en licence de brevet et dans une certaine mesure de marques : comment imaginer, sur une même création, une exploitation obligatoire au titre du droit issu du dépôt et facultative au titre du droit d'auteur ? Y aurait-il lieu d'appliquer un régime distributif et en cas de conflit d'appliquer la règle la plus favorable au créateur ?²⁶²³ Curieux système dans lequel le principe de faveur, issu du droit d'auteur, impliquerait donc la mise à l'écart du droit d'auteur au profit du droit de propriété industrielle, plus favorable à l'auteur ! Pareillement, alors que la doctrine préconise l'application des règles issues de la licence de brevet et de marque pour le *fond*, il semblerait peu pertinent d'appliquer à ces licences les règles de *forme* (les articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI) réservées à des contrats formant le cœur du droit d'auteur.

Au contraire, nous croyons que la question du formalisme de ces contrats sera résolue non par leur soustraction au droit d'auteur²⁶²⁴ et leur soumission par analogie aux licences de brevet, mais au contraire par l'application d'une lecture rénovée du droit d'auteur.

que si la cour souligne que l'auteur n'a pas perçu de redevances, cela laisse penser *a contrario* qu'en cas de perception de ces redevances, la licence de droit d'auteur tacite sur le modèle de lunettes pouvait être admise.

²⁶²¹ Par ex. M.-A. Pérot-Morel, A propos du maintien de l'unité de l'art dans le nouveau droit des dessins et modèles, Prop. ind. avril 2005, Etude 8, p. 9 ; du même auteur : Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux dessins et modèles industriels, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 337.

²⁶²² J. Azéma, *Lamy Droit Commercial*, 2011, n° 2313 : « La licence, quant à elle, n'est visée ni par la loi spécifique (*sic*), ni par celle relative au droit d'auteur. Il faut en déduire que son régime doit être recherché dans les stipulations contractuelles, le droit commun des obligations, en particulier du louage, et dans la jurisprudence relative à la licence de brevet dont les solutions peuvent être étendues, *mutatis mutandis*, à la licence portant sur un dessin ou modèle déposé (voir pour l'obligation du licencié d'exploiter TGI Paris, 6 avr. 2007, PIBD 2007, III, p. 467). ». V. J. Passa, *Droit de la propriété industrielle. Tome 1. Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, 2^e éd., LGDJ, 2009, n° 763.

²⁶²³ Suggéré par F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 82.

²⁶²⁴ Selon M. Passa, notamment en matière contractuelle : « On peut donc penser qu'il [le droit des dessins et modèles] a acquis une certaine autonomie qui lui permet d'échapper aux règles de celui-ci », J. Passa, *op. cit.*

La jurisprudence récente, en particulier l'arrêt « EOS » rendu le 21 novembre 2006 par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation²⁶²⁵ pose ainsi en principe la validité de la cession tacite du droit d'auteur, à l'occasion de la cession du dessin et modèle notamment. On n'a pas manqué de remarquer le silence de la loi sur le régime relatif aux dessins et modèles de salariés²⁶²⁶. Peut-on voir dans cette jurisprudence un palliatif à ce manque ? Cette admission du contrat *tacite* est bien loin de constituer une *présomption* de cession et ne constitue pas davantage un régime satisfaisant d'attribution des créations de salariés, la preuve relevant toujours du droit commun des contrats. Néanmoins, cette rationalisation du contrat d'auteur constitue une avancée et s'inscrit dans une tendance lourde, loin d'être limitée au droit d'auteur appliqué aux dessins et modèles de salariés. Il en sera question plus loin.

4 – Les contrats relatifs à l'exploitation des logiciels

709. Licence d'exploitation – « licence » d'utilisation. Souvent réunis en raison de la spécificité de leur objet, les contrats sur logiciels recouvrent en fait plusieurs qualifications. Seuls les contrats mettant en jeu le droit d'auteur sont susceptibles d'être concernés par le formalisme, ce qui devrait exclure les contrats portant sur la seule utilisation du logiciel : ces « licences » d'utilisation que nous avons dû exclure de la qualification de licence de droit d'auteur²⁶²⁷. Nous avons constaté cependant que ces fausses licences pouvaient intégrer des licences de droit d'auteur dès lors que les usages autorisés au licencié excédaient ceux que lui accorde la loi avec parcimonie. La question de l'application du formalisme à ces licences de logiciel permet d'interroger la finalité du formalisme. La protection accordée à l'auteur pour se protéger du licencié n'a plus de sens si ce licencié est un consommateur²⁶²⁸.

Nous partageons le questionnement de l'auteur, mais croyons la solution proposée excessive car en contradiction avec le principe de cumul de protection qui subsiste en droit positif. Une solution équilibrée ne réside pas dans l'éviction du droit d'auteur, mais dans une lecture plus rationnelle de celui-ci (formalisme, prix forfaitaire, etc.).

²⁶²⁵ « 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 1er, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquaient pas aux autres contrats », Cass. civ. 1^{re} 21 nov. 2006, note Ch. Caron « Le formalisme, peau de chagrin du droit d'auteur contractuel ? », CCE janv. 2007, p. 28, n° 3 ; RLDI, févr. 2007, n° 24, p. 18 ; confirmant : CA Paris 16 février 2005, CCE 2005, comm. 169, obs. Ch. Caron ; RIDA 2005, p. 323, obs. A. Kerever ; D. 2005, p. 2523, obs. Ph. Allaëys : « Du consensualisme en droit d'auteur ».

²⁶²⁶ J. Raynard, Du nouveau droit français des dessins et modèles : de l'influence de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur le principe de l'unité de l'art., Prop. ind., avril 2002, Chron. 2, p. 9

²⁶²⁷ V. *supra* n° 84 et ss.

²⁶²⁸ La question pourrait se poser pour les « licences libres », bien que leur mode de conclusion suppose la conclusion d'un contrat généralement très détaillé par voie électronique. Une clause expresse de cession serait, dit-on, nécessaire. V. en ce sens : C. Rojinsky et V. Grynbaum, Les licences libres et le droit français, Prop. intell., juill. 2002, n° 4, p. 28.

710. Régime spécial de dévolution du logiciel à l'employeur. Nous pouvons également réserver le cas des situations contractuelles régies par l'article L. 113-9 du CPI. Par l'institution de ce régime, le législateur, sur ce point, prend acte du caractère essentiellement industriel de la nature comme de la destination du logiciel et tend à rapprocher - du moins dans son esprit - le régime de celui des inventions de salariés de l'article L. 611-7 du CPI²⁶²⁹. L'article dispose en effet que les droits patrimoniaux des « employés » pour les logiciels créés dans l'exercice de leurs fonctions ou sur instruction de l'employeur sont « dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ». La situation exclut donc le logiciel réalisé dans le cadre d'un contrat de commande²⁶³⁰. La nature juridique de cette « dévolution » est incertaine²⁶³¹. Mais qu'il s'agisse d'une présomption de cession ou de titularité *ab initio* de la

²⁶²⁹ Doctrine en ce sens : l'ensemble des études que nous citons sur ce sujet évoquent cette parenté avec le régime des inventions de salariés. Cependant, un régime unitaire semble relever davantage du souhait que du droit positif. V. note J. Raynard sous TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 6 mars 2001, JCP E 2001, p. 1952.

²⁶³⁰ L'exclusion apparaît clairement à la lecture des travaux parlementaires. Elle est par ailleurs confirmée par la jurisprudence, v. par ex. : CA Versailles 15 juin 1992, Expertises, 1992, p. 350, obs. M. Benaroudj. Sur ce point : A. Bories, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Thèse, Montpellier, 2007, n° 245.

²⁶³¹ – *Dans le sens de l'attribution originaires de la propriété du logiciel à l'employeur* : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 124. D'après cet auteur, c'est l'alignement avec le régime des inventions de salariés ainsi que l'absence du terme « cession » dans cet article qui justifie cette interprétation. Le premier argument nous semble des plus convaincants dans la mesure où le régime des inventions de salariés revient en partie au principe de droit commun des contrats de travail ou d'entreprise qui est celui de l'attribution originelle de la chose à l'employeur comme au maître ; encore qu'il soit intellectuellement concevable de voir dans ce mécanisme de droit commun un transfert de propriété : V. P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon Assas, Coll. Droit privé, 2002, notamment : n° 45 et ss. et n° 197 et ss. La solution est contraire s'agissant du contrat de travail : *Ibid.* n° 37, p. 66). V. Th. Revet, *La force de travail – Etude juridique*, Litec 1992, n° 538, p. 576 : « La formule d'une cession automatique des droits patrimoniaux ne peut donc être véritablement conciliée avec le principe de l'attribution originaires de l'œuvre au créateur salarié. La logique commande que l'employeur soit l'attributaire originaires. ».

– *Néanmoins, les arguments en faveur de la cession ne manquent pas et sont très majoritairement représentés en doctrine* : C. Colombet, *op. cit.*, p. 103 ; A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 160 ; X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 303 ; Ch. Caron, *op. cit.*, n° 207 ; 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, n° 26, p. 39. – Tout d'abord, le terme « dévolution » emprunté au droit des successions, pour incongru qu'il soit, suggère bien un transfert de droit d'un patrimoine à un autre (Ph. Gaudrat, *La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique*, RIDA n° 128 oct. 2/1986, n° 27, p. 181 ; Th. Revet, thèse préc., n° 530). Ensuite, cette idée d'attribution originaires pouvait s'appuyer sur l'emploi par l'art. 45 de la Loi du 3 juillet 1985 de l'expression : « le logiciel (...) appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs. ». Or, cette notion d'appartenance, qui suggérerait le rapprochement avec l'art. L. 611-7 du CPI employant le même terme, est abandonnée par le texte en vigueur, tel qu'issu de l'article 2 de la loi du 10 mai 1994 (art. L. 113-9 du CPI) : « les droits patrimoniaux sur les logiciels (...) sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ». Ensuite, l'article L. 121-7 du CPI, qui limite sensiblement le droit moral de l'auteur du logiciel, évoque le « cessionnaire » des droits, ce qui en cas d'admission de la titularité originelle, écarterait sans raison l'employeur de cette disposition favorable au cessionnaire (Th. Revet, thèse préc., spéc. n° 532). – Autre argument : la loi institue une cession automatique de l'œuvre logicielle, mais lorsque le salarié l'a divulguée. C'est donc que l'auteur en est le titulaire initial (Th. Revet, *Ibid.*). L'argument est-il décisif ? La loi de 1985 visait « tous les droits reconnus aux auteurs », ce qui pouvait inclure les droits moraux (en ce sens : J. Huet, *Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur*, D. 1985, Chron. p. 261, n° 8.). La rédaction actuelle cantonne la dévolution aux seuls « droits patrimoniaux ». Cela ne s'oppose pas à l'interprétation suivante : les droits patrimoniaux sont

propriété de l'œuvre logicielle, celle-ci est affranchie de tout formalisme et tire directement ses effets de la loi.

Se pose aussi la question des modalités de cette « dévolution »²⁶³². Il nous semble que dans l'esprit de la loi, il s'agit clairement d'une attribution exclusive et définitive : d'une cession et non d'une licence. Il est normal qu'elle vaille pour la durée du droit sur le logiciel et non la durée du contrat de travail qui est par ailleurs incertaine et qui risquerait, dans quelques cas marginaux motivés par un calcul économique rationnel, d'inciter l'employé à rompre ce dernier dans l'unique but de recouvrer ces droits. Bien que le terme « édition » soit utilisé en pratique dans des situations relevant en fait d'une commande de logiciel et d'une cession à un client, le contrat sur logiciel peut aussi emprunter la voie d'un véritable contrat d'édition et se voir soumettre de façon certaine à ses conditions de forme consistant en la rédaction d'un écrit²⁶³³.

711. Cas relevant du droit commun. Les cessions ou licences sur un logiciel commandé « spécifique » ou sur un logiciel préexistant « progiciel », ne devraient pas être soumises au formalisme de l'article L. 131-3 du CPI, n'étant pas énoncées dans la liste limitative de l'article L. 131-2 du même code. Les cessions et licences tacites devraient être admises lorsque les circonstances permettent d'induire la volonté des parties. Mais la solution ne s'est pas encore imposée : la doctrine préconise et la jurisprudence exige fréquemment un écrit répondant aux exigences de l'article L. 131-3 du CPI²⁶³⁴. La problématique est ici

initialement propriété de l'employeur, sans préjudice de l'exercice - non abusif - de son droit de divulgation par l'auteur employé. La présence des droits moraux ne fait pas obstacle à la cession de droit d'auteur, ce dernier conservant la jouissance de ces droits ; les droits moraux ne font pas plus obstacle à l'attribution originaires des seuls droits patrimoniaux. Pour conclure, nous serons tentés de voir dans ces discussions une nouvelle manifestation de l'imprécision de la loi spéciale et de la conséquence que nous en avons déduite, à savoir l'absence de rôle qualifiant de la terminologie des transferts et mises à disposition de droit d'auteur par les lois de la matière. Si le débat reste ouvert et que les arguments en faveur de la cession ne manquent pas, la formule de l'attribution originelle du logiciel irait dans le sens d'une meilleure unité de la propriété intellectuelle tout en préservant les intérêts réciproques des parties en présence et mériterait à ce titre d'être retenue.

²⁶³² Question évoquée notamment par : D. Bécourt, Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins, art. préc. Cela expliquerait l'intérêt d'une présomption simple, à l'image de la situation rencontrée pour les contrats de production audiovisuelle. Toutefois, ces dérogations ne seront que « rarissimes », Ch. Caron, *op. cit.*, n° 207.

²⁶³³ A. Hollande, X. Linant de Bellefonds, *Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet*, Delmas, 6^e éd., 2008, n° 407 (voir le modèle proposé au n° 450) ; J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, 1989, n° 454 ; J. Huet, Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur, art. préc.

²⁶³⁴ Par ex. : P. Sirinelli, Contrat obligatoire pour céder les droits d'auteur, note s. TGI Versailles 19 nov. 1991, Expertises mai 1992, p. 184. En appel : CA Versailles 15 juin 1992, Expertises, 1992, p. 350, obs. M. Benaroudj. (Il apparaît que la cession tacite n'était pas recevable en l'espèce, ce qui ne préjuge en rien de sa possibilité.) – V. TGI Paris (ord. Réf.) 10 avril 2002, Prop. ind., avril 2003, p. 31. comm. 35, note J. Schmidt-Szalewski : « Les dangers d'un contrat de commande verbal de logiciel » ; Gaz. Pal., 24 juill. 2003 n° 205, p. 41, obs. M. Depadt-Bels. A défaut d'une cession respectant les règles de forme imposées par le CPI, le « licencié » ne peut prétendre qu'à une licence d'utilisation du logiciel : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1999, (préc.) note J.-C. Galloux, CCE mai 2000,

commune à tous les contrats de travail ou d'entreprise, si ce n'est que la technicité de ces créations et la diversité des usages que l'on peut en faire (utilisation ou exploitation) justifieront pratiquement le recours à l'écrit.

5 – Les licences passées à l'occasion d'un contrat de commande ou de travail

712. L'interdiction relative des cessions et licences présumées en dehors des régimes légaux spécifiques²⁶³⁵. Pour les contrats de louage d'ouvrage ou de services ne relevant pas d'un régime spécial restaurant (paradoxalement) un régime d'attribution proche du droit commun de ces contrats, le CPI s'oppose de la manière la plus claire à l'idée de présomption de cession ou de licence temporaire. Outre l'article L. 131-3 du CPI étudié plus haut, est avancé l'article L. 111-1 al. 1 du même code, en vertu duquel le contrat de louage d'ouvrage ou de service n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit. Est également invoqué l'article L. 111-3 qui pose le principe de l'indépendance de la propriété du support matériel de l'œuvre et de la propriété incorporelle de cette dernière. Ces deux articles écartent, en principe, les cessions présumées. Sont écartées, *a fortiori* la cession au commanditaire, ou encore l'attribution originaire à l'employeur²⁶³⁶, alors que le droit commun de ces formules conduirait dans ces circonstances à ces solutions²⁶³⁷. La cession d'un support ne permet pas d'inférer la cession de l'œuvre protégée et le contrat de travail ou d'entreprise ne permet pas, seul, de conclure à une cession ou une attribution quelconque. Demeure l'importante réserve de l'œuvre collective (art. L. 113-2 al. 3 et L. 113-5 du CPI).

A la différence de ce que l'on a pu observer parfois en matière de contrat de travail²⁶³⁸, la jurisprudence est hostile à la cession présumée dans le cadre du contrat de commande²⁶³⁹ se

p. 23, Comm. 55. L'arrêt et le courant jurisprudentiel qu'il représente suscite le constat pour le moins critique du commentateur : « Formalisme : combien d'horreurs on commet sous ton nom ! ». – En ce sens, exigeant un écrit répondant aux conditions de l'art. L.131-3 CPI, pour la cession d'un logiciel créé par un employé, mais avant l'entrée en vigueur du régime spécial instauré par la loi du 3 juillet 1985 : Cass. civ. 1^{re} 16 déc. 1992, Bull. I n° 315 p. 207. RIDA 1993, n° 2, p. 193, note P. Sirinelli ; JCP G 1993, IV, 549 ; CA Paris 13 déc. 2006, Expertises, 2007, p. 152 (exigeant l'application de l'article dans un cas de rémunération au forfait). *Adde* : Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd., Dalloz, 2010, n° 4.59 ; B. May, *Contrats informatiques : Gare au charivari des licences de logiciel*, JCP E 2004, 827.

²⁶³⁵ *Adde* : art. L. 131-3-1 et ss. CPI, organisant la cession de plein droit des contributions des agents de l'Etat (et autres agents assimilés par ces textes) pour les œuvres créées dans l'exercice de leurs fonctions ou sur instructions. V. également l'art. L. 132-35 et ss. CPI organisant dans une section 6, un régime spécifique aux journalistes (v. *supra* n° 353).

²⁶³⁶ On invitera à ne pas confondre ce qui est présumé, automatique et attribué originellement.

²⁶³⁷ Remarquant qu'en ce dernier cas, « la neutralisation du contrat de travail est ainsi absolue », Th. Revet, *La force de travail – Etude juridique*, Litec 1992, n° 252.

²⁶³⁸ On distingue la situation du créateur indépendant (entrepreneur) ainsi que celle du salarié créant occasionnellement et hors fonctions, de la situation du salarié dont la fonction est la création et dont le contrat de travail entraîne « *ipso facto* la cession des droits patrimoniaux », v. P. et F. Greffe, *Traité des dessins et modèles*,

contentant de cessions implicites (donc tout de même prouvées selon le droit commun). Si l'on a vu que cela pouvait conduire à des situations peu opportunes, il n'y a pas lieu de remettre en cause un principe dont les fondements sont à la base du droit d'auteur²⁶⁴⁰.

Cependant, ce serait à tort que l'on donnerait à ces articles une portée qui les dépasse. Affirmer que la remise d'un support matériel n'opère pas un transfert ou une mise à disposition de même nature sur l'œuvre de l'esprit signifie simplement que cette remise ne présume pas de la cession ou de la licence de droit d'auteur. Affirmer que l'auteur conserve la jouissance de cette qualité et les droits qui lui sont attachés nonobstant le contrat qui le lie à un employeur ou à un commanditaire, signifie que l'auteur est simplement présumé conserver la jouissance entière de ces droits²⁶⁴¹. Mais cette présomption ne peut être que simple, l'inverse interdirait toute exploitation par un autre que l'auteur. Lue sous un autre angle, on peut dire que la loi pose une absence de présomption de cession à l'employeur ou au commanditaire. Cette présomption simple de « non cession » ou de « non licence » peut être levée par la preuve d'une cession ou d'une licence. Et cette preuve s'exerce comme on l'a vu, en vertu du droit commun de la preuve pour les contrats non assujettis à l'article L. 131-3 du CPI car non énoncés à l'article L. 131-2 qui le précède.

713. L'admission contestée des transferts implicites à l'occasion d'une commande ou d'un contrat de travail. C'est pourquoi le principe selon lequel la cession ou la licence ne se présument pas, ne doit pas être confondu avec la prétendue interdiction des contrats tacites. En effet, l'interdiction de principe des *présomptions* de cession résulte des

8^e éd., Litec, 2008, n°1221 et ss. V. les nombreux arrêts cités, ne concernant pas nécessairement le droit des dessins et modèles, par ex. : CA Paris 20 mars 1974, JCP G 1975, IV, 43 : « l'auteur lié à l'éditeur par un contrat de louage de services est présumé avoir cédé par l'effet de son contrat les droits patrimoniaux sur l'exploitation de l'œuvre ». Comp. retenant un commencement de preuve par écrit (ce qui ne relève pas d'un mécanisme de présomption mais de preuve) : CA Paris 4^e Ch., 17 mars 1982, Ann. Prop. ind. 1982, 202. – Par ailleurs on a voulu voir dans un arrêt : Cass. crim. 11 avril 1975, la rupture avec ce courant et l'affirmation de l'exigence d'un écrit pour les contrats d'auteur conclus entre le salarié et l'employeur. Néanmoins, l'arrêt se fondait non pas sur la loi du 11 mars 1957 mais sur l'art. 3 de la loi du 12 mars 1952 qui réprimait la contrefaçon des créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Cette loi de 1952 imposait un écrit pour toute cession ou autorisation relative au droit de reproduction. V. Y. Gaubiac, La théorie de l'unité de l'art, RIDA, janv. 1982, n° 111, p. 3. – Sur ce constat, relevé en doctrine : V. par ex. M. Josselin-Gall, *op. cit.*, n° 22 et ss., s'agissant du contrat de travail. L'auteur parle à ce propos d'un « courant jurisprudentiel non orthodoxe mais non négligeable », *Ibid.* n° 35.

²⁶³⁹ « contrairement à l'évolution jurisprudentielle rencontrée en matière de contrat de travail, il n'a jamais été jugé que la conclusion d'un contrat de commande entraînait *ipso facto* la cession des droits patrimoniaux d'auteur. », M. Josselin-Gall, *op. cit.*, 1995, n° 27 ; P. et F. Greffe, *op. cit.*, n° 1227.

²⁶⁴⁰ Admettant cependant le principe d'une présomption de cession à l'occasion d'un contrat de travail, voir, notamment : A. Bertrand, *Le droit d'auteur*, 3^e éd. Dalloz, 2010, n°105.29 ; P. et F. Greffe, *op. cit.*, n° 1221 et s., réservant toutefois plus nettement la situation aux salariés qui ont pour fonction de créer des dessins et des modèles destinés nécessairement à être reproduits pour les besoins de l'entreprise.

²⁶⁴¹ La « jouissance du droit » évoquée par l'article L. 111-1 CPI pourrait ne pas être confondue avec son « exercice ».

articles L. 111-1 et L. 111-3 du CPI ; en revanche, le débat nous ayant conduit à l'admission des cessions et licences *tacites* intéresse l'interprétation des articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI. Peu flagrante en pratique, la différence entre les deux notions est pourtant fondamentale. S'agissant de présomption légale, la loi supplée à la volonté des parties en tirant d'un fait connu un fait inconnu dont la preuve est dispensée ; s'agissant du contrat tacite ou implicite, le juge ne fait que découvrir la volonté des parties, réelle et devant être prouvée, quoique non formellement exprimée²⁶⁴². Les contrats d'auteurs, sauf les exceptions légales spécialement conçues en ce sens, n'emportent pas de présomption de cession quelles que soient les circonstances. En revanche, les cessions et licences tacites peuvent être admises. Un contrat de travail ou de commande et les circonstances de son exécution seront au besoin un élément décisif dans l'interprétation de la volonté des parties de procéder à la cession ou à la licence du droit d'auteur correspondant. De même, l'étendue de la mise à disposition quant à la destination, la durée, l'exclusivité et donc la nature de cession ou de licence, pourra être déterminée selon les mêmes principes. (Par exemple nous avons préconisé que la licence du droit d'auteur attaché à un dessin ou modèle déposé soit déterminée sur la base de la durée du contrat sur le modèle et non au-delà).

Ce n'est pourtant pas toujours le cas, et la jurisprudence semble imprévisible sur ce point, admettant les cessions n'ayant pas fait l'objet d'un *instrumentum* mais induites, particulièrement en cas de commande, d'un commencement de preuve par écrit²⁶⁴³, voire en son absence²⁶⁴⁴ ; faisant preuve d'intransigeance dans des circonstances pourtant de nature à induire une cession ou une licence²⁶⁴⁵.

²⁶⁴² Invitant à ne pas confondre « tacite » et « automatique », voir la note de M. Sirinelli sous : Cass. civ. 1^{re} 16 déc. 1992, Bull. I n° 315 p. 207, RIDA 1993, n° 2, p. 193. C'est donc à tort, croyons-nous, que la Cour de cassation a pu refuser une licence tacite d'une œuvre logicielle sur le fondement des articles L. 111-1 et L. 111-3 CPI et exiger par ailleurs une cession explicite dans les termes de l'article L. 131-3 du CPI. (Par ailleurs, la mise à disposition de l'œuvre logicielle telle que l'avait délimitée la Cour d'appel dont l'arrêt est cassé devait recevoir la qualification de licence non exclusive : « une cession de ses droits patrimoniaux limitée à l'utilisation pour les besoins internes de cette société et à la cession à des tiers pendant son temps de présence dans le personnel de la société », CA Douai 21 novembre 1990).

²⁶⁴³ Voir : Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986, « Casademont » Bull. I n° 143, p. 143, D. 1987, somm. p. 154, obs. C. Colombat : « Mais attendu que l'arrêt attaqué relève que, par une convention de louage d'ouvrage dont l'exécution pendant quinze ans n'a donné lieu à aucune contestation de la part de M. X..., la Régie avait confié à celui-ci, moyennant rémunération de son temps de travail, la réalisation des dessins dont elle avait besoin pour l'instruction des techniciens de sa marque, et dont l'auteur savait ainsi, dès l'origine, par cette convention elle-même, qu'ils ne lui étaient commandés que pour être reproduits ; que la Cour d'appel en a exactement déduit que, dans une telle espèce, "la facturation des objets livrés emporte nécessairement cession du droit de reproduction" et qu'elle vaut manifestation expresse et écrite de la volonté du cessionnaire ; qu'aucun des griefs formulés ne peut dès lors être accueilli ». Des auteurs ont minimisé la portée de cet arrêt : V. par ex. S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, Coll. Le droit des affaires, 1999, n° 435.

²⁶⁴⁴ Par ex. dans cet intéressant arrêt : « la société Auchan, revendeur des éléments de construction "Lego", pouvait, à titre de démonstration, présenter dans sa vitrine ou sur des affiches publicitaires des maquettes construites avec ces éléments conformément aux instructions fournies dans les catalogues "Lego", la cour d'appel

Les positions des commentateurs divergent aussi. Certains semblent ériger en position de principe la tendance libérale de la Cour de cassation déjà ancienne et illustrée dernièrement par l'arrêt « EOS » rendu par la 1^{re} chambre civile²⁶⁴⁶ : « *Mais attendu 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 1er, 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 des droits 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* ». Cependant, la doctrine majoritaire, à l'exception notable de M. Greffe et dans une certaine mesure de M. Caron, plus nuancé, a tenté d'y voir un arrêt à la portée limitée. Si un revirement est toujours envisageable, nous verrons qu'il n'en est rien ici. Au demeurant, il faut admettre que cet arrêt, improprement qualifié de nouveau, s'inscrit dans un courant jurisprudentiel loin d'être négligeable.

714. Conclusion de la Section 1. Les incertitudes de cette situation appellent l'élaboration d'un régime commun et équilibré des œuvres des salariés ou des

a retenu que le consentement de l'auteur pour la reproduction de l'œuvre résultait nécessairement des relations commerciales qui existaient entre les parties », Cass. com. 1^{er} déc. 1987, Bull. IV, n° 239. Cette autorisation de représentation doit recevoir la qualification de licence non exclusive. *Adde* : TGI Seine 2 nov. 1965, JCP G, 1966, II, 14577, note H. Boursigot.

²⁶⁴⁵ Par ex. : Cass. com. 28 avril 2004, Prop. intell., janv. 2005, n°14, p. 62 s., obs. A. Lucas : ne reconnaît pas la cession tacite du logo créé par un salarié, alors que ce logo fut exploité durant plus de dix ans, et dont l'usage n'est contesté qu'à la suite du départ du créateur de la société. L'auteur souligne la justesse du raisonnement, moins l'opportunité d'une telle solution. Parmi les exemples précités : Cass. civ. 1^{re} 16 déc. 1992, Bull. I n° 315 p. 207, RIDA 1993, n° 2, p. 193, note P. Sirinelli ; JCP G 1993, IV, 549. (pour le refus d'une cession tacite d'une œuvre réalisée par un salarié) ; Cass. com. 29 oct. 2003, JCP E 2004, 290, obs. A. Singh, cassant l'arrêt de la cour d'appel d'Angers du 10 sept. 2001, obs. Ch. Caron « Contribution à l'étude du droit d'auteur économique : les cessions de droit peuvent être implicites ! », CCE janv. 2003, comm. n°1. Il s'agissait de graphismes destinés à être reproduits sur des carrosseries d'autocars. L'arrêt cassé faisait valoir – en vain – la destination du produit vendu, qui était sa reproduction : « le droit de reproduction est nécessairement cédé car s'il n'en était pas ainsi l'acquéreur ne pourrait faire aucun usage du bien acquis ».

²⁶⁴⁶ Cass. civ. 1^{re} 21 nov. 2006, n° 05-19.294, « Chaussade c. SA Eos », CCE janv. 2007, p. 28, comm. 3, note Ch. Caron « Le formalisme, peau de chagrin du droit d'auteur contractuel ? » ; RIDA janv. 2007, p. 265, obs. P. Sirinelli ; Prop. intell. janv. 2007, p. 93, obs. A. Lucas ; Prop. ind. 2007, comm. 33, obs. F. Greffe ; RLDI, févr. 2007, n° 24 p. 18, obs. L. Coste, J.-B. Auroux ; D. 2007, p. 316, obs. Ph. Allaëys ; Légipresse 2007, II, p. 187, obs. Alleaume ; JCP E 2007, n° 1114, § 3, obs. A. Lallement ; JCP S 2007, 1202, note L. Draï : « Que reste-t-il du formalisme de la cession des droits d'auteur du créateur salarié ? » ; RTD com. 2007, p. 363, obs. F. Pollaud-Dulian. *Adde* : A. Maffre-Baugé, art. précité. – Cet arrêt rejette le pourvoi formé contre : CA Paris 16 février 2005 ; CCE 2005, com. 169, obs. Ch. Caron ; RIDA juill. 2005, p. 323, obs. A. Kerever ; Ph. Allaëys : « Du consensualisme en droit d'auteur », D. 2005, p. 2523.

commandités²⁶⁴⁷. En attendant, peut-être faudra-t-il renoncer à la sécurité et la prévisibilité qu'apporterait un régime légal de présomptions ou - dans un sens opposé - un élargissement du domaine de l'article L. 131-3 du CPI au motif de la sauvegarde d'une certaine orthodoxie du droit d'auteur. Le constat de la volonté des parties relevant avant tout de l'appréciation souveraine des juges du fond, il sera toujours difficile d'identifier une ligne jurisprudentielle claire, faute de véritable critère d'exigence de l'écrit des licences et cessions de droit d'auteur. *C'est justement la recherche de ce critère permettant d'identifier les licences objet du formalisme et celles qui ne le sont pas, qui nous permettra de confirmer l'indépendance de la licence de droit d'auteur par rapport au régime légal du formalisme contractuel. Détacher l'application de ce corps de règles de la seule qualification de licence proprement dite ou de cession en général confirmera la distinction entre transfert ou mise à disposition du droit d'auteur et contrat spécial d'exploitation.*

Section 2 – La licence de droit d'auteur, distincte du contrat d'exploitation du Code de la propriété intellectuelle au regard des règles de sa formation

715. Plan. Après avoir étudié la licence comme possible objet soumis au formalisme spécial institué par le CPI, il convient, dans le but de caractériser et d'identifier le contrat de licence de droit d'auteur, d'établir la teneur des liens qui relie ce formalisme à la licence. L'étude du droit positif et de ses incertitudes nous a permis d'appréhender la licence comme objet possible de formalisme. Les développements à suivre permettront d'établir en quoi le formalisme ne touche qu'indirectement la notion de licence, lorsque celle-ci est intégrée à un contrat d'exploitation désigné par l'article L. 131-2 du CPI. Se trouvera confirmée l'indépendance entre la licence de droit d'auteur et le régime du contrat d'exploitation dans lequel elle est susceptible de s'intégrer. Cette indépendance se manifeste au travers du critère d'application du formalisme à la licence tel que le droit positif nous

²⁶⁴⁷ Par ex. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 165, pour lesquels une réforme législative qui pourrait emprunter des voies diverses (assouplissement du formalisme, de la prohibition de la cession globale des œuvres futures, instauration d'une présomption de cession de portée limitée), vaudrait mieux que d'avoir « à torturer les textes pour y découvrir des cessions implicites qui heurtent de front les principes du droit d'auteur français ». Nettement plus réservé : Ch. Alleaume, La titularité des droits d'auteur des salariés de droit privé (régime général), *Dr. et patrimoine*, 2006, n° 147. – Adde, sur le régime des créations de salariés : M. Vivant, Pour une épure de la propriété intellectuelle, *Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.

permet de le définir : la présence du contrat d'auteur « nommé », ou plus exactement énoncé par l'article L. 131-2 du CPI, critère dont l'imperfection nous permettra d'établir une perspective de ce que pourrait être un critère définitif d'application, ou de non-application, du formalisme à la licence (§ I). Nous nous interrogerons ensuite sur l'intérêt de concevoir une licence échappant aux règles de forme entourant le contrat d'exploitation de l'œuvre (§ 2 - *La licence soustraite au formalisme : « droit économique » ou « droit commun » de la formation du contrat d'auteur ?*).

§ 1 – L'identification du critère d'application du formalisme à la licence de droit d'auteur

716. Plan. Le rejet de critères d'application inappropriés (*I – Rejet des critères inappropriés*) sera un préalable nécessaire à l'élection d'un critère sûr d'application des contraintes de forme définies par le CPI (*II – Le choix du critère actuel d'application du formalisme*) ; enfin, nous constaterons que d'autres pistes s'ouvrent à la réflexion (*III – Formalisme et destination de l'œuvre : perspectives*).

I – Rejet des critères inappropriés

717. Plan. Des critères ont été proposés en vue d'appliquer ces règles de forme. Si certains contiennent une part de vérité, l'examen nous conduira cependant à les rejeter. L'un est objectif et n'est autre que la distinction entre les qualifications de licence et de cession. Ce critère que nous serions tentés d'instrumentaliser dans le sens de notre démonstration d'ensemble²⁶⁴⁸, doit cependant être écarté (*A – Le rejet d'un critère objectif : la qualification de l'autorisation*). Un autre critère subjectif en ce qu'il se fonde sur l'examen du comportement des parties révélera également ses limites (*B – Le rejet d'un critère subjectif : l'abus, la bonne ou mauvaise foi de l'auteur*).

A – Le rejet d'un critère objectif : la qualification de l'autorisation

718. Nous avons déjà constaté en quoi les règles entourant la formation des contrats du droit d'auteur pouvaient inciter les parties à opter pour l'une ou l'autre des

²⁶⁴⁸ La démonstration de l'existence de la licence aux côtés de la cession, par le moyen d'une distinction opérée entre le contrat d'autorisation et le contrat organisant l'exploitation de l'œuvre.

formules. Un premier critère d'application ou d'éviction du formalisme pourrait être celui de la qualification de la mise à disposition consentie par l'auteur à l'exploitant ; en d'autres termes, le critère serait celui de la qualification de cession ou de licence. Les conséquences seraient de taille, car il est prétendu que seule la cession, nommée, serait soumise à ces règles. Quelques comparaisons éclaireront le débat.

719. Comparaison avec le droit de la propriété industrielle. Le régime de la formation des contrats du droit d'auteur serait un de leurs éléments distinctifs au sein de la propriété intellectuelle. Ainsi, le droit des brevets impose un écrit pour la cession comme pour la licence²⁶⁴⁹ ; or, le droit d'auteur n'impose d'écrit que pour certains contrats. L'opposition trouve rapidement ses limites, dans la mesure où s'agissant du droit des marques, seule la cession (ainsi que la mise en gage) doit être *ad validitatem*, constatée par écrit²⁶⁵⁰ et non la licence qui doit cependant être publiée au Registre national des marques pour être opposable aux tiers, ce qui motive la rédaction d'un écrit²⁶⁵¹. Outre des finalités différentes de l'écrit en droit d'auteur et en propriété industrielle, la diversité des situations ne se fonde pas sur la diversité de nature des contrats qui les mettent en œuvre. Ajoutons que s'agissant des œuvres audiovisuelles, l'article L. 123-1 du CCIA organise un système de publicité²⁶⁵² conditionnant l'opposabilité de différents contrats, en visant explicitement des cas de « cession » comme de « concession » d'une œuvre cinématographique ou plus généralement audiovisuelle.

720. Éléments de droit comparé. Dans les systèmes de *copyright*, la qualification de la mise à disposition est déterminante de l'exigence de l'écrit. Ainsi, en *copyright* américain, l'*exclusive license* tout comme l'*assignment* (cession qui entraîne un transfert du *copyright*) doivent être constatés par écrit, à la différence de la licence simple (*simple license*

²⁶⁴⁹ Article L. 613-8 du CPI : « Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie. Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive. (...) Les actes comportant une transmission ou une licence, visés aux deux premiers alinéas, sont constatés par écrit, à peine de nullité. »

²⁶⁵⁰ Article L. 714-1 du CPI : « Les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie, indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter. La cession, même partielle, ne peut comporter de limitation territoriale. Les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou partie d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive ainsi que d'une mise en gage.

La concession non exclusive peut résulter d'un règlement d'usage. (...) Le transfert de propriété, ou la mise en gage, est constaté par écrit, à peine de nullité. ».

²⁶⁵¹ Article L. 714-7 du CPI.

²⁶⁵² Il s'agit du Registre public du cinéma et de l'audiovisuel (RPCA) et du Registre des options, tenus par le Centre national du cinéma et de l'image animée.

ou *non-exclusive license*)²⁶⁵³. La solution apportée par le droit canadien est similaire²⁶⁵⁴. De même, en droit anglais, seule la licence exclusive doit être constatée par écrit, la licence non exclusive pouvant être verbale²⁶⁵⁵. Dans ces systèmes, c'est donc selon la nature et l'intensité du transfert qu'il y a formalisme ou non. Au contraire, la lettre et l'esprit de notre droit ne subordonnent pas l'exigence de l'écrit à la nature ou à l'intensité du transfert et de la dépossession consécutive de l'auteur.

721. L'état de la question en droit d'auteur français : la qualification de licence et la crainte d'un contournement du dispositif impératif de protection de l'auteur. La question a pu être posée d'un traitement différencié des contrats d'auteur sur le terrain du formalisme selon la nature et l'intensité du droit transmis. Un auteur la formule en ces termes : « si la distinction entre contrat de licence et contrat de cession est pertinente en droit d'auteur, on peut se demander si le contrat de licence entre dans le domaine de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle. »²⁶⁵⁶. La crainte légitimement suscitée par cette perspective est telle qu'elle conduit un autre auteur à écarter la possible qualification de licence, de peur que le recours à ce contrat permette d'écarter le formalisme protecteur de l'auteur : « On ne peut donc admettre la possibilité d'une autre forme juridique d'exploitation que serait la licence sans ruiner la construction législative et les précautions prises pour délimiter l'objet de l'autorisation. »²⁶⁵⁷. Deux séries d'arguments sont de nature à écarter ce risque.

- D'une part, au regard des développements qui précèdent, nous savons que pour se voir appliquer le *régime* de l'article L. 131-3 du CPI, un contrat doit préalablement être inclus dans le *domaine* de l'article L. 131-2. Or, ce dernier article, on l'a vu, ne vise pas plus les « cessions » que les « licences », mais certains des contrats organisant l'exploitation du droit d'auteur (édition, production, etc.). Il n'existe donc pas un formalisme des « cessions » ou des « licences », mais un formalisme des principaux contrats organisant une exploitation du droit

²⁶⁵³ M. et D. Nimmer, Ch. 10 Assignments, licenses, and other transfers of rights, in *Nimmer on copyright*, Matthew Bender éd., 1984, vol.3, ch. 10. V. *Effect Associate v. Cohen*, 908 F.2d 14 (2 Cir. 1976).

²⁶⁵⁴ Voir : M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli, C. Wallaert, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003, p. 254.

²⁶⁵⁵ Article 92 du Copyright act de 1988 ; V. : *Ibid.*, p. 217.

²⁶⁵⁶ A. Bories, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Thèse, Montpellier, 2007, n° 116 ; sur cette question : S. Joly, *La création artistique et l'ordre public*, Thèse, Montpellier, 1999, n° 266 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 813.

²⁶⁵⁷ S. Joly, *op. cit.*, n° 266. L'auteur démontre par la suite la validité de la notion en constatant que dans bien des cas, la « cession » correspond davantage à une « licence » (*Ibid.* n° 284).

d'auteur. Ces derniers intègrent tous une autorisation qui peut être, selon les critères que nous avons dégagés, soit une cession soit une licence, voire parfois une forme innommée de mise à disposition. Le contenu de cette autorisation doit alors être spécifié en application de l'article L. 131-3 du CPI. La licence de droit d'auteur n'a pas vocation, en tant que telle, à être soumise au formalisme des articles L. 131-2 et 131-3 du CPI. En revanche, cette licence, en ce qu'elle a vocation à intégrer un contrat d'édition par exemple, subira le formalisme attaché à ce contrat spécial.

- D'autre part, si à l'inverse de nos précédentes analyses, on considère que l'article L. 131-3 du CPI impose de fait l'écrit comme condition de validité de tout contrat de droit d'auteur, on peut toujours considérer que la licence fonde un droit personnel d'usage du droit d'exploitation qui justifierait le formalisme²⁶⁵⁸. Nous savons bien que la réception de la qualification de licence va de pair avec l'admission de l'absence de caractère qualifiant des termes de « cession », « transmission », « autorisation » employés par le CPI. Ce constat s'impose si l'on ne veut pas exclure par principe la licence d'un formalisme textuellement réservé aux « cessions » et aux « transmissions »²⁶⁵⁹. Enfin, les adhérents à cette lecture extensive de l'article L.131-3 du CPI peuvent aussi considérer que cet article, bien que visant les « cessions » et les « transmissions », est inséré dans le Titre III du Livre I du Code de la propriété intellectuelle relatif aux contrats d'exploitation, et plus précisément dans le Chapitre I^{er} « Dispositions générales », droit « commun » des contrats de la matière, justifiant son application aux cessions comme aux licences²⁶⁶⁰.

722. La licence, objet indirect du formalisme. Ainsi, on ne peut pas induire du champ d'application du formalisme un argument pour ou contre la distinction entre cession et licence, dans la mesure où le formalisme n'est pas propre à la cession, et qu'il ne s'y applique pas directement. Notons que pour la doctrine qui pose en principe le rejet de la distinction cession / licence au profit de la distinction cession exclusive / cession non exclusive, ce critère d'exclusivité n'est pas plus déterminant en termes de formalisme²⁶⁶¹. Le formalisme d'ordre public dont la vocation est la protection de l'auteur dans certains modes d'exploitation de son

²⁶⁵⁸ A. Bories, *op. cit.*, n° 116

²⁶⁵⁹ V. la « transmission » et « l'acte de cession » de l'article L. 131-3 CPI.

²⁶⁶⁰ Par ex., pour les licences d'exploitation de logiciel : E. Arfi, *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec IRPI, 2005, n° 570.

²⁶⁶¹ Donc, si le domaine d'application du formalisme ne soutient pas directement la thèse de la distinction entre cession et licence, il ne soutient pas mieux la thèse adverse distinguant les cessions exclusives et non exclusives.

œuvre n'a pas vocation à rendre compte, ni à varier selon la qualification du transfert²⁶⁶². Ce point est d'ailleurs l'un des intérêts de ce type de réglementations impératives qui ne sauraient retenir comme principal critère d'application les qualifications contractuelles qui dépendent de la volonté des parties²⁶⁶³.

Par ailleurs, ce constat est pour nous une occasion de plus de montrer que l'admission de la licence en droit d'auteur n'a nullement vocation à amoindrir les droits de l'auteur contractant²⁶⁶⁴. Bien au contraire, la licence tend justement à détacher l'exploitation de l'œuvre d'une dépossession de l'auteur qu'une certaine tradition voudrait nécessairement exclusive et définitive. La crainte, légitime mais écartée, que l'exploitant échappe sciemment à la réglementation d'ordre public ne doit pas faire oublier le risque consistant à permettre à l'auteur de se draper de l'esprit de cette même réglementation protectrice, mais pour défendre des intérêts moins légitimes.

B – Le rejet d'un critère subjectif : l'abus, la bonne ou mauvaise foi de l'auteur

723. La réception discutable de ce critère par la jurisprudence. Ce critère s'est nourri des évolutions récentes notamment de l'arrêt dit « EOS » rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 21 novembre 2006, précité. En admettant les cessions et licences tacites, le juge sanctionnerait le comportement abusif de l'auteur d'une revendication excessive. Tel aurait pu être le cas dans cette espèce où l'auteur de modèles, ancien salarié et associé, agissait en contrefaçon contre son ancien employeur et associé. On a voulu réduire cette solution, dont l'attendu final est pourtant univoque, à une sanction du comportement manifestement *abusif* de l'auteur²⁶⁶⁵. Or, ce n'est pas la mauvaise foi, ni même l'abus de droit, qui sont visés par l'arrêt, mais les articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI.

²⁶⁶² Par ex. un contrat de production audiovisuelle pourra fréquemment prévoir une mise à disposition du droit d'auteur limitée à 20 ou 30 ans. Mais les règles qui président à sa formation ne varieront pas pour autant. Par ailleurs, l'auteur en position avantageuse vis-à-vis de son éditeur pourra négocier une « cession » ne courant pas pour la durée de la propriété intellectuelle ou dont l'exclusivité ne durera qu'un temps : il s'agira d'une licence. Songera-t-on pour autant à remettre en cause la règle du consentement personnel de l'auteur à ce contrat et le formalisme de l'article L. 131-2 CPI ?

²⁶⁶³ Nous avons déjà constaté ce point lors de l'étude d'autres règles d'ordre public (droits moraux, rémunération proportionnelle, etc.), v. *supra* n° 254 et ss.

²⁶⁶⁴ C'est l'avis d'une doctrine nettement majoritaire, par ex. : « Le formalisme (écrit, mentions, rémunérations) doit s'appliquer à la concession (et aux « autorisations » diverses), faute de quoi les exigences du code seraient trop facilement tournées. » P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 468.

²⁶⁶⁵ En ce sens, notamment : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 696. – V. obs. préc. de Ph. Allaey, « Du consensualisme en droit d'auteur », sous CA Paris 16 févr. 2005, D. 2005, p. 2523 ; A. Bories, Le formalisme dans les contrats d'auteur, CCE sept. 2008, étude 18. v. n° 9. – Après avoir exposé la proximité de ce type de solution avec les notions de fraude à la loi ou d'abus de droit, M. Maffre-Baugé note toutefois que par cet arrêt de 2006, « (...) la Cour de cassation a choisi une autre voie » : A. Maffre-Baugé, Le formalisme contractuel en droit d'auteur, *op. cit.*, p. 265 ss.

Ensuite, on ne voit pas en quoi l'opportunité et l'équité manifeste de la solution enlèverait à la rigueur et à la portée de son fondement juridique. Il est vrai que l'abus de droit tout comme la mauvaise foi dans l'exécution du contrat sont sanctionnés en droit d'auteur. Tout d'abord, le grief d'abus de droit y est parfaitement reçu, car l'on sait que le droit d'auteur n'est, dans aucune de ses composantes, un droit discrétionnaire²⁶⁶⁶. En effet, son exercice est susceptible d'abus qui trouvent une sanction dans le droit positif²⁶⁶⁷. Les abus déjà sanctionnés en matière de droit moral autorisent *a fortiori* la sanction d'abus dans l'application des autres prérogatives ou dispositions protectrices de l'auteur²⁶⁶⁸. Un auteur a certes remarqué la « timidité » de la réception de l'abus de droit patrimoniaux²⁶⁶⁹ ; cependant, rien ne permet d'exclure de cette théorie les règles qui encadrent l'exercice du droit d'auteur en général, au premier rang desquelles le formalisme contractuel.

Ensuite, indépendamment de la notion d'abus, l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions fut également rappelée à plusieurs reprises en droit d'auteur, et

²⁶⁶⁶ – Sur l'admission de la théorie de l'abus de droit en droit d'auteur : Ch. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, IRPI, 1998 ; du même auteur : *Abus de droit et droit d'auteur*. Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français, RIDA avril 1998, n° 176 p. 3 ; P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, v. p. 570 et ss. et p.613 et ss. ; S. Jacquier, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, PUAM, 2001, n°851 et s. ; C. Carreau, *Propriété intellectuelle et abus de droit, Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 17. – Le caractère discrétionnaire du droit d'auteur fut écarté très tôt par la jurisprudence. Alors même qu'elle venait de contribuer à la notion de droit de divulgation dans son célèbre arrêt « Whistler », la Cour de cassation affirmait dans l'arrêt Lecocq (Cass. civ. 25 juin 1902, Lecocq, D. P. 1903, I, p 5. Comm. A. Colin, concl. Proc. gén. Baudouin. V. aussi : Cass. civ 14 mai 1945, D.1945, p. 285, note H. Desbois) que l'exercice du droit moral est soumis à la sanction de l'abus de droit. Toutes ces solutions de principe ont d'autant plus de sens qu'elles statuaient sur l'exercice des droits moraux.

– Plus récemment : Cass. 1^{re} civ. 14 mai 1991, « Chiavarino dit Maric c. SPE », JCP G 1991, II, 21760, note F. Pollaud-Dulian. L'arrêt, « clé de voûte » d'une renaissance de l'abus de droit moral, selon Ch. Caron (Thèse préc., n° 41) rappelle que l'exercice du droit moral de retrait et de repentir pour des motifs pécuniaires caractérise « un détournement des dispositions de ce texte et un exercice abusif du droit qu'il institue ». Sur cet arrêt : Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 695.

– V. cependant pour une analyse différente : F. Pollaud-Dulian, *Abus de droit et droit moral*, D. 1993, Chron. 97 (citant : Cass. civ. 1^{re} 5 juin 1984 « Maddalena ». Bull. I, 184, p157. D. I. R., p 312, obs. C. Colombet). – Sur le sujet, v. *supra* : n° 303 et ss.

²⁶⁶⁷ – Sur la notion d'abus de droit comme exclusive de la qualification de « droit discrétionnaire » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd. 2011: « Se dit du droit d'une personne dans les cas spécifiés où ce droit peut être exercé par son titulaire, en toute liberté, comme bon lui semble, sans que cet exercice soit susceptible d'abus (et donc générateur de responsabilité) » ; A. Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ. 1944, p. 1 : « on ne saurait parler d'abus ; aucun contrôle du juge n'est possible au sujet de l'utilisation qui en est faite : ce sont des droits discrétionnaires. ». V. D. Roets, *Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?* D. 1997, Chron. 92, ces droits permettent dans des cas spécifiques de : « neutraliser la théorie de l'abus de droit ». – Sur ces notions, V. *supra* n° 302 et ss. (v. les réf. faites à Jossierand et à Ripert).

²⁶⁶⁸ Ch. Caron, thèse préc., n° 71. Sur l'indifférence de principe de la prérogative concernée quant à l'application de la théorie de l'abus de droit (*Ibid.* n° 127 bis et ss.). V. également, par ex. : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 244.

²⁶⁶⁹ Ch. Caron, thèse préc., n° 72.

parfois à l'encontre de ce dernier²⁶⁷⁰. Voir dans la mauvaise foi ou la fraude de l'auteur une exception à l'application du formalisme à la licence pourrait se fonder au surplus sur une doctrine ancienne et sans doute toujours actuelle²⁶⁷¹, principalement représentée par Flour : « Par la forme, le législateur entend faire régner la bonne foi dans la généralité des contrats. Par la négation de cette forme, le juge veut la faire régner dans un contrat particulier. »²⁶⁷². Si on la transposait en droit d'auteur²⁶⁷³, le juge renoncerait ponctuellement à l'exigence légale de l'article L. 131-3 du CPI, porteuse de protection et garantissant un certain degré de bonne foi dans les contrats d'auteur, lorsque cette exigence serait détournée de sa finalité ou exercée dans l'intention de nuire dans une espèce particulière. La bonne ou mauvaise foi de l'auteur revendiquant le bénéfice du formalisme serait ainsi hissée au rang de critère d'application, ou mieux, d'éviction de ce dernier.

Cette lecture de la dernière jurisprudence admettant les cessions et licences tacites, aussi intéressante et fondée soit-elle, est-elle pour autant exacte ? Cela ne nous semble pas être le cas. Si la transposition de cette analyse au formalisme des contrats de droit d'auteur était de droit positif, il serait donc aisé aux parties d'invoquer ces arguments dans leurs moyens et on les retrouverait dans les fondements des solutions écartant le formalisme. Or, il n'en est rien et cette mise à l'écart se justifie dans le texte des décisions de la Cour de cassation comme de la cour d'appel, par la seule lecture conjointe des articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI. Certes, on peut considérer que ces arguments, mauvaise foi ou abus de droit, ne sont pas étrangers à la décision des juges. Mais si les commentateurs les lisent entre les lignes des arrêts, ils n'en constituent visiblement pas les fondements juridiques. Les circonstances spéciales de l'arrêt EOS, nous dit la Cour de cassation, lui permettent d'établir la preuve d'une cession tacite, non d'un quelconque abus de droit.

724. La pertinence discutable du critère en ce qu'il se fonde sur l'exécution du contrat. Que penser de l'éventuelle érection de l'abus de droit ou de la mauvaise foi de l'auteur en critères d'application ou d'éviction du formalisme ? Il est vrai que ce critère

²⁶⁷⁰ Par ex. CA Paris 4^e Ch. 22 janv. 1992, D. 1995, Jur. p. 128, note H. Gaumont-Prat, sanctionnant la mauvaise foi de l'auteur présentant à l'éditeur un manuscrit impubliable dans le but de se dégager d'un pacte de préférence.

²⁶⁷¹ X. Lagarde, Observations critiques sur la renaissance du formalisme, JCP G, 170, I, 1767. Cet auteur nuance l'actualité du constat de Flour en constatant que le juge est resté imperméable à cette argumentation et qu'il a adhéré presque totalement à la doctrine formaliste du législateur. Mais la jurisprudence que nous commentons serait-elle une exception et ne consacrerait-elle pas, dans une certaine mesure, les idées du plus ancien de ces éminents auteurs ?

²⁶⁷² J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Etudes Ripert, t. 1, p. 93 ss. n° 20.

²⁶⁷³ Rapprochement suggéré par P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 450 ; A. Maffre-Baugé, art. préc., v. spéc. n° 18.

satisferait à une certaine rationalisation du droit d'auteur²⁶⁷⁴, si l'on veut bien toutefois voir le terme de « rationalisation » comme un synonyme de « moralisation » et non comme l'exigence d'une logique particulièrement rigoureuse. D'abord, suggérer que seule la mauvaise foi et *a fortiori* le comportement abusif de l'auteur serait le critère de l'application à la licence du formalisme est contestable. Du point de vue logique, nous avons vu que ce critère suppose que le formalisme soit le principe, alors que les textes lui assignent le rang d'exception. Ensuite, ce critère serait un critère « négatif », permettant l'éviction du formalisme, alors que nous cherchons un critère d'élection.

Surtout, il ne nous paraît pas cohérent de fonder l'existence ou la preuve d'un contrat sur le comportement de l'auteur en cours d'exécution de celui-ci. Certes, on peut induire l'existence d'un contrat d'un comportement en ce qu'il traduit la volonté de contracter. Mais certainement pas de la mauvaise foi du contractant prétendu dans une revendication ultérieure. L'application du droit commun, réputé davantage libéral, ou son éviction au profit du droit spécial pensé pour la protection du plus faible, devrait être le fruit d'une politique législative et non de l'attitude du sujet de droit dans le cas d'espèce, c'est-à-dire de la phase d'exécution du contrat. Cette démarche empreinte de subjectivisme reste la source d'une insécurité juridique fortement ressentie en pratique. Bien que ne concernant pas les mêmes thématiques, ces quelques remarques peuvent être rapprochées dans leur esprit d'une « méthode » récemment inaugurée par la Cour de cassation consistant à différencier les « *prérogatives contractuelles* »²⁶⁷⁵ dont l'usage déloyal se prête au contrôle du juge, et la « *substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* » ou les dispositions impératives, ne se prêtant pas à pareil contrôle. Davantage que cette division même dont nous n'entreprendrons pas ici l'application au droit d'auteur, c'est un commentaire qu'elle inspire à un auteur qui éclaire notre cas : « le juge est organe de l'application du droit, il n'a pas à faire dépendre cette application de la bonne ou mauvaise foi de celui qui l'invoque (...). L'existence d'un droit ne dépend pas de son mode d'exercice. Au contraire, la prérogative est un pouvoir dont la légitimité dépend de la manière dont il est exercé. »²⁶⁷⁶. L'argument

²⁶⁷⁴ A. Maffre-Baugé, *Ibid.*

²⁶⁷⁵ Sur la notion d'abus de prérogative contractuelle (limite à la force obligatoire d'une clause) opposée à l'abus considéré en tant que faute du contractant, v. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, spéc. n° 634 et ss. et *passim*.

²⁶⁷⁶ L. Aynès, obs. sous : Cass. 3^e civ. 9 décembre 2009, n° 04-19.923, Dr. et patrimoine n° 194 juill. – août 2010, p. 103 ; D. 2010, p. 476, obs. J. Billefont. – Arrêt « fondateur » : Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, Bull. IV, n° 188 ; D. 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck et p. 2844, note P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. Fages ; RTD com. 2007, p. 786, obs. Ph. Le Cannu et B. Dondero ; JCP G 2007, II, 10154, note D. Houtcieff ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. Aynès et p. 1110, obs. D. Mazeaud ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette,

voyant dans l'arrêt « EOS » une sanction de la mauvaise foi serait en décalage avec ce domaine très contenu de la mauvaise foi. Cette police de l'application du formalisme, permettant d'assurer au cas par cas le respect de la finalité protectrice de la règle par son éviction ponctuelle, ne saurait être un véritable critère d'application de cette dernière. Le recours à la mauvaise foi est peut-être nécessaire pour réguler les excès du formalisme, mais il est révélateur d'un formalisme mal réglé.

II – Le choix du critère actuel d'application du formalisme

725. Peut-on induire de l'analyse qui précède l'identification du critère d'application du formalisme à la licence de droit d'auteur ? C'est ce que nous tenterons de faire ici. La neutralité de la qualification de la mise à disposition sur le formalisme démontrée, l'application du formalisme à la licence offre en revanche l'occasion de revenir sur la notion de contrat d'auteur. Cette mise au point est nécessaire, car le contrat d'auteur « nommé », plus exactement, désigné par l'article L. 131-2 du CPI est, comme nous le soutenons, le critère du formalisme. Ce critère démontrera l'indépendance de la licence de droit d'auteur du contrat d'exploitation, participant ainsi à l'identification de cette dernière : car la licence de droit d'auteur n'est pas nécessairement un « contrat d'auteur ».

Ainsi, le formalisme n'est assurément pas lié à la seule présence de l'œuvre en tant qu'objet de la prestation, mais nécessite en outre la présence d'un auteur en tant que partie.

Réciproquement, le formalisme n'est pas directement causé par la seule présence de l'auteur en tant que partie au contrat, mais nécessite la présence d'une œuvre comme objet d'obligations.

De ce fait, ce n'est que la réunion de ce sujet et de cet objet au sein d'un contrat d'auteur qui pourra donner lieu au formalisme.

Encore faut-il que ce contrat d'auteur, réunion d'un sujet et d'un objet particuliers, soit spécialement considéré par la loi, c'est-à-dire « nommé » par l'article L. 131-2 du CPI.

Seule la licence conclue, cumulant ces caractéristiques, devrait être, d'après la lettre des textes, objet de formalisme.

726. Le formalisme de la licence n'est pas lié à la seule présence de l'œuvre en tant qu'objet d'une obligation mais nécessite la participation d'un auteur. *Toute licence d'une œuvre n'est pas un contrat d'auteur.* Ainsi, en l'absence du sujet protégé qu'est l'auteur, le formalisme ne s'applique pas à la licence. Le contrat dont l'objet est la mise à disposition ou le transfert d'une propriété littéraire et artistique n'est pas, de ce simple fait, un « contrat d'auteur »²⁶⁷⁷. Il nous paraît plus pertinent de désigner ces formules par l'expression « contrat de droit d'auteur », « contrat sur droit d'auteur » ou encore « contrat d'exploitation du droit d'auteur »²⁶⁷⁸. Cette dénomination rend compte de l'objet du contrat, mais pas de son sujet, indifférent, celui-ci n'étant pas nécessairement l'auteur. La notion de « contrat de droit d'auteur » devrait englober les contrats qui, portant sur la mise à disposition d'une œuvre, son transfert, ne sont pas nécessairement conclus par un auteur. Par exemple, si l'on sait que le formalisme ne peut être invoqué par le commerçant, contractant de l'auteur²⁶⁷⁹, on sait avec la même certitude que le formalisme n'est pas opposable par le sous-contractant²⁶⁸⁰. Ce constat rejoint celui d'un auteur relevant que « L'application catégorielle du droit des contrats

²⁶⁷⁷ Pourtant, les définitions données par certains à la notion de « contrat d'auteur » se rapprochent davantage de la définition que nous donnerions de « contrat sur droit d'auteur », en ce qu'elles s'en tiennent à l'objet du contrat, sans faire allusion à son sujet protégé qu'est l'auteur. Toutes les contributions consacrées aux contrats de la propriété littéraire et artistique ne définissent pas le contrat d'auteur. Par ex. A. Bories, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Thèse, Montpellier, 2007. p. 5, n° 4 : « Le contrat d'auteur peut être défini comme l'acte juridique qui a pour objet la transmission des droits patrimoniaux de l'auteur. ». C'est encore « le contrat d'exploitation qui porte sur une ou des prérogatives patrimoniales de l'auteur. », S. Jacquier, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, PUAM, 2001. p. 23, n° 20 ; N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n°15. – V. également la définition donnée par M. Boytha de « contrat particulier d'auteur » : « l'accord négocié individuellement entre un auteur *ou son ayant droit*, directement ou par l'intermédiaire de son représentant personnellement mandaté, et un utilisateur potentiel d'une œuvre déterminée de l'auteur, pour une ou plusieurs formes particulières d'exploitation de l'œuvre. » (nous soulignons) G. Boytha, La législation nationale relative aux contrats d'auteur dans les pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale, Droit d'auteur, oct. 1991, p. 208. – Ces définitions peuvent s'appuyer sur la distinction faite par M. A. Dietz entre contrat primaire par lequel l'auteur qui cède ses droits à un premier exploitant est partie, d'une part, et contrats secondaires où l'exploitant ayant acquis ces droits les rétrocède à son tour à des sous-exploitants, d'autre part. (A. Dietz, Le droit primaire des contrats d'auteur dans les états membres de la communauté européenne. Situation législative et suggestions de réforme. Etude réalisée à la demande de la commission des CE. Publications de la commission – Etudes, série secteur culturel. SG culture 4, 1981). Or, nous préférons réserver la dénomination de contrat d'auteur à la catégorie de ces « contrats primaires », les autres n'en présentant pas toutes les spécificités. Comp. : S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, n° 3 : le contrat d'auteur est le contrat conclu par l'auteur portant un *effet translatif* (cependant, il est entendu dans cette conception raffinée, que le bail opère cet effet par le transfert des fruits consistant en chaque acte d'exploitation...).

²⁶⁷⁸ Sur cette dernière expression, v. P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse, Paris, 1985, p. 344. Ou encore « contrats relatifs au droit d'auteur » pour reprendre l'expression de Desbois, *op. cit.*, p. 601 et ss.

²⁶⁷⁹ C'est à ce titre un contrat mixte (Art. L. 110-3 C. com.). V. : A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. Litec, 2006, n° 572 : « Eu égard à la finalité de l'exigence, seul l'auteur est fondé à se prévaloir du défaut d'écrit ».

²⁶⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, note P.-Y. Gautier, D. 1994, Jur., p. 166 ; RIDA, n° 164 avril 1995, p. 3, note S. Durrande « L'arrêt « Perrier » un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur ». RTD com. 1994, p. 272, obs. A. Françon ; JCP G 1991, II, 21682, note A. Lucas.

d'auteur n'est donc qu'une illustration de la prise en compte de la situation des parties admise en droit privé général. »²⁶⁸¹. La chose-œuvre, devenue objet d'un contrat, n'est donc pas l'élément déclencheur du formalisme²⁶⁸², à l'instar des autres mesures du CPI destinées à protéger l'auteur contractant.

727. Le formalisme de la licence n'est pas directement causé par la présence de l'auteur en tant que partie au contrat. *Tout contrat passé par l'auteur n'est pas un contrat d'auteur.* En l'absence de l'objet du droit concerné qu'est l'œuvre, la présence d'un auteur n'engendre pas le formalisme. L'auteur pourra contracter « à propos » de son œuvre (mandat²⁶⁸³, commande, contrats relatifs au support²⁶⁸⁴) sans pour autant conclure un contrat d'exploitation du droit d'auteur²⁶⁸⁵. Dans ces cas, l'œuvre n'est pas l'objet du contrat, même si l'économie de ce contrat, peut se retrouver dans l'exploitation espérée de l'œuvre. De surcroît, comme dans notre droit d'auteur, le sujet (auteur) n'a d'existence qu'à travers son objet (l'œuvre) - il n'existe d'auteur qu'appréhendé à travers son œuvre - le contrat qui n'aurait pas directement pour objet une œuvre n'est pas un contrat d'auteur : à défaut d'œuvre bien sûr, mais aussi à défaut d'auteur.

728. Le formalisme de la licence n'est pas directement causé par la réunion de l'auteur et de son œuvre dans un contrat d'auteur. *La rencontre de l'auteur et de son œuvre dans un contrat dont elle est l'objet donne lieu à un contrat d'auteur.* Nous avons pu constater qu'une lecture conjointe des articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI rendait cette rencontre insuffisante à l'application du formalisme. Cette réunion dans un contrat d'auteur en est néanmoins le préalable nécessaire. Les définitions de la notion de contrat d'auteur sont

²⁶⁸¹ B. Montels, La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, CCE juin 2001, p. 19 (spéc. n°17). Il est vrai que cet intérêt de l'auteur pourrait souvent se trouver dans la protection de l'exploitant par les dispositions du CPI pensées pour l'auteur (Par ex. la rémunération de l'auteur lorsqu'elle est proportionnelle, dépend des contrats seconds conclus par le premier cessionnaire). A contre courant de la jurisprudence actuelle, l'idée est développée par : B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM 2001, n° 15 et ss. et *passim*.

²⁶⁸² *Contra*, H. Desbois, *op. cit.* n° 527.

²⁶⁸³ Sur ces contrats, voir : P.-Y. Gautier, Le mandat en droit d'auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz 1995, p. 223 ; X. Skowron-Galvez, La relation entre l'auteur et son agent littéraire, *Légipresse* n° 234 sept. 2006, II, p.101.

²⁶⁸⁴ Par ex. les relations évoquées à plusieurs reprises entre peintres et marchands de tableaux ou galeries ... sous réserve d'un droit d'exposition encore émergent.

²⁶⁸⁵ *Contra* : R. Savatier, Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G 1957, I, 1398, n° 71, pour qui ces deux derniers contrats relèvent du droit de la propriété littéraire et artistique ; A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, n° 28.

diverses mais, curieusement, peu nombreuses²⁶⁸⁶. On peut le définir comme le *contrat conclu par l'auteur, ayant pour objet son œuvre*, définition qui se rapproche de celle que donne Mme Josselin-Gall²⁶⁸⁷ par exemple. Ces contrats donnent lieu à l'application du livre premier du Code de la propriété intellectuelle, mais pas dans toute sa plénitude. En effet, nécessaire, cette qualification est encore insuffisante à l'application du formalisme.

729. Synthèse : le contrat d'auteur désigné par l'article L. 131-2 du CPI comme critère actuel d'application du formalisme à la licence. *Le critère d'application du formalisme associe un critère objectif : un contrat désigné par la loi et un critère subjectif : un auteur contractant.* Au final, le formalisme apparaît comme lié à une qualification contractuelle spéciale : contrat ayant pour objet une œuvre, dont l'une des parties est l'auteur, expressément désigné par la loi comme soumis au formalisme. La « transmission » du droit d'auteur n'est pas la *cause* directe du formalisme, mais son *objet*. L'examen qui a été mené quant à l'étendue effective du formalisme nous amène à penser qu'il ne s'attache pas au transfert ou à la mise à disposition du droit, mais à certains modes d'exploitation, et encore, à certaines modalités contractuelles d'exploitation désignées par la loi seulement. Pour autant, si le formalisme trouve sa source dans le contrat d'exploitation, il touche par ses effets le contenu et les modalités de l'autorisation conférée. La licence de droit d'auteur peut être un contrat d'auteur, mais elle peut être plus généralement un contrat du droit d'auteur. Par ailleurs, lorsqu'elle est intégrée à un contrat d'exploitation désigné par l'article L. 131-2 du CPI, cette licence sera de ce fait soumise au formalisme.

Ce critère d'application du formalisme a pour mérite une objectivité et une prévisibilité certaines. Mais est-il pour autant satisfaisant au regard de l'équilibre de protection de l'auteur et de l'exploitant ? Pas vraiment, et l'on approuve les auteurs qui s'interrogent sur la pertinence du choix des contrats objet de cette protection²⁶⁸⁸. Cette liste de l'article L. 131-2 du CPI démontre l'attachement de notre tradition à des contrats

²⁶⁸⁶ Par ex. elle ne figure pas dans : M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli, C. Wallaert, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003.

²⁶⁸⁷ « Le contrat d'exploitation du droit d'auteur est un acte juridique ayant pour objet les droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre, acte juridique par lequel l'auteur concède ses droits selon une portée nécessairement déterminée. » 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, n° 107 ; du même auteur : La notion de contrat d'exploitation du droit d'auteur. Approche de droit comparé, *Bulletin du droit d'auteur*, Unesco, Vol. XXVI, n° 4, 1992. p. 12. Selon son auteur, cette définition doit synthétiser la position du droit d'auteur romano-germanique. Mais cette définition correspond davantage à celle de « contrat d'auteur » qu'à celle de « contrat d'exploitation du droit d'auteur ». En effet, le contrat d'exploitation du droit d'auteur ou contrat de droit d'auteur, ne met pas nécessairement et directement en cause un auteur.

²⁶⁸⁸ V. références précitées. Par ex. C. Colombet, art. préc.

d'exploitation plus qu'à la qualification de la mise à disposition du droit d'auteur. Ne peut-on tenter de déceler une piste vers un autre critère d'application du formalisme ?

III – Formalisme et destination de l'œuvre : perspectives

730. Plan. Un critère d'application des règles spéciales du CPI quant à la formation du contrat pourrait considérer la destination de la chose, l'œuvre. En effet cette considération semble déjà comme sous-entendue par les textes. (*A – Le constat de la prise en compte de la destination de la chose dans l'application du formalisme ; B – La destination contractuelle comme critère d'application du formalisme : critiques surmontées*).

A – Le constat de la prise en compte de la destination de la chose dans l'application du formalisme

Nous verrons comment la prise en compte de la destination (1) peut encourager le recours à la licence (2).

1 – Destination et application d'un régime contractuel impératif

731. La prise en compte indirecte de la destination de l'œuvre par les contrats d'auteur. Les contrats d'exploitation du droit d'auteur « historiques » ne sont certes pas des figures imposées, mais n'en constituent pas moins les archétypes de certains *modes d'exploitation* des œuvres de l'esprit : l'édition, la production audiovisuelle, la représentation publique, et par extension à destination du cinéma ou de la télévision et des réseaux. A travers eux, le législateur encadre la contractualisation de certains modes « classiques ». On peut alors considérer que l'élection de certains contrats d'auteur et l'exclusion corrélative des autres constituent une prise en considération de la destination des œuvres²⁶⁸⁹. Ce que nous

²⁶⁸⁹ V. P. et F. Greffe, *op. cit.*, n° 1212, qui associent directement à l'application du formalisme ce qu'ils qualifient de matières littéraires, théâtrales, et les œuvres audiovisuelles. Est-ce le cas ? Dans les faits peut-être, mais la prise en compte de ces matières n'est qu'indirecte car l'application du formalisme est lié directement au contrat d'exploitation, non à certaines « matières ». Par ex. la réutilisation d'un élément accessoire de théâtre (décor, éclairage, costume, etc.) peut intéresser la « matière théâtrale », sans pour autant relever du contrat de représentation.

avons constaté, et nuancé, en termes de qualifications²⁶⁹⁰ revient donc ici en termes de régime.

732. La prise en compte de la destination de la chose dans les régimes spéciaux du contrat de bail. La comparaison avec le droit commun du bail et les autres régimes spéciaux du bail nous paraît ici flagrante. Qu'il s'agisse d'appliquer le droit des baux commerciaux, ruraux ou tout autre régime spécial destiné à protéger la partie réputée faible, ce n'est jamais la nature du titre du locataire qui suscite l'application de régimes spéciaux²⁶⁹¹. Par ailleurs, tout comme en droit d'auteur, l'application de ces régimes spéciaux n'est pas – pour l'essentiel²⁶⁹² – directement liée à la nature ou aux qualités de la chose louée. C'est bien davantage sa destination, son affectation, telle que fixée par la volonté des parties, qui détermine l'application d'un régime spécial. Cet état est très largement partagé : « L'application du statut n'est pas automatiquement et aveuglément attachée à la nature du bien, mais elle est liée à sa destination particulière et au rôle qu'il joue dans la vie du locataire : seul ce rôle justifie qu'il soit dérogé au droit commun par des règles impératives protectrices de ce locataire. »²⁶⁹³.

Evidemment, il faut ajouter qu'en droit d'auteur, le sujet protégé par le statut impératif change : c'est le bailleur qui est protégé et non le preneur. Il est vrai aussi que ce rôle déterminant attribué à la destination de la chose en tant que critère d'application d'un statut

²⁶⁹⁰ V. *supra* n° 264 et n° 455 et ss.

²⁶⁹¹ P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, p. 208, n°269 : « Ainsi, pour décider du domaine de la règle, la loi ne s'attache plus à la nature juridique du titre de jouissance, mais à l'opération dont les contrats en cause permettent la réalisation. ». L'analyse de ces auteurs est menée à propos du contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé (art. L. 121-61 C. Conso.), mais par sa portée générale, elle est quant à elle transposable à notre matière.

²⁶⁹² Certes des distinctions fondées sur la nature de la chose existent. Elles sont présentes dans le Code civil, telles la distinction entre meubles et immeubles : art. 1713 C. civ. Hors du Code civil, certains baux s'attachent spécialement à certains types de biens : c'est le cas de la location gérance dont la chose est un fonds de commerce (L. 144-1 et ss. C. Com.).

²⁶⁹³ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 592. En ce sens : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n°275. – D'autres auteurs apportent toutefois une nuance. Si MM. Malaurie, Aynès et Gautier considèrent que : « La distinction entre les baux immobiliers dépend de la destination convenue de l'immeuble loué (...) », ces auteurs affirment que « C'est la nature de la chose louée, plus que la volonté des parties, qui en détermine la destination et, donc, le champ d'application de chaque statut spécial », Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 602. – Il est vrai que, de fait, la destination et la nature de la chose ont parfois vocation à se confondre. Mais nous croyons que la détermination de la « nature » d'un bien, dans le sens où le terme est entendu par les auteurs précités, doit une large part à la volonté des acteurs, propriétaire et locataire. L'avis que nous émettons semble en accord avec celui exprimé, dans le contexte législatif d'alors, par Josserand : « La nature de la chose influe sur celle du bail qui sera, suivant les cas, bail à loyer ou bail à ferme. Le critère est tiré, non de cette circonstance que le fonds est ou non bâti, mais plutôt de son affectation (...) », L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 2^e éd., 1933, n° 1185. – La volonté des parties n'est pas souveraine et les juges peuvent requalifier la convention lorsque l'ordre public en est affecté : V. J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 21185 ; Adde : R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, n° 494, p. 364.

particulier est le plus souvent constaté en matière de biens immeubles. Un auteur a relevé qu'« En matière mobilière en revanche, la destination du bien ne sert qu'exceptionnellement à déterminer quelle réglementation particulière pourra s'appliquer. »²⁶⁹⁴. Il nous semble que la licence de droit d'auteur soit une de ces exceptions. L'application des règles impératives contenues dans les contrats d'édition, de représentation, de production ou d'adaptation audiovisuelle et des autorisations gratuites d'exécution, au premier rang desquelles le formalisme de l'article L. 131-3 du CPI, reflète l'importance sociale et économique, reconnue par le droit, de certaines destinations des œuvres que ces contrats réalisent.

Un rapprochement peut être opéré avec cet autre régime d'ordre public de protection qu'est le droit de la consommation : plus qu'à des qualifications contractuelles²⁶⁹⁵ ou qu'à la nature des choses, l'application de ce droit, comme la définition même du consommateur, sont fonction de certains modes de consommation. D'un strict point de vue juridique, ce qui distingue l'auteur du consommateur est que le consommateur est considéré comme tel en fonction de certaines activités qu'il effectue²⁶⁹⁶. L'auteur, quant à lui, est considéré comme tel dans sa relation de propriété avec un objet de droit qu'est son œuvre. Alors que l'on est consommateur d'un point de vue subjectif, pour une *activité* contractuelle finalisée, on est auteur d'un point de vue objectif, dans son rapport à une *chose*, objet d'un éventuel contrat. Malgré ces différences, c'est ici encore l'affectation de la chose qui impose au contrat son régime dérogatoire et protecteur.

2 – Une incitation à la qualification de licence

733. Propositions. On pourrait inverser l'exception et le principe en érigeant sans ambiguïté le formalisme en principe, tout en énonçant comme exceptions les cas dont l'environnement relève davantage de l'industrie, de l'utilisation de la chose commandée à une fin utilitaire. Mais l'élaboration d'une telle liste paraît difficile. La circonstance d'un contrat

²⁶⁹⁴ J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 251, p. 246.

²⁶⁹⁵ Par ex. : A. Bénabent, Les difficultés de la recodification, in *Le Code civil « 1804-2004 » Le livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 245 ; P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 (spéc. p. 836).

²⁶⁹⁶ Critère que l'on pourrait rapprocher de cette analyse de M. Ivainer : « Le comportement d'un agent nous apparaîtra (...) comme un élément déterminant de son identité statutaire. ». Le statut étant défini comme « un ensemble de normes ayant pour objet de préciser des éléments conférant à une personne, chez laquelle ils se trouvent réunis, les droits et les obligations qu'il prescrit en faveur ou à l'encontre d'une classe de sujets ». Th. Ivainer, Le contrat moderne face à la prolifération des « statuts des personnes », JCP G, 1977, I, 2876. Néanmoins, l'idée de répétition nécessaire selon l'auteur à l'acquisition du statut ne semble pas être spécialement prise en compte par le droit de la consommation ni par le droit d'auteur.

de commande ou d'un contrat de travail pourrait être prise en compte. On peut encore imaginer de calquer les contrats non soumis au formalisme sur la liste préexistante des contrats susceptibles de rémunération forfaitaire²⁶⁹⁷. Figurant dans cette liste, on songe bien sûr à la contribution à l'œuvre collective, pour la cession du droit de l'auteur d'exploiter personnellement sa contribution. Pourraient encore et surtout être exonérés du formalisme, les contrats de commande ou de travail dans lesquels l'exploitation pour une certaine destination se déduit de la nature de l'œuvre elle-même : plans architecturaux, modèles vestimentaires, « habillage » d'un site internet, d'un objet matériel, ou toute autre œuvre non réutilisable par l'auteur car se fondant dans un ensemble ne pouvant être exploité que par le commanditaire ou l'employeur²⁶⁹⁸. Dans ce dernier cas, nous ne sommes plus très éloignés du contrat forcé, or ce contrat ne peut être qu'une licence.

Il y aurait lieu de prendre en compte la destination contractuelle (par exemple s'il est précisé que les dessins sont destinés à orner tel produit) ou encore de l'objet du contrat de commande ou de services (on pense aux créations de mode, maquettes, design, photographies de presse²⁶⁹⁹). Dans ces cas, l'absence de formalisme de la licence ne vaudrait que pour la destination qui ressort certainement du contrat ou de la chose et ne s'étendra pas au-delà. Ces « cessions » seraient généralement, en raison même de leur destination restreinte, limitées dans la durée ou limitées en nombre d'exemplaires²⁷⁰⁰. Or, durée et nombre limité d'actes d'exploitation sont les principaux modes de caractérisation d'un esprit de retour. *Prouvées librement en raison de leur destination, ces « cessions » seraient en fait des licences.*

²⁶⁹⁷ Article L.131-4 du CPI : « La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. / Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;

3° Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;

4° La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ; / 5° En cas de cession des droits portant sur un logiciel ; / 6° Dans les autres cas prévus au présent code. (...) ». Ce 6° renvoie à l'article L. 132-6 CPI autorisant la rémunération forfaitaire pour l'édition de certaines œuvres. Mais ce dernier article concernant le contrat d'édition, il n'est pas envisageable d'en étendre la portée.

²⁶⁹⁸ Sur ce dernier cas, v. G. Vercken, *Le formalisme dans les contrats d'auteurs : un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006*, RIDA n° 219, janv. 2009, p. 5 (spéc. p. 71).

²⁶⁹⁹ Un arrêt (préc.) se prononce nettement en ce sens : Cass. civ. 1^{re} 27 oct. 1993, cité in : M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, n° 14, p. 192 : « (...) c'est par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis, et qui répondaient aux exigences de l'article 1347 du Code civil, que le tribunal a retenu, comme résultant de la nature même de la commande adressée à M. X..., exécutée par la livraison de l'original du négatif à la société Annie Y..., que la convention des parties avait pour objet d'autoriser cette agence de presse à utiliser le cliché litigieux en le cédant à des éditeurs en vue de sa publication dans les périodiques » (nous soulignons).

²⁷⁰⁰ M. Vercken donne l'exemple de « cartes de vœux 2009 », ce qui relève indirectement d'un critère de durée. G. Vercken, art. préc. spéc. p. 65.

B – La destination contractuelle comme critère d'application du formalisme : critiques surmontées

734. Le choix de la destination comme élément déclencheur des articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI ne pourrait-il pas heurter le principe de l'unité de l'art dont le siège est l'article L112-1 du CPI ?²⁷⁰¹ La crainte de cette contrariété doit être écartée, car il n'est pas question de remettre en cause le principe d'indifférence de la destination naturelle de l'œuvre comme condition de son accès au rang d'objet de propriété. D'ailleurs, des auteurs, pourtant conscients du danger pour le droit d'auteur lui-même de l'extension excessive de son domaine²⁷⁰², préfèrent déplacer le débat sur le critère d'originalité, en plaidant pour une appréciation plus stricte de celle-ci. En effet, même si le droit d'auteur ne se montre pas indifférent à la prise en compte de la destination ou du mérite comme critère d'accès à la protection, la difficulté et une certaine vanité des tentatives de partage selon le mérite et la destination des créations a également été illustrée²⁷⁰³. En revanche, de nos précédentes analyses, il apparaît tout à fait inopportun et même irréaliste d'assurer à tous les usages contractuels de l'œuvre les mêmes règles impératives. Les arrêts que nous avons étudiés, confirmant l'attachement du formalisme aux seuls contrats d'auteur énoncés par la loi, participent de cette préoccupation.

Prenant les exemples de l'intensité variable du droit moral et de l'application du droit de la concurrence selon les contrats et leurs finalités, M. Caron note qu'en dépit du principe d'unité de l'art, « Il arrive pourtant que la destination soit prise en considération. Il en est ainsi pour l'exercice des droits. »²⁷⁰⁴. Par conséquent, si la proposition peut de prime abord heurter les principes admis en la matière, en réalité, il n'en est rien : le principe d'indifférence de la destination n'est pertinent qu'au stade de l'accès de l'œuvre au statut de chose, sa

²⁷⁰¹ Art. L. 112-1 CPI : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. ».

²⁷⁰² Par ex. A. Françon, *L'avenir du droit d'auteur*, RIDA avril 1987, n° 132, p. 3 (spéc. p. 9 et ss.). L'auteur cite M. Kerever : « La justification philosophique et sociale du droit d'auteur fondée sur la protection de la propriété intellectuelle sera d'autant plus forte que l'objet de cette protection n'est pas abusivement étendu » (A. Kerever, *Le droit d'auteur est-il anachronique ?*, Droit d'auteur, 1983, p. 368).

²⁷⁰³ Y. Gaubiac, *La théorie de l'unité de l'art*, RIDA, janv. 1982, n° 111, p. 3 (v. spéc. p. 43 et s.) ; C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981, v. notamment : n° 19 et ss. et n° 281 et ss. : « §1 : Une réalité : l'impossible distinction des arts purs et des arts appliqués. ».

²⁷⁰⁴ Ch. Caron, *op. cit.*, n°110.

réserve – et encore l'idée n'est-elle pas unanimement partagée²⁷⁰⁵. Au-delà, au stade de la mise en œuvre contractuelle du droit d'auteur, la destination de l'œuvre est au contraire décisive : elle permet le choix d'un contrat d'exploitation, le choix d'un prix forfaitaire en lieu et place du prix proportionnel de principe²⁷⁰⁶, l'application ou non du formalisme.

Ce faisant, une fonction du droit contractuel d'auteur pourrait être d'instituer davantage de rigueur et de réalisme dans la mise en œuvre du droit d'auteur, permettant de contenir les effets pervers des largesses consenties lors de l'accès de la création au statut de chose. La liberté du contrat sera donc inversement proportionnelle à l'abaissement du seuil exigé pour la protection par le droit d'auteur. Au demeurant, cet abaissement, et la liberté contractuelle accrue pour certaines destinations, visent à réconcilier le droit au fait dans des hypothèses qui le nécessitent et ne doivent pas faire craindre une remise en cause de la protection des auteurs dans le cadre des « traditionnels » contrats d'auteur nommés²⁷⁰⁷.

§ 2 – La licence soustraite au formalisme : « droit économique » ou « droit commun » du contrat d'auteur ?

735. Nous avons étudié la licence en tant qu'objet du formalisme, puis exposé le critère qui semble se dessiner ; enfin, nous avons proposé une piste pour le choix d'un nouveau critère d'application de ce formalisme prenant en compte la destination de l'œuvre. Quelle est et quelle sera à l'avenir la place de la licence « consensuelle » dans le droit d'auteur ? Certains auteurs ont décelé dans ce courant jurisprudentiel l'avènement d'un « droit d'auteur économique » dans lequel la licence, dépourvue de certaines des pesanteurs du droit d'auteur le plus classique, serait le mode d'exploitation privilégié des œuvres des arts appliqués dans l'entreprise, l'industrie. Que penser de cette qualification ? (*I – Formalisme de la licence et droit d'auteur « économique »*). Au contraire de cette idée selon laquelle la

²⁷⁰⁵ Cependant, pour une proposition audacieuse de modulation de la durée de protection, au titre du droit patrimonial comme du droit moral, fondée sur le type d'œuvre ou la destination, ainsi qu'en fonction des différents usages de l'œuvre (une durée de protection longue pour les utilisations commerciales et plus courte pour les usages pédagogiques) : V.-L. Bénabou : « L'étendue de la protection par le droit d'auteur en France », in : M. Bouyssi-Ruch, C. Geiger, R.M. Hilty (dir.), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe Rencontres franco-allemandes*, Litec - Editions du JurisClasseur, 2007, Le droit des affaires n° 29, p. 165 (v. spéc. p. 184).

²⁷⁰⁶ Art. L. 131-4 CPI, spécialement, croyons-nous le 4° visant « la nature ou les conditions de l'exploitation (...) ».

²⁷⁰⁷ V. *supra* n° 706, où nous constatons que l'admission de cessions et licences implicites n'avait pas vocation à étendre artificiellement le domaine d'un contrat dont l'*instrumentum* satisfait déjà aux articles L. 131-2 et L. 131-3 du CPI.

licence dénuée de forme représente une dérogation à la matière étudiée, à savoir la propriété littéraire et artistique, ne peut-on pas considérer qu'elle en est l'une des manifestations normales, et à ce titre, à promouvoir ? (*II – Formation de la licence « pure et simple », droit commun de la formation du contrat d'auteur*).

I – Formalisme de la licence et droit d'auteur « économique »

L'énoncé de cette thèse (A) précédera sa discussion (B).

A – La licence dénuée de formalisme, manifestation d'un « droit d'auteur économique » ? Affirmation

736. Au-delà de ses aspects essentiellement techniques que nous avons pu étudier précédemment, la question de la formation de la licence de droit d'auteur et du contrat de droit d'auteur en général soulève des questions sur les fonctions du droit d'auteur et la place de ce dernier dans l'économie et la culture. La protection de l'auteur apparaît de prime abord comme la cause immédiate de ce formalisme. D'où un droit généralement qualifié d'individualiste car construit à la mesure de l'auteur. Mais l'intérêt de l'auteur partie au contrat, si légitime soit-il, n'en reste pas moins un intérêt individuel ; il peut se voir poser pour limite l'intérêt d'autres acteurs. Comme l'exprime Mme Carre, « L'œuvre semble ainsi être le centre de gravité d'une relation triangulaire se nouant entre auteur-exploitant-public, dans laquelle le couple auteur-public est fondamental. »²⁷⁰⁸. En effet, l'auteur et le droit d'auteur, en tant qu'ils s'insèrent dans un marché, une économie, ne sont pas étrangers à l'intérêt de tiers. Ces tiers représentent des catégories distinctes et des intérêts variés que l'on a pu traduire par les formules : intérêt du public, du consommateur, intérêt commun ou encore « intérêts généraux du public »²⁷⁰⁹, ces catégories devant être elles-mêmes distinguées de l'intérêt général²⁷¹⁰. Ces intérêts justifient ponctuellement un certain effacement du droit d'auteur.

²⁷⁰⁸ S. Carre, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier I, 2004, n° 20.

²⁷⁰⁹ S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur (en droit allemand, français et scandinave)*, P.A. Norstedt Et Söners förtag, Stockholm, 1967, t. II, n° 105, c, b. p. 18.

²⁷¹⁰ Ces distinctions intéressent le droit d'auteur au plus haut point, mais ne concourent que très indirectement au traitement de notre sujet. Nous nous bornerons - au-delà des développements consacrés à ces thèmes par les principaux traités et précis de la matière - à ces quelques références : « L'intérêt du public est celui d'une collectivité, c'est-à-dire un intérêt collectif. Ce dernier constitue un intérêt intermédiaire entre l'intérêt individuel et l'intérêt général. Il est celui d'une collectivité, prise en tant que telle et qui n'est d'ailleurs pas nécessairement constitutive d'une personne juridique. Il est donc essentiel de distinguer l'intérêt du public de l'intérêt général. »,

737. Dans une autre perspective, le droit d'auteur peut être à la source d'autres intérêts supérieurs, dépassant le cadre du tête-à-tête contractuel. Ainsi, on a fait valoir que ce n'est pas seulement la qualité de l'auteur, mais aussi l'objet de son droit qui justifie la protection par le formalisme. L'idée ne ressort pas explicitement de la loi du 11 mars 1957 et ne fut pas toujours unanimement partagée²⁷¹¹, mais l'on admet aujourd'hui que le droit d'auteur dans ses aspects les plus protecteurs, comprenant ainsi le formalisme, assume aussi une fonction d'incitation à la création : « déroger au consensualisme pour protéger l'auteur, c'est aussi restituer au droit d'auteur sa dimension collective, celle d'un instrument de politique culturelle et artistique »²⁷¹².

D'autre part, si l'on invoque de plus en plus fréquemment des intérêts collectifs ou l'intérêt général pour limiter le droit d'auteur, on a pu voir dans ses dispositifs les plus protecteurs, notamment l'article L. 131-3 du CPI, le siège d'un ordre public, non plus de simple protection, mais fondamental, de direction, voire une manifestation de l'intérêt général²⁷¹³.

S. Carre, thèse préc., n° 29 ; v. également : n° 1140 et ss. sur la question délicate de la réalisation judiciaire de cet intérêt collectif. – Distinguant très nettement intérêt du public et intérêt public : « l'intérêt du public, au sens des consommateurs, est de pouvoir acheter des œuvres au prix le plus bas ; celui-ci s'oppose par principe au droit d'auteur. L'intérêt public peut au contraire requérir l'instauration d'un régime de protection des œuvres, dans la mesure où diverses finalités (culturelle, économique, sociale) d'intérêt général sont remplies par le droit d'auteur. » A. Strowel, *Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents*, in *Droit et intérêt*, vol. 3, Ph. de Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, P.F.U.S.L., Bruxelles, 1990, n° 211. – Des thèses sont dédiées à ces thématiques, ou du moins leur consacrent des développements substantiels. Voir par ex. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec, IRPI, 2004 ; R. Prades, *Intérêt du public et droit d'auteur*, Thèse, Paris XII, 1999 ; E. Dreyer, *Le dépôt légal. Essai sur une garantie nécessaire au droit public à l'information*, LGDJ, 2003 (spéc. p. 283 et ss) ; A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008, n° 58 et s. et n° 27 et ss.

²⁷¹¹ H. Desbois, *op. cit.*, n°4 : « Les droits de propriété littéraire et artistique ne sont pas considérés, dans la législation française, comme les instruments d'une politique, inspirée par des considérations d'opportunité, par un souci de stimuler la création intellectuelle ; ils constituent les modes d'expression du respect qui est dû aux œuvres de l'esprit et à leurs créateurs. ». – *Contra*, reconnaissant cette fonction : Cons. const., décision n° 2044-499, 29 juill. 2004, Prop. intell., 2005, p. 225, obs. J.-M. Bruguière.

²⁷¹² A. Maffre-Baugé, *Le formalisme contractuel en droit d'auteur*, in : J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et A. Robin (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, PUAM, 2007, p. 265 ss. – Voir les considérants de la directive européenne de 2001 sur la Société de l'information. – Sur ce thème des interactions entre droit d'auteur et culture, voir : J.-M. Bruguière (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Dalloz - Thèmes & commentaires, 2007. V. par ex. p. 55, la contribution de J.-R. Alcaras : « La protection des droits de propriété peut-elle favoriser la création culturelle ? Approche économique ».

²⁷¹³ V. S. Joly, thèse préc. ; cette idée transparait de cette thèse dans son ensemble. Pour le thème qui nous intéresse ici, v. n° 283 : « Les enjeux de cette disposition nous semblent donc dépasser le seul intérêt de l'auteur. A notre sens, l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle est d'ordre public en ce qu'il limite la liberté contractuelle et se rattache à la notion d'objet du contrat, traditionnelle application de l'ordre public dans la sphère contractuelle. Il renvoie à l'idée d'un ordre public fondamental dans la mesure où derrière l'exigence de détermination de l'objet du contrat, classiquement sanctionnée par une nullité absolue de la convention, se masque un intérêt général à ce que l'interdit soit délimité et partant, à ce que le titulaire du pouvoir d'exclure les autres de l'exploitation de l'œuvre soit identifié avec certitude. ».

738. En cela, la situation du droit d'auteur n'est pas différente de celle qu'occupe le droit de propriété dans son ensemble. Le régime du « droit de la propriété » n'a pas pour unique objet la protection des droits de son sujet, le propriétaire. De même, la propriété littéraire et artistique ne saurait avoir pour unique finalité la protection de l'auteur. Elle protège l'œuvre et son exploitation, chose qui n'est possible qu'à travers la protection de l'auteur. Le but à rechercher n'est pas systématiquement l'intérêt de l'auteur, mais l'intérêt de la propriété littéraire et artistique. Cet intérêt suppose des dérogations au droit commun pour protéger l'auteur, mais cette protection ne se justifie que pour autant que l'équilibre général de cette relation est respecté. Solliciter le droit commun de la formation du contrat dans les cas où la loi spéciale n'a pas vocation à s'appliquer rétablit un équilibre, non seulement au profit de l'exploitant, mais au profit de la propriété littéraire et artistique elle-même.

Il ne relève pas de notre sujet d'étudier davantage ces interactions²⁷¹⁴. Ce qui nous intéresse ici est l'équilibre des intérêts entre l'auteur et celui qui, sans s'identifier à l'auteur, n'est pas pour autant « tiers » au sens où le public ou le consommateur peuvent l'être. Il s'agit de la position « intermédiaire » du partenaire contractuel de l'auteur : le licencié.

Le droit d'auteur est donc dans son principe une incitation à la création dans la mesure où l'auteur, protégé par le livre 1^{er} du CPI, est intéressé à la commercialisation de l'œuvre. Mais paradoxalement, le droit d'auteur peut être, par son régime défavorable par principe au licencié, un obstacle au contrat, donc à l'échange. Il est assez communément admis que le contrat de licence – sans être pour autant le fondement du droit de propriété intellectuelle comme le soutient une analyse essentiellement économique du droit d'auteur²⁷¹⁵ – constitue le vecteur privilégié de la mise en œuvre de ce droit²⁷¹⁶. Dès lors, un formalisme excessif, qui entrave la diffusion contractuelle de l'objet du droit, pourrait être ressenti comme nuisible à ce dernier dans son ensemble.

²⁷¹⁴ Par ex. : Ph. Gaudrat, Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur, RIDA n°190, oct. 2001, p. 71 ; X. Greffe, *Economie de la propriété artistique*, Economica, 2005, pour un exposé sur la recherche d'une « loi » économique optimale de l'exploitation du droit d'auteur : v. p. 81 et ss. ; L. Creton, *Cinéma et marché*, Armand Colin, 1997, spéc. le Chapitre IV « Cinéma, économie et capitalisme ». La question fait l'objet de rapports, par ex., à la commande du Ministre de l'économie des finances et de l'industrie : Maurice Lévy et Jean Pierre Jouyet, *L'économie de l'immatériel – la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, 4 déc. 2006 (www.immateriel.minefi.gouv.fr). Dans cet intéressant rapport, des propositions d'allègement de la fiscalité destinés à encourager la création côtoient d'autres préoccupations, par ex. p. 126 : « Mettre un terme au gel des œuvres » aussi bien que p. 125 « prévenir l'utilisation abusive du droit moral ». – *Adde* : E. Pierrat, *La guerre des copyrights*, Fayard, 2006, p. 183 et ss. ; D. Bécourt, La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme, RIDA n° 143, janv., 1990, p. 231, spéc. p. 273 et ss.

²⁷¹⁵ A. Abello, *op. cit.*

²⁷¹⁶ Par ex. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 640.

739. La prise en compte de cette idée se trouve dans le courant doctrinal et jurisprudentiel que nous avons analysé et qui soutient la rationalisation des règles de forme de ces contrats²⁷¹⁷. De l'avis de certains auteurs, principalement M. Caron, cette approche participerait de l'émergence d'un « droit d'auteur économique », pensé en opposition au droit d'auteur individualiste et protecteur du seul auteur²⁷¹⁸ : « En effet, cette discipline appréhende aussi de très nombreuses relations entre des professionnels, qui sont, par exemple, des cessionnaires et des sous-cessionnaires de droits d'exploitation. Il en résulte que, à côté d'un droit d'auteur très civiliste, un droit d'auteur économique et profondément commercialiste émerge de plus en plus. Suivant en cela un vaste mouvement de commercialisation du droit civil, le droit d'auteur s'imprègne fortement d'une logique de droit des affaires. »²⁷¹⁹. Il est vrai que les arrêts statuant en ce sens concernent des créations utilitaires ou ayant une vocation principalement industrielle. Un contrat de droit d'auteur est potentiellement un « contrat d'affaires ».

B – La licence dénuée de formalisme, manifestation d'un « droit d'auteur économique » ? Discussion.

740. Le constat du caractère éminemment industriel de la production et de la commercialisation de certaines œuvres et sa conséquence : un droit d'auteur s'insérant dans l'économie, relève du lieu commun. L'idée serait ancienne ; ainsi certains auteurs ont-ils vu un précurseur de cette compréhension économique et fonctionnelle du droit d'auteur dans le concept de droit de clientèle de Roubier²⁷²⁰. Bien qu'il ne s'agisse plus aujourd'hui d'utiliser la notion pour qualifier le droit d'auteur, elle n'en demeurerait pas moins pertinente pour en décrire certaines fonctions ou les effets : la « conquête de la clientèle » ne participe-t-elle pas d'une même idée que la « réservation d'un marché » ? Par ailleurs, la recherche actuelle de

²⁷¹⁷ Il s'agit du courant illustré par l'arrêt « Eos », v. *supra* n° 713.

²⁷¹⁸ Ch. Caron, *op. cit.*, n° 404.

²⁷¹⁹ Ch. Caron, Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur comparé, in *Regard sur les sources du droit d'auteur, Congrès ALAI 18-21 septembre 2005*, Paris, 2007, p. 390 ; du même auteur : Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur, Prop. intell., avril 2003, n° 7, p. 12. Voir également les notes précitées sous : Cass. 1^{re} civ. 21 nov. 2006, n° 05-19.294, Chaussade c. SA Eos : JurisData n° 2006-036062 ; CCE 2007, comm. 3, obs. Ch. Caron ; A. Bories, *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Thèse, Montpellier, 2007, n° 204 et s. – Sur le droit d'auteur en général au-delà de la question du formalisme, voir, par ex. : A. Dietz, Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur, RIDA, oct. 1988, p. 23 (spéc. p. 29).

²⁷²⁰ Pour un aperçu sommaire des thèses de Roubier, v. *supra* n° 40. – Sur sa théorie des droits de clientèle : P. Roubier, Droits intellectuels ou droits de clientèle, RTD civ. 1935, p. 251. – Sur ce rapprochement : M. Kessler, Un droit de protection économique : le droit d'auteur, Expertises, 1989, p. 215 ; A. Abello, *op. cit.*, n° 152.

modèles de production et de diffusion se voulant précisément « alternatifs » (logiciels libres, art libre), ne fait que confirmer ce constat d'un droit d'auteur en prise avec le marché.

741. La prise en compte de la notion de droit d'auteur économique au stade contractuel semble plus récente et discrète. Sans doute parce que l'extension du domaine du droit d'auteur est telle que c'est en partie à l'aune du droit contractuel des auteurs que se mesure l'efficacité réelle de leur protection. En revanche, nous sommes moins enclins à suivre cette doctrine lorsque, d'une jurisprudence que nous avons citée, elle induit « (...) qu'il existe deux droits d'auteurs : aux côtés d'un droit d'auteur classique, celui symbolisé par le contrat d'édition et qui est très protecteur de l'auteur, il existe un important droit d'auteur économique qui ne peut donc pas s'embarrasser de formalisme. C'est le droit d'auteur des cessions implicites qui ignore bien souvent l'écrit et qui, dorénavant, pourra s'affranchir des exigences de délimitation de la cession formulées dans l'article L. 131-3. »²⁷²¹. Cette insertion du droit d'auteur dans le marché ne nous paraît pas fonder une telle discrimination et l'image d'une scission du droit d'auteur en deux logiques et en deux régimes. Le classique contrat d'édition permet des clauses de style par lesquelles l'auteur « cède » ses droits pour la durée de la propriété littéraire et artistique, alors même que l'obligation principale de l'éditeur ne saurait s'étendre à cette même durée. Par ailleurs, nous savons que la jurisprudence autorise la cession définitive et exclusive du droit de représentation d'œuvres d'art à part entière, contre un prix proportionnel sans obligation d'exploitation. On a par ailleurs souligné le statut inique réservé à l'auteur d'œuvres d'art plastiques, dont les conventions ne bénéficient pas du régime du CPI²⁷²². Le droit d'auteur de ces contrats « classiques » n'est pas moins « économique » que le droit d'auteur qui permet à un commanditaire de bonne foi de faire de la création commandée un usage normal et attendu. Si une distinction doit être faite au sein du droit contractuel d'auteur, nos analyses précédentes nous incitent à la porter entre application raisonnable et application déraisonnable du droit d'auteur, au sein d'un même système. Limiter les obstacles injustifiés à la formation et à la preuve du contrat relève sans doute de la prise en compte de motifs économiques dans le droit en général, mais ce n'est pas la manifestation d'un droit dérogatoire au droit d'auteur. Si l'on peut parler de droit d'auteur économique, l'expression nous semble viser davantage le droit d'auteur vu comme instrument

²⁷²¹ Ch. Caron, Le formalisme, peau de chagrin du droit d'auteur contractuel ?, note sous : Cass. civ. 1^{re} 21 nov. 2006, CCE janv. 2007, p. 28, n° 3 (préc.).

²⁷²² P.-Y. Gautier, L'art et le droit naturel, in *Droit et esthétique*, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 40, Sirey, 1996, p. 207.

de réservation d'un marché²⁷²³ ou de création de valeurs²⁷²⁴. C'est le droit d'auteur tel qu'il résulte de certains accords internationaux et harmonisations européennes²⁷²⁵ ou de l'extension de son objet par la loi et la jurisprudence²⁷²⁶. Le droit d'auteur est par ailleurs teinté de droit économique lorsque des limites lui sont apportées « de l'extérieur », par le droit de la concurrence ou certains droits du consommateur.

II – Formation de la licence « pure et simple », droit commun de la formation du contrat d'auteur

742. Plan. Considérer le formalisme comme un principe intangible des contrats du droit d'auteur participe d'une certaine vision de la matière dont nous pouvons partager les vœux, mais qui ne ressort pas, après analyse, de la lettre de la loi. Selon l'esprit de la loi pourtant, le formalisme serait le principe et sa dispense l'exception. Quels sont ces rapports entre licence « consensuelle » soustraite au formalisme spécial et droit commun des obligations ? Deux lectures s'offrent à nous : *le droit commun comme instrument de l'exclusion du formalisme de la licence (A) ; le formalisme exclu de la licence, manifestation du droit commun du contrat de droit d'auteur : éléments de régime (B)*.

A – Le droit commun, instrument de l'exclusion du formalisme de la licence

743. L'application du droit commun est souvent perçue comme une tentative de restriction des droits de l'auteur, si ce n'est même comme la sanction d'un comportement. Tel est le cas de l'application à la matière de la théorie de l'abus de droit, mais également le droit « commun » des contrats spéciaux telle l'obligation de garantie²⁷²⁷. Plus virtuellement,

²⁷²³ A. Abello, *op. cit.*, n° 236 : « L'effet commun de la réservation d'un marché à laquelle on peut attacher un droit d'exploitation, permet de lier droits d'auteurs et droits de la propriété industrielle ; une philosophie commune, des éléments communs, traversent en effet toutes les propriétés intellectuelles, transcendant la diversité technique. ». Du même auteur : La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in : A. Abello, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Coll. Droit et Economie, 2005, p. 341 et ss.

²⁷²⁴ Par ex. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 4.

²⁷²⁵ M. Bouyssi-Ruch, C. Geiger, R.M. Hilty (dir.), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe Rencontres franco-allemandes*, *op. cit.*

²⁷²⁶ Par ex. dans des sens différents : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 80 et s. ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 29.

²⁷²⁷ V. *infra*, n° 809 et ss.

d'autres arguments peuvent relier la licence non soumise au formalisme spécial et le droit commun des obligations.

744. L'indivisibilité du contrat de création et du contrat sur la création. La notion d'indivisibilité est déjà utilisée en droit d'auteur pour justifier l'absence apparente de contrepartie d'une obligation lorsqu'elle s'inscrit dans un ensemble contractuel dans lequel un contrat constitue la cause de l'autre²⁷²⁸. Elle permet d'évaluer la validité d'un engagement, l'étendue d'une nullité ou encore les effets d'une inexécution²⁷²⁹ ; en revanche, son usage est contesté lorsqu'il s'agit de qualifier une opération contractuelle²⁷³⁰. Serait-il possible de l'employer comme moyen d'échapper aux rigueurs de la formation du contrat ? Cette solution manque d'illustrations. Elle nous paraît néanmoins défendable. Prenons pour exemple un arrêt de cour d'appel remarqué par M. Caron²⁷³¹. Le litige portait sur une opération formant un tout indivisible dans l'esprit des parties : la commande d'un logiciel de maintenance d'aires de jeux et la cession des droits d'exploitation correspondants. Des réserves sont formulées par la société commanditaire, notamment quant à la cession du logiciel. Or, selon la cour : « En omettant de répondre à cette réserve dès l'acceptation du devis et en entreprenant ses travaux, la SARL Cyberion PGI a entretenu un doute qui a pu permettre à la SARL Egocom de penser qu'elle se verrait transférer, à l'issue de la prestation de la SARL Cyberion PGI, les droits de propriété intellectuelle, ce transfert des droits patrimoniaux étant parfaitement possible dans le respect des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. ». Les réserves relatives à la cession n'étant pas levées, la cour considère que la convention dans son ensemble n'est pas formée et ne peut donc donner lieu à un paiement pour l'exécution partielle de la commande non suivie de la cession attendue. L'opération « formait à ses yeux un tout dont l'indivisibilité était garante de la cohérence de l'opération et ce conformément aux dispositions des articles 1217 et 1218 du Code Civil. ». Ici, la théorie de l'indivisibilité est utilisée pour échapper à la formation et à l'exécution d'un contrat de commande, dès lors que la cession de droit d'auteur

²⁷²⁸ Cass. 1^{re} civ. 13 juin 2006, n° 04-15.456, F-P+B, Sté Kapagama c. Poulet. D. 2007, p. 277, Obs. J. Ghestin ; D. 2006, AJ p. 1819, obs. J. Daleau ; RTD Com. 2006, p. 593, Obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE févr. 2007, comm. 20, obs. Ch. Caron ; M.-A. Roux, Précisions sur les obligations de l'éditeur d'œuvres musicales d'illustration, Légipresse, n°237, III, p. 238.

²⁷²⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n°523 ; Cass. com. 14 janv. 2003, obs. Ph. Stoffel-Munck, Retour sur l'indivisibilité des contrats nécessaires à l'exploitation d'un réseau télématique, CCE nov. 2003. comm. 110 p. 36. Une convention associait la location d'un matériel de diffusion d'images et la fourniture de celles-ci. La fourniture des images cessant, les demandes en paiement des loyers pour le matériel doivent être rejetées (cas d'indivisibilité subjective).

²⁷³⁰ J.-B., Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999, n° 309 et ss., p. 342.

²⁷³¹ CA Poitiers, 14 mai 2003, obs. Ch. Caron, Indivisibilité entre un contrat de commande et une cession de droits d'auteurs, CCE oct. 2003. p. 26 ; Gaz. Pal., 22 janv. 2004, n° 22, p. 46, note S. Paillard. Jugeant l'arrêt « discutable », v. F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1119, note n° 7.

qui devait être sa suite logique et qui formait avec elle un tout indivisible, n'a pas eu lieu. L'indivisibilité conduit à une conséquence négative : l'absence de contrat valablement formé. *A contrario*, ne pourrait-on pas considérer que ce lien d'indivisibilité voulu par les parties, entraîne un *effet positif* : la cession ou la licence, dès lors que les parties se sont entendues sur la commande ?²⁷³²

745. Les articles 1134 et 1135 du Code civil. Nous avons écarté plus haut le fait que la bonne ou mauvaise foi de l'auteur (art. 1134 al. 3 du Code civil) puisse constituer un critère satisfaisant d'élection ou d'éviction du formalisme. Mais outre le fait que ce fondement demeure envisageable, l'article 1134 du Code civil, ici en son premier alinéa, associé à l'article 1135, ont permis d'étendre la portée d'une licence de droit d'auteur. Selon la Cour de cassation : « (...) la prohibition contractuelle de l'emploi publicitaire d'un cliché dont le droit de reproduction avait été acquis pour illustrer la couverture d'un magazine ne s'étend pas, eu égard à la suite que l'usage donne à l'obligation d'après sa nature et sauf clause contraire spéciale expresse non relevée en l'espèce, à l'exposition publique de celle-là lorsqu'elle est faite pour la promotion des ventes de celui-ci »²⁷³³. Le recours à l'usage pour étendre le domaine d'une cession fût d'autant plus remarqué par la doctrine que le texte régissant la détermination de ce domaine, l'article L. 131-3 du CPI, est une disposition impérative.

A l'inverse, le droit commun a pu être lu dans une autre espèce par la Cour de cassation²⁷³⁴ comme un soutien possible à l'interprétation stricte du contrat, favorable au cédant titulaire du droit (en l'espèce un sous-cessionnaire). Par ailleurs, l'article 1134 du Code civil, en son alinéa premier, siège de la force obligatoire du contrat, a pu être utilisé comme fondement de la limitation de la durée d'une « cession »²⁷³⁵. Fondement préféré à une requalification de la cession en ce qu'elle était vraisemblablement : une licence à durée indéterminée.

²⁷³² La solution est suggérée par M. Caron (note précitée) dans la première branche de cette alternative : « (...) soit le contrat de réalisation du logiciel implique la cession des droits ou l'utilisation du logiciel ; soit, comme en l'espèce, il n'est pas formé, ce qui entraîne la restitution des acomptes versés. » .

²⁷³³ Cass. 1^{re} civ. 15 mai 2002 ; SNC Hachette Filipacchi et a. c. Sté Sygma, JCP E 2002, 1121, obs. Ch. Caron : « L'article 1135 du Code civil au pays du droit d'auteur : boîte à merveilles ou boîte de Pandore ? » ; D. 2002, p. 1908, obs. J. Daleau ; Ch. Caron, Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur, Prop. intell., avril 2003, n° 7, p. 127. (spéc. p. 137).

²⁷³⁴ Cass. civ. 1^{re} 8 juin 1999, CCE oct. 1999, p. 18, obs. Ch. Caron.

²⁷³⁵ J. Raynard, Le contrat d'exploitation de logiciels dépourvu de terme extinctif est-il encore un contrat à durée indéterminée ? (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 novembre 2001), Prop. ind., oct. 2002, Chron. 8.

746. Les articles 1162 et 1602 al. 2 du Code civil. Le contrat d'auteur étant parfois un contrat d'adhésion, rédigé à l'initiative du cessionnaire ou du licencié – « celui qui a stipulé » dans les termes de l'article 1162 du Code civil – on y a vu un argument supplémentaire pour l'interpréter en faveur de l'auteur²⁷³⁶. Mais le recours aux règles d'interprétation des contrats tirées du droit commun est à double tranchant et l'on pourrait en cas de cession *stricto sensu*, opposer à l'article 1162, l'article 1602 al. 2 du Code civil : « Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. ». Le droit commun des obligations n'a pas pour vocation première la protection du contractant qui s'avérera auteur. Si le droit commun peut souvent être invoqué à cette fin, il peut donc l'être aussi en sens contraire.

747. L'erreur obstacle. Le commanditaire d'une œuvre se voyant privé des droits d'exploitation qu'il avait cru obtenir en passant commande, pourrait-il invoquer un vice du consentement, en particulier l'erreur ? Ce fondement, quoique peu exprimé en jurisprudence, est en fait sous-jacent dans la plupart des espèces mettant en scène un commanditaire frustré des droits d'exploitation qu'il comptait acquérir ou louer en vue de réaliser une opération, un projet quelconque. Et comme le remarque M. Gaubiac, plus que le fruit d'une volonté, l'absence de respect du formalisme est davantage due à la croyance du cocontractant de l'auteur d'être investi du droit d'auteur²⁷³⁷. L'idée d'erreur du cocontractant de l'auteur transparaît ainsi dans bien des espèces.

A admettre que certaines de ces situations reflètent un vice du consentement, il ne s'agirait pas d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose, comme cela a déjà pu être jugé par ailleurs²⁷³⁸, mais plus vraisemblablement d'une erreur obstacle au consentement. Cette erreur est le fruit d'un « malentendu radical »²⁷³⁹. Au-delà d'un simple vice du consentement, elle fait obstacle à la formation même du contrat. L'erreur obstacle se décompose en l'erreur sur la nature et l'erreur sur l'objet du contrat. Il est possible que le commanditaire se croyant licencié commette l'erreur obstacle aux deux titres. D'une part, sur

²⁷³⁶ J. Cayron, La situation du photographe dans les contrats de cession de droit d'auteur, LÉGIPESSÉ 2003, n° 205, II, p. 129.

²⁷³⁷ Y. Gaubiac, La théorie de l'unité de l'art, RIDA, janv. 1982, n° 111, p. 3. – Un autre auteur dresse de la pratique un constat des plus justes : « Des délits, il y en a plus que des contrats. Des plus simples dans ses stipulations, le contrat d'auteur est technique dans sa mise en œuvre. L'entreprise est souvent un contractant profane et occasionnel du droit d'auteur, qui peut facilement se méprendre sur la nature et l'étendue de ses obligations. » E. Arfi, *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec IRPI, 2005, n° 526.

²⁷³⁸ Notamment : l'ex. de l'erreur de l'éditeur sur l'authenticité d'un témoignage qu'il publie, v. A. et H.-J. Lucas, *op. cit.* n° 656.

²⁷³⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd. Dalloz, 2009, n° 210.

la nature du contrat : un simple contrat de service et non un tel contrat assorti d'un contrat de droit d'auteur. D'autre part, sur l'objet du contrat, car ici l'identité de la chose est en jeu : l'acquisition d'un objet corporel en lieu et place de « l'œuvre » au sens du livre premier du CPI. La sanction de l'erreur, fût-elle un obstacle au consentement, est pourtant la nullité relative²⁷⁴⁰. A défaut de reconnaître la formation d'un contrat tacite, cette sanction permettrait à celui qui se croyait licencié d'être dégagé de sa commande inutile.

Le droit commun intervient donc dans la question de la formation de la licence de droit d'auteur. Il s'agit à présent de changer de point d'observation et d'envisager la licence dépourvue de formes comme une manifestation du droit commun du droit d'auteur.

B – Le formalisme exclu de la licence, manifestation du droit commun du contrat de droit d'auteur : éléments de régime

748. L'intérêt de restreindre ce formalisme à son domaine légal est de permettre la conclusion et la preuve de licences selon le droit commun des contrats. Or, ce retour, parfois justifié au droit commun, ne devrait pas inférer la qualification du contrat en cession *stricto sensu*. Comme nous l'avons vu, la qualification de licence pourrait être une manière équilibrée de régler certains cas litigieux sans remettre en cause l'efficacité des contrats. Le contrat de licence cessera après la première exploitation qu'il est légitime de concéder au commanditaire ou à l'employeur. Les exploitations secondes nécessiteront une autre autorisation.

749. Quel régime cette référence au droit commun pourrait-elle se voir appliquer ? Il est vrai que l'article 1714 du Code civil rappelle le principe du consensualisme : « On peut louer, ou par écrit ou verbalement (...) ». Or, une strate supplémentaire, un droit « spécial » du bail de droit commun, vient s'intercaler et perturber la solution retenue sur ce point. Ainsi, le résultat de ce travail de qualification est-il opportun en matière de licence sans écrit ? En effet, le régime du Code civil applicable à ce « bail verbal » apporte une restriction au régime relativement libéral du droit commun : l'article 1715 du

²⁷⁴⁰ Ce malgré la théorie classique qui prône une nullité absolue, v. par ex. : *Ibid.*, n° 226. Comp. en faveur de l'inexistence du contrat, tout en constatant que les juges relèveront que le contrat ne s'est pas formé, ce qui est équivalent, v. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I – Contrat et engagement unilatéral*, 2^e éd., PUF, Coll. Thémis, 2010, p. 303.

Code civil²⁷⁴¹ dispose que le bail qui n'a pas reçu d'exécution ne peut se prouver par témoins, y compris si son montant est inférieur à celui de l'article 1341 du même code (1500 €). Le commencement de preuve par écrit est alors exclu, de même que l'invocation de l'impossibilité morale ou matérielle de se procurer un écrit. Restent les cas marginaux du serment, ou de l'aveu. Un écrit sera donc indispensable pour prouver le bail sans commencement d'exécution. Une telle solution pourrait perturber l'intérêt d'une licence soustraite aux articles L. 131-2 et 3 du CPI. *A contrario*, le bail qui a reçu un commencement d'exécution doit pouvoir être prouvé par tous moyens²⁷⁴² (présomption, témoignage, etc.). Or, cette exécution se prouvant elle-même par tous moyens, cela équivaut dans les faits à « rendre libre la preuve du bail verbal exécuté »²⁷⁴³.

Cependant, une constante : la preuve de la durée se fera également par écrit et à défaut, le bail sera considéré comme conclu pour une durée indéterminée assortie d'une faculté de résiliation unilatérale avec préavis (art. 1736 C. civ.)²⁷⁴⁴. En effet, si la preuve du contenu du bail (délimitation de l'étendue des droits loués, destination) relève du droit commun, c'est à l'exception notable du loyer (preuve par quittances délivrées par le bailleur, expert ou serment du bailleur), d'une part ; de la durée, qui sera de ce fait nécessairement indéterminée, d'autre part. La rupture se fera de manière unilatérale avec préavis, en fonction des usages ; en revanche, rien ne devrait permettre au juge de fixer une durée du contrat en référence à ces usages.

750. L'exclusion du régime du bail verbal. Cette strate de droit spécial empêchant d'atteindre la solution recherchée dans le droit commun peut cependant être contournée. D'une part, si la référence est ancienne, ce régime (art. 1715 et 1736 C. civ.) n'a pas vocation à s'appliquer au bail mobilier, qui relève sur ces points du droit commun²⁷⁴⁵. D'autre part, et plus sûrement, il est constant que ce régime spécial cède en présence d'un

²⁷⁴¹ Article 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 peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. ».

²⁷⁴² Par ex. Cass. 3^e civ. 26 févr. 1971, Bull. III, n^o 147 ; RTD civ. 1971, p. 867, obs. G. Cornu. V. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n^o 650 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n^o 309.

²⁷⁴³ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷⁴⁴ 1736 C. civ. : « Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux. ».

²⁷⁴⁵ Cass. req. 28 juin 1892 DP 1892, I, 417. – En ce sens : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n^o 426 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n^o 601 ; Cass. civ. 16 août 1882, Bull. n^o 178 ; DP, 1883. 1.213 ; S., 1884. I. 33, note Esmein : « Vu les articles 1302 et 1733 du Code civil ; Attendu qu'il résulte du rapprochement des articles 1709, 1711 et 1713 du Code civil que les règles générales applicables au louage des biens immeubles, le sont également au louage des biens meubles, autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses ».

régime « très spécial »²⁷⁴⁶ : c'est le cas du bail commercial, du bail d'habitation et de la licence de droit d'auteur²⁷⁴⁷. La particularité en notre matière est que ce régime spécial de preuve (art. L. 131-2 CPI) ne fixe pas une durée précise au bail, mais opère selon un procédé connu de « renvoi inversé du droit spécial vers le droit commun »²⁷⁴⁸ (ici, les articles 1341 à 1348 c. civ.). En admettant qu'il existe des degrés dans ce qui est commun et ce qui est spécial²⁷⁴⁹, le droit spécial d'auteur opère ici un renvoi direct au droit commun des obligations, en esquivant le niveau intermédiaire représenté par un aspect du régime du bail.

751. Conclusion du Chapitre 1. Considérer la licence dépourvue de formalisme comme le « droit commun » de la formation du contrat d'auteur peut apparaître singulier, dans la mesure où ce formalisme est présenté en doctrine comme un trait caractéristique du droit contractuel d'auteur, une « théorie générale des obligations artistiques »²⁷⁵⁰. L'exception que constitue le droit des contrats d'auteur au sein de la théorie générale du contrat constituerait en elle-même, à son niveau, une forme de droit commun. Or, l'étude du droit positif nous a conduits à assigner au formalisme un domaine véritablement spécifique, borné par l'article L. 131-2 du CPI.

En effet, voir dans le formalisme le droit commun du contrat en droit d'auteur s'inscrit dans une confusion, parfois voulue, entre l'opération d'autorisation d'exploiter le droit d'auteur (licence ou cession) et le contrat spécial d'exploitation de ce droit (édition, représentation, production audiovisuelle). Ne voir l'autorisation qu'à travers le prisme du contrat spécial d'exploitation conduit à généraliser l'application du statut spécial du contrat d'édition à toute cession du droit de reproduction²⁷⁵¹. C'est également la doctrine qui, sans souscrire entièrement à ce rapprochement, maintient l'idée selon laquelle le contrat d'édition représente une sorte de droit commun des contrats d'auteur²⁷⁵². Or, le contrat d'édition est,

²⁷⁴⁶ Par ex. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 5.

²⁷⁴⁷ Evoquant la licence de droit d'auteur au titre des statuts spéciaux exigeant la rédaction d'un écrit, mais admettant « l'équivoque » qui règne sur la signification de cette exigence, v. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 308.

²⁷⁴⁸ N. Molfessis, Le renvoi d'un texte à un autre, in *Les mots de la loi*, N. Molfessis (dir.), Economica, 1999, p. 55, n° 18. En pareil cas, ce recours au droit commun permet de délimiter le droit spécial.

²⁷⁴⁹ Sur le sujet, v. les références d'articles cités en Introduction (n° XV et s.), par ex. D. Mazeaud, L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, dir. G. Pignarre, Dalloz, 2005, p.73, spéc. n° 2. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 2 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 5.

²⁷⁵⁰ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 449 (Titre de section).

²⁷⁵¹ S. Joly, thèse préc., n° 286 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989. n°167. Sur l'application de l'article L.132-7 du CPI imposant le consentement personnel de l'auteur au contrat d'édition (voir *supra* n° 649 et ss.).

²⁷⁵² Par ex. la présentation des contrats du droit d'auteur faite par Linant de Bellefonds. Après une division consacrée aux règles communes à tous les contrats de la matière, « CH 10 Les contrats d'exploitation », l'auteur

par son histoire et sa construction, un modèle du contrat d'exploitation du droit d'auteur, mais il n'a pas vocation (doit-on le regretter ?) à régir toute autorisation portant sur le droit d'auteur. Il est difficile d'admettre que les contrats primaires mettant en relation l'auteur à son premier exploitant, et concernant souvent des créations au cœur de la propriété littéraire et artistique (roman, pièce de théâtre, long métrage...) soient reléguées au rang d'« exceptions ». Ces critiques sont plus symboliques que strictement juridiques, si l'on veut bien rappeler la place qu'occupent dans notre droit les conventions faisant l'objet d'un régime spécial et impératif, qui n'ont pas pour autant vocation à gérer des intérêts négligeables²⁷⁵³.

Cette présentation des contrats spéciaux et de leur régime impératif en droit d'auteur est en cela comparable à la « géographie » des contrats spéciaux du droit civil ou du droit commercial. Si le droit commun du contrat se conçoit à l'origine comme une synthèse dans un premier temps doctrinale de contrats spéciaux, la doctrine actuelle s'accorde sur le constat de l'effacement actuel de ces statuts spéciaux au profit de statuts plus spécifiques encore et impératifs²⁷⁵⁴. Il en résulte des contrats récemment réglementés pour protéger des intérêts fondamentaux dans les opérations les plus usitées et mettant en jeu des parties économiquement ou techniquement inégales, d'une part ; un « fonds » commun, parfois plus concis, d'essence libérale, censé constituer une base permettant de suppléer aux manques des statuts spéciaux, d'autre part. En droit, affirmer qu'une règle tient de l'exception et une autre du principe relève de la logique. Il ne s'agit que d'une question de point d'observation, qui ne préjuge en rien de l'importance économique (quantitative), conceptuelle, culturelle (qualitative), de l'exception. En conclusion, la licence n'apparaît plus uniquement en contrat spécial du droit d'auteur, mais également en droit commun de la mise à disposition du droit d'auteur. Un mécanisme de base, commun à toutes sortes d'opérations, sur lequel peuvent se greffer des statuts spéciaux d'ordre public, au premier rang desquels certaines exigences provenant d'un formalisme contractuel.

consacre une division au contrat d'édition, « Ch. 11 Le contrat d'édition », puis une autre division est intitulée « Ch. 12 Les contrats spéciaux du droit d'auteur ». Une telle présentation suggère la place à part du contrat d'édition, laissant penser que ce contrat participe d'un droit commun des contrats d'auteur. X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*

²⁷⁵³ Comp. Le sort réservé au droit commun du cautionnement en est une illustration au point que l'on se demande si les règles de forme insérées au Code de la consommation ne sont pas le siège du droit commun de ce contrat, v. D. Mazeaud, *L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux*, *op. cit.*

²⁷⁵⁴ V. par ex. Ph. Rémy, La jurisprudence des contrats spéciaux, Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, PUF, p. 103 (spéc. p. 110 : « Les contrats très spéciaux chassent les contrats spéciaux. »).

Chapitre 2 – L'exécution de la licence et son apport au contrat d'exploitation du droit d'auteur

752. Similitude apparente des régimes et intérêt confirmé du travail de qualification. Certains constats que nous ferons pourront heurter le principe selon lequel la nature commande le régime²⁷⁵⁵. Certes, à des différences de nature entre licence et cession correspondront nécessairement des différences de régimes. Cependant ces différences tiendront par leur importance, principalement aux éléments qui entrent en jeu dans la qualification du contrat²⁷⁵⁶ ; il ne sera donc pas nécessaire d'y revenir systématiquement. Pour d'autres éléments plus secondaires (obligation d'exploiter, délivrance, garantie, détermination du prix) une différence de qualification ne correspondra pas systématiquement à une différence de régime autre que celle qui a justifié la différence de qualification²⁷⁵⁷. Ce constat est parfois utilisé pour dénier la distinction entre cession et licence, au profit d'une formule unitaire, fatalement originale de « cession »²⁷⁵⁸. On induit ainsi de traits souvent communs de régimes, une unité de qualification de situations pourtant des plus disparates. Ressurgissent alors d'anciens réflexes fixant l'attention sur la nature, spéciale, originale, voire quelque peu mystérieuse du bien qu'il actionne²⁷⁵⁹. Cette attraction de la « matière » sur la qualification du contrat ruine l'effort de rationalisation consistant à identifier le contrat selon son contenu voulu par les parties, tout en tenant compte de la loi impérative, c'est-à-dire selon la nature et les effets des liens qu'il tisse. Le constat signifie-t-il pour autant une perte de sens du travail de qualification contractuelle en droit d'auteur ?

Encore faudrait-il, pour valider un tel constat, que cette situation soit propre au droit d'auteur. Or, le droit d'auteur n'est pas la seule discipline où l'on constate que là où les qualifications divisent, compartimentent, les régimes, souvent, unifient, mettent en commun

²⁷⁵⁵ J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 255.

²⁷⁵⁶ Durée, exclusivité, titularité de l'action en contrefaçon, libre disposition du droit.

²⁷⁵⁷ Certains constateront en ce sens qu'en droit d'auteur, à des qualifications variées correspondent un régime unifié, pour chaque contrat. (N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, par ex. n° 503). Mais la lecture de cette recherche montre également une certaine unité de ces régimes entre eux.

²⁷⁵⁸ V. l'exposé des différentes thèses en ce sens : *supra* n° 13 et ss.

²⁷⁵⁹ Proposant ainsi une reclassification des contrats selon la nature du bien concerné (immeuble, incorporel, mais aussi « ce bien très spécial qu'est l'aliment », v. F. Collart Dutilleul, La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens, in *Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, Débats, RDC, avril 2006/2, p. 604.

au nom d'intérêts supérieurs ou, du moins, d'identités de situations. *Étonnamment, l'œuvre de synthèse que l'on peut voir dans la démarche scientifique de la qualification apparaît dans toute son intensité lorsqu'il s'agit de relier entre eux les régimes d'objets de différentes natures.* Le droit d'auteur serait donc un reflet d'une tendance générale de notre droit des contrats : à la spécialisation généralement constatée et critiquée, devrait répondre l'élaboration d'éléments communs, réduisant l'intérêt de qualifications qu'ils transcendent. La présence d'éléments de régime communs à tous les contrats du droit d'auteur ne signifie donc pas que leurs qualifications ne soient pas variées, ou ne présentent pas d'intérêt, mais participe du mouvement constaté ou du moins souhaité en droit privé en général : l'émergence d'une « théorie générale des contrats spéciaux »²⁷⁶⁰ ou encore d'un « droit commun spécial »²⁷⁶¹, souvent impératif dans notre matière, précisément destiné à échapper en partie à ces qualifications, ou du moins à les « décloisonner »²⁷⁶².

Ce qui reste de différences de régime entre cession et licence est cependant fondamental : l'esprit de retour propre à la licence qui se manifesterà lors du terme du contrat. Notons encore l'exclusivité et la possibilité de défendre son droit ou d'en disposer, éléments essentiels à la cession, facultatifs dans la licence. Ces éléments déterminants en termes de qualification, car ils sont les indices concrets de la présence ou de l'absence d'un effet réel ou personnel, sont également des éléments de régime essentiels et déterminants en pratique. Les points communs que l'on relèvera entre cession et licence sont souvent des éléments seconds. D'autres éléments de régime, en germe car peu éprouvés en jurisprudence, traduiront la force de la distinction de nature entre la licence et la cession.

753. Plan. Si le travail de qualification impose le traitement exhaustif des éléments aptes à orienter la qualification, l'étude du régime du contrat ne peut prétendre à pareille complétude. Nous nous concentrerons donc sur les éléments que nous estimerons les plus significatifs, en les classant dans un souci premier de clarté. Rappelons que la licence a pour première fonction de rendre licite l'exploitation de l'œuvre par un autre que l'auteur,

²⁷⁶⁰ Concluant à la nécessité d'inventer cette théorie (qui reste cependant largement indéfinie) v. : Ph. Jestaz, L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 117. V. en ce sens : G. Cornu, Introduction (Droit des contrats spéciaux), in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 99 ; V. également l'Introduction (Théorie générale du contrat) de M. Carbonnier, spéc. p. 31. V. également la série d'articles publiés sur ce thème : « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », *Débats*, RDC, avril 2006/2, p. 597.

²⁷⁶¹ P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825. Ce mouvement n'est pas neuf, v. les références citées par cet auteur.

²⁷⁶² A. Bénabent, Les difficultés de la recodification, in *Le Code civil « 1804-2004 » Le livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 245.

mais qu'elle n'organise pas concrètement cette exploitation. Au stade des qualifications, nous avons contesté la démarche consistant à qualifier les contrats d'exploitation du CPI²⁷⁶³ de vente (cession), bail (licence), entreprise, etc. les affublant ainsi d'une *fausse unité*²⁷⁶⁴. Pour une meilleure lecture des contrats de la matière, il importe donc distinguer les apports respectifs du contrat organisant l'exploitation, des apports de la licence. Le régime du contrat, excepté ce qui relève de sa formation traitée plus haut, a trait à son contenu obligationnel (*Section 1 – Obligations des parties au contrat de licence et règles impératives du contrat d'exploitation du droit d'auteur*), d'une part ; à la réalisation de l'effet de retour, concrétisant la nature temporaire du droit du preneur (*Section 2 – Obligations des parties au contrat de licence et réalisation de l'effet de retour*), d'autre part.

Section 1 – Obligations des parties au contrat de licence et règles impératives du contrat d'exploitation du droit d'auteur

754. Plan. Poursuivons notre distinction de la licence et du contrat porteur d'un contenu impératif, organisant l'exploitation de l'œuvre. Certains éléments relèvent du contrat d'exploitation du droit d'auteur ; ils correspondent globalement aux obligations de l'exploitant (*§1 – Éléments obligatoires relevant du contrat d'exploitation : l'auteur créancier*). D'autres relèvent de l'autorisation conférée par l'auteur à l'exploitant, et correspondent globalement aux obligations de l'auteur (*§2 – Éléments obligatoires relevant de la licence : l'auteur débiteur*).

§ 1 – Éléments obligatoires relevant du contrat d'exploitation : l'auteur créancier

755. Plan. Le fait de savoir si tel élément de régime relève de toute autorisation d'exploiter l'œuvre ou de certains régimes impératifs organisant cette exploitation prête naturellement à des débats d'autant plus vifs que les enjeux ne sont parfois qu'accessoirement théoriques. En effet, une partie substantielle des dispositifs protecteurs de l'auteur se trouve,

²⁷⁶³ Contrat d'édition, de représentation, de production audiovisuelle et de commande pour la publicité, auxquels on peut ajouter les variantes : édition numérique, « achat » de droits TV, etc. ainsi que des contrats véritablement innommés.

²⁷⁶⁴ Pour une critique de la démarche consistant à « nier la complexité pour la réduire à une fausse unité par le jeu abusif de la règle de l'accessoire et d'une interprétation déformante des catégories », v. P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, art. préc., v. spéc. p. 833.

non pas dans le « droit commun »²⁷⁶⁵ de la matière, mais dans le régime de certains contrats d'exploitation²⁷⁶⁶. L'impératif de protection de l'auteur que l'on induit de ces règles « très » spéciales, interprétées à l'aune de la tradition française, les rendrait-elles extensibles à toute mise à disposition de l'œuvre ? Une contradiction s'épanouit entre la règle d'interprétation *Exceptio est strictissimae interpretationis* et l'esprit de la loi, tourné vers la protection de l'auteur, partie faible, qui aspire à une certaine généralité²⁷⁶⁷. On constate, coïncidence ou lien causal, que les éléments prêtant au débat relèvent essentiellement de la détermination du contenu ou de l'étendue des obligations du licencié exploitant.

Si l'on songe à l'obligation d'exploitation à laquelle est relié un prix, il est difficile de déterminer ce qui relève de l'autorisation de ce qui relève de chaque contrat d'exploitation. Curieusement, les arguments les plus convaincants en faveur de l'extension de la règle spéciale se trouveront dans le droit commun des obligations (*I – L'obligation d'exploiter du licencié, fondée par le contrat spécial d'exploitation*). L'obligation de payer un prix suit généralement, quoique non systématiquement, l'obligation d'exploiter. Pourquoi évoquer à nouveau la question du prix ici ? Élément de qualification du contrat lorsqu'il s'est agit d'observer son existence et sa nature²⁷⁶⁸, le prix devient un élément de validité du contrat concourant à sa formation lorsqu'il s'agit d'en évaluer la détermination. Mais le prix est également étudié en élément de régime et c'est à ce titre qu'on le traitera ici. En effet, l'admission d'une certaine indétermination du prix dans les contrats d'exploitation du droit d'auteur détache cet élément des conditions de formation du contrat d'exploitation. C'est pourquoi la détermination du prix, lorsqu'elle est laissée, fût-ce très partiellement, à l'appréciation de l'une des parties, ne devrait pas être traitée au titre des éléments constitutifs du contrat, mais au titre d'élément de régime. Il s'agira de déterminer encore sur ce point ce qui relève de la licence et ce qui relève du contrat d'exploitation (*II – Le régime du prix : l'influence réciproque de la licence et du contrat d'exploitation*).

²⁷⁶⁵ Les titres I, II et le premier chapitre « Dispositions générales » du titre III « Exploitation des droits » du Livre I^{er} du CPI.

²⁷⁶⁶ Sur la qualification de ces contrats, (v. *supra* n° 527 et ss.).

²⁷⁶⁷ A l'image du droit d'auteur lui-même qui a vocation à englober une grande variété d'objets.

²⁷⁶⁸ L'existence ou l'absence de prix est, comme nous l'avons vu, une pièce essentielle du travail de qualification, en tant que critère objectif départageant titre onéreux et titre gratuit. La nature de l'autorisation (bail, prêt, vente, donation) est donc en partie liée à l'existence du prix. En revanche nous avons vu que les contrats d'exploitation pouvaient sans risque de disqualification emporter ou non un prix, à l'exception du cas d'école du contrat de commande pour la publicité, dont le régime semble conçu en considération du régime de la rémunération de l'auteur.

I – L’obligation d’exploiter du licencié, fondée par le contrat spécial d’exploitation

756. Plan. Prétendue ou du moins souhaitée par la doctrine majoritaire, l’obligation générale d’exploitation qui pèserait sur tout cessionnaire ou licencié de droit d’auteur est loin d’emporter la conviction du législateur tout comme celle du juge. Un bref rappel du droit positif mettra en évidence les contradictions manifestes entretenues sur ce point avec la doctrine. Cette opposition, et le maniement des instruments des droits commun et spécial qu’elle stimule, nous incitera à prendre parti sur une question richement débattue²⁷⁶⁹ (A - L’état du droit positif ; B - Discussion).

A – L’état du droit positif

757. Plan. Cet état du droit positif nous conduit à constater l’absence de principe légal d’obligation générale d’exploitation (1), se traduisant logiquement par la négation prétorienne de toute obligation générale en ce sens (2).

1 – L’absence de principe légal d’obligation générale d’exploitation

758. Des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, spécifiques à certains contrats, décrivent toutefois contours et modalités de cette obligation. Ainsi, le contrat d’édition, archétype du contrat d’exploitation de droit d’auteur, charge l’éditeur, aux termes de l’article L.132-1 du CPI, de l’engagement de fabriquer et diffuser l’œuvre dont le droit de reproduction lui a été « cédé ». La richesse de cette obligation, détaillée dans ses moindres modalités par le Code, peut néanmoins être réunie en son article L. 132-12 : « L’éditeur est tenu d’assurer à l’œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession. ». Nous avons déjà traité du contenu de cette obligation et constaté que les actes qu’elle imposait, relevant d’obligations de faire, dépassaient largement les actes d’emprise d’un licencié, par leur contenu, mais également par leur caractère impératif.

²⁷⁶⁹ Sur les conséquences de ce débat sur la désignation de la loi applicable en droit international privé (pour que l’obligation d’exploitation soit « la prestation caractéristique » d’un contrat, encore faut-il qu’elle existe ...), v. dernièrement : T. Azzi, Les contrats d’exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions, RIDA oct. 2007, n° 214, p. 3 (v. spéc. n° 13 et ss.). V. les références citées.

Quoique le contrat de production audiovisuelle soit le fruit d'une tradition plus récente, nous remarquons qu'il prenait pour modèle le contrat d'édition pour offrir à l'auteur un cadre juridique comparable. Le producteur de l'œuvre audiovisuelle bénéficie d'une présomption de cession des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre (art. L.132-24 du CPI). La contrepartie de cette cession consiste en l'obligation d'assurer « une exploitation conforme aux usages de la profession » (art. L.132-27), et la rémunération correspondante (art. L.132-25). Là encore, le contenu de cette obligation, tenue pour moins contraignante, ne se borne pas à la mise en œuvre du droit loué ou cédé, mais il est porteur d'obligations de faire, irréductibles aux qualifications de licence et de cession.

Mais il n'en va pas de même pour le contrat de représentation de l'article L.132-18 du CPI qui ne fait état que d'une *autorisation*, et d'une *faculté* s'agissant du contrat général de représentation. L'article L. 132-22 du CPI, quant à lui, ne doit pas tromper l'interprète. Il dispose que : « L'entrepreneur de spectacles doit assurer la représentation ou l'exécution publique dans des conditions techniques propres à garantir le respect des droits intellectuels et moraux des auteurs. ». Mais cette disposition n'est qu'une redondance, un rappel fait au partenaire contractuel de l'auteur que sa charge induit, en cas d'exploitation, le respect des droits moraux, et non l'affirmation du caractère impératif de cette exploitation dans son principe²⁷⁷⁰. En effet, comme nous l'avons vu, le caractère obligatoire du respect des droits moraux dans le cadre de l'exploitation n'implique pas nécessairement le caractère obligatoire de cette exploitation. Cette carence du contrat de représentation ne peut que confirmer à son tour celle des contrats de « second rang » n'intéressant parfois qu'indirectement l'auteur. Ces contrats « d'achat » ou de location d'œuvres audiovisuelles, participant de la licence, sont volontiers, quoique sans unanimité, rattachés au contrat de représentation²⁷⁷¹. Le rattachement à cette figure contractuelle rend plus insondable encore la source d'une obligation d'exploitation. Notons enfin une disposition souvent négligée du CPI au sujet des « cessions » portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle intervenant consécutivement à un contrat d'édition : « Le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession et à verser à l'auteur, en cas d'adaptation, une rémunération proportionnelle aux recettes perçues. »²⁷⁷². Généralement tenue pour porteuse d'une obligation de moyens, cette disposition ne porte vraisemblablement aucun engagement d'exploitation. On peut la lire comme une volonté du législateur de ne pas

²⁷⁷⁰ Le contrat d'édition (art. L. 132-11 al. 2 et 3) à la différence du contrat de production audiovisuelle, contient de tels rappels, mais ce n'est pas de cet article que provient l'obligation d'exploiter l'œuvre.

²⁷⁷¹ V. *supra* n° 597 et ss.

²⁷⁷² Art. L. 131-3 al. 4 du CPI.

soumettre l'éditeur à un mode d'exploitation qu'il ne maîtrise pas. Son application devrait être cantonnée au contrat accompagnant le contrat d'édition et non pas servir de fondement à une obligation d'exploitation du producteur. L'esprit de la loi décelé dans les travaux parlementaires est en ce sens²⁷⁷³, argument dont le juge semble cependant faire peu de cas²⁷⁷⁴.

Notons enfin que le récent article L. 132-36 du CPI²⁷⁷⁵ relatif aux relations entre le journaliste et son employeur, tout en garantissant au premier la rémunération de sa prestation même en cas de non-publication, évoque, ce qui allait déjà de soi, la faculté pour le second de ne pas l'exploiter.

2 – La négation prétorienne de toute obligation générale d'exploitation

759. Cette négation est particulièrement explicite dans le cadre de contrats mettant en jeu le droit de représentation, contrat de représentation proprement dit, ou ses dérivés, les contrats de diffusion d'œuvres audiovisuelles par exemple. La circonstance est qu'il s'agit fréquemment de licences, ce qui n'est qu'une corrélation, comme on l'a déjà démontré.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a dû rappeler que les parties à un contrat de représentation télévisée pouvaient, dans leur engagement, faire de cette *autorisation* de représentation une véritable *obligation*²⁷⁷⁶. La Cour se livre ici à un exercice didactique au point de rappeler aux parties toutes les ressources potentielles que leur offre la liberté contractuelle. Mais surtout, lue *a contrario*, la décision rendue démontre que cette simple faculté de représentation, abandonnée à la volonté des parties, atteste de l'absence d'une quelconque obligation légale.

²⁷⁷³ V. Travaux parlementaires de la loi du 3 juillet 1985, Sénat, séance du 17 juin 1985, p. 1257, d'où il ressort que le texte porte une obligation de moyens (intervention de M. Carat et de M. Gouteyron), d'une part ; que le texte ne vise que l'éditeur (intervention de M. Jean Colin), d'autre part. Relevant ces arguments, v. A. Singh, C. Marinetti, L'obligation du producteur d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, L'Égipresse 2005, II, p. 16.

²⁷⁷⁴ Faisant porter au producteur une obligation de rechercher une exploitation (obligation de moyens) sur le fondement de l'art. L. 131-3 al. 4 du CPI, v. CA Paris, 4^e Ch., s. B, 4 mai 2001, n^o Juris-data 2001-143829 ; CA Paris, 4^e Ch., s. B, 14 mars 2003, n^o Juris-data 2003-207700, cités par : A. Singh, C. Marinetti, art. préc.

²⁷⁷⁵ Article L. 132-36 du CPI issu de la loi n^o2009-669 du 12 juin 2009 : « Par dérogation à l'article L. 131-1 et sous réserve des dispositions de l'article L. 121-8, la convention liant un journaliste professionnel ou assimilé au sens des articles L. 7111-3 et suivants du code du travail, qui contribue, de manière permanente ou occasionnelle, à l'élaboration d'un titre de presse, et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées. ». A lire avec l'article L. 7113-2 du Code du travail : « Tout travail commandé ou accepté par l'éditeur d'un titre de presse au sens de l'article L. 132-35 du code de la propriété intellectuelle, quel qu'en soit le support, est rémunéré, même s'il n'est pas publié. ».

²⁷⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 1974, Bull. I, p.109. RIDA, juill. 1974, p. 124. Contre cette interprétation *a contrario*, v. J. Matthyssens, L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs, RIDA LXXXIII, janv. 1975, p. 3. V. également N. Blanc, *op. cit.*, n^o 123, p. 116, note de bas de page n^o 5.

Plus récemment, et sans ambiguïté, la même solution apparaît à l'occasion d'un autre contrat portant licence exclusive des droits d'exploitation télévisée d'une œuvre audiovisuelle²⁷⁷⁷. Il a été jugé ainsi par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt très critiqué dit « *Teledis* »²⁷⁷⁸ que, quoique le paiement du prix soit subordonné à la diffusion d'une œuvre, la simple « cession » des droits d'une œuvre audiovisuelle n'entraînait pas, pour son « cessionnaire », l'obligation d'opérer cette diffusion, et de ce fait de payer la rémunération du cocontractant. Plus récemment encore, s'agissant de l'incorporation de tableaux (du peintre Zao Wou Ki) dans un film publicitaire pour le compte de la société Chanel, il a été jugé que le prix de « cession » des droits de *reproduction et de représentation*²⁷⁷⁹ ne devait pas être payé au peintre, faute d'exploitation effective du film : « la Cour d'appel a exactement retenu que la représentation n'étant réalisée, aux termes de l'article L. 122-2 du CPI, que par la communication de l'œuvre au public, le paiement de la rémunération, tel qu'il était contractuellement prévu pour le droit de représentation était subordonné, dans l'intention des parties, à l'exploitation du film qui n'a pas eu lieu »²⁷⁸⁰. Le fait que la Cour ait eu à interpréter une convention imprécise, ou encore qu'il s'agisse ici de films publicitaires, dont le destin devrait être normalement soumis à l'aléa d'une stratégie de communication, ne doit pas tromper sur la clarté et le sens de cet arrêt. Il ne fait que rappeler l'absence de principe d'obligation d'exploiter l'œuvre cédée « purement et simplement » ou concédée en licence. Ces quelques éléments, loin de tarir la discussion, constitueront son ouverture.

B – Discussion

760. Plan. Le débat dans le sens d'une généralisation de l'obligation d'exploitation, mené en droit d'auteur (*I*), gagnera à être complété d'une comparaison avec la propriété industrielle, matière connaissant des problématiques comparables (2). En effet, les

²⁷⁷⁷ Nous sommes dans le cas déjà observé où celui qui fait office de « distributeur » n'agit pas en simple mandataire, mais en « cessionnaire ». Cette « cession » assortie d'un terme était en fait une licence. L'exclusivité n'est pas mentionnée dans l'arrêt, mais elle se déduit aisément des circonstances : par ex. le litige naît d'une proposition « d'achat » faite par une chaîne de télévision au producteur, ce qui en cas de licence non exclusive n'aurait pas empêché le producteur de contracter.

²⁷⁷⁸ Cass. com. 19 juin 1990, *Teledis c. Vauban*, JCP E, 1991, I, 104, n°19, obs. J.M. Mousseron, J. Raynard ; D. 1991, p. 436, note P.-Y. Gautier.

²⁷⁷⁹ La Cour de cassation confirme la formule de la cour d'appel : « le droit de reproduction se confondait avec le droit de représentation », ce qui est normalement le cas concernant d'exploitation d'une œuvre audiovisuelle.

²⁷⁸⁰ Cass. civ. 1^{re} 14 juin 2000, *RIDA* 187 janv. 2001, p. 265.

deux matières mêlent divers arguments tirés de leurs spécificités qui prennent souvent appui sur le droit commun. Elles pourraient, sur ce point, s'enrichir mutuellement.

1 – Discussion en droit d'auteur

761. Plan. Tentative de convergence du droit commun et du droit spécial en faveur de l'auteur. La lecture de la doctrine en témoigne, la majorité des auteurs est encline à reconnaître une obligation d'exploitation tant cette dernière s'intégrerait naturellement à une interprétation *in favorem auctoris* du contrat d'auteur. Les arguments se singularisent par leur nombre, leur qualité et leur autorité, bien davantage que par leur portée sur le droit positif. Les arguments sur lesquels nous soutiendrons la discussion paraissent disparates au premier abord. Ils peuvent être regroupés en deux familles leur assurant une certaine cohérence. Certains arguments sont puisés dans le CPI, réalisant la mobilisation de la loi spéciale en faveur des intérêts de l'auteur (*a*) ; d'autres seront tirés du droit commun des obligations, réalisant un appel du droit spécial déficient au droit commun (*b*).

a) Obligation d'exploitation : la mobilisation de la loi spéciale

762. Plan. L'obligation d'exploitation pourrait se fonder sur les droits moraux de l'auteur (*a*) ainsi que sur la logique interne de la loi spéciale (*β*).

α – Le droit moral de l'auteur et l'obligation d'exploitation

763. On a pu invoquer le droit moral de l'auteur comme source de l'obligation d'exploitation de l'œuvre²⁷⁸¹. Ainsi, on suppose que l'auteur a entendu que l'exploitation qui motive de façon déterminante son engagement²⁷⁸², se fasse dans le respect des droits moraux qu'il tient de la loi. L'argument est séduisant : le contractant, chargé d'exploiter, n'est-il pas, à défaut d'en jouir lui-même, le « dépositaire » des droits moraux de l'auteur ?

Dans l'hypothèse de l'auteur dont la commande en cours de réalisation serait « annulée » par le maître d'ouvrage, le premier pourrait invoquer à l'encontre des prétentions du second « l'aspect positif du droit de divulgation et plus seulement sa fonction négative de

²⁷⁸¹ G. Gavin, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation française*, thèse, Dalloz, 1960, n° 157 ; P. Sirinelli, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse Paris II, 1985, p. 383 ; H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, p. 608 n° 492 (§4). Desbois évoque sur ce point l'intérêt « intellectuel et moral » de l'auteur.

²⁷⁸² On pourra donc relier cet argument du droit moral à celui relatif à la cause (V. *infra* n° 777 et ss.).

sanction. »²⁷⁸³. Cette interprétation audacieuse du droit de divulgation – quoique largement nuancée par son auteur au cours de son raisonnement ²⁷⁸⁴ – est associée à une vision également hardie du droit au respect : « le rayonnement, la fructification ressortissent bien, au moins pour partie, au respect dû à l'œuvre et à son créateur »²⁷⁸⁵.

A l'image d'autres arguments qui seront discutés dans cette division, ces analyses s'autorisent de la lettre de la loi, de son esprit. Or, rien dans celle-ci ne semble donner un tour positif à ce droit²⁷⁸⁶. Elles partagent aussi une faiblesse, celle de n'être pas reçues favorablement par la Cour de cassation. Par exemple, dans une décision rendue le 10 mai 1995 par la première chambre civile, un co-auteur, réalisateur d'une œuvre audiovisuelle de collaboration, prétendait que son droit de paternité était « méconnu, dès lors que le défaut d'exploitation des œuvres a pour effet de ne plus révéler le nom de l'auteur au public » ; la Cour affirmera au contraire « que la perte de notoriété invoquée par M. Dewever comme résultant de l'inexploitation des œuvres relève des droits patrimoniaux de l'auteur, et non de la protection du droit moral de l'auteur sur son nom »²⁷⁸⁷. Plusieurs arguments nous conduisent à soutenir le bien fondé de cette jurisprudence, plus précisément de la thèse consistant à détacher l'obligation d'exploitation du droit moral.

Tout d'abord, sur le droit au respect dû au nom de l'auteur (droit de paternité), si de toute évidence, la non-diffusion d'une œuvre peut causer un préjudice d'ordre moral à celui dont la notoriété ne s'en trouvera pas grandie²⁷⁸⁸, on ne voit pas en quoi cet état constituerait une contravention aux prérogatives morales de l'auteur, telles qu'énoncées aux articles L.121-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Comme y invite la doctrine, on ne

²⁷⁸³ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n° 233. Sur cette référence possible au droit de divulgation, voir, par ex. : M.-E. Laporte, Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, JCP G, 1991, I, 3540, p. 371.

²⁷⁸⁴ M. Gautier estime plus réaliste l'indemnisation sur le fondement des articles 1142 et 1784 du Code civil : « Le droit moral n'a pas nécessairement pour objet de faire sanctionner une non-exploitation. ». *Ibid.* n° 234

²⁷⁸⁵ *Ibid.* n° 239. En ce sens : B. Edelman : « Droit moral et non exploitation d'une œuvre audiovisuelle. », note sous : Cass. civ. 1^{re} 10 mai 1995, D. 1996, Jur. p. 114 : « L'exploitation présente un caractère mixte : d'un côté, il s'agit de faire fructifier l'œuvre, de l'autre cette fructification ne se suffit pas à elle-même, elle est le support de la notoriété. ».

²⁷⁸⁶ La question s'inscrit donc dans un débat bien plus vaste sur la nature juridique du droit moral. Une obligation d'exploitation fondée sur le droit de divulgation sous-tendrait l'existence d'un « droit de divulgation positif ». Or, il a été démontré que ce droit s'exerce essentiellement de manière « négative » (par ex. droit de l'auteur de ne pas divulguer et sanction des tiers divulguant sans autorisation de l'auteur) S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur (en droit allemand, français et scandinave)*, P.A. Norstedt Et Söners förlag, Stockholm, 1973, 2^e Partie, t. II, n° 198, b., p. 277 et s. – Pour d'autres références sur ce sujet : v. *supra* n° 314.

²⁷⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995, D. 1996, Jur., p. 114, note B. Edelman. En ce sens, par ex. : Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1968, D. 1969, p. 73, concl. Lindon ; CA Paris 28 mai 2003, CCE 2003, comm. n° 102, obs. Ch. Caron.

²⁷⁸⁸ Doit-on parler de *lucrum cessans* lorsque le gain manqué est d'ordre moral ?

confondra pas le préjudice causé par la violation du droit moral et le préjudice moral dans sa généralité²⁷⁸⁹.

Ensuite, sur le droit de divulgation, la seule lecture de la loi nous prescrit un ralliement au constat de M. Sirinelli : « le législateur n'a jamais envisagé un droit moral à la divulgation de l'œuvre qui permettrait à un auteur de contraindre n'importe quel éditeur à exploiter l'œuvre »²⁷⁹⁰. En effet, si la loi charge le licencié de veiller, au cours de son exploitation, à la préservation des droits moraux, cela n'explique pas en quoi la non-exploitation nuirait nécessairement à l'une de ces prérogatives spéciales. En d'autres termes, pour que l'argument tiré du droit moral persuade réellement, la question gagnerait davantage à être posée en ces termes : en quoi la notoriété de l'auteur serait-elle un droit moral ?²⁷⁹¹ Si l'on peut espérer qu'un soutien du droit positif nous parvienne sur ce point, il nous paraît plus prudent de constater que l'argument tiré des droits moraux n'atteint pas l'autorité nécessaire pour emporter la conviction. La distinction bien établie entre les droits moraux et les droits de la personnalité²⁷⁹² – ou les *autres* droits de la personnalité, selon la conception revendiquée²⁷⁹³ – semble d'ailleurs interdire une telle interprétation.

Enfin, l'intérêt du recours au droit moral serait que son caractère d'ordre public a vocation à transcender les obligations instituées par les schémas contractuels les plus variés. Or, l'absence manifeste de prise de cet argumentaire sur le contrat de représentation ou sur les autres formes de transferts « purs et simples », ne saurait non plus justifier son emploi comme

²⁷⁸⁹ Ainsi, on ne confondra pas la réparation du préjudice causé par la violation du droit moral avec la réparation du préjudice moral causé par une atteinte au droit patrimonial (en cas de contrefaçon v. Art. L. 331-1-3 CPI). V. Ch. Caron : « Ne point confondre droit moral et préjudice moral », obs. sous : Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-83.956, CCE juill. 2011, comm. 64.

²⁷⁹⁰ P. Sirinelli, thèse préc., p. 390.

²⁷⁹¹ La notoriété, la renommée, strictement entendues, semblent étrangères à la propriété littéraire et artistique. En ce sens, voir : Cass. civ. 1^{re} 3 déc. 1968, D. 1969, p.73, concl. Lindon ; B. Edelman, note précitée : l'art. 6 de la loi du 11 mars 1957 (actuel L.121-1 du CPI) « ne protège que les droits de propriété incorporelle de l'auteur, quelle que soit sa notoriété ou la valeur de son œuvre ». Plus précisément, la Cour juge que le comportement du marchand de tableaux faisant chuter la cote d'un peintre en vendant ses toiles en nombre et dans des conditions désastreuses (sic) pour sa réputation n'enfreint pas pour autant le droit moral au respect. Cette solution, au-delà du débat qui nous occupe ici, met en évidence le domaine d'application du droit d'auteur, restreint à l'œuvre considérée comme chose incorporelle et laissant peu de place à l'œuvre en tant qu'objet matériel. Pour une vue critique sur ces questions, v. : P.-Y. Gautier, L'art et le droit naturel, in Droit et esthétique, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 40, Sirey, 1996, p. 207. – Comp. Le droit des marques attache une grande importance à la notion de notoriété, bien que celle-ci soit attachée au signe (la chose) et non au titulaire du droit. V. l'article L.713-5 du CPI en vertu duquel certains droits étendus sont accordés au titulaire de la « marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ».

²⁷⁹² J. Raynard, note sous Cass. civ. 1^{re} 10 mars 1993, « La fraternité blanche universelle », JCP G II, 22161.

²⁷⁹³ Voir notamment : F. Pollaud-Dulian, Droit moral et droits de la personnalité, JCP G 1994, I, 3780.

fondement de l'obligation d'exploitation dans les contrats d'édition ou de production, où cette charge n'est pourtant pas contestée²⁷⁹⁴.

β – La logique interne de la loi du 11 mars 1957 et obligation générale d'exploitation

764. Plan. La structure de la loi de 1957 a pu être présentée comme un argument à une généralisation de l'obligation d'exploitation ; cet argument trouve cependant ses limites (-1- *La structure de la loi spéciale et la justification d'une obligation générale d'exploitation*). L'état du droit antérieur à cette loi donne un éclairage sur l'obligation de l'exploitant, mais il peut également s'avérer trompeur (- 2 - *L'argument tiré de l'état du droit antérieur à la loi de 1957 : un contraste trompeur*).

– 1 – La structure de la loi spéciale et la justification d'une obligation générale d'exploitation

765. Syllogistique. Tentée par les premiers commentateurs de la loi du 11 mars 1957, la généralisation de l'obligation d'exploiter l'œuvre se fonderait notamment²⁷⁹⁵ sur un syllogisme :

- La cession confère un droit en principe absolu ou discrétionnaire au cessionnaire.
- Or, le contrat d'édition, forme la plus étendue de cession prévue par la loi sur le droit d'auteur, ne transfère de droit que sous la réserve d'une obligation d'exploitation.
- Par conséquent, toute cession du droit d'auteur intègre nécessairement une telle obligation²⁷⁹⁶.

²⁷⁹⁴ Voir en ce sens P. Sirinelli, *op. cit.*, 1985. p. 390. L'auteur écarte le droit moral comme justification d'une obligation de diffusion. Par contre le droit moral est à même de justifier - dans le contrat d'édition qui l'impose - les *modalités* de la publication (délais, obligations de l'éditeur).

²⁷⁹⁵ Autre argument : de l'avis d'un auteur, la justification de l'obligation trouverait sa source textuelle dans le principe d'interprétation stricte des cessions selon les articles L.122-7 al. 2 et 3 ainsi que L. 131-3 al.1 de l'actuel CPI (articles 30 et 31 de la Loi du 11 mars 1957). La réunion de ces textes devrait permettre, selon M. Matthyssens d'«empêcher l'accaparement de droits par des cessionnaires désireux d'en faire le commerce et non d'exploiter réellement les œuvres.», J. Matthyssens, L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs, RIDA LXXXIII, janv. 1975, p. 3. – Pour une synthèse des débats conduits par la doctrine : MM. Desbois, Plaisant et Matthyssens notamment, voir : 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, n° 37 et ss. Outre ces contributions, on peut citer, sur les mêmes fondements, ces développements consacrés à la pratique unanimement condamnée de la mise « en jachère » ou du « gel » des droits, par ex : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 975 et s. ; M.-E. Laporte, Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, JCP G, 1991, I, 3540.

²⁷⁹⁶ A. Tournier, Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?, RIDA juill. 1958, XX, p. 3. Pour une synthèse de ces vues, voir : M. Josselin-Gall, *op. cit.*, n°18.

766. Critique. Cet argument séduisant repose néanmoins, semble-t-il, sur une analyse confuse contenue dans la mineure. Cette étape du raisonnement prive en partie l'argument de sa pertinence par l'assimilation qu'elle opère du contrat d'exploitation avec l'opération juridique d'autorisation d'exploiter. Ainsi, deux réserves peuvent être faites : d'une part, faire de l'édition la « forme la plus étendue de cession prévue par la loi » repose sur une pure affirmation²⁷⁹⁷. Ensuite, qu'elle soit tenue pour une cession ou, ce qui est apparu plus vraisemblable, pour une licence, l'autorisation qui fonde tout contrat d'exploitation n'est que l'outil juridique nécessaire à l'exploitation, mais peut exister en tant que contrat spécial détaché de ce cadre impératif et protecteur, sous réserve des dispositions générales du CPI. Le législateur a conçu des régimes spéciaux, dessinés pour organiser l'exploitation de l'œuvre selon des modalités précises. Mais ces régimes d'exploitation sont distincts, par leur qualification, leur objet et comme on le voit, par leur régime, de l'autorisation d'exploiter conférée par l'auteur (licence ou cession). Il est donc risqué d'inférer de la « cession » contenue dans le contrat d'édition des principes applicables à toute cession.

Nous retrouvons là toute la limite d'un raisonnement très répandu dans la doctrine s'intéressant au droit d'auteur, consistant à induire un principe général de la lecture d'un contrat décisif certes, mais néanmoins « spécial », et de l'appliquer ensuite par déduction à la variété des formules contractuelles admises. On étend ainsi à ces dernières des modalités qui n'ont pas été voulues par le législateur et qui n'ont pas de réalité pratique.

767. La structure de la loi spéciale et l'absence d'obligation générale d'exploitation. C'est à une doctrine récente que l'on doit une véritable critique de ce mode de raisonnement fondé sur l'articulation des différentes dispositions de la loi du 11 mars 1957. La discussion est principalement initiée par Messieurs Lucas²⁷⁹⁸ : « De ce que l'auteur doit participer proportionnellement aux recettes de l'exploitation, il nous semble en effet téméraire d'inférer que toute cession doit par principe donner lieu à exploitation. Si le législateur avait voulu énoncer une règle de portée aussi générale, il lui était facile de le faire. Or, force est de constater que l'obligation n'a été expressément formulée qu'à propos du contrat d'édition et du contrat de production audiovisuelle ». Ce raisonnement pourrait s'autoriser de la maxime *specialia generalibus derogant*. Il conduit en toute logique à craindre que la distinction opérée

²⁷⁹⁷ Ce que nous avons déjà constaté : ainsi la cession pure et simple tout comme la cession ou la licence contenues dans le contrat de production audiovisuelle ont un domaine et une durée plus étendus que la licence contenue dans le contrat d'édition.

²⁷⁹⁸ A. et H.-J., Lucas, *op. cit.*, n° 609 ; en ce sens : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 703. D'autres auteurs se contentent de constater l'absence d'obligation de représentation dans le cadre du contrat de représentation, v. par ex. : X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, n° 871.

par la loi entre les différents contrats portant obligation d'exploiter ou simple mise à disposition ne devienne sans objet²⁷⁹⁹. Ce constat réalise ainsi une démonstration concrète de la distinction promue entre contrat d'autorisation et contrat d'exploitation : si l'exploitation est un élément compatible avec la licence, qualifiée de bail, en revanche la source de l'obligation d'exploiter et de ses modalités se trouve dans le contrat d'exploitation²⁸⁰⁰ et non dans la seule autorisation d'exploiter l'œuvre.

– 2 – L'argument tiré de l'état du droit antérieur à la loi de 1957 : un contraste trompeur

768. Si l'argument d'une absence d'obligation générale d'exploitation défendu spécialement par Messieurs Lucas convainc, c'est qu'il postule à un certain respect de la lettre des textes. Toutefois, c'est précisément par ce biais que l'on pourrait attaquer le raisonnement mené par ces auteurs. Leur analyse se fonde sur la lettre de la loi plus que sur son esprit, du moins tel qu'il est classiquement interprété. C'est pourquoi, si dans cet « instantané » du droit positif, l'argument de logique détient en lui-même une pertinence certaine, il pourrait tout autant être infléchi, mis en perspective avec la construction historique, progressive d'une telle obligation. Or, l'idée d'une obligation d'exploitation est apparue en jurisprudence comme en doctrine antérieurement à la consécration législative du contrat d'édition. Bien avant Desbois, Renouard constatait déjà son existence tant dans le contrat d'édition que dans celui de représentation théâtrale²⁸⁰¹. Aussi, admettre que la confirmation légale du statut prétorien d'un contrat (édition) renverse le principe admis auparavant dans les contrats similaires est discutable, y compris en logique. Si l'on veut bien voir dans la loi du 11 mars 1957 un ensemble cohérent, inspiré d'une finalité de protection des auteurs, il serait aussi

²⁷⁹⁹ Cette crainte ne semble pas vaine, si l'on en croit certains auteurs, le principal élément de distinction de la cession du droit de reproduction et du contrat d'édition réside dans la présence ou l'absence de cette obligation, par ex. : C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz 1999, n° 330.

²⁸⁰⁰ Contrat du CPI organisant cette exploitation ou tout autre contrat d'exploitation non légiféré, la volonté des parties pouvant tout autant générer une obligation d'exploiter.

²⁸⁰¹ A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les arts*, Paris J. Renouard et Cie Libraires, 1838, p. 327, n° 186 : « Lorsqu'un auteur fait cession de ses droits, ce n'est pas seulement pour recevoir un prix, c'est aussi pour obtenir la publication de son ouvrage. » L'intérêt de la « gloire » de l'auteur est d'ailleurs renforcé lorsque le « traité » stipule un prix proportionnel, v. p. 328 : « Celui qui a acquis un ouvrage pour en être l'éditeur serait donc, en cas de refus, contraint par les tribunaux, sous peine de dommages-intérêts, à en effectuer la publication. Acheter un ouvrage pour l'ensevelir ou le supprimer serait mentir au contrat ; et il ne faudrait rien moins qu'une stipulation expresse pour conférer à l'acquéreur un droit auquel la nature des choses se refuse. ». Plus d'un siècle avant la loi du 11 mars 1957, les arguments fondamentaux sont déjà là : intérêt moral de l'auteur, prix proportionnel, cause. Un raisonnement semblable est mené au sujet du contrat de représentation, qui devient synallagmatique du fait de l'acceptation de la pièce par le théâtre, v. *Ibid.* p. 335.

particulièrement inique qu'une « faveur » tout spécialement accordée à certains auteurs contractants suscite une rigueur accrue pour d'autres, laissés dans le silence relatif de la loi.

769. Le passé interprété *a contrario* du présent. Au soutien de la thèse d'une obligation d'exploitation conditionnée à l'intervention du législateur, Messieurs Lucas citent un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, en date du 4 décembre 2001²⁸⁰². La Cour dénie toute obligation de publication au contrat d'édition conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957 et ayant poursuivi ses effets jusqu'à nos jours. Ce contrat reste soumis à la loi en vigueur lors de sa conclusion et ne peut se voir appliquer les obligations d'exploitation et de reddition des comptes instituées par la loi de 1957. Cette décision se fonde sur « l'absence de disposition expresse de la loi prévoyant son application immédiate » ainsi que sur « le défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives ». Cette solution appelle la critique sur un autre plan que celui de l'opportunité. Elle relève en effet de l'anachronisme ou plus exactement de l'« uchronie » : par une interprétation actuelle d'un état du droit ancien, la Cour réinterprète l'état antérieur du droit d'auteur pour en faire l'antithèse des acquis du droit positif. Or, si l'on ne conteste pas l'avancée historique réalisée par la loi de 1957 au profit des intérêts les plus légitimes des auteurs, on sait que le droit antérieur connaissait déjà la distinction entre contrat d'édition (ou contrat de publication) et cession des droits d'édition (cession pure et simple). Les obligations de l'éditeur, quoique non légiférées, n'en étaient pas moins interprétées par les juges en un sens souvent favorable à l'auteur²⁸⁰³. La démarche de la Cour de cassation est contestable : en s'autorisant de la logique des principes d'application de la loi dans le temps, elle opère rétrospectivement la négation d'une construction prétorienne. Prendre appui sur cet arrêt pour démontrer l'absence d'obligation générale d'exploitation n'est donc pas sans risque. Il est

²⁸⁰² Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, Prop. intell. avr. 2002, n° 2, p. 61, obs. A. Lucas ; CCE 2002, comm. 19 obs. Ch. Caron ; JCP G 2002, IV, 1104 ; *Contra* : TGI Paris 29 avril 1988, RIDA 1988, n° 138, p. 324 ; CA Paris 21 mars 2003 « Toth c. Carraro et A. » inédit, cités par A. Lucas : J.-Cl. PLA, Fasc. 1320 Contrat d'édition, n°66. – Dans le même esprit à propos d'un contrat conclu antérieurement à la loi de 1909 distinguant la cession de l'œuvre de celle du support : Cass. civ. 1^{re} 16 juin 1982, D. 1983, IR, p. 96, obs. C. Colombet : « Les juges du second degré, après avoir rappelé qu'il était communément admis, avant la loi de 1910 que, sauf clause contraire, l'aliénation d'une œuvre d'art emportait celle du droit de reproduction et en avoir déduit qu'Auguste Y. avait entendu céder ce droit aux acquéreurs de chacune de ses toiles ont justement énoncé que la dite loi n'a pas de caractère interprétatif et n'a donc pas eu d'effet rétroactif ; qu'ils ont relevé que le peintre s'est trouvé dépossédé avant 1910, et de façon définitive, de son droit de reproduction sur les œuvres litigieuses (...) ».

²⁸⁰³ Par ex. : CA Paris 1^{re} ch., 7 nov. 1951, D. 1951, p. 759 ; *Gaz. Pal.* 1952, 1, p. 80 ; CA Paris 1^{re} ch., 8 juill. 1953 ; *Gaz. Pal.* 1953, 2, p. 197. – V. également les décisions citées par H. Desbois, L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique, RIDA LVIII oct. 1968, p. 163. L'auteur cite ces décisions rendues par des juridictions du fond sous le régime de la loi de 1793 : T. Com. de la Seine 8 déc. 1925 ; Trib. civil de la Seine 5 janv. 1954 se fondant sur l'économie du contrat d'édition, le droit moral de l'auteur et l'art. 1174 du Code civil pour imposer l'exploitation à l'éditeur cessionnaire du « droit d'édition ».

donc inexact d'inférer l'absence prétendue d'obligation d'exploitation dans les contrats d'édition anciens, de la reconnaissance expresse de cette obligation dans la loi actuelle.

Mais encore faut-il que l'on soit en présence d'un véritable contrat d'édition. Voilà pourquoi la sévérité des juges se comprend lorsque, dans d'autres espèces, le contrat antérieur à la loi de 1957 n'est pas un contrat d'édition mais une cession pure et simple²⁸⁰⁴. Les critiques tirées de la nature spéciale du droit d'auteur ou de l'invocation du droit moral sont inopérantes puisque la prise en compte des intérêts de l'auteur à voir son œuvre exploitée ou à pouvoir se délier en cas de non-exploitation relève des dispositions très spéciales du contrat d'édition, trouvant leur source dans la doctrine et la jurisprudence antérieure, et non d'un débat sur l'essence du droit d'auteur ou la contemplation des droits moraux. Contrairement à une idée reçue, les dispositions de la loi du 11 mars 1957, bien qu'imposant désormais la délimitation des droits cédés, n'empêchent pas l'auteur de se séparer de toutes les utilités patrimoniales²⁸⁰⁵ de l'œuvre définitivement et sans contrepartie.

770. Cependant, la critique que l'on peut porter à cette solution particulière ne remet pas en cause la justification à limiter le domaine de l'obligation d'exploitation aux cas voulus par le législateur. La justification de l'absence d'obligation d'exploitation est ailleurs : son absence dans les contrats d'édition et de production serait choquante. Il est en revanche des cas où l'exploitation ne peut être imposée à celui qui a le droit d'exploiter. En matière de publicité, catalogues de droits, banques d'images, mais également s'agissant du répertoire de la SACEM, ou encore des œuvres diffusées au moyen des « licences libres », cette obligation d'exploiter n'a pas de sens. L'auteur concède ses droits sans attendre d'exploitation immédiate, mais dans le but d'assurer la visibilité de son œuvre et d'en faciliter la gestion le jour où un exploitant se présentera.

²⁸⁰⁴ « Attendu (...) que la vente des œuvres en 1907 emportait, en l'absence de toute limitation dans l'acte, la cession au profit de l'éditeur de tous les modes d'exploitation, fussent-ils alors inconnus, y compris le bénéfice des prolongations légales de protection dans les pays concernés par l'exploitation » : Cass. 1^{re} civ. 25 mai 2005, n° 02-17.305, FS-P+B, Sté Albin Michel c. Jouvenel des Ursins (Colette), CCE juill. 2005, comm. 109 : « À propos d'un contrat conclu sous l'empire des lois révolutionnaires », obs. Ch. Caron ; D. 2006, p. 661, note B. Edelman ; RTD com. 2005, p. 494, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2006, 207, p. 349, obs. A. Kerever. On peut déduire de cet arrêt tout l'écart entre les lois révolutionnaires et la loi de 1957, mais on ne manquera pas de relever que le contrat litigieux n'était pas un contrat d'édition tel qu'on l'entend aujourd'hui, mais un contrat de « cession pure et simple ». Précédemment, nous constatons que le droit antérieur opérait déjà la distinction entre le contrat d'édition (ou de publication) à proprement parler et le contrat de cession (v. *supra* n° 547). V par ex. : R. Roger, Le contrat d'édition et le récent projet de loi, D. 1933, Chron. 5.

²⁸⁰⁵ A l'exception du droit de suite.

Ces arguments tirés de l'interprétation de la loi spéciale apparaissent davantage en retrait dans la doctrine récente comme dans les moyens soulevés en jurisprudence qui manifestent un intérêt accru pour le droit commun des obligations.

b) Obligation d'exploitation : un appel du droit spécial au droit commun

771. Plan. Les insuffisances avérées de la loi spéciale incitent la doctrine et parfois la jurisprudence à faire appel à des notions issues de la théorie générale du contrat, voire du droit des contrats spéciaux, pour élargir le domaine de l'obligation d'exploitation de l'œuvre. Nous relevons : le droit des contrats spéciaux et la notion d'intérêt commun (α), l'objet et la cause (β) et enfin, la sanction de la condition potestative (γ).

α – Le recours au droit commun des contrats spéciaux et à la notion d'intérêt commun

772. Si nous constatons plus haut qu'il était vain de qualifier les contrats, complexes, d'exploitation du droit d'auteur en les rattachant aux contrats spéciaux, simples, du droit civil, ces contrats, dans leur variété, présentent d'intéressantes analogies avec le but idéalement poursuivi par les parties à un contrat d'exploitation. La finalité de l'opération imprimerait sa marque, selon certaines analyses, sur la nature même du contrat. Parmi des qualifications avancées – en ce qu'elles sont susceptibles de motiver une obligation d'exploitation – citons les deux principales.

773. Contrats d'intérêt commun. Tout d'abord, l'imbrication des intérêts de l'auteur et de son partenaire incite une doctrine à invoquer – plus qu'une véritable qualification contractuelle – la catégorie des « *contrats d'intérêt commun* ». Inspirée des contrats de société, et de l'évolution des baux soumis à des régimes spéciaux, du mandat²⁸⁰⁶ ou d'autres conventions connues du droit de la distribution²⁸⁰⁷, la notion s'autorise également

²⁸⁰⁶ J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, in *Mélanges Derruppé*, Litec-GNL, 1991, p. 105.

²⁸⁰⁷ Th. Hassler, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 581 ; Ph. Grignon, Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 127. – Sur le principe de cette qualification dans notre matière, voir : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n°459. Sur le détail de ces comparaisons, voir : B. Montels, La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, CCE juin 2001, p.19 ; B. Montels, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM 2001. p. 291 et ss., n° 212. L'auteur évoque un mandat d'intérêt commun entre le producteur ou l'éditeur et l'auteur. La « représentation imparfaite » instituée par ces contrats laisse davantage penser à une commission ; v. du même auteur, thèse préc. n° 31. Les contrats de représentation appartiendraient eux aussi à la catégorie des contrats d'intérêt commun ou de collaboration (v. *Ibid.* p. 291 n° 211). Néanmoins, la qualification de commission n'est pas neuve, voir en ce

de principes fédérateurs du droit des obligations : cause, bonne foi, voire loyauté et coopération²⁸⁰⁸. Cet intérêt commun consisterait dans le succès commercial de l'œuvre, ce qui semble naturel lorsque l'on sait que l'auteur a vocation à participer à ce succès. Quoique relatif au seul contrat d'édition, un arrêt récent rendu sur le fondement des droits commun des obligations et d'auteur (articles 1135 du Code civil et L. 131-3 du CPI) ne saurait mieux exprimer l'esprit de la qualification proposée : « l'éditeur a une obligation principale, celle de publier l'ouvrage en librairie et la seconde d'exécuter le contrat dans l'intérêt commun des parties dès lors que le contrat d'édition étant une convention par laquelle l'auteur confie ses droits patrimoniaux et moraux à gérer et à exploiter, et son art à protéger, à un éditeur qui ne peut en disposer arbitrairement en gérant le patrimoine qui lui est confié comme s'il en était le maître »²⁸⁰⁹. Tout porte à croire que certains contrats d'auteur sont des manifestations d'un « intérêt commun » propre à alourdir les obligations légales du partenaire de l'auteur. Cependant, c'est bien du contrat spécial organisant l'exploitation de l'œuvre et non du principe de l'autorisation donnée par l'auteur que naîtrait cet intérêt commun, qui est induit *a posteriori* d'un régime légal préexistant plus qu'il ne le suggère.

774. Fiducie (suite et fin). Autre rattachement susceptible de constituer quant à lui une véritable qualification contractuelle, la licence comme la cession seraient empreintes d'une nature fiduciaire. L'aliénation se trouverait affectée jusque dans son régime par la finalité particulière du transfert : gérer le bien, à temps et dans l'intérêt du fiduciaire. Si la doctrine majoritaire cantonne le recours à ce mécanisme à la gestion collective des droits, il pourrait avoir inspiré d'autres conventions. Néanmoins, si nous constatons l'accueil favorable de cette extension de la fiducie par la doctrine, l'analyse nous a montré que le recours à cette notion présentait un intérêt essentiellement métaphorique. Car si la fiducie ne se conçoit pas sans l'idée de « fidélité » contractuelle, nous avons noté que sa qualification rencontrait des obstacles insurmontables en l'état du droit positif. De plus, à s'en tenir à un « esprit » fiduciaire inhérent à nos contrats, il est bien difficile d'en reconnaître l'incarnation dans la grande variété des contrats du droit d'auteur. L'intérêt de ces qualifications a été montré précédemment, tout comme leur inadaptation aux contrats rencontrés²⁸¹⁰.

sens : J. Percerou, Une nouvelle application du contrat de commission de vente – Les Entreprises de distribution de films cinématographiques, Ann. Dr. Com., 1934, p.185.

²⁸⁰⁸ V. B. Montels, thèse préc., n° 87.

²⁸⁰⁹ CA Paris 12 févr. 2003, obs. Ch. Caron, De l'esprit altruiste du contrat d'édition, CCE juin 2003, p. 23. Nous avons cité cet intéressant arrêt, dont les termes ne sont pas inédits, en ouverture de cette recherche.

²⁸¹⁰ V. *supra*, n° 386.

775. Contrat de bail. La qualification pour laquelle nous avons opté afin de définir la licence de droit d'auteur est celle de bail. Nous avons tâché de démontrer que la jouissance locative pouvait supporter une charge d'exploitation sans déformer pour autant l'identité de la catégorie d'accueil²⁸¹¹. Mais constater que l'obligation d'exploiter est une modalité possible de la jouissance locative²⁸¹² ne suffit pas à imposer cette modalité aux parties si elles ne l'ont pas voulue. Une solution différente ayant cours en droit de la propriété industrielle, qui tente de fonder l'obligation d'exploitation sur l'examen conjoint du bail et des spécificités de cette matière, sera exposée plus loin.

β – Objet et cause dans le contrat de licence

776. Objet. Le traitement de la réalisation contractuelle de l'exploitation de l'œuvre prend, au sein du CPI, sa place dans un Titre troisième intitulé « Exploitation des droits ». Ce constat a l'apparence de la tautologie, tant serait difficile à concevoir l'attitude de l'auteur apportant ses droits à un tiers dans le cadre d'un « contrat d'exploitation » sans le dessein précis de les voir mettre en valeur. A commencer par leur nom, tout porte à croire que l'exploitation constitue la finalité de ces contrats. L'exploitation évoquant aussi, en partie du moins, *l'opération juridique* visée par la convention, elle désigne vraisemblablement leur objet.

L'exploitation de l'œuvre par le licencié aurait dans ce cas vocation à constituer une obligation essentielle d'une part, caractéristique d'autre part, de la licence de droit d'auteur²⁸¹³. Déjà, l'absence de statut légal propre au contrat d'édition ne constituait pas un obstacle pour Rault qui pouvait affirmer que la publication est « l'obligation essentielle de l'éditeur et le trait vraiment caractéristique du contrat d'édition »²⁸¹⁴. Si certains arrêts ont pu, sur les fondements du droit commun des obligations, consacrer une obligation d'exploitation dans le contrat d'édition²⁸¹⁵, même en présence de clauses censées la rendre facultative, ne pourrait-on dire que la qualification d'édition motivait vraisemblablement une telle obligation, ainsi que la nullité consécutive des clauses qui la rabaisseraient au rang de simple

²⁸¹¹ V. *supra* n° 157 et ss.

²⁸¹² Alors que s'agissant d'une cession, cette obligation est une charge étrangère, venant s'ajouter au contrat.

²⁸¹³ Elle ne saurait toutefois caractériser que les contrats qui la comportent, les autres opérations, ne comportant pas cette obligation devant l'être par le seul transfert du droit. V. J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990, n° 649 et ss. Ou encore « l'obligation essentielle » : B. Montels, thèse préc., n° 211. – Sur les notions d'objet et de prestation caractéristique, v. not. : *supra* n° 142.

²⁸¹⁴ J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz, 1927, p. 58.

²⁸¹⁵ Par ex. sous le régime antérieur à la loi du 11 mars 1957 : CA Paris 1^{re} ch., 7 nov. 1951, D. 1951, p. 759 ; *Gaz. Pal.* 1952, 1, p. 80 ; CA Paris 1^{re} ch., 8 juill. 1953 : *Gaz. Pal.* 1953, 2, p. 197.

faculté²⁸¹⁶ ? Si le recours au droit commun des obligations s'imposait alors, faute de statut spécial, les cas d'admission d'une obligation d'exploitation dans le cadre de conventions proches du modèle que constitue l'édition relèvent semble-t-il davantage du phénomène, bien connu du droit privé, de l'attraction des contrats ambigus par les statuts d'ordre public de protection, ou plus exactement, avant 1957, d'une jurisprudence protectrice dont la continuité s'approchait, de fait, d'un tel statut²⁸¹⁷.

777. Cause. La promotion du caractère obligatoire de l'exploitation s'est depuis répandue, au point de déborder le champ du contrat d'édition, en particulier sous les plumes de Matthyssens²⁸¹⁸ ou, tout particulièrement, de Desbois : « le cessionnaire, comme tel, ne peut pas en principe se réclamer de la faculté discrétionnaire d'exploiter ou non l'œuvre. »²⁸¹⁹. Loin cependant d'être absolue, cette obligation d'exploitation conçue comme le corollaire d'une rémunération proportionnelle aux résultats de l'exploitation, n'est vigoureusement défendue par Desbois qu'en cas de cession à titre onéreux²⁸²⁰ et encore faut-il que soit stipulée l'exclusivité des droits cédés²⁸²¹. Ces deux éléments laisseraient à penser que l'exploitation est la contrepartie de la prestation de l'auteur, *la cause immédiate* de la mise à disposition ou du transfert de droit exclusif²⁸²². Or ces deux traits, exclusivité et intéressement, restent en fait particulièrement intenses dans le contrat d'édition, mais ne concernent pas, par principe, toute autorisation d'utiliser de l'œuvre.

D'autres auteurs insistent davantage sur le caractère proportionnel du prix, contrepartie du transfert²⁸²³, ce qui renforce davantage encore l'argument par la référence à la

²⁸¹⁶ H. Desbois, L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique, RIDA LVIII oct. 1968, p. 163. L'auteur cite ces décisions rendues par des juridictions du fond sous le régime de 1793 : T. com. de la Seine 8 déc. 1925 ; T. civ. de la Seine 5 janv. 1954, se fondant sur l'économie du contrat d'édition, le droit moral de l'auteur et l'art. 1174 du Code civil pour imposer l'exploitation à l'éditeur cessionnaire du « droit d'édition ». Mais dans ces deux affaires, les juges ne remettent pas en cause l'existence d'un contrat d'édition, seule véritable source de cette obligation.

²⁸¹⁷ On peut citer l'exemple des baux commerciaux, qui peuvent attirer en leur sein des conventions innommées d'occupation précaire portant sur des objets similaires.

²⁸¹⁸ J. Matthyssens, L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs, RIDA LXXXIII, janv. 1975, p. 3.

²⁸¹⁹ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, p. 611, v. du même auteur : L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique, RIDA LVIII oct. 1968, p. 163 (spéc. p. 207) ; Comp. R. Plaisant, Les obligations de l'éditeur de musique, RIDA LX avril 1969, p. 77.

²⁸²⁰ H. Desbois, *op. cit.*, p. 612, l'auteur suggère en cette matière la liberté du donataire ou du légataire.

²⁸²¹ L'absence d'exclusivité des droits de « l'entrepreneur d'interprétations publiques » permet à ce dernier de se dispenser de toute exploitation. On retrouve ici la division fondée sur le droit de reproduction et le droit de représentation.

²⁸²² Voir, notamment : J. Matthyssens, art. préc. ; A. Tournier, Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?, RIDA juill. 1958, XX, p. 3.

²⁸²³ J. Raynard, *op. cit.*, n° 643 ; Ch. Hugon, *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993, n°518. L'argument serait d'autant plus judicieux que certains observateurs notent une « tendance à la proportionnalité

notion de cause de l'obligation de l'auteur. Car si le transfert de droits exclusifs trouve sa réciproque dans la rémunération du titulaire, le mode de calcul de cette rémunération détermine la présence ou l'absence de contrepartie, donc de cause. Lier dans une relation causale résultats d'exploitation et rémunération fait entrer ce critère de calcul proportionnel dans le contrôle de la réalité et du sérieux de la cause. Lorsque l'absence de contrepartie est le fruit de l'absence d'exploitation, ce dernier manquement s'analyse inévitablement en absence de cause²⁸²⁴.

778. Evolutions. Le constat, imposé par le droit positif, du caractère en principe facultatif de la réalisation et de la diffusion de la création nous conduit à reconsidérer cette lecture. Tout d'abord, nous avons vu qu'en cas de rémunération forfaitaire il était hasardeux de relier le prix à une obligation d'exploiter²⁸²⁵. Nous venons de constater que l'obligation d'exploitation, parce que source des redevances, est traditionnellement considérée comme la contrepartie de la mise à disposition exclusive du droit²⁸²⁶. Or, lorsque l'obligation d'exploitation se mue en simple faculté d'exploiter, que justifie, dans son existence, la créance du titulaire des droits ? Assurément, ce n'est plus l'autorisation d'exploiter, celle-ci n'étant plus nécessairement porteuse d'exploitation, donc de redevances. Il nous semble bien que c'est le fait, l'exercice effectif de l'exploitation permis par la convention, et non plus la simple faculté d'exploiter accordée par le contrat qui peut être tenu pour la cause de la rémunération. S'il trouve nécessairement sa source dans un contrat, c'est donc le fait de l'exploitant qui provoque, indirectement, l'existence de la contrepartie, et non plus directement ce contrat.

Si la cause de la créance de l'auteur devait avoir un « centre de gravité », celui-ci se serait déplacé de la mise à disposition ou du transfert des droits, à l'exercice effectif par

du prix », observable aussi bien dans le cadre de contrats de diffusion en salle, de télévision « à la demande », ou encore par les chaînes hertziennes de télévision. En ce sens : B. Montels, thèse préc., n° 212. – Pour une analyse plus centrée sur le droit des brevets, voir, notamment : V. Fortier, *Le prix proportionnel*, Thèse, Montpellier, 1986, n° 252 et ss. – Enfin, un auteur conditionne la validité de la clause autorisant le commanditaire cessionnaire des droits à ne pas exploiter au caractère forfaitaire (et non pas proportionnel) de la rémunération, v. S. Denoix de Saint Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*. Litec., IRPI, 1999, n° 592 et ss.

²⁸²⁴ Ou une absence d'intérêt selon la notion instaurée par le projet de réforme du droit des obligations proposé par la Chancellerie : « § 3 – L'intérêt au contrat. Article 85 : Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement. Article 86 Un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. Article 87 : La clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite. ».

²⁸²⁵ V. *supra* n° 279.

²⁸²⁶ Ce qui conduit la doctrine majoritaire à considérer qu'un contrat portant une obligation d'exploitation ne peut être une donation ou un prêt, l'exploitation étant une forme de rémunération de la mise à disposition réalisée par l'auteur. Nous avons précédemment remis en question la pertinence de cette analyse en ce qu'elle confond le caractère onéreux du contrat avec son caractère synallagmatique.

l'autre des droits transférés. (Une exception doit être relevée en cas de rémunération forfaitaire, où le paiement est dû en raison du transfert ou de la mise à disposition et n'est en principe pas lié à l'exploitation). Cette « anomalie » juridique dans un contrat synallagmatique peut être utilement illustrée par la formule d'un auteur : « Les redevances de droit d'auteur sont en pratique la contrepartie de *l'exercice* du droit de reproduction, du droit de représentation, et des droits de destination »²⁸²⁷. Le reproche que l'on peut faire à cette situation est le déséquilibre structurel qu'elle institue entre les parties au contrat. Ce dernier fait naître des obligations dans le patrimoine de l'auteur dès l'instant de sa formation. Or, l'obligation réciproque de paiement est subordonnée à une exploitation effective par le licencié, plus qu'à la prestation de l'auteur. Cette situation ruine cette interdépendance des obligations au centre du contrôle de l'existence de la cause dans les contrats synallagmatiques. A l'engagement de l'un ne répond plus que l'option de l'autre.

779. Cause du contrat. Suite à la recherche d'un objet et d'une cause aux obligations de chacun, la notion d'exploitation suggère l'identification d'une *cause au contrat* de licence de droit d'auteur (cause finale). La cause du contrat consistera en la diffusion effective de la création auprès du public et la participation de l'auteur aux résultats de cette diffusion. La reconnaissance d'une obligation d'exploitation se conçoit alors comme l'antithèse de la pratique dite du « gel des droits »²⁸²⁸, par laquelle le licencié profiterait de l'exclusivité consentie par le titulaire des droits pour s'abstenir d'exercer positivement ces derniers. Cependant, à s'en tenir à une vision classique des choses, cet argument ne met pas en jeu un contrôle de licéité justifiant une telle conception de la notion de cause. Nous nous bornerons à ajouter que la richesse de cette notion ne peut clore une discussion dont nous n'avons évoqué que les traits les plus saillants en droit d'auteur. Le débat mériterait de se déplacer sur les questions de l'utilité et de l'équilibre des relations contractuelles²⁸²⁹. Curieusement, ces questions sont en droit d'auteur absorbées par la contemplation de certains statuts spéciaux, tenus pour les dépositaires de cette mission. Ce qui demeure à l'écart de ces statuts, la licence pure et simple notamment, ne semble pas avoir été saisi de toutes les virtualités de la théorie générale.

²⁸²⁷ L. de Gaulle, La notion de redevance de droit d'auteur, RIDA n° 167 janv. 1996, p. 69 (Nous soulignons).

²⁸²⁸ Sur cette notion, v. *supra*, n° 76.

²⁸²⁹ V. par ex. pour une analyse critique du phénomène de subjectivisation de la cause, et les références citées : H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 156, p. 95 et ss. (spéc. n° 12 et ss.), note sous : Cass. civ. 1^{re} 12 juill. 1989, Bull. I, n° 293, JCP, 1990, II, 21546, note Y. Dagorne-Labbé ; Defrénois 1990. 358, obs. J.-L. Aubert ; Comp. : D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classer, 1999, p. 603.

γ – Le pouvoir d’exploiter ou non l’œuvre louée. De la condition potestative sanctionnée au droit potestatif toléré

780. Condition potestative. L’absence de contrepartie, liée au défaut d’exploitation, est essentiellement une absence de cause. Mais, l’économie des relations entre titulaire des droits et licencié révèle un argument juridique complémentaire. L’étude des cas nous montre en effet que l’existence de l’obligation trouve bien souvent son origine dans la volonté unilatérale du licencié, donc de son propre débiteur. C’est ainsi que l’absence de cause, qui vicie pourtant la convention dès le stade de sa formation, ne se manifeste avec certitude qu’en cours d’exécution du contrat, à l’occasion de la *manifestation unilatérale de volonté* du licencié, prenant le plus souvent la forme d’une carence : la décision de ne pas exploiter, qui entraîne indirectement la décision de ne pas rémunérer l’auteur. Dans la mesure où le contrat donne au licencié débiteur le *pouvoir* de réaliser ou non cette cause, constituant l’obligation réciproque de paiement, on en déduit aisément l’application de l’article 1170 du Code civil : « La condition potestative est celle qui fait dépendre l’exécution de la convention d’un événement qu’il est au pouvoir de l’une ou de l’autre des parties contractantes de faire arriver ou d’empêcher. ». Le régime sanctionnant ce type de stipulation trouve dès lors lieu à s’appliquer (article 1174 C. civ) : « Toute obligation est nulle lorsqu’elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s’oblige. ». Si la notion révèle une technicité certaine, la doctrine moderne la recentre autour du concept d’*arbitraire*²⁸³⁰.

On doit cette proposition à M. Gautier²⁸³¹. Sans obligation d’exploiter l’œuvre, le pseudo engagement du cessionnaire, contre une rémunération proportionnelle aux résultats de cette exploitation, serait vicié d’une condition potestative. En effet, l’obligation de rémunérer l’auteur est dans ce cas subordonnée à la décision arbitraire de son propre débiteur. Cet argument s’inscrit toujours dans la défense d’un principe plus général selon lequel « le contrat d’auteur est une vente (ou une entreprise) consentie *avec charge d’exploitation* pour le partenaire économique » ; de plus, cette charge devrait aussi « s’appliquer à l’ensemble des contrats portant sur les œuvres. »²⁸³².

²⁸³⁰ J. Ghestin, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, La notion de condition potestative au sens de l’article 1174 du Code civil, p 243-258. L’auteur plaide pour l’abandon des notions artificielles et désuètes de conditions « purement ou simplement » potestatives, héritées d’une doctrine libérale du XIX^e siècle, et leur remplacement par un critère unique d’arbitraire.

²⁸³¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 492.

²⁸³² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n°473.

Quelques espèces ont pu recevoir cette argumentation. Une cession consentie sur une œuvre audiovisuelle était viciée d'une clause litigieuse autorisant une prorogation de la cession « pour une durée de quinze années à compter du premier passage en public de cette série de dessins animés dans chaque pays où elle serait diffusée. »²⁸³³. Ce qui de prime abord n'a rien d'étonnant est néanmoins très justement qualifié de potestatif. En effet, la cession ayant eu pour contrepartie une simple rémunération forfaitaire, sa prorogation quasiment dépourvue de terme privait en outre les licenciés des rémunérations correspondantes. Cette absence de contrepartie permet de qualifier de potestative la modalité qui la stipule, car sa réalisation est le fruit de la volonté arbitraire de son débiteur. Comme l'affirme la cour d'appel de Paris : « cette clause revêt un caractère potestatif, dans la mesure où il suffisait à la Société Procidis d'assurer une nouvelle diffusion tout les quinze ans dans un pays différent pour prolonger indéfiniment les effets d'une cession qui n'avait donné lieu qu'à une rémunération forfaitaire ». Mais si elle se comprend en opportunité, les moyens juridiques mis en œuvre pour parvenir à cette solution ne sont pas à l'abri de la critique (rappelons qu'en principe, ce n'est pas le producteur qui opère la diffusion, mais son partenaire contractuel, parfois *via* un distributeur, dont les diligences mériteraient aussi l'examen).

C'est aussi dans un sens différent que se prononce depuis la Cour de cassation. Revenons sur l'argumentation de l'arrêt « Teledis » rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 juin 1990²⁸³⁴. En l'espèce, le paiement de la licence de droit d'auteur

²⁸³³ CA Paris 4^e ch. A, 11 janv. 1989, « Procidis c. Tarta », D. 1989, Somm. com. 298, obs. Th. Hassler ; RTD civ. 1989, p. 284, obs. Mestre. Cette décision est confirmée par un arrêt de rejet dans lequel il est fait « abstraction » du motif de potestativité retenu par les juges de second degré : Cass. civ. 1^{re} 13 nov. 1990, inédit titré. V. également, annulant pour vice de potestativité la clause d'un contrat de production audiovisuelle permettant au producteur « d'entreprendre la production et l'exploitation du film à toute date de son choix ou ne pas entreprendre la production, s'il en décidait ainsi », CA Paris Ch. 4 s A, 7 mai 1986 (n^o Juris-data 1986-022790) cité par : A. Singh, C. Marinetti, L'obligation du producteur d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, Légipresse 2005, II, p. 16.

²⁸³⁴ Cass. com. 19 juin 1990, Teledis c. Vauban, D. 1991, Jur. p. 436, note P.-Y. Gautier ; JCP E 1991, I, 104, n^o19, obs. J.M. Mousseron, J. Raynard. Pour un raisonnement analogue, et pareillement critiqué par M. Gautier dans sa note précitée, voir : CA Paris, 5 oct. 1990, Sté Disques Vogue, D 1990, II, IR, p 248. – La jurisprudence semble peu encline à admettre le vice de potestativité y compris dans le cadre de conventions intégrant une obligation d'exploitation. Ainsi, la Cour d'appel de Paris 2^e Ch. 6 déc. 1969, (Espie c. Jaeger) opta pour la validité d'un contrat d'édition portant engagement de publier « *quand les circonstances le permettront* » et surtout une rémunération constituée d'un pourcentage (de 1 à 5%) perçu à partir du 15 000^e exemplaire vendu. La cour affirma que la perception de la rémunération dépendait de la demande du lectorat, donc de tiers au contrat. Et que « *l'intérêt bien compris* » de l'éditeur était de vendre le plus grand nombre de livres. La condition n'était donc pas potestative. Pourtant, J. Ghestin fit remarquer qu'à l'instar de son montant, l'existence même de la contrepartie, nulle jusqu'à ce que soit atteint un nombre considérable d'ouvrages vendus, faisait défaut, accusant « *encore le caractère purement facultatif de l'obligation* » (pour ne pas dire purement potestatif). V. J. Ghestin note sous CA Paris 6 déc. 1969, (préc.) JCP G 1971, II 167961. – *Contra* : il a été jugé que n'est pas potestative la clause selon laquelle l'éditeur « se réserve d'apprécier si les manuscrits conviennent bien au public et au but visé » (CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 3 sept. 2010, Prop. intell. 2011, p. 97, obs. J.-M. Bruguère). V. également : CA Versailles, 1^{re} Ch. 27 janv. 1988, Juris-Data n^o040365, D. 1988, Somm. comm. 223, obs. Th. Hassler. Ici, la cour déclare que le non-engagement du producteur que l'on peut déduire de la clause suivante,

était subordonné à la première diffusion de l'œuvre, diffusion qui, vingt ans après conclusion du contrat, n'avait toujours pas eu lieu. La modalité permettant de retarder cette diffusion et le paiement corrélatif du prix aux auteurs, est ici qualifiée de terme. Le terme se distingue de la condition en ce qu'il ne comporte pas cet élément d'incertitude propre à la condition. Il ne fait, aux termes de l'article 1185 du Code civil, que retarder l'exécution d'une obligation qui apparaît dès lors comme acquise dans son principe. Cette qualification permet à la Cour d'écarter la sanction de nullité de la potestativité, qui, selon la lettre du Code civil, s'attache à la seule condition. En l'occurrence, le terme suspensif de l'exécution de l'obligation de paiement a pu être qualifié d'incertain, ce qui est évident vu son lien étroit avec la volonté du diffuseur.

Mais cette décision, dont le libéralisme a pu être condamné par M. Gautier, n'en est pas moins critiquée sur le terrain de la seule technique juridique, en raison de ce « terme purement potestatif » ainsi découvert. En effet, pour que la qualification de terme soit reçue, encore fallait-il que l'incertitude ne réside que dans la date de survenance de l'événement, non dans la survenance de l'événement lui-même. Le terme dont la survenance même deviendrait incertaine ne serait plus qu'une condition. La condition étant dépendante de la volonté de l'un des contractants, elle serait potestative. Enfin, cette potestativité étant placée entre les mains du débiteur, elle devrait être sanctionnée au titre de l'article 1174 du Code civil.

Terme ou condition, en de pareils cas, le caractère potestatif de la modalité écartant toute obligation d'exploitation a pu être toutefois contesté au motif qu'il serait dans l'intérêt du cessionnaire d'exploiter²⁸³⁵. Ne le faisant pas, il subirait une forme de *sacrifice* de nature à écarter le grief de la condition potestative. Pourtant, si l'intérêt bien compris et *légitime*, du cessionnaire consiste à exploiter l'œuvre, comment expliquer la persistance de son inaction, dont il résulte les litiges cités ? La carence du cessionnaire fait douter de l'existence d'un tel

n'est pas potestatif pour autant : « *Le producteur ne prend vis-à-vis de l'auteur aucun engagement concernant la réalisation du film, ni sa diffusion ; dans le cas où il serait réalisé et/ou non diffusé, l'auteur ne pourrait faire valoir contre le Producteur aucun droit à percevoir une somme supplémentaire à celle qu'il aura déjà perçue en exécution des présentes ...* ». Les auteurs affirmèrent que cette clause était purement potestative et, de surcroît, contraire à l'art. 17 de la Loi de 1957 (art. L.132-23 du CPI) qui définit le producteur comme la personne « qui prend l'initiative et la responsabilité de l'œuvre ». La cour répliqua que le contrat avait pour seul objet la cession des droits et non l'obligation de réaliser le film, même si l'essentiel de la rémunération des auteurs était subordonné à cette réalisation. L'argument de la condition purement potestative fut quant à lui rejeté, ce qui était admissible en l'espèce ; outre les nombreux concours dont devait s'assurer ce « producteur », un minimum garanti avait été payé aux auteurs. – Pour un contrat de commande de scénario d'œuvre audiovisuelle, sur l'absence de rémunération due aux auteurs pour les textes non retenus pour le tournage et la diffusion : CA Paris 26 avril 2006, note F. Cottin-Perreau, *Rémunération des auteurs du scénario d'une œuvre audiovisuelle*, *Légipresse* n° 236, nov. 2006, III, p. 217 (rejet des arguments de la potestativité et du caractère onéreux du contrat d'entreprise). – *Adde* : V. Chardin, *Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle*, D. 1997, Chron. p. 202. D'après cet auteur, la cession des droits et non la commande elle-même entraînerait une obligation d'exploitation (réalisation et diffusion de l'œuvre).

²⁸³⁵ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 610.

intérêt, et par là même du sacrifice consistant à s'en priver. Cette analyse, que nous pouvons déduire de la pratique du « gel des droits »²⁸³⁶ par laquelle l'acquisition de droits pourrait n'être motivée parfois que par le dessein de ne pas les exploiter, n'a manifestement pas été retenue par cette jurisprudence.

781. La licence de droit d'auteur, source d'un « droit potestatif » d'exploiter l'œuvre ? Aussi, on pourra regretter que la sanction de l'arbitraire contractuel concrétisé notamment par la sanction de la condition potestative, s'arrête à la qualification de condition dans son acception la plus technique. Si l'exploitation de l'œuvre semblait toute désignée comme l'obligation caractéristique de la licence de droit d'auteur, son caractère facultatif ruine aussi certainement la proposition. Nous l'avions constaté lors de l'examen de la cause : d'*obligation*, l'exploitation de l'œuvre par le licencié devient une *faculté*. La sanction attachée par la loi à la condition potestative étant écartée, non pas faute de potestativité mais faute de condition, seul demeure le droit ; le droit potestatif d'exploiter ou non l'œuvre mise à disposition²⁸³⁷.

Il semblerait que ce constat ne soit qu'une manifestation d'un phénomène relevé en droit privé, consistant en un recul de la sanction de la condition potestative et en l'admission corrélative de droits potestatifs²⁸³⁸. Variété particulière de droits subjectifs, ces derniers donnent à leur titulaire le pouvoir de modifier unilatéralement la situation juridique mettant en cause les intérêts juridiques d'autrui²⁸³⁹. On trouve dans cette catégorie disparate les droits d'option en tout genres, la fixation unilatérale du prix, les prérogatives exorbitantes du droit commun des obligations qui se manifestent notamment dans le droit de la consommation ou

²⁸³⁶ Sur le constat d'une telle pratique. Voir : B. Montels, thèse préc., n° 214 ; M.-E. Laporte, art. préc., n° 77. – V. *supra* n° 76.

²⁸³⁷ Les termes employés par certains commentateurs des contrats liant producteurs ou éditeurs de programmes audiovisuels et opérateurs de bouquets satellites (diffuseurs) sont à ce titre éclairants : « l'accord de l'opérateur est potentiel et potestatif, il peut laisser dormir le film, ne pas l'exploiter et nuire ainsi à la vie de l'œuvre. » N. Binctin, F. Dumont, G. Egret, R. Viret et P. Bigle, *Le droit du bouquet satellite*, Légipresse n°169, mars 2000, p. 27.

²⁸³⁸ S. Gjidara, *Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : Le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du C. civ., Petites Aff.*, 21 et 22 juin 2000, n°123, p. 4. L'auteur y démontre que la condition potestative sanctionnant un vice de formation du contrat, tend à s'effacer au profit de sanctions de fautes intervenant en cours d'exécution du contrat. – Rappr. : S. Valory, *Potestativité et requalification du contrat*, *Dr. et patrimoine*, juin 1999, n° 72 p. 72. Cet auteur démontre, quant à lui, comment la technique juridique permet de substituer aux conditions potestatives tombant sous le coup de l'article 1174 du C. Civil, une *potestativité licite* consistant en autant de *droits potestatifs* (le terme incertain, la promesse unilatérale, etc.). *Adde* : J. Rochfeld, *Les droits potestatifs accordés par le contrat. Etudes offertes à Jacques Ghestin*. LGDJ 2001, p. 747.

²⁸³⁹ S. Valory, *Art. préc.*, n°72 p. 72.

les droits moraux de l'auteur²⁸⁴⁰, etc. Doit-on désormais y inclure le droit du licencié d'exploiter ou non l'œuvre mise à sa disposition ?²⁸⁴¹

782. Conclusion. La licence de droit d'auteur ne comporte donc pas en elle-même d'obligation d'exploitation. Attachée aux statuts spéciaux d'exploitation de l'œuvre définis par le CPI, l'obligation d'exploitation d'origine légale cesse naturellement lorsque le statut est écarté. Il paraît de ce fait contestable qu'une modalité que l'état du droit nous permet de qualifier de simple droit potestatif, et qu'il est loisible aux parties de transformer en obligation, puisse caractériser un contrat.

783. Critiquable en opportunité, ce trait de régime présenterait néanmoins un intérêt en termes de qualification : celui de rapprocher la licence de droit d'auteur de la location de droit commun qui, du moins par principe, ne comporte pas d'obligation d'exploitation. Mais l'effet pervers de ce raisonnement serait le détachement corrélatif de la licence de droit d'auteur des licences de la propriété industrielle qui comportent, quant à elles, une telle obligation. Or, ne serait-il pas paradoxal que la recherche d'un rattachement de la licence de droit d'auteur à la location de droit commun se fasse au prix de son détachement des autres types de licences, ruinant ainsi l'unité de la notion ?

Cette crainte n'est en fait qu'apparente, si l'on s'attache aux sources possibles de cette obligation dans ces matières voisines. C'est pourquoi l'examen des causes de l'obligation d'exploiter du licencié de brevet ou de marque apparaît indispensable à ce stade. La discussion du caractère obligatoire de l'exploitation dans ces matières voisines enrichira le débat que nous menons en droit d'auteur.

2 – Les apports d'une comparaison avec la propriété industrielle

²⁸⁴⁰ V. *supra* n° 309 et ss.

²⁸⁴¹ La réponse serait positive si l'on en croit le constat de Mme B. Thullier, *L'autorisation, Etude de droit privé*, LGDJ, 1996, n° 85. Dans le cadre du contrat de représentation, l'auteur, « plus que de fournir lui-même une prestation positive ou négative, accepte de laisser faire autrui. Le contrat offre un choix à l'entrepreneur et celui-ci peut, par une activité unilatérale, provoquer une modification de la situation juridique de l'auteur. ». – Si l'analyse de la situation juridique de l'entrepreneur correspond à celle que nous avons exposée pour le licencié en général, la position de l'auteur donneur de licence n'est pas, à notre sens, correctement analysée. Le « laisser faire » de l'auteur est une fausse représentation de la réalité. Peu importe que le transfert d'un bien incorporel ne s'accompagne pas des actes positifs nécessaires certes, mais accessoires, dans les transferts de biens corporels. L'abstention de l'auteur n'est que l'effet imposé par la nature des choses d'un véritable transfert ou mise à disposition de droits. La potestativité de l'engagement du licencié est à ce titre d'autant plus criante qu'il répond à une mise à disposition, véritable *prestation* consentie par l'auteur.

784. Plan. Les critiques apportées au défaut d'obligation d'exploitation pesant sur le licencié ou le cessionnaire de droit d'auteur sont redoublées par certains auteurs qui, sur ce point, appellent de leurs vœux l'application du régime des licences de la propriété industrielle : de brevet ou de marque principalement²⁸⁴². Encore faut-il que les fondements de cette obligation en droit des marques et des brevets soient connus et transposables en droit d'auteur. Si l'on devait se dispenser d'une telle recherche, il serait commode de mettre au premier plan l'originalité des licences de propriété industrielle, dans la mesure où l'obligation d'exploitation ne se retrouve pas de manière aussi explicite dans le bail de droit commun ni dans la licence de droit d'auteur²⁸⁴³.

La recherche d'une réponse nous conduit naturellement à l'étude des fondements de cette obligation. Les arguments procèdent, à notre sens, de deux séries de fondements juridiques. Tout d'abord, les arguments tirés du droit commun des obligations, au vu de nos précédentes constatations en droit d'auteur, nous paraissent plus fragiles que ne le laisse entendre la doctrine spécialisée (a). Une autre série d'arguments, tirée de la confrontation des spécificités des objets de propriété industrielle avec le régime des contrats de mise à disposition (essentiellement la location), pourrait-elle jouer un rôle, et lequel, dans l'admission d'une telle obligation (b) ? Enfin, quelles conclusions doit-on en tirer en droit d'auteur ? (c).

a) L'effectivité relative du droit commun des obligations

785. A l'image de ce que nous avons pu relever en propriété littéraire et artistique, nombre d'auteurs fondent, en partie ou principalement, l'obligation d'exploitation dont le licencié serait le débiteur sur le droit commun des obligations. Plus précisément, les fondements les plus fréquemment relevés sont : l'objet du contrat, la cause de l'obligation ainsi que la prohibition des conditions potestatives de la part du débiteur. Ils ne diffèrent donc pas de ceux déployés en droit d'auteur. S'agissant de *l'objet* du contrat, citons, pour le droit des marques, M. Mathély : « le contrat de licence par sa nature a pour objet l'exploitation de la marque concédée, surtout dans le cas où la rémunération du donneur de licence est

²⁸⁴² J. M. Mousseron, J. Raynard, note (préc.) sous : Cass. com. 19 juin 1990 ; B. Montels, thèse préc. p. 297 : « il est de nouveau préférable d'adopter la solution relative aux licences de droits de propriété industrielle qui justifie l'obligation d'exploitation du licencié par le risque de licence obligatoire encouru par le breveté ou de déchéance encouru par le titulaire de la marque. ».

²⁸⁴³ Voir, par ex. : J. Huet, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd. LGDJ 2001, p. 699 : « le licencié, qu'il s'agisse de marque ou de brevet, s'oblige à procéder à une exploitation du droit concédé de manière à en maintenir la valeur, et cela confère à la relation contractuelle une indéniable originalité. ».

proportionnelle au résultat de l'exploitation. »²⁸⁴⁴. Dans le même sens, sur les mêmes thèmes de l'objet et de la *cause de l'obligation*, Mme Tardieu-Guigues note que « Si le licencié n'exploite plus ou pas la marque, le paiement des redevances disparaît, ce qui constitue une absence de cause et d'objet à l'engagement du concédant »²⁸⁴⁵. L'auteur ajoute l'argument de la potestativité, déjà rencontré en droit d'auteur : « Le contrat qui ouvrirait cette possibilité à un contractant dans une convention synallagmatique aurait un caractère *purement potestatif* puisque l'inaction du licencié entraînerait à son gré le non paiement des redevances tout en maintenant l'engagement du concédant. ».

Enfin en droit des brevets, que l'on tient plus volontiers comme l'inspirateur de la propriété industrielle, Roubier²⁸⁴⁶, Burst²⁸⁴⁷, ou encore Mousseron et M. Raynard, proposent une analyse proche, mais parfaitement transposable, selon les dires de ces derniers auteurs à notre domaine d'étude : « S'agissant de la licence de brevet, l'obligation est, très accessoirement, justifiée par l'octroi de licences autoritaires en cas de non exploitation, voire d'exploitation insuffisante de l'invention. Mais la règle trouve une justification plus pratique dans la proportionnalité du prix à l'exploitation »²⁸⁴⁸. Les co-auteurs ajoutent : « L'analyse paraît « naturellement » pouvoir être transposée au domaine de la propriété littéraire et artistique. ». Pour bien des auteurs, c'est donc le droit commun des obligations, autant, si ce n'est plus que le droit spécial des propriétés industrielles et de leurs contrats, qui impose une obligation d'exploitation au licencié.

786. En droit, ces analyses nous semblent des plus persuasives. Elles sont en outre « autorisées » par le droit commun des obligations, ce qui leur confère une valeur indéniable. Néanmoins, en droit des marques du moins, leurs auteurs ne confirmant l'usage de ces fondements juridiques par aucune véritable jurisprudence, constante et précise, nous ne pensons pas qu'elles relèvent, dans cette spécialité, et sur les fondements de droit commun avancés, du droit positif. Il est vrai que la situation semble différente concernant les brevets où l'obligation d'exploitation, effective même en l'absence d'exclusivité, a pu se justifier par

²⁸⁴⁴ P. Mathély, *Le droit français des signes distinctifs*, Editions J.N.A., 1984, p. 371. Pour cet auteur, l'obligation existe, que la licence soit exclusive ou simple. L'idée est reprise par l'auteur, sans cette distinction, dans : *Le nouveau droit français des marques*, Editions J.N.A. 1994, p. 216.

²⁸⁴⁵ E. Tardieu-Guigues, *La licence de marque*, Thèse, Montpellier 1991, p. 342.

²⁸⁴⁶ Notamment : P. Roubier, *Licences et exclusivités*, Annales de droit commercial français, étranger et international, 1936, p. 289 (spéc. p. 314 et s.).

²⁸⁴⁷ J.-J. Burst, *Breveté et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Librairies techniques, 1970, n° 330, n° 427 et n° 433 ss.

²⁸⁴⁸ J. M. Mousseron, J. Raynard, note préc. En ce sens, notamment : R. Joliet, *Le contrat de licence de brevet en droit civil belge et français*, RTD com. 1982, p. 167 (v. spéc. p. 200).

le prix proportionnel, d'une cession notamment²⁸⁴⁹. Mais il convient de relever qu'en droit des marques, les juges du fond paraissent peu sensibles à ces arguments, en particulier en cas de licence non exclusive²⁸⁵⁰. Aussi, faute d'une jurisprudence véritablement homogène, il convient de veiller, sur ce point précis et sur ces fondements, à la plus grande prudence. Cette hétérogénéité à elle seule constitue la démonstration que le droit commun s'avère aujourd'hui impuissant à fonder de manière systématique une obligation d'exploitation.

Dans l'attente d'une jurisprudence plus claire sur la question, on pourrait s'en référer, avec la doctrine, au droit commun du louage de choses. Cette référence peut étonner, de prime abord, pour la simple raison qu'il est traditionnellement constaté que le principe d'une obligation d'exploitation n'est pas admis par le droit *commun* de ce contrat *spécial*.

b) L'obligation d'exploitation expliquée par le régime du contrat de bail

787. A première vue, l'obligation d'exploitation du bien loué semble étrangère au régime du droit commun du bail²⁸⁵¹. Il est néanmoins possible, en observant le droit du bail à travers le prisme du brevet comme de la marque, de voir dans le premier les fondements de l'obligation d'exploiter les seconds. Celle-ci est aisément déduite par la doctrine de l'obligation de conservation de la chose prise à bail d'une part (α), et d'un usage conforme à la destination de la chose d'autre part (β).

²⁸⁴⁹ Y compris si le contrat ne le prévoit pas : Cass. req. 7 mai 1934, Ann. PI, 1935, p. 53 ; Cass. com. 16 mai 1961, Bull. III, n° 212. – En cas de licence non-exclusive : Cass. civ. 16 janv. 1956, Ann. P.I., 1958, 168, cité par F. Macrez, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, op. cit. p. 309 et s. – Pour une cession assortie d'une obligation d'exploiter et d'un prix proportionnel : TGI Paris 22 mars 2002, Prop. ind., janv. 2003 p. 20, note J. Raynard. Le tribunal justifie l'obligation d'exploitation de l'invention brevetée par le prix proportionnel. Voir, en ce sens : CA Paris, 10 mai 2002, PIBD, n°748, III, 361 (cité par l'auteur). – En cas de licence non exclusive voir, notamment : Y. Reinhard, Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux brevets d'invention, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 561.

²⁸⁵⁰ Le licencié *non exclusif de marque* n'est pas débiteur d'une obligation d'exploitation. En ce sens : CA Paris 19 oct. 1981, PIBD 1982, n°301, III, p.101 ; CA Paris 24 févr. 1982, n°305, III, p.151. Mme Tardieu-Guigues, *Thèse préc.* p. 336, cite un arrêt : CA Paris 7 mars 1975, Ann. P. I. 1975, 254, pour justifier une obligation d'exploitation, même sans clause. Cette interprétation nous semble discutable dans la mesure où la Cour prononce la résiliation au motif que le chiffre d'affaires minimum *prévu au contrat* n'avait pas été atteint.

– Voir cependant : CA Paris 12 nov. 1986, Ann. PI. 1987 n° 2, l'arrêt ne pose pas cette distinction (licence exclusive / non exclusive) de manière explicite. Cet arrêt est le seul cité, sur ce point, par : J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007, n° 677 et par : A. Chavanne et C. Salomon, *Rép. com. Dalloz, Marques de fabrique, de commerce ou de service*, n° 462. La place accordée à cet arrêt d'appel peut, à notre sens, démontrer son importance, autant que la fragilité de la règle de droit qu'il est censé fonder.

²⁸⁵¹ L'obligation d'exploitation semble conditionnée par l'existence de régimes spéciaux, elle est alors généralement reliée au respect de la destination de la chose. En ce sens : R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, n° 348. (Ex. les baux ruraux : art. 1767 C. civ., ou commerciaux sous une forme allégée car conditionnant simplement le droit au renouvellement : art. L.145-8 C. com.). V. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n°687. *Adde* : B. Montels, thèse préc., n° 211.

788. Fonder l'obligation d'exploitation à la charge du licencié, élément de régime, sur le droit du louage de choses, vérifie le rattachement à cette qualification. Le contrat de bail porte une obligation de conservation de la chose louée, conséquence logique de l'obligation de restitution de l'article 1730 du Code civil²⁸⁵². De plus, et contrairement à l'œuvre protégée qui n'est appropriée que du fait de la création et indépendamment de tout acte d'exploitation, la marque se conçoit comme le titre d'un droit d'occupation. Inexploitée, elle encourt la déchéance aux termes de l'article L. 714-5 du CPI. L'exploitation de la marque par son titulaire ou par son licencié, du moins exclusif, est donc une des conditions essentielles de la survie du droit mis à disposition²⁸⁵³. Cela explique sans doute pourquoi en droit des marques cette obligation n'existe de manière certaine qu'en cas d'exclusivité²⁸⁵⁴, les espoirs d'exploitation, donc de survie de la marque, ne reposant que sur l'exécution par le licencié de son obligation. M. Azéma note ainsi que cette obligation est « encore plus impérative qu'en matière de brevet afin d'éviter la déchéance pour défaut d'exploitation »²⁸⁵⁵.

En effet, le défaut d'exploitation d'un brevet entraîne tout au plus la mise en place d'une licence autoritaire, bien rare en pratique, et non la perte du droit. L'argument n'en est pas moins considéré comme majeur en droit des brevets, ici par M. Burst : « Le licencié a, non seulement le droit, mais encore l'obligation d'exploiter. Ce principe est admis de manière constante en jurisprudence. Il se fonde, en grande partie, sur le fait que l'absence d'exploitation ou l'exploitation insuffisante expose le breveté à une licence obligatoire faute d'exploitation. Le principe s'applique pareillement que la licence soit exclusive ou non exclusive, mais l'application doit être particulièrement rigoureuse dans le premier cas. »²⁸⁵⁶. Il est vrai que la licence autoritaire de brevet ne constitue pas une déchéance du titre, ni une expropriation. Constitutive d'un droit *personnel* de jouissance, elle n'en demeure pas moins

²⁸⁵² Par ex. : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, n° 328.

²⁸⁵³ L'exploitation de la marque par un licencié fait obstacle à la sanction de l'art. L. 714-5 du CPI, même si l'accord permettant l'exploitation à une filiale n'est qu'implicite : CA Paris 24 mars 1988, Ann. PI 1989, 260. *A fortiori* la solution est la même si la licence n'a pas fait l'objet d'une publication (exigée aux seules fins de publicité) : CA Paris 4 mars 1974 Ann. PI, 1974, 222.

²⁸⁵⁴ Voir jurisprudence précitée et un point de vue nuancé : E. Tardieu-Guigues, *J.-Cl. Marques*, Fasc. 7400, n°95, 1994. *Contra* : P. Mathély, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁸⁵⁵ J. Azéma, *Lamy Droit Commercial*, 2011, n° 2220.

²⁸⁵⁶ J.-J. Burst, *J.-Cl. Brevets* Cote : 11,1990, Fasc. 491 : *Licence de brevets. – Effets du contrat de licence. – Fin du contrat de licence*. Voir les nombreuses décisions citées par cet auteur à l'appui de ce principe. Notamment : Cass. 18 mars 1929 : Ann. prop. ind. 1929, 359. – Cass. req. 7 mai 1934 : Ann. prop. ind. 1935, 53 ; Cass. com. 4 nov. 1974, Dossiers brevets 1975, V, n° 3. – S'il n'est pas question d'être exhaustif sur ce point précis, citons également : C. Guthmann *J.-Cl. Brevets* Fasc. 4723 : *Contrats d'exploitation*, cote : 05,1997. n° 76 *Exploitation personnelle et effective* : « Le licencié exclusif ou non a l'obligation légale d'exploiter l'invention concédée au maximum de ses moyens et de ses facultés », ainsi que les références jurisprudentielles citées par l'auteur.

une forme de dégradation de l'exercice des prérogatives du propriétaire, qui perd sa libre jouissance exclusive du «*fructus*». Elle participe de la même idée de dégradation, même limitée dans le temps et dans sa portée, des droits du propriétaire sur sa chose.

789. Conservation de la chose et nature du contrat. Conservation du titre pour la marque, liberté d'exploiter soi-même ou de faire exploiter le brevet, se rattachent au moins par analogie à l'idée de conservation de la chose²⁸⁵⁷, propre aux contrats de mise à disposition, et de location en particulier²⁸⁵⁸. Nous pouvons constater que l'obligation d'exploitation en l'absence de clause – propre à la propriété industrielle – pourrait apparaître comme une originalité de la licence dans cette matière, lui conférant ainsi un caractère *sui generis*, ou du moins distinct de la licence de droit d'auteur. Or, cette référence à la conservation de la chose ne fait que contribuer amplement à son rattachement au louage de choses. La portée de cette argumentation fondée sur la conservation de la chose est naturellement limitée au droit de la propriété industrielle qui lie plus ou moins intensément l'exploitation de la chose et la survie du titre dont elle est l'objet. L'argument doit donc être écarté de la discussion en droit d'auteur, où la permanence du droit n'est pas soumise à une telle condition.

L'argument serait à reconsidérer si l'on venait à reconnaître en droit d'auteur un régime de licences obligatoires (à ne pas confondre avec le système de licence légale) conçu sur le modèle et surtout aux mêmes fins qu'en droit des brevets²⁸⁵⁹.

Un autre fondement à l'obligation d'exploitation doit être envisagé ; à l'image du précédent, il procède du régime de la location tout en participant du caractère propre des objets de la propriété industrielle. Nous constaterons encore que le régime attaché à l'appropriation de la chose semble plier à ses nécessités les obligations résultant du contrat de mise à disposition.

β – L'usage conforme à la destination de la chose

²⁸⁵⁷ En ce sens, voir : F. Macrez in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, op. cit.* p. 309 et s. Obs. sous : Cass. com. 2 déc. 1963 ; CA Paris 2 juill. 1981 ; CA Paris 2 juin 1988.

²⁸⁵⁸ Le prêt à usage, intégré avec la location à la catégorie des contrats de « mise à disposition » comporte également une telle obligation aux termes de l'article 1880 du Code civil « l'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée ».

²⁸⁵⁹ P.-Y. Gautier, « Le cédant malgré lui » : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles, D. Aff. 1995, n° 6, p.123 ; S. Jacquier, Le contrat forcé en droit d'auteur, CCE 2001, n° 26, p. 13, l'envisageant en termes de « refus de licence ».

790. Parmi les arguments développés pour justifier l'obligation d'exploitation pesant sur le licencié de brevet ou de marque, celui-ci est sans doute aisément transposable à la propriété littéraire et artistique. Aux termes de l'article 1728 du Code civil « Le preneur est tenu (...) d'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention »²⁸⁶⁰. Or quelle est, en licence de propriété industrielle et à défaut de destination contractuelle, la destination normale de la chose donnée à bail ? Sans doute ce qui correspond à la fonction du droit. Certes, la notion de destination de la chose louée ne se confond pas avec celle de fonction ou de finalité, dont les sources et les enjeux sont distincts²⁸⁶¹. Cependant, il est saisissant de constater une possible affinité entre ces notions. Sur ce point, la doctrine est d'un secours précieux. M. Mathély, par exemple, note qu'« il est de la nature et de la vocation de la marque d'être exploitée »²⁸⁶². MM Burst et Chavanne nous rappellent également que « La finalité normale d'une marque est évidemment de servir à distinguer des produits ou des services d'un concurrent. »²⁸⁶³. Quant au droit des brevets, il « n'est pas neutre, il poursuit une fonction sociale déterminée ; c'est un *monopole affecté*. »²⁸⁶⁴. Une décision du Conseil constitutionnel du 8 janvier 1991 autorise M. Vivant à considérer les droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble comme autant de droits « finalisés »²⁸⁶⁵. Les droits de propriété intellectuelle trouvent leur vocation, mais également leurs limites et parfois les causes de leur survie, dans leur exploitation commerciale. Par un retour à l'ancienne notion de notre droit civil, l'exploitation de la chose dans un certain sens, constitue donc sa destination normale.

Aussi conclura-t-on que l'obligation d'exploitation dans la licence « n'est en fait que l'expression de l'article 1728 du Code civil, qui indique que le preneur doit user de la chose conformément à sa destination. Le droit de marque étant un monopole « d'exploitation », la concession de ce dernier implique un usage conforme à sa fonction. »²⁸⁶⁶. Lorsque le

²⁸⁶⁰ La comparaison art. 1728 C. civ. / obligation d'exploitation est notamment suggérée par : F. Pollaud-Dulian, *Propriété intellectuelle - La propriété industrielle*, Economica, 2011, n° 1620.

²⁸⁶¹ Dire d'un droit qu'il est finalisé peut aussi signifier qu'il est susceptible d'abus et par conséquent qu'il n'est pas discrétionnaire (Sur ces notions : V. *supra*, n° 302 et s.). La notion peut également renvoyer à l'objet du droit qui doit permettre la réalisation de cette finalité.

²⁸⁶² P. Mathély, *Le droit français des signes distinctifs*, Editions, J.N.A. 1984, p. 371.

²⁸⁶³ A. Chavanne, J.-J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz 5^e éd., p. 631.

²⁸⁶⁴ Y. Reinhard, *op. cit.*

²⁸⁶⁵ M. Vivant, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004. p. 3 : des droits « finalisés ». V. obs. sous : Cons. const. 8 janv. 1991 ; Cass. com. 1^{er} juin 1999 et CA Paris, 26 févr. 2003 ; du même auteur : Touche pas à mon filtre ! JCP, E, 1993, I, p. 275, n° 25. Adde : N. Martin, *Le droit de marque appréhendé à travers sa finalité*, thèse, Montpellier I, 2010, passim ; R. Franceschelli, Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur, in *Mélanges Roubier*, Dalloz, 1961, p. 453 et ss.

²⁸⁶⁶ E. Tardieu-Guigues, *J.-Cl.*, Fasc. 7400, 1994.

propriétaire qui, tout en conservant cette qualité, se sépare un temps de la faculté d'exploiter lui-même la chose, les quelques contraintes attachées à cette exploitation devraient peser à leur tour sur le licencié. On voit ici que l'argument de la *fonction du droit*, qui relève de la propriété intellectuelle, prend aisément appui sur cette notion de destination, essentielle dans le droit du louage, notion distincte avec laquelle elle entre cependant en corrélation.

791. Destination et nature du contrat. Dans le droit fil de cette analyse, la doctrine et une certaine jurisprudence évoquent la *nature du contrat de licence* de brevet comme de marque pour justifier l'obligation d'exploitation²⁸⁶⁷. De prime abord, la réflexion semble juste, dans la mesure où l'obligation d'exploitation est un *élément naturel*²⁸⁶⁸ du contrat de licence de brevet et de marque. Mais elle procède à notre sens d'un certain « raccourci » intellectuel. En effet, nous avons pu constater que cette obligation tenait moins à la nature du contrat de licence, qui fondamentalement est celle du louage de choses, qu'au régime de ces objets incorporels « finalisés ». Aussi, il ne faut pas s'y tromper : certes, ces contrats de mise à disposition mettent en avant des notions telles que la conservation ou la destination de la chose. Mais si la conservation, et surtout la destination de la chose s'expriment dans l'exécution du contrat de louage, c'est qu'elles existent indépendamment de celui-ci. Le contrat de louage est un cadre adapté à la prise en compte de la destination de la chose. Mais c'est cette destination, participant de la *nature même de l'objet* de propriété intellectuelle qui commande l'obligation d'exploitation.

c) Portée des arguments fondés sur le régime du bail en droit d'auteur

792. La conservation de la chose. Fondamentale en droit des marques, à ne pas exclure en droit des brevets, elle doit cependant être écartée du droit d'auteur car elle ne correspond pas, actuellement, à l'économie de ce droit. Le droit d'auteur ne comporte pas en principe d'obligation d'exploitation à la charge de l'auteur. Certes, il existe bien des licences « légales » organisées, à défaut d'en partager l'esprit, selon le modèle d'une gestion collective, dans les domaines de la reprographie, de la copie privée, etc. Mais on ne saurait les

²⁸⁶⁷ En droit des marques : P. Mathély, *op. cit.*, p. 371. Mme Tardieu-Guigues note que « la nature de la marque et la finalité de la licence impliquent l'existence de cette obligation, même en l'absence de redevances proportionnelles ou d'exclusivité, la jurisprudence est dans ce sens » *Thèse préc.* p. 344. – En droit des brevets : CA Paris 2 juill. 1981, obs. F. Macrez (préc.) ; l'auteur cite également : Cass. civ. 16 janv. 1956 (obligation d'exploiter du licencié non exclusif).

²⁸⁶⁸ Par référence à la distinction des éléments essentiels, naturels et accidentels du contrat (v. *supra* n° 172)

confondre avec les licences obligatoires de la propriété industrielle en raison de leurs finalités différentes, voire opposées. En effet, les premières, par un mécanisme légal, ont pour but d'assurer une exploitation licite, si ce n'est de sauver le respect des droits patrimoniaux d'auteur²⁸⁶⁹, alors que les secondes sanctionnent l'abstention du titulaire dans l'exercice de ces mêmes droits. Justifier l'exploitation du licencié de droit d'auteur par l'argument de la conservation de la chose (comme en droit des marques) ou à défaut, de la plénitude des droits sur la chose (en droit des brevets), impliquerait la reconnaissance préalable d'un régime analogue de déchéance ou de « contrat forcé » en droit d'auteur.

Le droit communautaire offre un début de réponse à l'occasion de l'arrêt dit « Magill » rendu par la CJCE le 6 avril 1995 en application de l'article 82 du Traité C.E. (actuel art. 102 du TFUE)²⁸⁷⁰. En sanctionnant l'abus dans l'exercice du droit d'auteur, cet arrêt menace d'une licence obligatoire le titulaire de droits d'auteur dont le refus de contracter conduirait à l'exclusion de toute concurrence sur un marché, ou encore un « obstacle à l'apparition d'un produit nouveau » sur le marché. Certes, il y a lieu de souligner le caractère tout à fait spécifique et exceptionnel de la solution²⁸⁷¹. Fondée sur une théorie dite des « facilités essentielles », elle se situe dans la sphère du droit de la concurrence et ne saurait fonder une obligation générale d'exploitation de toute œuvre : en témoignent les références aux notions de « produit nouveau », de « demande potentielle » et de « consommateurs »²⁸⁷². Le principe d'une licence obligatoire en droit d'auteur n'en devient pas moins concevable pour des créations utilitaires.

793. Destination de la chose. On peut en revanche s'interroger sur la destination du droit mis à disposition par le contrat. Là encore, l'exploitation de l'œuvre est moins impérieuse que celle de la marque ou du brevet. La finalité du droit d'auteur est, à première vue, plus individualiste ce qui est d'ailleurs recevable qu'on le tienne pour attaché à la personne ou pour un droit de propriété. Toutefois, si sa finalité est aujourd'hui moins

²⁸⁶⁹ Par exemple : F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 456, n° 690.

²⁸⁷⁰ Voir, par exemple : Obs. N. Mallet-Poujot sous CJCE 6 avril 1995 in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 59.

²⁸⁷¹ V. P.-Y. Gautier, « Le cédant malgré lui » : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles., *op. cit.* : « Le « jugement contractuel » devrait donc être *l'ultimum remedium*. » ; S. Jacquier, Le contrat forcé en droit d'auteur, CCE 2001, n°26, p. 13, et du même auteur : *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, PUAM, 2001, n° 491 et ss., p. 209 et *passim*. *Adde* : C. Prieto, L'application du droit de la concurrence aux contrats relatifs à la propriété intellectuelle, RDC, avril 2005 n° 2, p. 311 (sur le refus de contracter).

²⁸⁷² Un auteur y voit cependant un fondement d'une obligation d'exploitation et invite à comparer la solution avec le système de licence obligatoire de l'art. L. 613-11 et ss. CPI. V. en ce sens : N. Eréséo, *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008, n° 437, p. 262. Ce fondement nous paraît bien théorique et l'« obstacle à l'apparition d'un produit nouveau » tout comme la frustration d'une « demande potentielle de la part des consommateurs » visés par l'arrêt Magill sont, souhaitons-le, parfaitement étrangers au domaine traditionnel du droit d'auteur.

perceptible dans la jurisprudence qu'en droit des marques, par exemple, le droit d'auteur n'en est pas moins finalisé que les autres propriétés intellectuelles.

Outre les références doctrinales et jurisprudentielles précitées, et s'attachant à trouver dans le droit national la finalité de la propriété intellectuelle dans son ensemble, le droit communautaire apporte des réponses que l'on peut à nouveau évoquer ici. L'interprétation des notions d'épuisement du droit, ou encore de l'article 82 du Traité (actuel art. 102 TFUE) sanctionnant l'abus de position dominante, a conduit la CJCE (CJUE) à l'identification de la fonction essentielle du droit d'auteur et de l'objet spécifique permettant d'atteindre cette fonction. Celle-ci inclut la faculté d'« exiger des redevances » puis « la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur »²⁸⁷³. Plus en phase avec le droit interne, un arrêt plus récent indique que « L'objet spécifique de ces droits, tels qu'ils sont régis par les législations nationales, est d'assurer la protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires. »²⁸⁷⁴.

Certes, ce critère a une fonction utilitaire, car il permet de caractériser des infractions au droit de communautaire de la concurrence. Néanmoins, si l'on excepte des divergences à propos de la conception du droit moral retenue, cette notion ne peut être que rapprochée de la fonction du droit déjà proposée selon une conception plus « interne ». Le dénominateur commun de ces droits consiste en effet dans l'exploitation de la chose. Ainsi, comme le note Monsieur Raynard : « l'objet du droit d'auteur ne se distingue plus de l'objet des autres monopoles intellectuels : l'analyse révèle un puissant facteur d'identité des droits de propriété intellectuelle qui permet de rendre compte de l'omniprésence pour ceux-ci du monopole d'exploitation. »²⁸⁷⁵.

Il est vrai que la discussion menée dans les arrêts cités sur la finalité du droit de marque vise à réduire la portée du droit en raison de motifs de santé publique ou de liberté d'expression. La finalité du droit d'auteur, que nous sollicitons pour fonder l'obligation d'exploiter par le licencié, conduirait au contraire à l'exercice positif du droit dans le cadre contractuel. La généralité du principe autorise cependant cette interprétation. Ainsi M. Vivant pose-t-il la question en ces termes : « Pourquoi ne pas appréhender ces droits de propriété intellectuelle, *dans leur objet même*, à travers la fonction qu'il est légitime de leur

²⁸⁷³ Respectivement : CJCE « Coditel » 18 mars 1980 et TPICE 10 juill. 1991, cités par N. Mallet-Poujol, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, *op. cit.* p. 63 (Obs. sous : CJCE 6 avril 1995).

²⁸⁷⁴ Décision « Phil Collins » CJCE 20 oct. 1993 citée par : F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 836.

²⁸⁷⁵ J. Raynard, Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527.

assigner ? »²⁸⁷⁶. La finalité des droits de propriété intellectuelle reste un argument à explorer en droit d'auteur : centré sur l'exploitation de la chose, il concerne la propriété intellectuelle dans son ensemble et dépasse de ce fait les justificatifs tirés de l'impératif de protection de l'auteur, propres à la propriété littéraire et artistique. Mais s'il peut s'agir d'un argument de droit spécial, celui-ci se fonde dans le droit « commun » des contrats spéciaux de mise à disposition, qui intègre cette *autre* idée de destination.

794. Conclusion. L'obligation d'exploitation n'étant pas justifiée par le régime précaire de la chose, ni par l'autorisation d'exploiter l'œuvre, elle trouve sa source dans certains régimes spéciaux du CPI. Les arguments avancés pour fonder l'obligation d'exploiter l'œuvre donnée en licence sont des plus variés ; ils partagent aussi la même faiblesse. Ils s'attachent à rechercher cette obligation dans les spécificités du droit d'auteur, la volonté présumée des parties, la qualification de l'autorisation consentie par l'auteur. Ces critères, en un sens, sont subjectifs car attachés à la nature de l'autorisation consentie par l'auteur ou au régime du lien qu'il entretient avec son œuvre. Il apparaît au contraire que l'obligation d'exploitation pesant sur le cocontractant de l'auteur résulte de statuts spéciaux qui l'évoquent expressément.

Dans les autres cas, il convient de rappeler que « le droit [de l'auteur] de disposer ainsi de son œuvre pour en tirer une valeur vénale et de passer dans ce but des contrats s'analyse en une simple faculté dont l'exercice est subordonné à un acte de volonté purement potestatif »²⁸⁷⁷. Cette « potestativité »²⁸⁷⁸, qui n'est en fait que le droit du propriétaire de jouir de sa chose en ne l'utilisant pas, est concédée à un contractant, et cette liberté se retrouve intacte dans le droit à la chose du licencié. Voilà comment un effet de la conception traditionnelle du droit d'auteur peut se retourner contre les intérêts de celui-ci.

795. Palliatifs à l'absence d'obligation générale d'exploitation. Il ressort surtout de ces développements qu'imposer une obligation générale d'exploitation n'est ni réaliste, ni adapté à l'exploitation des œuvres hors des contrats du CPI qui en disposent ainsi. Néanmoins, la prise en compte de l'intérêt bien compris de l'auteur pourrait consister à attacher des conséquences juridiques à la non-exploitation de l'œuvre sous licence exclusive

²⁸⁷⁶ Obs. M. Vivant, sous Cons. const. 8 janv. 1991 ; Cass. com. 1^{er} juin 1999 et CA Paris, 26 févr. 2003, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, op. cit., p. 10.

²⁸⁷⁷ Affaire Jamin c. Dame Canal T. civ. de la Seine 1^{er} avril 1936, D. 1936, II, p. 65, note M. Nast. Confirmé en appel : CA Paris, 23 févr. 1938, S. 1938, I, p.169, note Esmein.

²⁸⁷⁸ Si la formule est évocatrice et mérite pour cela d'être citée, ce jugement est ancien et on ne prétendra pas y voir les prémices de la notion actuelle de droit potestatif.

assortie d'une rémunération proportionnelle aux résultats de l'exploitation, ceci afin que la prestation de l'auteur ne soit pas causée d'une contrepartie illusoire. Il n'est alors pas nécessaire à cette fin d'évoquer l'idée de sanction ou d'inexécution contractuelle. En effet, l'exécution forcée en nature, bien que concevable, semble inadaptée pour les contrats d'exploitation mettant à charge de l'exploitant des obligations de faire sur une longue durée²⁸⁷⁹. Certains contrats, dont le statut légal ignore l'obligation d'exploitation, notamment en matière théâtrale, prévoient en ce sens une indemnisation²⁸⁸⁰. Indépendamment donc de toute idée de responsabilité contractuelle, on pourrait également poser en principe, comme pour le contrat individuel de représentation, que l'inexploitation emporte la déchéance de l'exclusivité, sans mettre fin au contrat²⁸⁸¹. On peut également prévoir en pareil cas la faculté pour l'auteur de mettre fin à la licence pour l'avenir, après mise en demeure. Passé un seuil, l'autorisation, quelle qu'en soit la qualification initiale, pourrait se muer en licence à durée indéterminée avec faculté de résiliation unilatérale dans les mêmes conditions de droit commun (préavis raisonnable de part et d'autre). Un certain équilibre entre auteur et exploitant serait ainsi rétabli. La qualification de licence permettrait d'éviter les situations dites de « gel des droits » parfois observées, sans doute plus efficacement que l'affirmation d'un principe, aussi fondamental qu'illusoire, d'obligation générale d'exploitation. Mais il faudrait pour cela se résoudre à admettre que la protection des intérêts de l'auteur, classiquement cantonnée à des mécanismes originaux et radicaux²⁸⁸², puisse emprunter l'outil bien banal d'une qualification contractuelle spéciale : la licence.

²⁸⁷⁹ En ce sens : S. Jacquier, thèse préc., n° 890.

²⁸⁸⁰ Le régime du contrat de représentation du CPI ne comporte pas d'obligation d'exploitation, en revanche, elle peut être stipulée. En matière de théâtre cependant, l'exécution forcée en nature sera difficilement envisageable et le contrat prévoira une indemnisation à charge de l'exploitant : par ex. J.-Cl. Communication, Fasc. 9605 : Contrat de représentation. Formule.

²⁸⁸¹ V. *supra* n° 492 et s.

²⁸⁸² On songe au droit de retrait et de repentir, dénué de toute portée pratique dans le domaine des œuvres audiovisuelles où l'on déplore le plus intensément les défauts d'exploitation des œuvres.

II – Le régime du prix : l’influence réciproque de la licence et du contrat d’exploitation

796. La fixation du prix de la licence : élément validant ou élément de régime ? La détermination du prix du contrat a vu son fondement général, la détermination de l’objet, évincé au profit d’un fondement spécial, propre à chaque contrat²⁸⁸³. Ce qui relevait traditionnellement du droit commun (art. 1129 C. civ.), reflue vers le droit spécial. Désormais, en principe, le prix du contrat peut être fixé unilatéralement par l’une des parties, sous réserve de l’abus commis dans l’exercice de ce droit, abus dont la police paraît aussi bienveillante que distante. Très schématiquement encore, pour les contrats qui nous intéressent ici, on rappellera que le prix de la vente et du bail reste soumis à l’exigence de détermination du prix, ce qu’indiquent les articles 1591 du Code civil pour la vente et plus discrètement l’article 1709 du même code pour le bail, tandis que le prix des « contrats cadres » et du contrat d’entreprise notamment reste en principe étranger à cette exigence²⁸⁸⁴. Cette question est encore un sujet qui partage la doctrine et nous nous bornerons à rappeler que si un important courant est favorable à un abandon plus général cette exigence²⁸⁸⁵, la majorité a pris acte du maintien de l’exigence de détermination du prix pour la vente et ainsi que pour le bail : le prix doit être déterminé ou objectivement déterminable dès la formation du contrat et ne pas dépendre de la volonté unilatérale d’une des parties²⁸⁸⁶. Dans les autres cas, la fixation du prix

²⁸⁸³ Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts) Bull. n°7-9 ; D. 1996, Jur., 17, Concl. Av. gén. Jéol ; note L. Aynès ; JCP G 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; JCP E 1996, II, 776, note L. Leveneur ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. Mestre ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 152-155, p. 74 et ss.

²⁸⁸⁴ Cependant ce dernier point n’est pas en soi une nouveauté ; la Cour de cassation avait déjà eu l’occasion d’écarter l’exigence de détermination du prix pour des contrats « n’engendrant pas une obligation de donner », v. Cass. Com. 29 janv. 1991, Bull. IV, n° 43, JCP G 1991, II, 21751, note L. Leveneur ; Cass. civ. 1^{re} 24 nov. 1993, Bull. I, n° 339, RTD civ. 1994, p. 631, obs. P.-Y. Gautier ; CCC 1994, n° 20, obs. L. Leveneur, relatif à une commande d’œuvre : « Attendu (...) qu’un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n’est pas un élément essentiel du contrat de louage d’ouvrage ». Etaient ici concernés des contrats d’entreprise. En ce sens, v. : A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, n° 148.

²⁸⁸⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 210, considérant que la règle de détermination ne s’applique plus au bail : v. n° 649 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 149.

²⁸⁸⁶ Le cas du bail est plus discuté, mais il est généralement admis que son prix doit être également déterminé ou déterminable. Le point est souvent indiqué parmi les enjeux à distinguer le bail de l’entreprise. Réaffirmant l’exigence de détermination du prix du bail, v. par ex : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 304 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 526 et s. ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 459 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd. Dalloz, 2009, n° 291. V. également en ce sens les conclusions de l’avocat général Jéol précitées : JCP G 1996, II, 22565. – Certains auteurs sont plus partagés et ne tiennent pour certaine que l’exigence de détermination du loyer dans les cas de baux spéciaux, par ex. : J. Huet, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*,

devient un droit potestatif, effet du contrat, ce qui permet de l'envisager non plus en élément validant nécessaire à la *formation* du contrat, mais en élément de régime contrôlé au stade de son *exécution*²⁸⁸⁷.

797. La fixation du prix de la licence et les contrats d'exploitation. Il s'agit de savoir si les contrats d'auteur relèvent de ce fondement désormais spécial de détermination du prix ou au contraire de la catégorie résiduelle de la solution de droit commun ramenant la fixation du prix à l'exécution du contrat. La question met en jeu la distinction entre contrat d'autorisation et contrat d'exploitation, et au sein de la première catégorie, elle interroge la distinction entre cession et licence.

Au premier abord, l'indifférence du CPI sur ce sujet peut étonner : le CPI n'impose pas d'obligation de détermination du prix. Ainsi l'article L. 131-3 exigeant la délimitation de l'étendue des droits « cédés », reliée comme on l'a vu à l'article 1129 du Code civil, n'impose pas la « délimitation » d'un prix. La relecture conjointe de ces articles après les enseignements des arrêts de l'Assemblée plénière de 1995 nous fera dire que tel n'était pas leur objet.

En revanche, notre code pose plusieurs principes relatifs au prix qui, de fait, s'approchent de l'exigence de détermination du prix - empruntant toute sa rigueur²⁸⁸⁸ - sans

2^e éd. LGDJ, 2001, n° 21143, p. 718 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les Obligations, t. 1 L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 237-1, p. 219.

²⁸⁸⁷ En ce sens par ex. : S. Valory, Potestativité et requalification du contrat, Dr. et patrimoine, juin 1999, n°72, p.72 ; J. Rochfeld, Les droits potestatifs accordés par le contrat. *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 ; C. Pomart-Nomdedeo, Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité, RTD Civ. 2010, p. 209. – Cette lecture « favorable » de la potestativité tranche singulièrement avec une approche plus ancienne qui l'envisage essentiellement sous l'angle de la sanction de l'arbitraire, c'est-à-dire de la *condition* potestative. En ce sens sur notre sujet : J. Ghestin, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, D. 1973, Chron. p. 293 ; du même auteur : La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 243 ; G. Goubeaux, Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, Defrénois, 1979, art. 31986. Pour une définition de la notion de droit potestatif, v. *supra* n° 307.

²⁸⁸⁸ En ce sens, cette observation de H.-J. Lucas, sous : Cass. 1^{re} civ. 15 oct. 1996, aff. Uderzo/Dargaud : Bull. I, n° 356 ; JCP E 1997, 683, (n° 5) : « Il est en effet frappant de voir la Cour de cassation s'engager, en matière d'édition, dans le même processus d'annulation systématique des clauses sur la rémunération proportionnelle que celui qu'elle a trop longtemps fait subir, en matière de distribution, aux clauses sur la détermination du prix. La justification est d'ailleurs la même, puisque c'est la protection de la partie a priori la plus faible (auteur ou détaillant) qui a incité la jurisprudence à la sévérité dans l'appréciation des clauses qui pourraient lui avoir été imposées par la partie la plus forte (éditeur ou distributeur). ». Le litige portait sur l'application de l'article L. 131-4 du CPI ; la cour réaffirme : « la participation de l'auteur aux recettes doit être calculée en fonction du prix de vente au public ». – En ce sens : Cass. 1^{re} civ. 7 juin 1995 « Glénat », JCP G 1996, II, 22581, note A. Françon ; JCP E 1996, I, 580, n° 10, obs. J.-M. Wallet. *Adde* : Y. Gaubiac, L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur, *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 163. – Particulièrement critiques sur la solution dégagée par la jurisprudence, v. : A. Lucas, L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur, D. 1992 p. 269 ; F. Gaullier, G. Vercken, Rémunération proportionnelle des auteurs : Atténuations et remises en cause du principe de l'assiette "prix public hors taxes", Prop. intell., avril 2006, n° 9, p. 155.

pour autant s'y confondre. Ces règles pourraient suppléer à la carence d'exigence de détermination, mais elles se concentrent en fait sur le rappel du principe même d'une rémunération et celui de spécialité des « cessions ». Ainsi dans le cadre du contrat de production audiovisuelle : « La rémunération des auteurs est due pour chaque mode d'exploitation. » (Art. L. 132-25 CPI).

798. Le prix des contrats d'exploitation du droit d'auteur souffre donc d'une certaine indétermination. Nous constatons en première partie de cette recherche que le prix d'une licence comme d'une cession pouvait être forfaitaire ou proportionnel et que la situation ne différait pas des solutions admises en droit commun du bail et de la vente.

En cas de rémunération forfaitaire – cas d'exception²⁸⁸⁹ mais recouvrant en pratique une part considérable des situations – le principe même du forfait entrera en corrélation avec un prix déterminé : le montant du forfait sera convenu et généralement énoncé dans un acte écrit. Il est intéressant de constater que le prix sera mieux déterminé dans les cas de forfait ne mettant pas en présence l'auteur²⁸⁹⁰, ou portant sur des contributions secondaires, des créations d'arts appliqués, qu'en cas de conventions engageant directement l'auteur destiné à être édité, joué ou produit. Ce qui peut être présenté comme un défaut d'articulation de la loi spéciale et de la loi générale peut également montrer que l'exigence de détermination du prix ne présente qu'un intérêt limité pour l'auteur lorsque le succès de son œuvre se prête difficilement à l'anticipation.

Le point pose plus de difficultés en cas de rémunération proportionnelle, qui est le principe cardinal en droit d'auteur. Nous avons vu que ce mode de rémunération, bien que ses modalités (taux et assiette) puissent prêter au débat, n'est pas dans son principe contradictoire avec l'exigence de détermination du prix, qui peut n'être que déterminable.

Cependant, il est difficile de soutenir que le prix des contrats d'édition, de représentation et de production audiovisuelle soit déterminable au sens de l'exigence du droit de la vente ou du bail. Bien que leur assiette et taux soient toujours déterminés, le prix de

²⁸⁸⁹ Art. L. 131-4 CPI et pour le contrat d'édition, art. L. 132-5 et L. 132-6 CPI.

²⁸⁹⁰ Le forfait est admis lorsque l'auteur n'est pas partie au contrat (par ex. conventions entre producteur et diffuseurs), au motif que la protection instaurée à l'article L. 131-4 du CPI a été prise dans l'intérêt du seul auteur (ce qui justifie en outre une nullité relative). – En ce sens, v. par ex. CA Paris, 16 janv. 1996, Prop. intell., janv. 2005, n° 1, p. 64. – La situation peut jouer en défaveur de l'auteur dans la mesure où le producteur est, en revanche, soumis envers l'auteur au principe de la rémunération proportionnelle. En ce sens : P. Noguier, *Les règles de la rémunération en droit d'auteur français : le principe de la participation économique de l'auteur à l'exploitation de son œuvre*, Thèse Paris II, 1992, p. 49 et ss. En ce sens : B. Montels, *La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, CCE juin 2001, Chron. n° 17, p.19.

vente des exemplaires au public, le prix de location de film, d'achat de droits de télédiffusion (sauf hypothèse fréquente de préachat), etc. qui feront la base de calcul de la rémunération de l'auteur, ne seront pas initialement connus des parties. Ces décisions appartiendront à « l'exploitant »²⁸⁹¹, mieux à même de les prendre, ce qui n'est généralement pas contesté. Ainsi on peut lire au très « potestatif » article 5 du contrat type d'édition proposé par le SNE : « Attributions de l'éditeur : 1 – L'éditeur se réserve expressément le droit de déterminer seul, pour toutes les éditions : (...) – le prix de vente ».

799. Actualité confirmée de l'impératif de détermination du prix et importance de la qualification du contrat. Plusieurs postures sont possibles face à ce conflit apparent ; aucun argument n'étant parfait, y compris ceux favorables à notre thèse, chacun recevra des objections.

- Tout d'abord, on pourrait considérer qu'en raison des modes de calcul pratiqués, précisant un taux et une assiette, le prix des contrats du droit d'auteur est suffisamment déterminable au regard de l'exigence posée. Mais une telle largesse ne peut que nuire à la compréhension de l'exigence. Le prix du contrat d'auteur dépend de la décision potestative de l'exploitant assise sur le prix de vente des exemplaires qu'il fixe et qui correspond bien à un cas de détermination unilatérale évoquant la clause de prix catalogue²⁸⁹². Ce droit potestatif est d'ailleurs consacré par la loi en matière d'édition²⁸⁹³ et apparaît, comme nous l'avons vu, dans les contrats pratiqués. Cependant on objectera à cette donnée purement juridique que cette décision ne se trouvera que rarement livrée à l'arbitraire de l'exploitant mais sera guidée par la considération des prix d'un marché²⁸⁹⁴. Elle relève cependant de la volonté de l'une des parties, ce qui ne satisfait pas à l'exigence légale. Notons qu'hors du cas de l'édition, le prix pourra être fixé non par le cocontractant de l'auteur mais par un exploitant final. Et ceci bien

²⁸⁹¹ Encore faut-il savoir qui est l'exploitant qui fixe le prix : en matière d'édition, la loi impose que le prix du livre soit fixé par l'éditeur ; pour le reste les prix sont libres. Ailleurs, la décision appartiendra au distributeur. La pratique du prix public conseillé ne permettra pas toujours au cocontractant de l'auteur de connaître le montant du prix effectivement pratiqué, ce qui pose problème car le prix versé à l'auteur est censé être basé sur ce prix. Sur cette problématique : F. Gaullier, G. Vercken, art. préc.

²⁸⁹² Sur ce mode de détermination du prix : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n°128.

²⁸⁹³ Loi n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre. Art. 1^{er}, Al. 1^{er} : « Toute personne physique ou morale qui édite ou importe des livres est tenue de fixer, pour les livres qu'elle édite ou importe, un prix de vente au public. ».

²⁸⁹⁴ Un certain conformisme de la pratique fait que les prix d'un ouvrage de telle collection et de tel éditeur, les prix moyens de CD ou DVD, selon la richesse de leur contenu édition simple ou « *collector* », sont approximativement connus du public et de l'auteur. Rien de systématique à cela notamment pour les nouveaux modes de commercialisation, par ex. le livre numérique, marché en devenir, dont les prix régis par la récente loi (n°2011-590 du 26 mai 2011), relative au prix du livre numérique, ne sont sans doute pas encore fixés.

que sa qualité de « tiers » au sens de l'article 1592 du Code civil soit plus que discutable ; en ce cas, le grief d'indétermination pourrait ne viser que cette dernière convention.

- Ensuite, la question de la détermination du prix du contrat d'auteur pourrait être inscrite dans le débat plus vaste relatif au domaine d'application de cette règle. En effet, qualifier les contrats complexes d'exploitation du droit d'auteur de « vente » ou de « bail » comme le fait une doctrine récente, implique, pour résoudre une inévitable contradiction, que la règle de détermination du prix ait vocation à céder dans ces contrats, où elle subsiste encore actuellement. Il est alors possible, dans cet esprit, soit de voir dans les contrats d'auteur des exceptions au principe de détermination imposé dans les contrats du droit civil auxquels se rattachent l'élément d'autorisation (vente ou bail). La règle *specialia generalibus derogant* serait lue dans les dispositions du CPI relatives aux modes de rémunération²⁸⁹⁵. Soit il convient de considérer que la règle de détermination du prix ne s'applique plus à la vente et au bail. Cependant, il s'agit là d'un sujet de débat, et si cette solution apparaît en germe dans la doctrine²⁸⁹⁶ et de manière très hétérogène dans de récents projets de réforme du Code civil²⁸⁹⁷, il importe de noter que cette solution, et la sanction toute théorique de l'abus

²⁸⁹⁵ En ce sens : N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n°456. Cette analyse est peu satisfaisante dans la mesure où cet auteur qualifie préalablement les contrats d'auteur - y compris les contrats d'exploitation du CPI - de vente ou de baux. Confronté à la même contradiction et plaidant également pour l'abandon de la règle de détermination du prix : S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, n° 615 et ss.

²⁸⁹⁶ Par ex. : A. Bénabent, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 149 ; P.-Y. Gautier, Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux, in *Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, Débats, RDC, avril 2006/2. p. 610 ; D. Mazeaud, La matière du contrat, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens du droit des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81 et ss. – Pour notre matière : P. Tafforeau, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Gualino, 2007, n° 211 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 501, p. 541. Cet auteur envisage en pareil cas un contrôle judiciaire de l'abus dans la fixation du prix ; en ce sens, v. N. Blanc, *op. cit.*, n° 456. – On peut cependant craindre le faible succès de cette sanction en droit d'auteur comme ailleurs.

²⁸⁹⁷ Projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats : « Article 82 : Il peut toutefois être convenu, dans les contrats à exécution successive et dans les contrats cadre, que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation. Si le prix est manifestement abusif, le débiteur peut saisir le juge afin d'obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. ». Rappr. l'Avant-projet Catala : « Art. 1121-3 : L'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée ou déterminable, à la condition que, dans ce dernier cas, l'étendue de l'engagement ne soit pas laissée à la seule volonté de l'une des parties. Art. 1121-4 : Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, il peut toutefois être convenu que le prix des prestations offertes par le créancier sera déterminé par celui-ci lors de chaque fourniture, fût-ce par référence à ses propres tarifs, à charge pour lui, en cas de contestation, d'en justifier le montant à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception. ». – Comp. admettant plus généralement le principe de fixation unilatérale : V. D. Houtcieff, Le contenu du contrat, in *Pour une réforme du droit des contrats, réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Dalloz, 2009, p. 183 (spéc. p. 193 et ss.). V. l'art. 60 al 3 appelant à faire « usage de cette faculté de manière raisonnable. ». – Notant que la faculté de déterminer le prix apparaît comme l'exception dans les deux premiers projets et comme le principe dans le troisième : D. Mazeaud, La réforme du droit français des contrats : Trois projets en concurrence, in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 229 (spéc. n°17).

manifeste de fixation unilatérale du prix, ne relèvent pas du droit positif²⁸⁹⁸. On peut en outre s'interroger sur l'opportunité de soumettre l'auteur, qui est un particulier, souvent un salarié et la partie faible au contrat²⁸⁹⁹, aux difficultés, aux aléas (et – faut-il le rappeler ? – aux frais) d'une action en justice. Combien d'abus seront réellement sanctionnés et combien demeureront dans l'ombre ?²⁹⁰⁰

- Une solution plus convaincante et en conformité avec notre démarche de qualification serait de considérer que les contrats en question (édition, production, représentation, etc.) ne sont pas des ventes ou des louages²⁹⁰¹, bien que l'autorisation qui les fonde relève des mécanismes fondamentaux de ces formules simples. Les contrats d'exploitation du CPI et leurs avatars innommés sont des contrats complexes comportant une autorisation (licence ou cession) ainsi qu'une série d'obligations de faire à charge de l'exploitant, réalisant un *service*, ce qui les rend irréductibles aux qualifications de vente ou de bail. Certains éléments de régime de ces contrats relèvent de la cession ou de la licence (garanties, droit aux fruits de la chose), d'autres découlent de la composante « service » présente dans ces contrats. Si le prix des contrats du CPI n'a pas à être déterminé, ce n'est donc pas par exception à la règle de détermination du prix, mais parce que ces contrats, qui ne sont ni des baux ni des ventes, échappent au domaine d'application de cette règle. Il n'y a pas de contradiction entre deux corps de règles dans la mesure où ces contrats ne sont pas la juxtaposition de contrats spéciaux, mais la combinaison d'éléments divers donnant naissance à une figure à l'identité et au régime propre²⁹⁰². Rappelons qu'en droit commun, si la règle de détermination a pu céder en cas de bail, il s'avère que les contrats en question mêlaient bail et

²⁸⁹⁸ Ce que reconnaît l'un des promoteurs de cette évolution : A. Bénabent, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 149.

²⁸⁹⁹ Certaines dispositions du Code de la consommation comportent une exigence similaire quant au prix (par ex. Art. L. 121-87 C. conso).

²⁹⁰⁰ Depuis les arrêts de 1995, le recours à la sanction du prix abusif est plus que discret, ce qui suggère, selon le point de vue adopté : soit le caractère opportuniste des annulations précédentes, soit le caractère illusoire de ce recours.

²⁹⁰¹ V. *supra* n° 587. Notons cette alternative proposée par M. Tafforeau constatant que le prix du contrat de production audiovisuelle échappe à l'exigence de détermination : « Cela suppose tout de même de considérer : - soit que la jurisprudence précitée s'applique même au contrat de vente, nonobstant l'art. 1591, C. civ. - soit que le contrat de production audiovisuelle n'est pas une vente. », P. Tafforeau, *op. cit.*, n° 211. Seule la seconde alternative nous semble correspondre au droit positif.

²⁹⁰² Comp. avec les contrats cadres du droit de la distribution (contrat de fourniture) où l'on est tenté de voir une convention unique et complexe « irréductible à l'addition d'un accord-cadre et de contrats de ventes ultérieurs » : « L'alchimie est connue du droit des contrats qui voit l'agrégation de plusieurs contrats élémentaires donner naissance à un contrat propre au régime tout aussi spécifique pour chacune de ses composantes », P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 40.

entreprise dans un contrat mixte²⁹⁰³. Sur la question du régime du prix, l'aspect d'entreprise l'emporte donc.

Cette différence correspond bien à la distinction entre contrat d'autorisation et contrat organisant une exploitation de l'œuvre. Elle rejoint ce qui justifie l'exigence de détermination dans le bail et la vente et l'indétermination admise dans les contrats de services, c'est-à-dire « une différence fondamentale entre la vente et le bail, d'une part, et le contrat d'entreprise, d'autre part. Dans les premiers, la chose objet du contrat est parfaitement connue dès l'échange des consentements. C'est pourquoi son prix doit, en principe, être déterminé à ce moment. Dans le second, sauf pour les services standardisés, l'ouvrage est un bien ou un service uniques dont la qualité et la difficulté sont difficiles à prévoir à l'avance. [...] Dans le contrat d'entreprise, l'avenir se ne dévoile qu'en devenant présent. Toute prévision est dangereuse. Il n'en va pas de même dans la vente et dans le bail. »²⁹⁰⁴. Si l'exigence de détermination se comprend d'une licence ou d'une cession²⁹⁰⁵, se limitant à autoriser une

²⁹⁰³ En ce sens : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 304. V. Cass. Com. 29 janv. 1991, Bull. IV, n° 43, JCP G 1991, II, 21751, note L. Leveneur ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 526. Tel est le cas de deux des arrêts de cassation rendus par la Cour de cassation le 1^{er} déc. 1995 (n° de pourvoi : 91-15999 et 91-19653) concernant des contrats de « location-entretien » d'installation téléphonique, arrêts rendus au visa notamment des articles 1709 (louage de choses) et 1710 (louage d'ouvrage) du Code civil. – V. la jurisprudence dite « Alcatel » (deux arrêts) tenue pour avoir amorcé le revirement de 1995 et qui concernait également ce contrat de location-entretien : Cass. civ. 1^{re} 29 nov. 1994, Bull. I, n° 348 ; JCP G 1995, II, 22371, obs. J. Ghestin ; JCP E 1995, II, 662, obs. L. Leveneur ; D. 1995, 122, note L. Aynès ; RTD civ. 1995, p. 358, obs. J. Mestre. Distinguant ce contrat de la notion de contrat-cadre : J. Cayron, *La location des biens meubles*, PUAM, 1999, n° 192 et ss.

²⁹⁰⁴ P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825 (v. spéc. p. 848 et s.). V. également : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 304.

²⁹⁰⁵ Pour l'annulation d'une cession de brevet pour indétermination du prix : CA Paris 10 oct. 2003, Prop. ind., 2005, comm. 1, obs. J. Raynard. Cette nullité est absolue, conformément au « droit commun ». – En droit d'auteur : TGI Paris 9 mai 1990 RIDA, 1991/1 p. 355, pour un prix « à débattre », cité par M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 672. Pour un contrat exactement qualifié de « licence » (contrat de location de film), avec une référence faite à l'article 1709 C. civ. (contrat de bail), v. T. com. Marseille, 17 févr. 2010, Sté Bastille Saint Antoine et al. c. Sté Mars Distribution : inédit, cité par B. Montels, CCE juin 2010, Chron. 6, Un an de droit de l'audiovisuel, spéc. n° 19. M. Montels commente : la décision manifeste « l'intérêt de diversifier la qualification juridique des conventions portant sur les droits d'auteurs, qu'une partie de la doctrine souhaite réduire à la cession (partielle) alors que l'on est souvent en présence de concession, i.e. de licence en matière de droit de la propriété intellectuelle ». *Adde* : CA Montpellier 8 janv. 2008 n° de RG : 06/2540, statuant sur renvoi (Cass. com. 30 nov. 2004, n° de pourvoi : 03-13756, Bull. IV n° 210 p. 236). Une clause de cession des droits d'auteur sur un logiciel prévoyait la détermination du prix par un expert désigné par le Président du tribunal statuant en la forme des référés, assorti d'un plafonnement (curieusement, donc, sur le fondement de l'art. 1843-4 C. civ. relatif à la cession des parts sociales et non sur celui de l'art. 1592 C. civ.). Le caractère « dérisoire » du prix en résultant était contesté par le cédant. Les juges – se fondant explicitement sur les seules dispositions spéciales du CPI – envisagent en fait la question de la détermination du prix selon un raisonnement relevant du droit commun de la vente (validité de la clause de détermination du prix ne dépendant pas de la volonté unilatérale du cessionnaire) : « Attendu qu'il faut relever à titre superfétatoire que le moyen pris de la nullité de la clause de plafonnement en raison de son caractère potestatif a été expressément écarté de manière définitive par la cour d'appel d'Aix en Provence qui a conclu à la validité de la cession au motif qu'il résultait du contrat que la détermination du prix par la mise en œuvre de la clause ne dépendait pas que de la seule volonté de la cessionnaire, et que le moyen pris de la violation de l'article L 131-4 du code de la propriété intellectuelle, qui accorde un droit à rémunération proportionnelle à l'auteur, ne pouvait aboutir dès lors qu'il a

exploitation dans des limites circonscrites, l'incertitude qui préside aux contrats organisant une exploitation commerciale justifie l'indétermination de cet élément²⁹⁰⁶. C'est également ce que juge la Cour de Cassation, voyant dans le mécanisme contractuel inspiré par la SACD pour les contrats de représentation théâtrale²⁹⁰⁷ une application en droit d'auteur de la notion de contrat-cadre et de contrats d'application. Cette qualification justifie que le prix de chaque contrat d'application, en l'occurrence des licences, soit fixé ultérieurement²⁹⁰⁸.

800. Conclusion. La détermination du prix est un élément validant de la licence de droit d'auteur comme de la cession, lorsque ces dernières sont considérées en tant que contrats spéciaux à part entière, rattachés respectivement au bail et à la vente. En revanche, la question de la détermination du prix apparaît en simple modalité de régime du contrat complexe d'exploitation, y compris si celui-ci intègre un mécanisme de cession ou de licence. Si le cas du bail prête davantage à discussion que celui de la vente, il est généralement admis que l'exigence de détermination du prix s'y applique tout autant. Ce qui pourrait être une occasion d'illustrer une différence majeure entre les régimes du prix de la cession et de la licence – les contrats du CPI sont généralement construits autour d'une licence²⁹⁰⁹ – doit donc, en l'état du droit positif, être écarté, faute d'être pleinement convaincant.

été définitivement jugé par le tribunal de grande instance de Marseille et la cour d'appel d'Aix en Provence que les cédantes ne sont pas auteurs mais elles-mêmes simples cessionnaires de l'œuvre de l'auteur Azzedine B... ». C'est la qualification de cession qui autorise ce raisonnement. Par conséquent, l'art. 1591 C. civ. (ou l'art. 1709 en cas de licence), eût été plus adapté. Une réserve peut être faite : le contrat de cession s'insérerait dans des relations complexes : « convention de distribution exclusive d'un procédé de saisie et télétransmission (...) », par ailleurs : « l'acte comportait, en son article 14, une promesse unilatérale de cession des droits incorporels de toute nature afférents aux composantes logicielles et matérielles du procédé et précisait que le prix de cession serait, à défaut d'accord, fixé à dire d'expert dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil » (*sic*). Or, sans changer le fond de la décision, on aurait pu considérer que cette « cession » à l'image de celle qui intervient dans le cadre d'autres contrats que la vente (contrat-cadre, contrats d'auteur, contrat d'entreprise) soit détachée de l'exigence de détermination du prix.

²⁹⁰⁶ On pourra nous objecter que certains contrats de licence prévoyant une obligation d'exploiter et un prix proportionnel – et que l'on ne peut rattacher à un des contrats complexe du CPI ou autre contrat innommé – relèvent de la qualification de bail, sans pour autant relever de l'exigence de détermination. Mais beaucoup de contrats, ne constituant qu'une licence ou une cession, relèveront des nombreuses exceptions de rémunération forfaitaire, (traduction, logiciel...) : le prix sera donc, de ce *fait*, déterminé.

²⁹⁰⁷ Sur ce mécanisme associant un contrat général et des contrats individuels, v. *supra* n° 614 et ss.

²⁹⁰⁸ V. en ce sens : Cass. 1^{re} civ. 25 janv. 2000, *Éric Barlet c. Fehrat Temal et Gilles Bougeault*, RIDA 4/2000, p. 267 ; JCP E 2002, 223, obs. A. Ratovo : « Mais attendu (...) qu'un contrat du 14 juin 1993 comportait, notamment, la cession par M. X... à M. Z... du droit de représentation de l'œuvre sous la forme de spectacle vivant, et l'engagement de M. X... de conclure un contrat particulier à cet effet par l'intermédiaire de la SACD ; que ce contrat, signé par M. Z... le 9 décembre 1993, précisait l'étendue et la durée de la cession, ainsi que la rémunération de l'auteur ; que de ces énonciations la cour d'appel a exactement décidé que le contrat du 14 juin 1993, contrat-cadre, tel qu'il devait être complété par celui du 9 décembre 1993, était conforme aux exigences légales (...) ». Il s'agissait bien d'un contrat-cadre : à la fois contraignant (par celui-ci l'auteur s'engage à conclure un contrat particulier) et « incomplet » : ici prix, durée, étendue des droits « cédés » et domaine d'exploitation devaient être délimités par le contrat particulier. V. en ce sens les observations de A. Ratovo ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 466, jugeant le procédé « possible, mais dangereux. ».

²⁹⁰⁹ V. sur cette conclusion, *supra* n° 510.

§ 2 – Éléments obligatoires relevant de la licence, l’auteur débiteur

801. Plan. On constate que ces éléments concernent essentiellement des obligations de l’auteur : l’auteur doit délivrer l’œuvre et garantir les droits loués ou cédés. Ces obligations ne présentent pas d’originalité dans leur principe, en revanche leur application à la licence prête à discussion en raison de son objet incorporel, principalement, de sa qualification en bail, accessoirement (*I – L’absence d’originalité de l’obligation de délivrance ; II – Les obligations de garantie du donneur de licence : un appel du droit spécial au droit commun*).

I – L’absence d’originalité de l’obligation de délivrance

802. Manifestation de l’obligation de délivrance en droit d’auteur. L’obligation de délivrance pesant sur l’auteur, qu’il ait contracté une licence ou une cession ou tout autre contrat autorisant l’usage de l’œuvre²⁹¹⁰, consistera à mettre son contractant en mesure de réaliser l’exploitation de l’œuvre²⁹¹¹. Cette obligation se manifestera concrètement dans « la tolérance par l’auteur des actes d’exploitation que réalise « l’exploitant »²⁹¹². Cette instantanéité réalise la « sublimation » de cette obligation, contrairement aux autres aspects du maintien en jouissance (spécialement l’obligation de garantie) inscrits quant à eux dans la durée. L’aspect abstrait de la prestation qui intervient de manière instantanée, concomitante au transfert ou à la mise à disposition de l’œuvre, objet incorporel, a pu faire douter de son existence en droit d’auteur²⁹¹³. Il s’agirait plus d’un effet du contrat que d’une obligation²⁹¹⁴.

²⁹¹⁰ Pour le bail : article 1719 C. civ. : « Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu’il soit besoin d’aucune stipulation particulière : 1° De délivrer au preneur la chose louée (...) ». Pour la vente : article 1604 et ss. C. civ. : « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l’acheteur. ». Cette définition est généralement critiquée car elle évoque davantage le transfert du droit (effet du contrat) ou de possession, que la délivrance à proprement parler, qui réalise un transfert de détention. V. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 174.

²⁹¹¹ J. Raynard, *Droit d’auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d’auteur*, Litec, 1990, n° 639.

²⁹¹² J. Raynard, thèse préc., *loc. cit.* – En ce sens, en droit des brevets, au titre « obligation de délivrance » : « Le breveté est tenu de mettre le licencié en jouissance de l’invention concédée. A dire vrai, cette obligation n’a qu’un contenu purement négatif. Elle consiste, en réalité, à ce que le breveté ne mette aucun obstacle à l’exploitation paisible par le licencié de l’invention concédée. » J.-J. Burst, J.-Cl. Brevets Cote : 11,1990 ; Fasc. 491 : Licence de brevets. – Effets du contrat de licence. – Fin du contrat de licence, n° 4.

²⁹¹³ C. Bernault, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l’audiovisuel*, LGDJ, 2003, n° 973, p. 366 ; du même auteur : V. J.-Cl. Contrats - Distribution Fasc. 3140 : Contrat de distribution des œuvres audiovisuelles. – Contrat de distribution en salles. Pour les contrats portant sur des biens immatériels en général (brevets,

803. Banalité de l'obligation de délivrance en droit d'auteur. Deux objections peuvent être formulées, démontrant que l'obligation de délivrance du droit commun naît pareillement dans les contrats du droit d'auteur.

– D'une part ce caractère naturellement *passif* de l'obligation de délivrance²⁹¹⁵ est parfaitement compatible avec l'obligation de délivrance du droit commun. La délivrance en droit commun, quoique réalisant *la mise à disposition de la chose*, s'entend essentiellement d'une *obligation instantanée et de ne pas faire*²⁹¹⁶ : « ne pas empêcher l'acheteur de retirer »²⁹¹⁷. L'obligation de délivrance peut être satisfaite par le « délaissement qu'en fait le vendeur »²⁹¹⁸. Elle peut s'opérer par le consentement des parties ou par l'usage de l'acquéreur²⁹¹⁹. Autant dire que, sous réserve d'un terme, elle peut se confondre avec la conclusion du contrat. Ainsi, « Elle n'exige, de la part du vendeur, aucun signe ou symbole extérieur, propre à manifester son intention de délaisser la possession au profit de l'acheteur »²⁹²⁰. Il est donc inexact de prétendre que « l'obligation de délivrance, posée à l'article 1720 du Code civil, n'a aucun sens s'agissant de l'autorisation d'exploiter une œuvre »²⁹²¹. En revanche, on ne la confondra pas avec la « livraison positive de la chose »²⁹²², aspect très secondaire qui manifesterait quant à lui une certaine originalité.

C'est donc bien dans le Code civil que l'on trouve ces éléments. La délivrance des utilités de l'œuvre n'est pas explicitement évoquée par le CPI ; elle n'en demeure pas moins présente dans les contrats du droit d'auteur qui portent un transfert ou une mise à disposition.

clientèles, etc.), v. G. Loiseau, *L'immatériel et le contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz – LGDJ, 2009, p. 353 (spéc. p. 358 : « Dans ces opérations contractuelles, la délivrance qui accompagne l'obligation de donner n'a d'ailleurs pas vraiment de sens, même intellectuellement. »).

²⁹¹⁴ Ces considérations suggèrent l'analogie avec le débat sur l'existence d'une obligation de donner.

²⁹¹⁵ J. Raynard, thèse préc., *loc. cit.*

²⁹¹⁶ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 314.

²⁹¹⁷ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 182.

²⁹¹⁸ Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t.5, 6^e éd. par P. Esmein, Ed. Techniques SA, 1946, § 354, p. 47. S'agissant des immeubles, elle s'accompagne de la remise des titres et des clefs en cas de bâtiment.

²⁹¹⁹ V. l'art. 1606 al. 3 C. civ. pour les meubles et l'art. 1607 C. civ. pour les biens incorporels : « La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur. ».

²⁹²⁰ Ch. Aubry et Ch. Rau, *op. cit.*, § 354, p. 48. Les auteurs précisent (note de bas de page n°3) : « L'art. 1605 n'exige pas la remise des titres et des clefs, comme un acte symbolique, destiné à tenir lieu de délivrance, mais comme un complément indispensable de la délivrance, sans lequel la chose ne se trouverait pas pleinement en la puissance de l'acheteur ». Cette réflexion est transposable aux meubles, y compris incorporels. Comp. « La mise en possession physique se réalise souvent par le biais de symboles : remise des clefs de l'appartement pris en location, (...) » J. Huet, *op. cit.*, n° 21161, p. 740.

²⁹²¹ C. Bernault, thèse préc., n° 973, p. 366.

²⁹²² P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 182.

Une exception à ce silence du CPI pourrait être lue dans l'article L. 215-1 al. 3 du CPI²⁹²³ qui empêche l'éparpillement des différents éléments constituant l'œuvre audiovisuelle et impose au producteur de vidéogramme (souvent producteur de l'œuvre audiovisuelle) de délivrer « en bloc » au licencié, diffuseur de l'œuvre, les différentes utilités (droit des auteurs et droits voisins) nécessaires à son exploitation. Cette obligation a été justement rapprochée de l'obligation de délivrance de l'article 1719 1° du Code civil²⁹²⁴. Ce rattachement paraît logique, car si la situation vise notamment les contrats de « cession » du droit de représentation aux chaînes de télévision, ces contrats, comme nous l'avons démontré, reçoivent, après analyse, la qualification de licence.

La délivrance, quoique « dématérialisée », n'en est pas moins une obligation contenant un aspect positif, mis en lumière par la doctrine en droit des brevets²⁹²⁵, qui apparaît plus évidemment en droit d'auteur lorsque la délivrance de l'œuvre implique celle de son support.

– D'autre part la présence d'un support accessoire à l'œuvre protégée met en évidence la réalité de cette obligation de délivrance en droit d'auteur. La délivrance du support est parfois indispensable à l'exécution des obligations de chacun²⁹²⁶. Le traitement légal de ce sujet reste propre au contrat d'édition. Ainsi dispose l'article L. 132-9 du CPI, selon lequel

²⁹²³ « Les droits reconnus au producteur d'un vidéogramme en vertu de l'alinéa précédent, les droits d'auteur et les droits des artistes-interprètes dont il disposerait sur l'œuvre fixée sur ce vidéogramme ne peuvent faire l'objet de cessions séparées. »

²⁹²⁴ B. Montels, thèse préc., n°161. Pour une étude approfondie de ce mécanisme de « concession en bloc », v. le chapitre consacré : n°118 et ss. p 171 et ss. – M. Gautier considère que cette disposition va de soi « du point de vue des obligations de délivrance et de garantie », P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 153.

²⁹²⁵ Sur le caractère positif des obligations émanant du contrat de licence de brevet : P. Roubier, *Licences et exclusivités*, Annales de droit commercial français, étranger et international, 1936, p. 289 (spéc. p. 308) ; J.-J. Burst, *Brevet et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Librairies techniques, 1970, p. 21, n° 20 (réservant cependant le cas de l'obligation de délivrance au contenu « purement négatif »). En ce sens : M. Vivant, *Touche pas à mon filtre !*, JCP E, 1993, I, p. 275, n° 25 : « Le louage comporte une obligation positive de mise en jouissance, classiquement qualifiée d'obligation de délivrance dans l'ordre des choses corporelles. Le titulaire d'un droit sur une chose met cette chose à disposition d'un tiers. Le titulaire d'un brevet c'est-à-dire d'un droit sur une invention (ce brevet, dit-on couramment) à la disposition du licencié. ». – Pour l'application des articles du Code civil en matière de délivrance (spéc. art. 1607 et 1719 et s. C ; civ.) en droit des brevets : J. Schmidt-Szalewski, J.-L. Pierre, *op. cit.*, n° 266 pour la cession et n° 282 pour la licence. – Pour une application de la notion de délivrance en droit des dessins et modèles (donc en droit d'auteur en raison du cumul de protection) : P. et F. Greffe, *Traité des dessins et modèles*, 8^e éd., Litec, 2008, n°1264, p. 355. *Adde* : Y. Reinhard, *Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux brevets d'invention*, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 561 (spéc. p. 565).

²⁹²⁶ J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz, 1927, p. 234 et s. Rault voyait dans la livraison du manuscrit dans le cadre du contrat d'édition une obligation résultant de l'interprétation de la volonté des parties, indispensable à l'exécution des obligations essentielles de l'auteur comme de l'éditeur. Cependant, curieusement, l'auteur jugeait « parfaitement inutile » le rattachement de cette obligation à l'article 1603 du Code civil. Cette analyse est excessive : comme l'on peut estimer que l'obligation de délivrance est sous-entendue dans les contrats portant sur le transfert ou l'usage d'une chose, n'est-ce pas l'utilité même de cet article qui est mise en cause par l'auteur ?

l'auteur doit mettre l'éditeur en mesure d'exploiter et lui remettre à cette fin son manuscrit²⁹²⁷. La mise à disposition de l'œuvre quant à elle – préalablement distinguée de la remise du manuscrit – a pu être lue comme « variante de l'obligation de délivrance pesant sur le vendeur. »²⁹²⁸. Le travail de qualification du contrat d'édition mené précédemment en fait plutôt la transposition fidèle de l'obligation du *bailleur*. La visibilité de la délivrance du support inscrit parfois le contrat d'auteur dans la matérialité des choses et laisse apparaître la délivrance de l'œuvre, chose immatérielle.

Une originalité peut être notée cependant : le manuscrit, objet accessoire de l'obligation de délivrance, n'a pas vocation à suivre le sort de l'œuvre délivrée, maintenue en jouissance au profit du licencié. La délivrance, en tant qu'opération réalisant un « droit commun » à la vente et au bail²⁹²⁹, ne doit pas faire oublier que ce qui la justifie relève de causes de natures opposées (*dare* ou *praestare*). Si l'on considère que le contrat d'édition s'organise autour d'une véritable cession, hypothèse que nous avons rejetée, il est marquant de constater que cet « accessoire » ne suit pas le « principal » qui demeure la propriété de l'auteur. Nous avons cependant tranché : le contrat d'édition comporte une forme de mise à disposition relevant de la licence. La situation des deux objets s'accorde mieux, dans la mesure où l'éditeur n'est propriétaire ni de l'œuvre ni de l'objet corporel qui la supporte, encore que la mise à disposition du manuscrit sera bien plus courte que celle de l'œuvre et qu'il ne réponde plus de sa perte un an après l'achèvement de la fabrication. Autre piste : nous avons vu que le contrat d'édition, loin de se résumer à une licence, relevait en partie de l'entreprise, mais que l'on ne pouvait voir dans la délivrance de l'œuvre par l'auteur une « fourniture de la matière ». Au contraire cette qualification n'est pas à exclure pour manuscrit, encore que ce dernier ne fasse pas, en tant que tel, l'objet d'un « ouvrage ».

Ce débat semblera en partie obsolète car le manuscrit sera, à la demande des éditeurs, délivré sous forme de fichier informatique. Mais la question reste d'actualité pour les autres contrats d'édition où le support se résume rarement en un fichier informatique « léger » (œuvres plastiques : moules ; édition musicale : bandes mères).

²⁹²⁷ « L'auteur doit mettre l'éditeur en mesure de fabriquer et de diffuser les exemplaires de l'œuvre.

Il doit remettre à l'éditeur, dans le délai prévu au contrat, l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication normale. / 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. ». Selon M. Hugué, cette disposition est une « lapalissade », car son contenu découle de la nature du contrat d'édition, V. : A. Hugué, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962, n° 269, p. 192.

²⁹²⁸ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 669.

²⁹²⁹ La délivrance dans le bail ne présente pas d'originalité par rapport à celle de la vente (V. par ex. J. Cayron, *op. cit.*, n° 200). La similitude sur ce point précis entre la licence et la cession n'est pas propre à la propriété intellectuelle mais elle est une donnée constante du droit des contrats spéciaux.

Plus généralement, s'agissant des biens incorporels, la délivrance « se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur. »²⁹³⁰. Si la découverte de l'obligation de délivrance semble aller de soi en droit de la propriété industrielle, c'est probablement parce que la délivrance de l'invention brevetée fait corps avec celle d'un titre, le brevet, et parfois d'accessoires²⁹³¹. Or, point de « titre » en droit d'auteur – sous réserve d'une analogie pour le visa d'exploitation cinématographique²⁹³² – et le support de l'œuvre ne saurait constituer un titre : « En fait d'œuvre, la divulgation vaut titre »²⁹³³. Cependant, lorsque l'auteur ne remet pas le support indispensable à la jouissance de l'œuvre, c'est bien un défaut de délivrance. Le support peut être tenu pour accessoire, mais il empêche l'accès au principal : la jouissance de la chose. L'obligation de délivrance peut donc s'extérioriser au travers d'actes positifs²⁹³⁴. En cas de cession, la dissociation entre le transfert de propriété de l'œuvre et la délivrance réapparaît. La délivrance de l'œuvre intervenue corrélativement à celle d'un support succède au transfert instantané de la propriété. En matière de licence, la créance de jouissance peut naître avant la délivrance du support. Cette délivrance permettra de satisfaire la créance de jouissance de l'exploitant. Nous avons vu que les contrats de location de film ou d'achat de droits de télédiffusion comportaient de très denses dispositions relatives à la mise à disposition du support²⁹³⁵. Leur détail, en cas de défaut de conformité, permettra une analyse objective plus aisée que la question de la conformité de l'œuvre elle-même, qui préoccupera en amont le producteur.

804. Œuvre inachevée. Ainsi, la question de la délivrance de l'œuvre se posera donc principalement en présence d'un support. La question réapparaît en cas d'œuvre inachevée à la conclusion du contrat. La situation vise le cas de la commande, mais pas uniquement : l'auteur peut ne pas avoir achevé l'œuvre future, à représenter ou à éditer, y

²⁹³⁰ Art. 1607 C. civ.

²⁹³¹ V. réf. en propriété industrielle précitées. En droit des brevets, la question de l'obligation de délivrance se pose essentiellement sous l'angle de son domaine (c'est-à-dire, finalement, de l'objet même du contrat) : s'étend-elle aux « accessoires » que sont le savoir-faire, les perfectionnements, une assistance technique ? Jurisprudence comme doctrine sont partagés. Sur le détail de ces discussions : V. : C. Guthmann, J.-Cl. Brevets, Fasc. 4723 : Contrats d'exploitation, Cote : 05, 1997, (spéc. n° 32 pour la vente et n° 65 pour la licence). Cet auteur note qu'en pratique la remise effective du titre est exceptionnelle.

²⁹³² Sur cette comparaison, V. B. Montels, thèse préc., n°108 p. 158 et s. Le producteur peut être tenu de délivrer ce visa en plus du support de l'œuvre : une prestation positive s'ajoute à la tolérance des actes de représentation.

²⁹³³ J. Raynard, Le tiers au pays du droit d'auteur, publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique, JCP G 1999, I, 138 (V. l'art. 113-1 du CPI : « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. »).

²⁹³⁴ V. Par ex : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 182.

²⁹³⁵ Montrant comment dans ces contrats liant le producteur et le diffuseur, support et monopole d'exploitation sont intimement liés par une relation d'accessoire à principal, et permettent l'utilisation de l'œuvre audiovisuelle : Ch. Hugon, thèse préc., n° 545. V. également : M.-E. Laporte, Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, JCP G, 1991, I, 3540 ; B. Montels, *op. cit.*, n°110, p. 160 et ss.

compris si l'étape de création n'entre pas dans le champ du contrat. Les difficultés à survenir, outre le classique dépassement de délai, porteront sur la question des corrections et plus généralement de l'agrément de l'œuvre par l'exploitant, souvent teintée de subjectivité, voire de potestativité.

805. Logiciels : délivrance de « l'œuvre » et délivrance de « l'outil ». Enfin, l'étendue et la conformité de la délivrance se posera tout spécialement en matière d'exploitation de logiciels. La question de la conformité portera essentiellement sur les fonctionnalités attendues, qu'il s'agisse d'un progiciel (« licence » d'utilisation) ou d'un logiciel spécifique (commande suivie d'une cession généralement étendue)²⁹³⁶. Le temps de la délivrance du logiciel « outil » ne coïncidera pas nécessairement avec le « transfert » des droits sur le logiciel, pour les contrats prévoyant cette modalité²⁹³⁷. Mais la question est à la frontière du droit d'auteur : c'est ici le logiciel-outil, plus que le logiciel-œuvre, qui est en cause²⁹³⁸. L'étendue de la délivrance, qui est en fait l'expression de l'objet du contrat, portera cependant sur le droit d'auteur pour tout acte dépassant le simple usage du logiciel et pénétrant la sphère du droit d'auteur : en cas d'installation sur plusieurs postes, en cas d'éventuelle communication du code source permettant de corriger, de modifier le logiciel²⁹³⁹,

²⁹³⁶ La procédure de réception du logiciel commandé (contrat de création de logiciel) est rarement instantanée. La « recette provisoire » consiste à vérifier l'aptitude générale des logiciels par une série d'essais. Elle précède la « recette définitive » consistant en la vérification du fonctionnement général en service régulier et s'étale parfois sur plusieurs mois. Le tout relève des stipulations des parties. Pour une étude détaillée, v. : A. Hollande, X. Linant de Bellefonds, *Pratique du droit de l'informatique*, 6^e éd., Delmas, 2008, n° 427, p. 69. – Le logiciel spécifique faisant l'objet d'une « licence » d'utilisation doit également être délivré, c'est-à-dire pour le fournisseur, l'obligation de « mettre l'utilisateur en mesure de l'utiliser » (*Ibid.*, *op. cit.* n° 504). La procédure de réception est généralement simplifiée, mais répond au même objectif que dans le cas précédent. – Pour une analyse détaillée (traitant ensemble logiciel spécifique et progiciel), V. Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd. Dalloz, 2010, n° 4.33, et ss., p. 190 et ss. ; A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 2001, n° 737, p. 487 et s.

²⁹³⁷ Clause proposée par A. Hollande, X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 465 (Extraits) : « 13. Propriété intellectuelle - De convention expresse, le client sera propriétaire de tous les droits intellectuels sur tous les travaux d'intégration et les développements spécifiques commandés et payés par lui. À cet effet, le fournisseur transférera au client l'intégralité de ses droits d'auteur sur ces développements spécifiques *au fur et à mesure de l'achèvement* de leur phase de réalisation. ». (nous soulignons).

²⁹³⁸ Nous avons fait ce constat en Partie I (v. *supra* n° 84 et ss.). En ce sens, relevant la problématique de la qualification de licence, V. E. Arfi, *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec IRPI, 2005, n° 544 : « les contrats de licence sont sans pertinence au regard du droit d'auteur lorsqu'ils se limitent à accorder un droit d'usage personnel et individuel sur l'œuvre, que la loi reconnaît déjà de plein droit à l'utilisateur. ». « Seuls méritent la qualification de licence les contrats conférant à l'utilisateur le droit d'utiliser l'œuvre dans des conditions qui excèdent les exceptions au monopole de l'auteur, comme c'est par exemple le cas pour les licences collectives, qui organisent une utilisation publique de l'œuvre dans les entreprises ou les collectivités. ».

²⁹³⁹ Sur la problématique de la délivrance du code source, V. Par ex. : H. Croze et F. Saunier, Logiciels : retours aux sources, JCP G 1996, I, 3909 ; H. Bitan, La délivrance des progiciels de gestion intégrée, Gaz. Pal. 17 juill. 2001, n° 198, p. 10 ; du même auteur : Pour une consécration de l'obligation de moyens renforcée dans les contrats informatiques, CCE oct. 2005, p. 14 ; M.-A. Ledieu, Logiciel spécifique, correction des erreurs et code source : les tribulations d'un français au paradis offshore du développement de logiciel, CCE juill. 2004, Etude 21.

etc. Selon la qualification du contrat retenue, c'est le régime de la délivrance de la vente ou du bail qui sera invoqué²⁹⁴⁰.

806. Sanctions. L'obligation de délivrance est une obligation de résultat²⁹⁴¹ sanctionnée par la résolution ou l'exécution forcée. La résolution étant en principe prononcée par le juge (art. 1184 C. civ.), les parties prévoient une clause de résolution de plein droit, généralement stipulée dans les contrats où la délivrance de l'œuvre, inachevée lors de la conclusion, apparaît à l'occasion de la délivrance de son support²⁹⁴². Le jeu du droit de divulgation ou le simple fait du non-achèvement de l'œuvre²⁹⁴³, contre lesquels le droit commun de l'exécution forcée semble impuissant²⁹⁴⁴, amènera le cas échéant à préférer l'exécution par équivalent. En revanche, dans les autres cas, rien ne semble s'opposer à l'exécution forcée en nature : l'argument portant sur la nature d'obligation de faire du bailleur est sans portée dans la mesure où, relevant moins du « *facere* » que du « *praestare* », le jeu de l'article 1142 du Code civil²⁹⁴⁵ serait ici dénué de sens²⁹⁴⁶. L'option du créancier insatisfait

²⁹⁴⁰ Sur l'application de l'art. 1720 C. civ. à la « licence » d'utilisation de logiciel, v. M.-A. Ledieu, Et si la licence de logiciel était une location ?, CCE nov. 2003, p. 12. L'auteur constate que s'agissant d'un logiciel standard : « la mise en possession du support dans lequel est incorporé le logiciel vaut délivrance, rien donc qui ne choque ici pour l'application du régime de la location au contrat de licence. ». Nous avons cependant rejeté cette qualification, tout comme celle de vente. Le simple usage d'un logiciel n'étant pas en lui-même un droit privatif, qu'y a-t-il à délivrer si ce n'est un service ? On ne peut louer ni vendre un « droit » d'usage qui n'existe pas en tant que droit privatif, mais qui résulte de la levée d'un obstacle technique (mesure technique de protection) ou/et contractuel (contrat régissant l'usage d'un logiciel, v. *supra* n° 99 et ss.). La conclusion est la même si l'on rattache ce contrat à la vente. On admettra cependant la force de ces analogies. (V. J. Huet, De la « vente » de logiciel, *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 799).

²⁹⁴¹ Comp., en matière de contrat de « fourniture de solution informatique » : H. Bitan, Pour une consécration de l'obligation de moyens renforcée dans les contrats informatiques, art. préc.

²⁹⁴² C'est le cas du contrat d'édition proposé par le SNE dont l'article 2 prévoit, en cas de dépassement du délai ou de délivrance non conforme, sur décision de l'éditeur : soit la résiliation du contrat aux torts de l'auteur (qui devra restituer les éventuelles avances), soit l'octroi d'un délai supplémentaire (ce qui sera généralement le cas). (Fasc. 1014 : Documentation pratique. - Contrats d'édition. - Modèles de contrats proposés par le Syndicat national de l'édition (SNE), cote 4 - 2010)

²⁹⁴³ C'est d'ailleurs la délivrance qui permet de confirmer l'achèvement de l'œuvre (remise du manuscrit, de l'œuvre d'art, etc.). En ce sens : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 203.

²⁹⁴⁴ Sur l'impossibilité d'une exécution forcée en nature, v. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 203, p. 226. L'auteur évoque cependant la possibilité d'une exécution forcée sous astreinte lorsque l'œuvre est achevée et cite un jugement en ce sens « Il échet d'enjoindre à G.B., sous astreinte comminatoire et conformément aux engagements pris par lui, de signer les contrats de cession de ses droits éditoriaux sur sa musique (...) Qu'à défaut, le présent jugement vaudra contrat de cession de ses droits éditoriaux », TGI Paris 16 févr. 1977, RIDA, juill. 1978. 195, cité par P.-Y. Gautier, *op. cit.* n° 205. – Pour une vue générale sur le sujet, mais réservant le cas aux ayants cause universel et particulier de l'auteur : P.-Y. Gautier, « Le cédant malgré lui » : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles, D. Aff. 1995 n°6, p.123. *Adde* : S. Jacquier, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, PUAM, 2001, v. spéc. n° 812 et ss. où Mme Jacquier démontre que les droits moraux ne peuvent, *en cas d'abus*, empêcher l'exécution en nature des obligations de l'auteur.

²⁹⁴⁵ Article 1142 C. civ. : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

²⁹⁴⁶ L'identification d'une obligation de *praestare* (couramment de « mise à disposition » ou « de donner à usage » selon l'avant projet Catala) aux côtés de l'obligation de donner (pour laquelle l'exécution forcée ne se

de l'obligation de délivrance apparaît explicitement dans le régime de la vente (art. 1610 et 1611 C. civ.) cela ne signifie pas que la qualification de bail soit inadaptée, mais que le régime légal de la vente, lui-même déclinaison de l'article 1184 du Code civil²⁹⁴⁷, porte en lui une forme de « droit commun » illustrant encore la relativité de la notion, applicable au bail autant que de raison.

807. Conclusion. La délivrance de l'œuvre entretient des liens étroits avec celle, accessoire *et* essentielle, du support. C'est à ce titre que le CPI envisage la délivrance. La délivrance du principal, c'est-à-dire de l'œuvre protégée par le CPI, relève quant à elle du « droit commun spécial des contrats »²⁹⁴⁸. La notion de délivrance n'en reste pas moins connotée car il est sans doute plus aisé de la concevoir en matière de choses corporelles. Pour les choses incorporelles, on pourra toujours parler de mise en jouissance, obligation instantanée à laquelle succéderait l'obligation de maintien en jouissance : il s'agit alors de garantir la faculté d'un usage effectif de la chose donnée en licence.

II – Les obligations de garantie du donneur de licence : un appel du droit spécial au droit commun

808. Plan. Selon la méthode pratiquée dans ces lignes, nous nous interrogerons sur l'existence de l'obligation de garantie dans notre matière, ce qui consiste essentiellement à en découvrir la source : s'agit-il du contrat organisant l'exploitation de l'œuvre (édition, production, etc.) ou de l'autorisation (licence ou cession) qui compose ce dernier ? (*A – Existence de l'obligation de garantie en droit d'auteur*). Nous constaterons que la garantie, bien qu'utilement rappelée par certains régimes spéciaux du CPI, relève du rattachement de

conçoit pas) et de l'obligation de faire, est – au-delà de son intérêt notionnel – justifiée par la nécessité très concrète de fixer le domaine d'application de l'article 1142 C. civ. Celui-ci devrait être cantonné aux véritables obligations de faire. En ce sens, notamment : G. Pignarre, A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil, RTD civ. 2001, p. 42. – Avec le recul, et si le symbole attaché à la jurisprudence « Whistler » (Cass. civ, 14 mars 1900, William Eden c. Whistler, D. 1900.1.497, note M. Planiol), reste grand, il est courant de voir les faits de l'espèce reconsidérés par la doctrine récente. Ainsi, l'œuvre du peintre, dont la livraison se résout en dommages et intérêts était déjà achevée et largement divulguée. Pour un regard critique, v. : P.-Y. Gautier, *op. cit.* n° 204 et s., p. 226 et s. (v. spéc. p. 228).

²⁹⁴⁷ La sanction du défaut de délivrance découle d'un principe commun aux contrats synallagmatiques exprimé par l'art. 1184 al. 2 C. civ. En ce sens, par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 322 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 183.

²⁹⁴⁸ Sur cette notion déjà entrevue : P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825.

l'autorisation d'exploiter l'œuvre aux catégories du droit civil. Il s'agira d'évaluer si, en dépit des nombreux traits communs des régimes de garantie de la vente et du bail, des spécificités s'attachent à la garantie en cas de licence (*B – Mise en œuvre de la garantie et spécificité de la licence*).

A – Existence de l'obligation de garantie en droit d'auteur

809. Présence de l'obligation de garantie en droit d'auteur. La notion de garantie ne présente pas de réelle unité en droit privé²⁹⁴⁹. Le CPI n'échappe pas à cette situation lorsqu'il dispose que l'entrepreneur de spectacles doit « garantir »²⁹⁵⁰ le respect des droits moraux de l'auteur ou que le contrat d'édition numérique « garantit »²⁹⁵¹ aux auteurs une rémunération juste et équitable (*sic*). Il n'est cependant pas divinatoire de constater, hormis ces usages du terme dans son sens le plus étendu, que la garantie due par le donneur de licence ou par le cédant à son cocontractant, évoquée par le CPI et prônant à contentieux, se ramène à la garantie d'éviction et possiblement à la garantie des vices cachés. Ces garanties, à l'instar de l'obligation de délivrance, voient leurs mécanismes traités principalement au sein du régime de la vente, mais comme nous l'avons constaté, elles sont transposées au bail comme elles pourraient l'être à d'autres contrats portant, d'une manière ou d'une autre, sur une chose²⁹⁵². Le régime de la vente est ici encore, faute de mieux, tenu pour le réceptacle d'un droit commun aux différents contrats spéciaux²⁹⁵³. Le fondement serait, comme en droit commun, celui de la cause²⁹⁵⁴.

²⁹⁴⁹ P. Jourdain, Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé, In *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303 : notant l'usage du terme de garantie en droit des sûretés et de la responsabilité du fait d'autrui par exemple. Cet auteur présente comme un éventuel trait de régime commun aux différentes acceptions de la garantie, la présence d'une obligation de couverture et d'une obligation de règlement, s'inspirant de la thèse de Mouly : *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1989. Adde : J.-P. Le Gall, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, LGDJ, 1962, p. 433, cet auteur relève non moins de sept sens différents du terme de garantie, outre le sens retenu dans sa propre thèse.

²⁹⁵⁰ Art. L. 132-22 CPI

²⁹⁵¹ Art. L. 132-5 al. 2 issu de la loi n° 2011-590 du 26 mai 2011, art. 6. Rapp. art. L. 132-10. V. également la constitution de « garanties » par le saisissant qui peut être ordonnée par le président du tribunal de grande instance, par exemple dans le cadre de la saisie-contrefaçon (art. L. 332-1 *in fine* du CPI).

²⁹⁵² V. par ex. P. Puig, Pour un droit commun spécial des contrats, art. préc., v. spéc. p. 844. V. la référence faite par cet auteur aux débats lors des travaux préparatoires du Code civil illustre bien les liens entre la garantie dans la vente, le louage d'ouvrage et le louage de choses. Constatant l'extension de la garantie par la loi et la jurisprudence dans d'autres contrats que la vente, v. B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ, 1963, n° 17, p. 20 et s. n° 122, p. 121.

²⁹⁵³ Outre les références précitées sur ce thème, on notera l'actualité de cette réflexion de M. Gross : « (...) la théorie de la garantie aurait beaucoup gagné en clarté et bien des discussions auraient été évitées si elle avait été étudiée dans un titre du Code civil. Il est vrai que les auteurs ont essayé de remédier à la carence légale en

810. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de relier le spécial au général en attirant le régime de la garantie du droit commun vers les contrats du droit d'auteur, de sorte que l'application de la garantie d'éviction à notre matière n'est plus vraiment discutée²⁹⁵⁵. M. Gross, notant l'application de la notion de garantie au louage de choses, note : « Du louage, se rapprochent deux situations : le contrat d'édition et la licence de brevet d'invention qui ne confèrent à leur bénéficiaire qu'un droit de jouissance temporaire. Avant même la loi du 11 mars 1957, les tribunaux estimaient depuis longtemps que le contrat d'édition comportait une obligation de garantie (...) L'article 54 de la loi de 1957 n'a fait que confirmer cette solution. »²⁹⁵⁶. Rault, ayant pris le soin de distinguer préalablement le contrat d'édition des contrats du Code civil dans le sens que l'on a vu, constate pourtant que la garantie « se retrouve dans toute obligation portant cession d'un droit quelconque »²⁹⁵⁷. C'est alors qu'elle révèle extérieurement le transfert du droit d'auteur²⁹⁵⁸.

Ce ralliement, lorsqu'il est opéré par la jurisprudence, n'apparaît plus comme une simple analogie mais tient au résultat d'une opération de qualification²⁹⁵⁹. Il est exprimé par une formule désormais « type » que l'on retrouve dans une série d'arrêts rendus, le cas échéant, au visa de l'article 1625 ou, plus justement²⁹⁶⁰, de l'article 1626 du Code civil : « la garantie d'éviction est due par tout cédant d'un droit de propriété, corporel ou incorporel »²⁹⁶¹.

considérant les règles de la vente comme constituant le droit commun en la matière. », B. Gross, *op. cit.*, n° 111, p. 111. En ce sens pour le droit des brevets : J.M. Mousseron, L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention, Dossiers Brevet, Centre du droit de l'entreprise, 1978, I p. 2, v. spéc. p. 4 : « articles 1625 à 1649 tels qu'interprétés par une jurisprudence originale, ces dix dernières années, régissent la cession de brevet et jouent de plus à certains égards le rôle d'un véritable droit commun de la garantie, applicable au louage de choses notamment. ».

²⁹⁵⁴ A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 10^e éd. par L. Julliot de La Morandière, Dalloz, 1948, n° 892, p. 597. – V. pour notre matière, par ex. la note de P.-Y. Gautier sous : Cass. civ. 1^{re} 27 mai 1986, Bull. I n° 144 p. 144, D. 1987. Jur., 209 ; V. J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz, 1927, p. 248. – Ce que la doctrine la plus actuelle tend à recomposer dans un « droit commun spécial des contrats », tiendrait donc tout simplement à la théorie générale du contrat. Mais à moins de pousser l'effort de synthèse à son extrême, il apparaît cependant délicat de fonder le régime relativement complexe des art. 1625 et ss. C. civ. et ses déclinaisons par le recours à une seule et unique notion.

²⁹⁵⁵ Offrant des exemples d'application de la notion de garantie en droit de la propriété littéraire et artistique (Cass. civ. 22 févr. 1847, DP. 1847, I, 83), en droit des brevets et pour d'autres biens incorporels : B. Gross, *op. cit.*, n° 121, p. 120 ; V. également, par ex. fréquemment cité : CA Angers 3 mai 1950, D. 1950, p. 585 (licence exclusive. Sur cet arrêt v. *infra* n° 818). Jugeant par conséquent inutile la disposition de la loi de 1957 (art. 54, actuel art. L. 132-8 CPI) relative à la garantie, v. A. Huguet, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ 1962, n° 270, p. 193.

²⁹⁵⁶ B. Gross, *op. cit.*, n° 123, p. 122.

²⁹⁵⁷ J. Rault, *op. cit.*, p. 247.

²⁹⁵⁸ *Ibid.* p. 246.

²⁹⁵⁹ Comp.: J. Rault, *op. cit.*, p. 248. Rault, tout en admettant l'application de la notion de garantie en droit d'auteur, considèrerait que le recours à l'article 1625 C. civ. relatif à la vente ne s'imposait pas au contrat d'édition, cet article, selon une doctrine classique, trouvant sa propre justification dans la notion de cause.

²⁹⁶⁰ V. par ex. Cass. civ. 1^{re} 27 mai 1986 (préc.). L'arrêt est rendu alors que la loi de 1985 introduisant le contrat de production audiovisuelle n'était pas applicable aux faits de l'espèce ; la Cour de cassation préfère se fonder

811. L'attendu de principe de la Cour de cassation évoque la garantie due par « tout cédant », ce qui ne limite pas la situation au contrat de cession à proprement parler (vente) mais peut englober plus généralement les contrats complexes qui comportent un mécanisme de cession²⁹⁶². La garantie existant également en matière de bail²⁹⁶³, tout porte à croire qu'elle s'applique également à tout donneur de licence²⁹⁶⁴. Ce point est confirmé par la circonstance que les deux seuls contrats pour lesquels le CPI en son Livre I^{er} évoque une garantie sont les contrats d'édition et de production audiovisuelle, organisés nécessairement pour l'un, fréquemment pour l'autre, sur la base d'une licence²⁹⁶⁵. Il semble donc que la garantie doive son existence à la composante « cession » (vente) et par extension « licence » (bail) du contrat d'exploitation et non à la qualification de ces contrats dans leur entier de vente ou de bail, recherche que nous savons vaine²⁹⁶⁶. Licence et cession existent à l'état pur, elles ont également vocation à intégrer un contrat d'exploitation complexe dans lequel la prestation de l'exploitant, permise par l'autorisation d'utiliser la chose, sera « sécurisée » par la garantie due par le débiteur de l'autorisation.

812. Source de l'obligation de garantie en droit d'auteur. Il s'agit donc de départager la source de cette garantie. L'obligation de garantie, en tant qu'obligation pesant initialement sur l'auteur, concepteur de la chose, peut difficilement être étendue par la seule contemplation des dispositions du CPI. En effet, il serait tentant de reprocher à cette démarche de mettre une obligation supplémentaire à la charge de l'auteur, non expressément prévue par

sur le droit commun (art. 1625 C. civ. et non sur les articles 1626 et 1628 sur la garantie d'éviction) plutôt que d'étendre l'actuel article L. 132-8 al. 1^{er} du CPI (ancien article 54 al. 1^{er} de la loi du 11 mars 1957). En ce sens : Ch. Hugon, thèse préc., n° 526. – D'autres arrêts se fonderont plus précisément sur l'art. 1626 C. civ. (Cass. 1^{re} civ. 13 mars 2008, n° 06-20.152 et 06-20.443, F-P+B, sté ECG NV c. SA La Redoute, CCE mai 2008, comm. 64, Ch. Caron, Qui peut bénéficier de la garantie d'éviction en droit d'auteur ?).

²⁹⁶¹ Cass. 1^{re} civ. 13 mars 2008, préc. ; Cass. 1^{re} civ. 7 avr. 1998, n° 96-13.292, sté Media c. RATP, Bull. I n° 145 p. 96, D. 1999, somm. p. 123, obs. Th. Hassler et V. Lapp. En ce sens : Cass. civ. 1^{re} 19 juin 1990, Bull. I, n° 177 ; D. 1990, IR, 177.

²⁹⁶² Principalement, pour les contrats du CPI : le contrat de production audiovisuelle et le contrat de commande pour la publicité.

²⁹⁶³ Le recours à la notion même de garantie a pu être contesté en matière de bail. Le mécanisme serait lié au transfert de propriété et ce que le Code nomme « garantie » ne relève que de l'obligation de faire jouir pesant sur le bailleur qui engage ainsi sa responsabilité contractuelle de droit commun. En ce sens, v. A. Bénabent, *op. cit.*, n° 545.

²⁹⁶⁴ En toute rigueur, l'application du régime de la garantie aux contrats de licence ou comportant une licence, tel le contrat d'édition, devrait trouver son fondement dans les art. 1721 et ss. C. civ. Dans les cas de cession ou contrats pouvant comporter une cession (par ex. contrat de production audiovisuelle), le recours aux art. 1625 et ss. est parfaitement justifié.

²⁹⁶⁵ V. *supra* n° 487 et n° 498 et s.

²⁹⁶⁶ Critiquant la démarche consistant à vérifier la qualification de vente ou de bail pour appliquer un régime de garantie : B. Gross, *op. cit.*, n° 149, p. 139.

la loi spéciale. En effet, on sait qu'une interprétation autorisée de la loi du 11 mars 1957 pose une « présomption » selon laquelle les dispositions favorables aux auteurs sont impératives, et non celles qui mettent des obligations à sa charge, auxquelles il est permis de déroger²⁹⁶⁷. A la suite de ce constat, nous avons pu remarquer que les premières tendent à être étendues – à tort ou à raison et avec des fortunes diverses – à tous les contrats²⁹⁶⁸. On peut donc raisonnablement conclure que les dispositions qui imposent une charge à l'auteur soient interprétées plus strictement que les autres. Mais ces craintes seront vite dissipées : ces obligations auront pour débiteur, non le seul auteur, mais les titulaires successifs des utilités patrimoniales de l'œuvre (le producteur, l'éditeur, etc.). Or, il semble difficile de justifier la réapparition de cette obligation à leur encontre alors qu'elle échapperait à l'auteur. L'auteur, créateur de l'œuvre, est objectivement, *sans référence à la notion de faute*, le « créateur » du trouble²⁹⁶⁹.

En fait, généraliser l'obligation de garantie aux contrats d'auteur que le régime légal ignorerait²⁹⁷⁰, ou ne mettant pas directement aux prises l'auteur²⁹⁷¹, ne participe pas des débats déjà entrepris sur le domaine d'application de la loi spéciale mais consiste en l'application normale du droit commun, sur invitation du droit spécial. Ainsi en disposent l'article L.132-8 du CPI relatif au contrat d'édition : « *L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé. Il est tenu de faire respecter ce droit et de le défendre contre toutes atteintes qui lui seraient portées.* » et l'article L. 132-26 du même code sur le contrat de production audiovisuelle : « *L'auteur garantit au producteur l'exercice paisible des droits cédés.* ».

²⁹⁶⁷ A. Huguet, *op. cit.*, n°16-17.

²⁹⁶⁸ V. les passages sur : la prohibition des la cession globale des œuvres futures, la rémunération proportionnelle, le consentement personnel de l'auteur au contrat d'édition, le formalisme contractuel, l'obligation d'exploitation et de reddition des comptes.

²⁹⁶⁹ La garantie ne trouve pas son fondement dans une faute du vendeur, mais dans un « constat objectif tiré du caractère synallagmatique de la vente », A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 340, ce qui peut être rapproché de l'absence de cause. – Cependant, à supposer que le trouble soit fondé, c'est l'œuvre créée par l'auteur qui donne prise à contestation. Une faute, renvoyant à un comportement de l'auteur, pourra se loger dans le processus de création dont est issue la chose (plagiat, erreurs matérielles, etc.).

²⁹⁷⁰ Contrats de représentation, de commande pour la publicité, et *a fortiori* les contrats non régis par le CPI.

²⁹⁷¹ Pour des cas de garantie due par le producteur au diffuseur : P.-Y. Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D.1989, Chron. p. 113 ; M.-E. Laporte, art. préc. En ce sens : N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 360. Cet auteur rappelle que si les dispositions protectrices de l'auteur (rémunération proportionnelle par ex.) ont vocation à céder lorsque l'auteur n'est pas partie au contrat, il en va différemment de l'obligation de garantie, qui constitue une obligation pesant sur lui. On ajoutera à cet argument de logique que la jurisprudence précitée applique l'obligation de garantie à « tout cédant » et non spécifiquement « à l'auteur ».

La situation ne relève pas tant du phénomène de « redites », de « doublons » entre droit spécial et droit commun, mis en évidence par la doctrine²⁹⁷², que d'un simple renvoi²⁹⁷³, une invitation faite au spécialiste à se replonger dans les notions communes, véritables sièges de la règle, en les adaptant à sa matière. Il s'agit donc d'un principe général de garantie d'éviction, « principe dont l'article 54 de la loi du 11 mars 1957 vise un cas particulier d'application »²⁹⁷⁴. Alors que le formalisme ou l'obligation d'exploitation sont apparus en règles dérogatoires au droit commun, justifiant un conflit entre la règle d'interprétation stricte de l'exception et l'impératif de protection de l'auteur, la mention d'une obligation de garantie dans deux contrats d'auteur ne peut être interprétée que comme un rappel de l'obligation pesant sur tout contractant s'obligeant au transfert ou à la mise à disposition d'une chose. Notons que le droit des brevets, terrain d'expérimentation des obligations de garantie en propriété intellectuelle, ne connaît aucun renvoi de ce type et puise exclusivement dans le Code civil. L'esprit général de protection de l'auteur qui émane du livre I^{er} du CPI – davantage que la spécificité de la propriété intellectuelle – nécessitait peut-être ce rappel.

B – Mise en œuvre de la garantie et spécificité de la licence

813. Plan. Un aperçu sélectif de problématiques communes à la notion de garantie en droit des contrats d'auteur (*1- Problématiques communes à la licence et à la cession*) nous permettra d'évaluer ensuite s'il existe des différences sur ce point entre la cession et la licence. Le fait que la licence intègre un contrat d'exploitation ne sera pas indifférent (*2- Problématiques spécifiques à la présence d'une licence*).

1 – Problématiques communes à la licence et à la cession

814. Éléments communs. De nombreux éléments du régime de la garantie sont communs, que l'on soit en présence d'une licence ou d'une cession. Ce constat ne doit pas

²⁹⁷² D. Mazeaud, L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux, art. préc., v. spéc. n° 3 ; Ph. Rémy, Regards sur le Code, in *Le Code civil « 1804-2004 » Le livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 99 ; Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 80 et ss., p. 119 et ss. – En droit d'auteur : notant que la garantie de l'art. L. 132-8 « vient se superposer » au droit commun des obligations (art. 1134 et 1138) ainsi qu'au droit des contrats spéciaux (art. 1583, et 1626 et 1628), v. P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 568. Observés depuis le droit d'auteur, ces derniers articles nous apparaissent comme les éléments d'un droit commun.

²⁹⁷³ N. Molfessis, Le renvoi d'un texte à un autre, in *Les mots de la loi*, N. Molfessis (dir.), Economica, 1999, p. 55, n° 18. Ici le renvoi s'opère par « intégration du droit commun dans le droit spécial ».

²⁹⁷⁴ Cass. civ. 1^{re} 19 juin 1990, Bull. I, n°177 ; D. 1990, IR, 177.

fournir un argument à la négation de la distinction entre cession et licence, car il relève du lieu commun que de constater que cette obligation surplombe les catégories fournies par le droit des contrats spéciaux. Les problématiques communes à la garantie dans la licence et dans la cession montrent que les contrats du droit d'auteur ne constituent pas un univers à part, mais qu'ils s'inscrivent, eux aussi, dans les liens de ressemblances tissés entre contrats de nature et d'économie différentes. Ces éléments ont déjà fait l'objet d'études approfondies, et nous ne rappellerons ici que l'essentiel (*a- La nature des troubles garantis ; b- La prise en compte de la qualité des parties*).

a) La nature des troubles garantis

Les troubles susceptibles d'être garantis sont l'éviction (α) et le vice caché (β).

α – Eviction

815. L'éviction²⁹⁷⁵. Le régime de la garantie d'éviction est introduit par l'article 1626 du Code civil : « *Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente.* ». Le régime de garantie du bail ne contient pas de formule du même degré de précision, mais contient un principe, à l'article 1719 3° du Code civil par lequel le bailleur de la chose est obligé « *D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail* ». Suivent des articles énonçant les différents cas où la jouissance du locataire a pu être troublée, relevant ou non de la responsabilité du bailleur. L'article L. 132-8 du CPI, qui invite comme on l'a vu à l'application de ce régime aux œuvres de l'esprit, participe indifféremment de ces deux textes dont il reprend des notions : « *L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé.* ». Rappelons que la « cession » telle qu'envisagée par le CPI ne correspond pas à une qualification donnée, mais recouvre toute forme d'autorisation d'usage d'une œuvre, expliquant cette curieuse suggestion d'une « cession » non-exclusive. Cette garantie peut donc s'autoriser aussi bien du régime de la vente que de celui du bail.

²⁹⁷⁵ L'intérêt de la qualification de ce trouble réside dans sa sanction (art. 1630 et ss. et art. 1636 et ss. C. civ.) : en cas d'éviction totale, la restitution du prix, fruits, frais, dommages et intérêts ; en cas d'éviction partielle : résolution de la vente ou diminution du prix. V. par ex. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 199.

816. Plan. Cas d'éviction. Etudions quelques cas d'éviction courants en reprenant la typologie couramment pratiquée : troubles du fait personnel (-1-) et troubles du fait des tiers (-2-).

– 1 – Troubles du fait personnel

817. Les cas les plus grossiers sans doute consistent en l'éviction du fait personnel du cédant ou concédant²⁹⁷⁶. *Le trouble garanti peut être de droit, il peut être de fait.* A vrai dire, la distinction entre trouble de fait et trouble de droit n'est pas des plus aisée dans notre matière²⁹⁷⁷ : son application rigoureuse conduit à restreindre le trouble de droit à la contestation (judiciaire) du droit du cessionnaire ou du concessionnaire, laissant à la catégorie des troubles de fait un domaine résiduel, mais très vaste. On pourrait tout autant considérer que le trouble sera « de droit » lorsqu'il portera *directement* atteinte aux utilités cédées ou concédées de l'œuvre (qu'il s'agisse pour l'auteur de contester leur validité, leur jouissance par le contractant ou de les céder à nouveau) et « de fait » lorsqu'il n'atteindra, pour la troubler, *qu'indirectement* l'exploitation de ces utilités (par son fait : dénigrement, par le trouble causé par l'exploitation d'une œuvre similaire). Nous ne nions pas la contingence de ce partage et admettons le doute que l'on peut avoir à classer un trouble dans l'une ou l'autre des catégories.

818. Troubles de droit : celui qui doit garantie ne peut évincer, c'est-à-dire « contester le droit qu'il a transmis à l'acquéreur »²⁹⁷⁸. Il ne peut invoquer un droit concurrent sur la chose : droit réel, ou un droit à la chose : droit personnel. Le débiteur de l'obligation de garantie pourra bien entendu contester l'étendue des utilités, l'interprétation ou encore agir en nullité ou en résolution du contrat : la disparition rétroactive de celui-ci supprimera l'obligation de garantie²⁹⁷⁹. Mais il ne peut le faire en contestant le droit du cocontractant afin de se délier de ses propres obligations. Le cédant ou le concédant ne peut par exemple arguer du défaut de protection de la chose. Le cas se présente en droit des marques, où le « cédant »

²⁹⁷⁶ Selon un auteur, la formule de l'article L. 132-8 du CPI ne viserait que la garantie du fait personnel, la garantie du fait des tiers étant toutefois sous-entendue. V. X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2004, n° 813 et n° 816.

²⁹⁷⁷ Contestant l'intérêt de la distinction, spécialement en matière de bail : V. B. Gross, *op. cit.*, n° 356, p. 247.

²⁹⁷⁸ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 344.

²⁹⁷⁹ A. Bénabent, *Ibid.* ; J. Huet, *op. cit.*, n° 11285 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 194.

ne peut demander la déchéance du titre²⁹⁸⁰. Le cas est plus rare en droit d'auteur en raison de la largesse du critère d'originalité et à défaut de « titre » à faire annuler²⁹⁸¹. Mais il pourrait concerner les cas « limite » des « concepts » de jeux télévisés²⁹⁸² ou encore des parfums qui échappent de manière très discutée en jurisprudence comme en doctrine à l'appropriation, non pour défaut d'originalité, mais parce qu'ils ne relèvent pas de la « création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur »²⁹⁸³.

²⁹⁸⁰ Cass. com. 31 janv. 2006, D. 2006 AJ. 861, obs. Ph. Allaëys : « Le cédant d'une marque est irrecevable à agir en déchéance, Inès de la Fressange : Acte I, Scène 3 » ; RTD Civ. 2006, p. 339, obs. P.-Y. Gautier : « Qui doit garantie ne peut évincer » ? Pas forcément ; CCC 2006, n° 79, note L. Leveneur ; CCE 2006, comm. 58, obs. Ch. Caron.

– M. Allaëys remarquera dans sa note que le contrat autorisant l'usage du nom de la plaignante ne portait pas uniquement à proprement parler une vente (cession de marque), mais une autorisation d'usage d'un nom de famille donnée par le porteur de ce nom : « Madame de la Fressange a, d'une part, cédé des marques patronymiques dont elle était titulaire et, d'autre part, autorisé la société Inès de la Fressange à déposer toute nouvelle déclinaison de marque combinant ses nom et prénom ». Cette circonstance rend discutable le recours à la garantie d'éviction : « Ainsi, seule la cession des signes préexistants constitue un contrat de vente, assorti de la garantie légale d'éviction. L'autorisation donnée à un tiers d'employer son nom à titre de marque n'emporte aucune aliénation définitive constitutive d'une vente, car le nom est incessible en tant que tel. Le porteur du nom s'engage uniquement à ne pas s'opposer à l'utilisation de son nom à titre de marque ». – Cette réflexion s'inscrit dans le débat plus vaste de la nature juridique du contrat autorisant l'usage d'un nom. Un courant doctrinal admet une telle possibilité de contrats de « licence de nom » lorsque la notoriété de ce dernier, lui conférant une valeur patrimoniale, le rend susceptible d'une véritable appropriation. A l'image de la structure duale du droit d'auteur, il existerait une dualité du droit sur le nom : « *les contrats autorisant l'usage d'un nom ont une nature et un régime bien différent selon qu'ils portent sur un nom notoire, organisant l'exploitation économique de sa valeur, ou qu'ils concernent un patronyme sans valeur particulière, se bornant à en permettre l'usage professionnel ou commercial par autrui. Dans le premier cas, ils touchent au monopole d'exploitation de la personne renommée sur la valeur de sa notoriété et de son nom et se présentent, de lege lata ou de lege ferenda, comme des licences du droit patrimonial au nom. Dans le second, en l'absence d'une quelconque notoriété du titulaire du nom et corrélativement d'une valeur de ce dernier, ils mettent en jeu le seul droit extrapatrimonial au nom et constituent des conventions d'abstention à l'exercice de celui-ci.* » (G. Loiseau, Les contrats autorisant l'usage d'un nom, Cahiers du Droit de l'entreprise, 1998, n° 2, p. 19). Si l'on en croit cette analyse, la valeur du nom, née de sa notoriété, permettrait de qualifier de « licence » la « mise à disposition » de noms notoires (droit patrimonial), et de conventions d'abstention la « réservation » de noms dépourvus de cette qualité (droit extrapatrimonial). Outre les difficultés pratiques liées à la détermination d'une frontière entre ces deux valeurs – inconstantes autant que peut l'être la renommée – et, en conséquence, entre ces deux contrats, il semble douteux de faire varier une qualification contractuelle en fonction de la valeur de la « chose » réservée. De même, dans le domaine des choses corporelles, il serait hasardeux de déduire, du moins directement, de la valeur attribuée à une chose, la nature des contrats organisant sa jouissance (Comp. la qualification du délit de vol ne prend pas en compte la valeur de la chose soustraite). – *Adde* : G. Loiseau, *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, 1997, *passim* (spéc. la seconde partie) ; Ch. Zanella, *Les marques nominatives*, Litec, IRPI, 1995, (V. spéc. p. 53, n° 76) ; J.M. Mousseron, Le contrat de transfert de renommée, JCP 1989, Cahiers du Droit de l'entreprise, n° 2, p. 24 ; F. Pollaud-Dulian, L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial, JCP G, 1992, Doctrine, p. 453. § 18 ; Comp. E. Gaillard, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1984, Chron. p. 161.

²⁹⁸¹ Notons que « la marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente » ni d'ailleurs d'un autre contrat, sur le fondement de l'article 1128 C. civ. (choses hors du commerce). V. Cass. com. 24 sept. 2003, D. 2003, Jur. p. 2783, note Ch. Caron ; JCP G 2004, I, 123, obs. G. Loiseau ; JCP E 2004, 114, note C. Castets-Renard ; RTD civ. 2004, p. 117, obs. Th. Revet ; RTD com. 2004, p. 284, obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE 2004, comm. 32, p. 35, obs. Ph. Stoffel-Munck.

²⁹⁸² Ch. Hugon, *op. cit.*, n° 527.

²⁹⁸³ Cass. 1^{re} civ. 13 juin 2006, v. notamment : CCE 2006, comm. 119, obs. Ch. Caron ; Prop. intell. 2006, p. 442, note A. Lucas ; JCP G 2006, II, 10138, note F. Pollaud-Dulian ; JCP E 2007, 1114, obs. M.-E. Laporte-Gegeais ; RIDA 2006, p. 203, obs. P. Sirinelli ; Prop. ind. 2006, comm. 82, obs. J. Schmidt-Szalewski ; Dr. et

Enfin, en droit d'auteur, le trouble consistera pour l'auteur à céder une seconde fois l'œuvre à un second exploitant²⁹⁸⁴ (on parle de « cessions parallèles »²⁹⁸⁵ ou encore de « double cession »²⁹⁸⁶). Ce cas, le plus grossier, d'éviction n'est pas le plus fréquent. Plus subtilement, il interviendra notamment en cas de changement d'éditeur lorsque l'auteur d'une série « cède » au nouvel exploitant certains éléments déjà « cédés » qui figureront dans les épisodes suivants²⁹⁸⁷. Citons le cas du créateur salarié d'un logiciel qui intégrera aux créations réalisées pour son nouvel employeur, des éléments préalablement « dévolus » à l'ancien. L'utilisateur, généralement de bonne foi, sera contrefacteur et victime d'un trouble²⁹⁸⁸. Ce trouble est souvent classé parmi les troubles de *fait* résultant d'un acte juridique²⁹⁸⁹, par opposition aux troubles de fait résultant d'un acte matériel. Bien que l'enjeu de cette classification soit réduit, car la garantie du fait personnel s'étend aux troubles de fait comme de droit, il nous semble préférable de faire figurer cette hypothèse au rang des *troubles de droit*²⁹⁹⁰. En effet, en cédant à nouveau l'œuvre déjà cédée, l'auteur croit pouvoir exercer directement un *droit concurrent* sur la chose cédée et se comporte en propriétaire. La situation rejoint par ses effets l'invocation en justice d'un droit réel ou personnel sur la chose que l'on classe classiquement parmi les troubles de droit : mieux, ici le cédant n'invoque pas un droit sur la chose, il l'exerce.

Trouble de droit du fait personnel du débiteur, la « double cession » a pu être analysée différemment, comme le trouble de droit *causé par un tiers* (le premier cessionnaire) : « c'est le tiers qui, en excipant d'un droit antérieur, évince l'acquéreur »²⁹⁹¹. Si le point prête à hésitation, en droit, la thèse adverse est cependant la plus solide. Selon une analyse autorisée :

patrimoine 2007, n° 156, p. 42, note J.-M. Bruguière. En ce sens : Cass. Com. 1^{er} juill. 2008, Prop. intell. 2008, n° 29, p. 419, obs. J.-M. Bruguière. Sur ce sujet, v. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 160 et ss.

²⁹⁸⁴ Ces cas ne sont pas les plus fréquents. Par ex. (précité) CA Angers 3 mai 1950, D. 1950, p. 585 pour deux licences exclusives consécutives de la même utilité à des éditeurs différents (édition de luxe explicitement cédée dans un contrat, puis « implicitement », car également illustrée et pour un prix de vente public supérieur, dans un second) ; TGI de la Seine, 7 mai 1963, Gaz. Pal., 1963, 2, p. 298.

²⁹⁸⁵ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 735.

²⁹⁸⁶ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 1051.

²⁹⁸⁷ CA Paris 5 avril 1993, RIDA, oct. 1993, p. 188 (reprise de certains dessins de couverture dans un épisode de bandes dessinées confié à un nouvel éditeur, dessins déjà présents dans les précédents épisodes édités ailleurs).

²⁹⁸⁸ Sur cette hypothèse : Ch. Le Stanc, in *Lamy Informatique et réseaux*, éd. 2003, n° 1279. – Sur la dévolution des droits à l'employeur, v. *supra*, n° 710.

²⁹⁸⁹ En ce sens : A. Gosset, *L'obligation de garantie : Etude théorique et pratique en matière de brevet, marque et droit d'auteur*, Thèse, Montpellier I, 2007, n° 493 ; en ce sens : N. Blanc, *op. cit.*, n° 372. Ces deux auteurs citent à l'appui de cette classification Planiol et Ripert qui considèrent que le trouble de fait peut procéder d'un « acte matériel ou juridique (par exemple le vendeur a vendu une seconde fois la chose qui était l'objet de la vente) », v. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. X, 1^{re} Partie, Contrats civils*, par J. Hamel, F. Givord et A. Tunc, 2^e éd. LGDJ, 1956, n° 90. Egalement en ce sens : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 352, note n° 12.

²⁹⁹⁰ En ce sens, par ex. J. Huet, *op. cit.*, n° 11284.

²⁹⁹¹ S. Raimond, thèse préc., n° 654.

« Dans pareille situation, l'éviction résulte apparemment du fait d'un tiers, mais sa cause première réside dans la deuxième cession consentie par le garant » ; ainsi le trouble « a son origine dans le fait du cédant qui a cédé deux fois son titre et entre donc dans le cadre de la garantie d'éviction du fait personnel. »²⁹⁹². En opportunité, la solution ne fait pas de doute : le principal mode de jouissance de sa propriété par l'auteur consiste non pas à exploiter lui-même, mais à autoriser un tiers à exploiter l'œuvre par une licence ou une cession. Il serait trop évident de voir là un trouble émanant d'un tiers, qu'une clause de limitation de garantie pourra toucher (ou échappant purement et simplement à la garantie si l'on y voit un trouble de fait), lorsque la garantie du fait personnel est toujours d'ordre public. Une nuance à cet enjeu : l'article 1629 du Code civil imposera la restitution du prix, ce qui limite l'intérêt d'une stipulation de non-garantie du fait des tiers. Ensuite, la mauvaise foi de celui qui a cédé deux fois ruinera l'efficacité de la clause, bien que cette mauvaise foi ne soit pas systématique en cas de doute sur la validité d'une première cession.

819. Trouble de fait. Il est évident qu'en cas d'exclusivité, l'auteur ne peut exercer lui-même le droit cédé ou concédé et évincer le cessionnaire par des « publications parallèles »²⁹⁹³. L'auteur peut-il, sans pour autant exercer directement l'utilité cédée ou concédée, exercer une utilité voisine dont l'exploitation viendra troubler le cessionnaire ou le licencié ? Les cas sont divers : par exemple, en matière de production audiovisuelle, on pourrait reprocher à l'auteur d'un scénario d'autoriser à un second producteur la réalisation d'un *remake*, véritable adaptation donnant naissance à une œuvre composite. Quand bien même le scénario connaîtrait quelques modifications, la situation est celle de la double « cession » évoquée plus haut et ne présente pas de difficulté. En revanche celle d'une suite ou « *sequel* », création nouvelle, devrait être possible, de même que celle d'un « *prequel* »,

²⁹⁹² O. Lestrade, *J.-Cl. Brevets, Fasc. 4730 : Cession de brevet*, Cote : 05,1996, n° 88 et n° 89. L'analyse menée en droit des brevets est parfaitement transposable à notre matière. – En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 663 ; V. également en ce sens : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n°348 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 253, considérant qu'en pareil cas le trouble est imputé à une faute du vendeur. Ces auteurs citent en exemple l'arrêt : Cass. civ. 1^{re} 27 mai 1986, (affaire de la Cage aux folles), Bull. I n° 144, p.14 ; D. 1987, Jur., 209, note P.-Y. Gautier, *Somm.*, 368, obs. Th. Hassler. *Adde* : P.-Y. Gautier, Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D.1989, *Chron.*, p. 113, (spéc. n° 12 *in fine*). Cet auteur fonde ces recours sur le droit du bail (par ex. art 1722 C. civ. : le concédant n'est pas tenu en cas de diffusion par un tiers non autorisé : le trouble est de fait), les contrats étudiés de concession de droits de télédiffusion étant des licences.

²⁹⁹³ C'est l'hypothèse de l'auto-publication ou de la diffusion sur le site internet de l'auteur. Le cas du contrat à compte d'auteur ne consiste pas en l'exploitation directe du droit d'auteur car, contre la doctrine dominante, nous avons montré qu'il pouvait comporter une forme ténue d'autorisation (V. *supra* n° 540).

qui ne doivent pas être considérés comme des œuvres composites²⁹⁹⁴. En pratique cependant, et bien que la seconde œuvre ne soit pas à proprement parler l'adaptation de la première, cette indépendance absolue n'est guère soutenable. Les recours fondés sur le droit moral des auteurs au respect de l'œuvre tout comme la présence nécessaire d'emprunts à l'œuvre première montrent qu'il existe des degrés entre adaptation et indépendance absolue. Ils imposeront le recours au contrat²⁹⁹⁵. Comme nous l'avons constaté, les contrats de production audiovisuelle actuels faisant fi du domaine restreint de la présomption de cession, intégreront ces modes d'exploitation à la liste des « droits » cédés ou concédés, ce qui épuisera tout débat²⁹⁹⁶.

L'appréciation sera toujours délicate dans les cas d'une seconde œuvre, non pas identique, mais similaire à la première. Là où le droit des marques distingue le similaire de l'identique, l'appréciation en droit d'auteur sera casuistique et parfois complexe : objectivement, d'une part ; parce qu'elle mettra en jeu la liberté de création de l'auteur²⁹⁹⁷, d'autre part. Si l'on admet classiquement que « l'auteur doit s'abstenir de tout acte de nature à apporter une entrave quelconque à l'exploitation commerciale de l'œuvre »²⁹⁹⁸, selon une formule restée célèbre, il importe aussi de ne pas « enchaîner l'art »²⁹⁹⁹. Il s'agira d'évaluer dans chaque cas ce qui relève du droit pour l'auteur de traiter de sujets de même inspiration et ce qui relève du trouble, de l'« autoplgiat »³⁰⁰⁰.

820. Contractualisation de la notion de trouble. Comme l'exploitation de ce qui n'est pas directement « cédé » pourra causer un trouble au « cessionnaire » du reste³⁰⁰¹, le

²⁹⁹⁴ Ch. Hugon, *op. cit.*, n° 528 et s. ; R. Prades, Suite de film : œuvre dérivée ou autonome ? Réflexions sur la nature juridique des droits dits de « sequel », CCE déc. 2004, Etude 41.

²⁹⁹⁵ En ce sens : R. Prades, *Ibid.*

²⁹⁹⁶ Débats suscités par l'art. L. 131-3 *in fine* du CPI qui autorise chaque auteur d'une œuvre de collaboration à « exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune. ». Ce « préjudice » n'est pas sans évoquer le trouble de jouissance qui pourrait être ressenti par le producteur, cessionnaire ou licencié.

²⁹⁹⁷ On pourrait soutenir que le dénigrement apporté par l'auteur à sa propre œuvre est de nature à troubler la jouissance de l'éditeur (En ce sens : P.-Y. Gautier, *op. cit.* n° 567, p. 613) mais la situation relève plutôt d'un impératif général de bonne foi que du mécanisme de la garantie d'éviction.

²⁹⁹⁸ J. Rault, *op. cit.*, p. 252.

²⁹⁹⁹ CA Paris 3 mai 1878, S. 1878, II, 204, Concl. Av. gén. Chevrier (admettant la reprise de mêmes sujets par un sculpteur, dès lors qu'il en varie les expressions, attitudes, formes... d'une manière propre à éviter toute confusion).

³⁰⁰⁰ « Autoplgiat » par lequel l'auteur « refait l'œuvre d'une quelconque façon » : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 570 (V. la jurisprudence ancienne citée). *Adde* : Ch. Caron, Une certaine idée du droit d'auteur : la vision des écrivains, Mél. offerts à A. Decocq « Une certaine idée du droit », Litec 2004, p. 49 (spéc. n°3) ; sur d'autres cas de plagiat, v. : S. Dupuy-Busson, Le délit de contrefaçon par adaptation : le cas des scénarios de films, JCP G, 2005, I, 102.

³⁰⁰¹ V. pour un trouble consistant non pas en une double cession mais en la cession d'un droit conservé par l'auteur ayant permis la réalisation d'une adaptation indirecte : Cass. civ. 1^{re} 27 mai 1986, préc. : « qu'en statuant

contrat pourra intervenir pour réguler la situation. La comparaison avec un cas du droit commun est éclairante : le vendeur qui devient par la vente le voisin de l'acquéreur doit demeurer libre de l'usage qu'il fait du fonds conservé par lui. Il ne peut cependant troubler sa jouissance par une construction qui obstruerait sa vue, pour autant que cette vue ait été intégrée d'une manière ou d'une autre dans le champ contractuel³⁰⁰². Le vendeur peut ainsi limiter ses droits sur la chose qu'il garde³⁰⁰³. Une analogie est permise : précédemment, nous avons fait l'étude de clauses interdisant *un temps* à l'auteur l'exploitation d'une utilité *non cédée*. Après analyse, il est apparu que ces clauses relevaient plus directement de la clause de non-concurrence que de l'aménagement conventionnel d'une garantie³⁰⁰⁴. Dans ces cas « limite », il s'agit probablement davantage d'une question de concurrence où la liberté devrait être de principe, que d'éviction justifiant une approche plus large du fait préjudiciable.

– 2 – Troubles émanant de tiers

821. Trouble de droit. Conformément au droit commun, le trouble émanant d'un tiers au contrat doit, pour donner lieu à garantie, être de droit. La règle traditionnelle n'est pas énoncée dans le régime de la vente mais dans celui du bail (art. 1725 C. civ.) qui vient enrichir à son tour cette institution commune à différentes catégories contractuelles. La victime du trouble de fait (dénigrement, manifestations publiques empêchant une représentation, acte contrefaisants, etc.) est censée se défendre elle-même. En revanche et bien que la distinction entre trouble de fait et de droit soit peu praticable, sont assimilables à des troubles de droit les « revendications » de tiers à propos de l'œuvre, susceptibles de faire de l'exploitant un contrefacteur. Les tiers revendiqueront leur droit de propriété (droit d'auteur, marque, dessins et modèles) par l'action en contrefaçon. Le licencié ou le cessionnaire qui serait attaqué en contrefaçon pourrait se défendre et appeler en garantie le concédant. Viendront d'autres actions lorsqu'il s'agira de sanctionner les atteintes portées aux droits de la

dès lors comme ils ont fait [rejet de la demande fondée sur la garantie d'éviction], sans rechercher si Monsieur Poiret n'avait pas contrevenu à son obligation de garantie en autorisant Allan Carr à porter à l'écran une œuvre dérivée de sa pièce, c'est-à-dire une adaptation cinématographique de celle-ci qui n'était pas "directe", les juges du fond n'ont pas donné de base légale à leur décision au regard de l'article susvisé ». Ce thème n'est pas neuf ; v. les décisions anciennes citées par Rault (*op. cit.*, p. 252).

³⁰⁰² Pour un exemple fréquemment cité pour ses vertus pédagogiques : Cass. civ. 1^{re} 29 nov. 1955 (affaire du Riviera Palace de Nice), JCP, 1956, II, 9216, note J. Becqué ; RTD civ. 1956, p. 548, obs. J. Carbonnier. Comme le souligne particulièrement M. Huet, le principe reste la liberté du vendeur d'édifier sur son propre fond et le trouble qu'il cause vient en l'espèce de la reconnaissance de la violation d'une servitude « *non altius tollendi* », v. J. Huet, *op. cit.*, n° 11286.

³⁰⁰³ En ce sens : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 353.

³⁰⁰⁴ V. *supra* n° 80.

personnalité³⁰⁰⁵ : vie privée (art. 9 C. civ.), droits émergents se situant à mi-chemin des catégories : droit à l'image, au nom³⁰⁰⁶. Peuvent également susciter de tels troubles les atteintes portées par l'œuvre à la présomption d'innocence, aux règles du droit de la presse relatives à l'injure et à la diffamation³⁰⁰⁷, ou plus généralement à la sanction d'une responsabilité.

Cette approche dominante, réunissant ces cas parmi les troubles de droit, invite à la critique. Lorsque l'action soufferte par l'exploitant est fondée sur un principe de responsabilité civile et non sur l'invocation d'un droit sur l'œuvre, elle ne vise pas tant à « revendiquer » un droit de propriété ou de jouissance sur la chose, ou un droit à la chose, qu'à invoquer un droit subjectif quelconque, ou encore un droit à voir son préjudice réparé. Vient s'ajouter à cette difficulté le statut ambigu de certains droits : prétendre à la violation d'un droit à l'image d'un bien ou d'une personne revient-il à « revendiquer » un droit privatif concurrent sur la chose ?³⁰⁰⁸. La difficulté est résolue si l'on considère que les troubles de droit occasionnés par un tiers ne visent pas exclusivement la prétention à un titre sur le bien vendu ou loué, mais visent plus généralement « les situations où un tiers invoque un droit réel ou personnel *contre l'acheteur*. »³⁰⁰⁹. Suivant cette analyse, le trouble de droit devrait être constitué dès lors qu'un droit quel qu'il soit est invoqué, troublant la jouissance du cessionnaire ou du licencié³⁰¹⁰. Il y a sans doute aussi une part d'opportunité dans ce partage : le créancier de la garantie aura intérêt à ce que le trouble émanant d'un tiers soit un

³⁰⁰⁵ Classant ces troubles au rang des troubles de droit, par ex. : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 664. – Pour un recensement détaillé ainsi que des illustrations récentes de ces différentes atteintes, v. B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 227 et ss., p. 269 et ss. Cet auteur souligne le fait que l'œuvre audiovisuelle est « la cible privilégiée des actions en justice, en raison de son retentissement médiatique qui fait à la fois craindre une trop grande publicité et espérer un gain financier pour les personnes dont la vie fait l'objet d'un film », *ibid.* n° 229.

³⁰⁰⁶ V. *supra* n° 818 (note).

³⁰⁰⁷ Loi du 29 juillet 1881. Pour une réflexion sur ce sujet, v. : J. Carbonnier, *Le Silence et la gloire*, D. 1951, Chron. p. 119.

³⁰⁰⁸ V. par ex. l'évolution du fondement du « droit à l'image » concernant les biens : du droit de propriété au droit de la responsabilité délictuelle, évoquée *supra* n° 164 (en note). – Sur le sujet voisin du droit à l'image des personnes, v. dernièrement : Cass. civ. 1^{re} 11 déc. 2008, RTD civ. 2009, p. 342, obs. Th. Revet : « L'image de la personne est un bien ». L'auteur rappelle que le régime de ce droit repose sur l'article 9 du Code civil et ne devrait pas se concevoir comme « l'imitation » les solutions admises en matière de droit d'auteur. Il est vrai que la pratique des « contrats de mannequin et de cession des droits », comme leur nom l'indique montre que les praticiens se sont largement inspirés des contrats qui nous intéressent. D'autres contrats observés évitent prudemment le terme de « cession » mais évoquent bien l'autorisation pour le cocontractant d'exploiter les « droits » en question.

³⁰⁰⁹ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 196 (nous soulignons). Comp. : M. Bénabent évoque les « contestations portant sur le droit acquis par l'acheteur » (l'auteur souligne) : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 346. En ce sens : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 501 : « Les troubles de droit sont ceux qui proviennent de la prétention d'un tiers à un titre sur le bien ».

³⁰¹⁰ En ce sens, notant qu'il peut s'agir d'un droit extrapatrimonial : S. Raimond, *op. cit.*, n° 656.

trouble de droit, le trouble de fait n'ouvrant droit à garantie que lorsqu'il émane du débiteur de l'obligation de garantie.

822. Le cas de contrefaçon commise par un tiers. Le trouble de fait n'est pas garanti par le cédant ou le concédant. La contrefaçon commise par un tiers sera de nature à troubler la jouissance du cessionnaire ou du licencié qui la subit, mais ne devrait pas donner lieu à garantie car l'auteur de la contrefaçon n'invoque *a priori* aucun droit (il le fera ultérieurement comme moyen de défense). Cependant, seul le cessionnaire pourra agir en contrefaçon, et non le licencié (sauf habilitation contraire³⁰¹¹). S'il est excessif d'exiger du cédant la défense contre les tiers contrefacteurs d'un droit dont il s'est définitivement défait, en revanche, l'exclusion de garantie laissera le licencié sans véritable recours, si ce n'est d'inviter cordialement³⁰¹² le propriétaire (ou le licencié habilité, par ex : l'éditeur concédant à son tour un droit dérivé) à agir en contrefaçon. Ils pourraient intervenir à cette action pour la réparation de leur préjudice propre³⁰¹³. Ce point marque une importante différence de régime entre cession et licence.

Une disposition du CPI pourrait réduire cette différence de traitement dans le cadre du contrat d'édition. L'article L. 132-8 al. 2 dispose à propos de l'auteur : « Il est tenu de faire respecter ce droit et de le défendre contre toutes atteintes qui lui seraient portées ». Cette disposition propre au contrat d'édition suscite un certain mutisme de la part de la doctrine et de la jurisprudence, elle est généralement interprétée comme imposant à l'auteur d'intervenir aux côtés de l'éditeur dans l'action en contrefaçon³⁰¹⁴. Elle traduirait ainsi un aspect « actif » de l'obligation de garantie, auquel répondrait un aspect « passif », consistant en l'obligation d'abstention et de réparation. Mais l'éditeur étant généralement le plus apte à se défendre, on voit mal l'intérêt exact de cette disposition. On pourrait alors interpréter le texte comme une extension de la garantie due par l'auteur à toutes atteintes (*sic*) portées à l'exploitation, y compris, donc, si elles relèvent de troubles de fait commis par des tiers.

³⁰¹¹ Sur la titularité de l'action en contrefaçon, v. *supra*, n° 428 et ss. Nous constatons alors que le droit d'agir était lié à une habilitation légale ou contractuelle et non à la nature exclusive du titre de l'exploitant ou à sa qualification de cession. En témoigne le refus de la jurisprudence de faire bénéficier le licencié exclusif de l'action en contrefaçon, alors que l'éditeur, également licencié exclusif, est traditionnellement habilité à agir. Ce système peu cohérent appelle à la réforme.

³⁰¹² Comp. évoquant la possible transposition de l'article 1166 C. civ. (action oblique) afin de « vaincre l'inertie du concédant » (notant qu'une difficulté pourrait venir du caractère personnel de l'action), E. Tardieu-Guigues, *La licence de marque*, Thèse, Montpellier, 1991, p. 273 et ss.

³⁰¹³ En ce sens par ex. : Ch. Le Stanc, S. Carre, J.-Cl. PLA Fasc. 1250. – Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Logiciel (CPI, art. L. 122-6 à L. 122-6-2 CPI), v. spéc. n° 34.

³⁰¹⁴ Par ex. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 736.

823. Virtualités³⁰¹⁵. La garantie des vices cachés en droit d'auteur est une virtualité du droit commun plus qu'une réalité perceptible en droit positif. L'opinion générale tend à l'exclure³⁰¹⁶. Cependant, la lecture des textes du Code civil ne semble pas opposer d'obstacle de fond à l'application de cette garantie qui viendrait réparer les préjudices nés de l'impropriété de l'œuvre, chose incorporelle, à l'usage auquel on la destine³⁰¹⁷. La jurisprudence qui ne consacre pas cette garantie ne la condamne pas pour autant ; rappelons que certains des arrêts cités pour des applications de la garantie d'éviction se fondent sur l'article 1625 du Code civil qui introduit les deux types de garanties et non sur les dispositions propres à la garantie d'éviction.

824. Applications. Le vice caché affecte les qualités matérielles de la chose³⁰¹⁸, ce qui est délicat, précisément en cas de chose immatérielle. Néanmoins, on pourrait tenir dans une catégorie résiduelle, comme vices, les défauts de l'œuvre empêchant son exploitation normale et ne constituant pas pour autant des cas d'éviction³⁰¹⁹. Le cas peut être celui de l'œuvre dépourvue d'originalité, à l'image du vice juridique affectant le brevet ou la marque³⁰²⁰ bien que la sanction du défaut d'objet semble suffire. On peut envisager le cas où

³⁰¹⁵ L'intérêt de la qualification de ces troubles se trouve dans les sanctions attachées à la garantie : d'une part les sanctions « objectives » des actions rédhibitoire ou estimatoire (art. 1644 C. civ.) ; d'autre part des sanctions « subjectives », c'est-à-dire l'indemnisation du préjudice subi en cas de faute (art. 1645 C. civ.). V. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 221 et s.

³⁰¹⁶ Par ex. : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 734 : « Le jeu de la garantie des vices cachés n'est guère envisageable en matière de droit d'auteur. ». *Contra* : P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 567, note n° 2. *Adde* : Ch. Hugon, thèse préc., n° 527.

³⁰¹⁷ Article 1641 C. civ. : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. ».

³⁰¹⁸ Par ex. : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 358.

³⁰¹⁹ Comp. F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, *op. cit.*, n° 1050. L'auteur évoque les erreurs, lacunes, faux, comme autant de cas d'éviction. On pourrait également rattacher à la notion de vice les cas dans lesquels l'œuvre comporte des allégations diffamatoires, portant atteinte au respect de la vie privée, au droit à l'image, etc. Encore faudrait-il que ces vices soient véritablement cachés, ce qui est concevable. (En ce sens : N. Blanc, thèse préc., n° 410). Cependant, il nous est apparu plus cohérent de relier ces troubles à des cas d'éviction. En effet, d'une part le fait de savoir si la victime d'une atteinte au droit à l'image prétend à un droit privatif concurrent, ou nuit par son fait à la jouissance de l'exploitant, est un sujet de discussion qui n'est pas encore tranché. D'autre part, en raison de ces doutes, il nous est apparu préférable de voir des cas d'éviction dans toutes les situations où un droit (réel ou personnel) est invoqué contre l'acquéreur.

³⁰²⁰ La doctrine dominante en droit des brevets distingue : d'une part, le vice de l'invention ou vice technique, lorsque la mise en œuvre de l'invention révèle une défectuosité d'ordre technique (par ex. Cass. 3^e civ. 24 juin 1975, aff. Technove, D. 1976, p. 193 obs. J. Schmidt) ; d'autre part, le vice juridique ou vice de droit qui porte sur « le droit qui a l'invention pour objet », liés par ex. à un défaut d'activité inventive ou de nouveauté. Sur ces notions : v. J. M. Mousseron, L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention, *Dossiers Brevet*, Centre du droit de l'entreprise, 1978, I p. 2 (spéc. p. 7 et s.) ; O. Lestrade, J.-Cl. Fasc. 4730, préc., n° 60 et ss. ; v. du même auteur : Thèse préc. n° 43 s. Comp. : « les vices juridiques, ceux qui ont trait non

l'usage de l'œuvre est impropre pour une raison imputable à l'auteur : le cas de l'erreur matérielle commise par l'auteur dans un ouvrage de vulgarisation sur les plantes comestibles causant un décès³⁰²¹. En pareil cas, l'éditeur contraint de procéder à l'indemnisation des victimes et procédant au retrait des exemplaires n'est pas tant la victime d'une éviction que d'un défaut propre à l'œuvre qui rend impossible la poursuite normale de l'exploitation commerciale. Ce défaut est bien inhérent à la chose, qu'une action soit engagée contre l'éditeur ou que ce dernier retire l'œuvre de son propre chef³⁰²².

La garantie des vices cachés a reçu une application implicite mais réelle dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 mai 2002³⁰²³. Dans cette affaire, un réalisateur, auteur d'un reportage sur le sujet d'un trafic de drogue, s'est vu reprocher l'intégration de scènes reconstituées³⁰²⁴, présentées comme authentiques. La chaîne de télévision, diffuseur, fit l'objet d'une mise en demeure du CSA de respecter à l'avenir les règles relatives à l'honnêteté de l'information³⁰²⁵. Le diffuseur assigna le producteur en résolution du contrat à ses torts, ce qu'il obtint malgré des négligences (défaut de vérification du programme) accentuées par sa qualité de professionnel. L'auteur appelé en garantie fut condamné à indemniser le producteur. La cour de Paris, fondant son arrêt sur l'article L. 132-26 du CPI³⁰²⁶ a retenu dans une formule évoquant l'article 1641 du Code Civil que les : « *manquements caractérisés aux règles les plus élémentaires de la déontologie du journaliste affectent le reportage d'un vice qui le rend impropre à être diffusé dans les conditions prévues par le contrat* » et notant ailleurs « *l'impropriété de l'œuvre à l'usage auquel elle était destinée.* ». Il est intéressant de constater que le vice provenait d'un manquement d'ordre professionnel du journaliste, qui se traduisait dans l'œuvre, c'est-à-dire la chose issue de ce travail³⁰²⁷. Autre point à noter, discuté en matière d'éviction³⁰²⁸, cet arrêt montre que l'accord sur la version définitive de l'œuvre qui doit intervenir entre le réalisateur ou autres co-auteurs d'une part et le producteur

plus à la chose mais au droit, relèvent de la garantie d'éviction » (J.-J. Burst, La portée de la clause de non-garantie dans les contrats de cession de brevets d'invention en cas d'annulation du brevet, D. 1976, Chron. p. 116).

³⁰²¹ TGI Paris 28 mai 1986, RTD civ. 1987, p. 552, obs. J. Huet, l'éditeur est condamné sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

³⁰²² L'exploitant devrait-il attendre la réalisation d'un préjudice et l'engagement d'une action en responsabilité à son encontre pour se prétendre troublé dans sa jouissance ?

³⁰²³ CA Paris 14 mai 2002, D. 2002, AJ. 2535, obs. J. Daleau. Interprétant cet arrêt comme une application directe de la garantie des vices cachés au droit d'auteur : R. Boffa, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, n° 448 ; en ce sens : N. Blanc, thèse préc., 2010, n°410.

³⁰²⁴ Les criminels étant même joués par des gendarmes, précise la cour.

³⁰²⁵ V. les obs. de J. Daleau précitées.

³⁰²⁶ « L'auteur garantit au producteur l'exercice paisible des droits cédés. ».

³⁰²⁷ Le journaliste invoquait, en vain, la qualification, par le contrat, d'œuvre audiovisuelle, pour laquelle il devait concevoir un scénario, et non celle de documentaire. La nuance importe peu, le documentaire étant d'ailleurs un genre d'œuvre audiovisuelle.

³⁰²⁸ B. Edelman, *Droits d'auteur, droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993, n° 178.

d'autre part³⁰²⁹ ne vaut pas renonciation de ce dernier à garantie, à moins qu'il ait connu et accepté le risque d'un trouble³⁰³⁰.

Enfin, si les hypothèses semblent inépuisables, c'est dans le domaine du logiciel qu'une garantie des vices cachés pourrait s'épanouir (en présence d'un virus, de défauts de conception, infimes parfois, qui rendent le logiciel impropre à son usage : « bogues » ou *bugs* en tous genres...). Le travail de qualification de cette « licence » est ici déterminant³⁰³¹ : la qualification de vente conduira à considérer comme non écrites les clauses limitatives ou élusives à l'encontre du vendeur professionnel. Au contraire, la qualification de bail ou le choix que nous avons opéré du contrat de services, ouvriront la voie d'un plus grand libéralisme. Le logiciel pourra être considéré à ce titre comme l'accessoire d'un matériel, brouillant sans doute les pistes de ce qui relève d'une garantie traditionnelle de la chose corporelle, de ce qui relève de son application aux choses incorporelles³⁰³². Encore faut-il que le vice soit caché et qu'aucune clause ne vienne exonérer le fournisseur³⁰³³.

825. Discussion. On pourrait objecter à toutes ces hypothèses suggérant l'émergence d'une garantie des vices cachés en droit d'auteur que ce n'est pas l'œuvre en tant que création de forme qui est affectée d'un vice mais le fond, l'information (ou l'outil logiciel) qu'elle contient. Or, la chose telle que la conçoit le livre I^{er} du CPI, y compris le logiciel, ne réside pas dans un ensemble d'informations, de « fonctionnalités » ou d'idées, mais dans une forme perceptible par les sens³⁰³⁴. Seul cet objet, la création de forme, est réservé et par conséquent cédé ou donné à usage à l'éditeur (ou peut être contrefait). Seule la création de forme est l'objet d'obligations contractuelles relevant de la catégorie des contrats

³⁰²⁹ Art. L. 121-5 CPI.

³⁰³⁰ En ce sens : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 732.

³⁰³¹ Reliant le travail de qualification et celui de l'élaboration du régime de ces contrats : Ch. Le Stanc, in *Lamy Informatique et réseaux*, éd. 2003, n° 1263 et n°1275. – Sur la qualification de la licence d'utilisation de logiciel, v. *supra*, n° 87 et ss.

³⁰³² A. Hollande, X. Linant de Bellefonds, *Pratique du droit de l'informatique*, 6^e éd., Delmas, 2008, n° 459.

³⁰³³ Sur ce sujet, v. : Ph. Le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd., Dalloz, 2010, n° 4.42, p. 194 et s.

³⁰³⁴ Cass. 1^{re} civ. 13 déc. 2005, Cuadros et a. c/ SARL Microsoft France ; JCP G, 2006, IV, 1092 ; CCE févr. 2006, comm. 18, obs. Ch. Caron : « Les idées toujours orphelines de protection » ; JCP E juin 2006, 1896, obs. P. Masquart ; Prop. ind. mars 2006, comm. 27, obs. J. Schmidt-Szalewski, « Attendu (...) que les fonctionnalités d'un logiciel, définies comme la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé, ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée ». En l'espèce aucune similitude de forme ne permettait de caractériser la contrefaçon. En revanche, la cour fait droit à la demande fondée sur le parasitisme. – *Adde* : Les considérants de la Directive du conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE) (JO L 122 du 17.5.1991, p. 42) : « considérant que, pour éviter toute ambiguïté, il convient de préciser que seule l'expression d'un programme d'ordinateur est protégée et que les idées et principes qui sont à la base des différents éléments d'un programme, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive ».

sur les choses³⁰³⁵. La solution semble s'imposer au regard de la différence fondamentale qui distingue le droit des brevets, création de fond connaissant une telle garantie, du droit d'auteur, création de forme³⁰³⁶ l'ignorant largement.

Mais ces nuances ne paraîtront décisives, quand bien même elles s'autorisent de l'identité du droit d'auteur. Lorsque le vice affecte le contenu d'une œuvre, l'éditeur est empêché de jouir de sa forme protégée : la chose dont il obtient la faculté d'user est impropre à réaliser l'usage auquel elle est destinée. Cette solution – en transportant toutefois l'analyse sur un tout autre plan – vaut également si l'on adhère à l'idée défendue par une importante doctrine³⁰³⁷, selon laquelle l'objet susceptible d'appropriation n'est pas l'œuvre en tant que chose mais le droit, le monopole, que la loi institue à son égard. Dans ce cas, le vice atteint indirectement certes, mais certainement, la possibilité d'user normalement du droit sur l'œuvre. C'est donc, dans cette conception, le droit qui se trouve impropre à l'usage auquel il est destiné. Ce droit n'existe qu'en référence à une œuvre donnée.

b) La prise en compte de la qualité des parties

826. Garantie d'éviction. Les arrêts cités marquent une certaine homogénéité dans l'admission de principe de la garantie d'éviction, or d'importantes différences interviennent en contemplation des qualités des parties³⁰³⁸. Il est admis que celui qui met en œuvre la garantie d'éviction doit être de bonne foi³⁰³⁹. La mauvaise foi consistera pour le cessionnaire ou le licencié à participer à des actes de contrefaçon en exploitant un produit qu'il savait contrefait, connaissant ainsi le risque d'éviction³⁰⁴⁰. Or, la bonne ou mauvaise foi

³⁰³⁵ Pour la qualification du contrat d'utilisation de logiciel, nommé à tort « licence d'utilisation de logiciel », v. *supra* n° 83 et ss.

³⁰³⁶ Sur cette distinction : J. M. Mousseron et M. Vivant, Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit, Cahiers du droit de l'entreprise, 1988, n° 1, p. 2.

³⁰³⁷ V. not. *supra* n° 23.

³⁰³⁸ Principalement, par la mise à l'écart de la garantie bénéficiant à l'acheteur professionnel (ce qui est problématique lorsqu'il s'agit d'appliquer un régime de garantie s'adressant essentiellement aux professionnels) : J. Raynard, Champ d'application de la garantie du vendeur dans la vente internationale de marchandises [Conv. Vienne, 11 avr. 1980, art. 42, § 2 a)], note sous : Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2002, JCP G, 2003, II, 10 016. Cette solution particulièrement sévère pour l'acheteur professionnel dans l'interprétation de cette convention internationale mérite d'être rapprochée – pour l'application du Code civil – avec la position de la chambre commerciale de la Cour de cassation et comparée avec la position plus favorable de la 1^{re} chambre civile (V. arrêts cités *infra*).

³⁰³⁹ Par ex. A. Bénabent, *Contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 350 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 197.

³⁰⁴⁰ Cass. civ. 1^{re} 15 oct. 1996, Bull. I, n° 355 ; JCP 1996. IV. 2397 ; Cass. civ. 1^{re} 10 mai 1995, Bull. I, n° 203 ; RTD com. 1996, p. 108, obs. Bouloc ; Cass. Req. 11 déc. 1940, *Gaz. Pal.* 1941. I. 58. Dans ces cas, il était établi que celui qui prétendait à la garantie connaissait le caractère contrefaisant des marchandises commercialisées. La plupart des arrêts illustrant la question concernent des distributeurs qui ne sont pas nécessairement des licenciés ou cessionnaires de droit d'auteur.

est en ce domaine l'objet de présomptions liées à la qualité de profane ou de professionnel du créancier de l'obligation de garantie. Pour la chambre commerciale de la Cour de cassation, la qualité de professionnel implique la connaissance de la contrefaçon – et par un raccourci intellectuel – sa mauvaise foi : « dès lors que la société Allibert, en sa qualité de professionnel, ne pouvait ignorer la contrefaçon, c'est à bon droit que la cour d'appel a rejeté la demande en garantie formée contre le vendeur »³⁰⁴¹. L'arrêt n'ouvrant pas la possibilité d'écarter cette présomption de connaissance, un auteur notera : « La connaissance de l'origine contrefaisante des marchandises par l'acquéreur professionnel semble donc être une véritable règle de fond »³⁰⁴². L'action en garantie est donc réservée au profane de bonne foi, ce qui ne représente pas la majorité des situations³⁰⁴³. Toutefois, il importe de noter que cette solution demeure propre à la chambre commerciale de la Cour de cassation. Certes, la 1^{re} chambre civile fait preuve de la même sévérité en cas de connaissance de la contrefaçon, la différence est que cette connaissance n'est pas systématiquement présumée, y compris lorsque la victime de l'éviction est un professionnel³⁰⁴⁴. De ce défaut d'unité de la jurisprudence, découle un risque d'inégalité de traitement entre les créanciers d'une obligation de garantie contre l'éviction. Il est permis d'espérer qu'un arrêt de l'Assemblée plénière accorde les différentes chambres dans le sens de la solution dégagée par la première chambre civile. En ce sens, on se ralliera par « réalisme » au constat d'un auteur : « Même avec la meilleure volonté du monde, nul ne peut acquérir la certitude que le dessin d'un tissu n'est pas la contrefaçon totale ou partielle d'un dessin créé par un ermite à l'autre bout de la planète et, malgré le principe de territorialité, les choses sont à peine plus simples en matière de propriété industrielle tant le périmètre de protection des droits antérieurs dépend de critères raffinés et variés. »³⁰⁴⁵.

³⁰⁴¹ Cass. com. 29 oct. 2003, Allibert c. Decotec, JCP G 2004, I, 113, n° 4, obs. Ch. Caron. En ce sens : Cass. com. 4 févr. 2004, n° 02-11.013, MPG c. Les couverts de Mouroux, Prop. ind. 2004, comm. 35 obs. P. Kamina.

³⁰⁴² V. Obs. sous Cass. com. 29 oct. 2003, préc.

³⁰⁴³ Par ex. une association ou une société faisant acquisition à titre occasionnel, un auteur qui acquiert d'un autre auteur.

³⁰⁴⁴ Cass. 1^{re} civ. 13 mars 2008, n° 06-20.152 et 06-20.443, CCE mai 2008, comm. 64, Ch. Caron : « Qui peut bénéficier de la garantie d'éviction en droit d'auteur ? » ; D. 2008 p. 1317, obs. Th. Lancrenon : « L'application en clair-obscur des règles de la garantie d'éviction à la propriété intellectuelle ». La 1^{re} chambre civile estimera que « la cour d'appel ne pouvait exclure l'action en garantie dirigée contre le vendeur en opposant à l'acquéreur sa seule qualité de professionnel et sans constater que ce dernier avait eu une connaissance effective de l'existence de la contrefaçon (...) ». En ce sens : Cass. 1^{re} civ. 7 avr. 1998, (préc.). – V. également : Cass. 1^{re} civ. 25 mai 2005, n° 03-20.524, Sté Euro RSCG c/ Sté Les Films Ariane, JCP E 2005, 1170, note A. Singh : « Attendu (...) que la qualité d'agent professionnel de l'activité dans laquelle surgit le litige est impuissante à exclure par elle-même la garantie d'éviction ». *Adde* : G. Cordier, Les recours en garantie du distributeur contrefacteur : bilan et perspectives, CCE 2006, étude 37.

³⁰⁴⁵ V. obs. de Th. Lancrenon précitées. – Cette difficulté peut être reliée au sort peu favorable réservé à l'acquéreur professionnel (par définition) par l'article 42 de la Convention de Vienne. V. J. Raynard, note. préc., L'auteur conclut : « La Cour de cassation en posant à la charge de l'acquéreur professionnel une présomption de connaissance des droits de propriété intellectuelle susceptibles d'être invoqués par un tiers, relativement au procédé technique, à la forme ou au signe distinctif que peut agglomérer la marchandise vendue, prive de

827. La prise en compte de la qualité des parties en matière de vices cachés.

La rareté des cas de garantie des vices cachés en pratique ne serait pas tant due à un obstacle juridique propre au droit d'auteur, mais au régime de cette garantie. Ainsi, parmi d'autres qualités indifférentes ici, le vice doit être *caché*, ce qui dans l'univers des formes posera difficulté³⁰⁴⁶. De plus une présomption de connaissance du vice est instituée par la jurisprudence à l'encontre de l'acquéreur professionnel. Cependant, cette présomption ne sera pas irréfragable comme celle qui pèse sur le *vendeur* professionnel. Cette présomption sera simple et pourra être renversée par la démonstration du caractère indécélable du vice ou de *dol*³⁰⁴⁷. Au juge d'apprécier (*in concreto*) les aptitudes et connaissances de l'acquéreur pour estimer le caractère occulte du vice, notamment au regard de sa qualité (*in abstracto*) d'acheteur professionnel, qu'il soit « professionnel de même spécialité » que le vendeur³⁰⁴⁸ ou profane³⁰⁴⁹. Même dans ce dernier cas, rien ne semble dispenser l'acquéreur d'un examen élémentaire de la chose. Au regard de ces critères, nul doute que l'arrêt de la cour d'appel de Paris³⁰⁵⁰ que nous avons remarqué fasse preuve d'un laxisme certain. Appliquant sans le nommer le concept de garantie des vices cachés à notre matière, l'arrêt ne remet nullement en cause la garantie due par l'auteur de l'œuvre viciée au producteur, quand bien même la qualité de professionnel de ce dernier suggère un comportement fautif. Dans cette espèce, le montant de la garantie due à la société de production est simplement limité en raison de son imprudence consistant à ne pas avoir procédé à des vérifications : « (...) en ne formulant pas d'exigences strictes au regard du produit, qu'en sa qualité de producteur elle allait exploiter auprès des diffuseurs ». Ici, la qualité de professionnel interfère dans la mise en œuvre de la garantie, mais pas dans son principe. En opportunité, on ajoutera que dans de nombreux cas, il ne sera pas nécessairement utile à l'exploitant de chercher la responsabilité de l'auteur qui constituera une réparation bien négligeable. Ensuite, en cas de vice affectant l'œuvre,

l'essentiel de son intérêt le principe d'une garantie spéciale du vendeur instituée par l'article 42 de la Convention de Vienne. ».

³⁰⁴⁶ Le point est évoqué par S. Raimond, *op. cit.*, n° 658.

³⁰⁴⁷ Sur l'ensemble de la question, v., par ex. : P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.* n° 214 ; A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 362.

³⁰⁴⁸ Sur cette notion en particulier, v. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 392.

³⁰⁴⁹ V. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 275. Ces auteurs notent que l'appréciation du caractère caché du vice se fait à la fois *in abstracto* « telle profession ... » et *in concreto* « tel acheteur ... ». Sur ces exigences attendues de l'acheteur profane, v. Cass. Ass. plén. 27 oct. 2006, Bull. Ass. plén. n° 13 ; JCP N 2007, 1101, obs. Leveneur ; Defrénois 2007. 431, obs. Y. Dagonne-Labbé. (Il n'est en principe pas nécessaire de recourir à un expert.). Pour l'acheteur professionnel : il est jugé que l'acquisition dans l'exercice de sa profession ne suffit pas à démontrer le caractère apparent du vice, en revanche la recherche de compétences techniques sera déterminante. Par ex. pour « l'achat » d'un logiciel de gestion de son cabinet, un avocat est considéré comme profane (Cass. civ. 1^{re} 20 déc. 1983, Bull. I n°308).

³⁰⁵⁰ CA Paris 14 mai 2002, D. 2002, AJ, 2535, obs. J. Daleau.

l'existence même de celle-ci est en cause, comme on l'a vu. C'est l'existence de l'objet de l'obligation de l'auteur, cause de l'obligation de l'exploitant, qui sera directement en jeu, sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les subtilités du droit de la garantie.

2 – Problématiques spécifiques à la présence d'une licence

828. Par souci de ne pas dénaturer son expression jurisprudentielle, la garantie était envisagée jusqu'ici en considération du fondement que lui donnent les principaux arrêts cités : les articles 1625 et suivants du Code civil. S'il est couramment souligné en doctrine que la garantie dans le bail procède d'une essence différente de celle de la vente, nous avons pu nous satisfaire de ce fondement, dans la mesure où les solutions effectivement dégagées en matière de garantie sont sensiblement comparables³⁰⁵¹. L'examen de la garantie prend cependant un nouvel éclairage lorsqu'on le mène à travers le prisme du bail. On constatera que l'obligation de garantie dans la licence peut être vue comme participant de son obligation essentielle (*a- L'origine de l'obligation de garantie et l'obligation du bailleur*). Nous verrons ensuite que l'application de la garantie dépendra en partie de la qualification du contrat et de la présence d'une exclusivité (*b- Influences de la présence d'une licence exclusive ou non-exclusive sur le régime de la garantie*).

a) L'origine de l'obligation de garantie et l'obligation du bailleur

829. La notion de garantie, expression de l'objet de la prestation du concédant. La similitude des principales problématiques envisagées n'empêche pas d'apprécier la thèse d'une nature distincte de la garantie dans le bail. A relier la notion de garantie au transfert de propriété, c'est donc tout autre chose qui fonderait le régime de « garantie » dans le bail³⁰⁵². L'obligation de garantie qui viendrait se « superposer »³⁰⁵³ aux obligations du vendeur, en revanche, se fond littéralement à l'obligation du bailleur. Les analyses varient : la garantie des vices cachés est généralement - quoique sans unanimité³⁰⁵⁴ -

³⁰⁵¹ Sur la ressemblance des solutions dégagées pour la vente et pour le bail, v. : B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ, 1963, n° 17, p. 19 et s.

³⁰⁵² Sur ce constat : par ex. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 317.

³⁰⁵³ Utilisant cette image, v. : B. Gross, *op. cit.*, n° 106, p. 103.

³⁰⁵⁴ *Contra* : Pour certains, c'est la notion de garantie en général qui est mise en cause à propos du bail : V. par ex. A. Bénabent, *op. cit.*, n° 545, pour les vices cachés : « c'est par un faux parallélisme avec la vente que

tenue pour une véritable obligation de la garantie, ainsi que la garantie du trouble occasionné par un tiers. En revanche, l'obligation pour le bailleur de garantir une jouissance paisible est plus généralement disqualifiée en simple manifestation de l'obligation principale du bailleur³⁰⁵⁵ (V. les exemples de l'« autoplagiat » ou des doubles autorisations).

Il est vrai que l'obligation de garantie se fond avec ce qui fait l'essence de ce contrat. Ce constat est ancien, citons par exemple Josserand, qui sous un titre : « Obligation essentielle et unique » indique que : « Le bailleur doit assurer au preneur la jouissance des lieux loués pendant la durée du bail : c'est dans cette formule, reproduite de l'article 1719-3°, que se résumant toutes les obligations qui lui incombent et qui sont assez nombreuses (...) »³⁰⁵⁶. Cette idée, quoiqu'exprimée parfois avec des nuances, est très présente dans la doctrine récente³⁰⁵⁷.

Ce constat, que nous avons déjà énoncé à l'occasion de l'étude de l'obligation essentielle du donneur de licence³⁰⁵⁸, est parfaitement compatible avec les traits de la licence. La garantie de la licence présentant la même physionomie que celle du bail, la licence se rapproche ainsi du bail. Certes elle n'est qu'un élément de régime et ne saurait, à ce titre, qualifier le contrat. Mais, dès lors que cet élément de régime est perçu comme une composante de l'obligation caractéristique de jouissance locative, sa présence contribue au rattachement que nous proposons. Dans le même esprit, Burst concluait-il de son étude de la garantie en matière de licence de brevet : « Une telle structure de l'obligation de garantie rapproche incontestablement le contrat de licence du contrat de louage. »³⁰⁵⁹. Cet auteur démontrait ainsi que la licence dépasse la conception ancienne d'une simple obligation négative de ne pas agir en contrefaçon contre l'exploitant³⁰⁶⁰. Elle se caractérise au contraire

l'article 1721 parle de « garantie ». En réalité la notion même de garantie n'a pas lieu de s'appliquer en matière de bail, puisqu'elle est liée à un transfert de propriété. Mieux vaut constater que, lorsque la chose est défectueuse, le bailleur ne satisfait pas à son obligation de faire jouir le locataire et engage sa *responsabilité contractuelle de droit commun* » (l'auteur souligne).

³⁰⁵⁵ Ainsi nombre d'auteurs contesteront l'exactitude du recours à la notion de garantie d'éviction s'agissant de l'exécution de l'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement le preneur, mais l'admettront pour ce qui relève du fait des tiers et des vices cachés. En ce sens, v., par ex. : J.-P. Le Gall, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, LGDJ, 1962, n° 27 et ss., p. 48 et ss. (spéc. n° 29) ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 497 et n° 500 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n°683 et 684. – *Contra* : B. Gross, *op. cit.*, liant la notion de garantie à la notion de jouissance, ce qui ajoute aux contrats translatifs de propriété, d'autres contrats (pourvu qu'il soit à titre onéreux), tel le contrat de bail (v. not. n° 135 et ss., p. 129 et ss.). Cet auteur, qui retient une conception plus large de la garantie, n'entre pas dans ces distinctions et traite au titre de l'obligation de garantie le trouble émanant du bailleur (v. n°255, p. 246).

³⁰⁵⁶ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 2^e éd., 1933, n° 1190.

³⁰⁵⁷ Particulièrement sous la plume de M. Bénabent, précité.

³⁰⁵⁸ V. *supra* n° 157.

³⁰⁵⁹ J.-J. Burst, *op. cit.*, Librairies techniques, 1970, n°316.

³⁰⁶⁰ Idée défendue par Planiol : C.A. Orléans 13 juil.1892, sur renvoi, D.P. 1893, II, 329. note M. Planiol. C'est en revanche ce trait négatif qui caractérise les conventions de non opposition, bien connues du droit des brevets et du droit des marques par lesquelles l'un s'engage à ne pas faire valoir son droit à l'encontre d'un autre. La

par la mise en œuvre d'obligations au caractère positif et continu qui l'apparentent au louage³⁰⁶¹.

830. Illustrations. L'obligation de garantie peut être lue à travers la qualification de bail. La lecture des clauses pratiquées dans les principaux contrats d'exploitation du droit d'auteur organisés autour d'une licence l'illustre bien.

- Les contrats de licence de droit de représentation télévisée dits contrats d'achat de droit de télédiffusion comportent une clause de garantie qui, bien que consistante, se contente de préciser le contenu de la garantie légale. Il n'y a pas de raison pour le producteur de voir sa garantie réduite dans la mesure où ce dernier peut être en position de faiblesse par rapport au diffuseur qui aura pu participer au financement de la production. La clause a pour intérêt de détailler les cas de troubles, mais, dans les cas pratiqués, elle n'élargit pas sensiblement le régime légal de garantie : si le trouble de droit émanant de tiers est évoqué, c'est parfois dans des cas où le producteur s'est montré négligent³⁰⁶². D'autres clauses peuvent se passer de cette précision et étendre la garantie à toute prétention de droit, ce qui ne contrarie pas le droit commun³⁰⁶³. Le principal trouble de fait (l'acte de contrefaçon commis par un tiers) ne devrait être poursuivi que par le seul producteur : le diffuseur qui est licencié, généralement exclusif, ne bénéficie *a priori* d'aucune habilitation contractuelle en ce sens. Ce trouble de fait relevant de tiers, le recours en garantie contre le producteur ne semble pas non plus devoir prospérer, ce qui laisse le diffuseur pratiquement sans recours³⁰⁶⁴.

jurisprudence, comme la doctrine la plus autorisée, distinguent ces formules originales de la licence-bail, en raison de l'absence de mise à disposition d'une chose ou d'un droit : Cass. com. 5 janv. 1983, Obs. M. Vivant, JCP E 1983, II, 14261, p. 340.

³⁰⁶¹ J.-J. Burst, *op. cit.*, n° 20.

³⁰⁶² V. La clause extraite d'un contrat de préachat de droits de télédiffusion, in : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010, n° 258, p. 322 (n°3). Sont envisagés les troubles émanant d'actions engagées par des personnes ayant participé directement ou indirectement à la réalisation ou à la production de l'œuvre (spéc. les auteurs, artistes, éditeurs, etc.) ; ainsi que les troubles provenant de tiers « qui estimeraient avoir des droits quelconques à faire valoir sur tout ou partie de l'œuvre ou sur son utilisation (...) Il en est de même de tout recours ou action ayant pour fondement une infraction au droit applicable à la communication audiovisuelle et notamment à la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse qui serait imputable à un manque de prudence, de sérieux ou de vérification du Contractant. ». Ce cas de garantie est désigné « garantie de bonne fin ». V. M.-E. Laporte, art. préc., v. spéc. n° 50 et ss. Ces cas correspondent à différents cas d'éviction (fait du producteur ou des tiers), en ce sens, v. P.-Y. Gautier, *Du contrat de précaire sur les images de cinéma*, D.1989, Chron. p. 113, (spéc. n° 12).

³⁰⁶³ V. Par ex. les contrats d'achat de droits « Type France 3 » et « Type Canal Plus » cités par B. Montels, thèse préc., PUAM 2001, p. 340 (V. « Article 4 – Garanties ») et p. 344 (V. « Article 5 : Garanties »).

³⁰⁶⁴ Si ce n'est celui de la responsabilité civile délictuelle contre le tiers (acte de concurrence déloyale). En ce sens : P.-Y. Gautier, art. préc.

- Dans le contrat d'édition – nous avons qualifié l'autorisation qui le fonde de licence – la clause de garantie la plus fréquemment stipulée rappelle et précise le statut légal (art. L. 132-8 du CPI). S'agissant du contrat type proposé par le SNE, il est surtout intéressant de constater qu'elle ne figure pas dans une clause dédiée, mais à la clause « Objet du contrat », intercalée entre un alinéa relatif à la durée de la « cession » exclusive et un autre relatif à l'obligation d'exploitation de l'éditeur « à ses frais, risques et périls »³⁰⁶⁵. Cette dernière mention paraîtra alors quelque peu contradictoire. L'obligation de garantie du donneur de licence apparaît très liée, y compris dans la formalisation du consentement, à l'objet du contrat de bail. Démonstration que la garantie soutient l'obligation essentielle de faire jouir : « L'obligation de garantie vient alors compléter l'obligation principale, dont elle est un prolongement et un accessoire »³⁰⁶⁶. En cas de trouble de fait (actes de contrefaçon par des tiers) l'éditeur n'a pas vocation à engager la garantie de l'auteur, en revanche il ne sera pas privé de recours et pourra exercer seul, comme on l'a vu, l'action en contrefaçon.

- Dans les contrats de production audiovisuelle, la prévision de la garantie s'insère pareillement au sein de dispositions très variées relatives à l'objet, à l'exercice du droit moral (apposition du logo du diffuseur), et à la titularité de l'action en contrefaçon, regroupés dans une clause hétéroclite intitulée « Protection des droits »³⁰⁶⁷. Là encore, il s'agit avant tout de vider toute ambiguïté quant à la nature des troubles garantis, plus que de rétrécir ou d'élargir le champ naturel de la garantie due par les auteurs. Une certaine originalité affecte cependant

³⁰⁶⁵ J.-Cl. PLA Fasc. 1014 : Documentation pratique. - Contrats d'édition. - Modèles de contrats proposés par le Syndicat national de l'édition (SNE), Cote 04, 2010 : (extrait) « Article I – Objet du contrat : (...) 3- L'auteur garantit à l'éditeur la jouissance entière et libre de toutes servitudes des droits cédés contre tous troubles, revendications et évictions quelconques, notamment tout ce qui peut tomber sous le coup des lois et autres dispositions relatives à la diffamation et l'injure, à la vie privée et à la contrefaçon.

Il déclare notamment que son œuvre est entièrement originale, qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat d'édition encore valable et n'entre pas dans le cadre d'un droit de préférence accordé antérieurement par l'auteur à un autre éditeur et ne contient aucun emprunt à une autre œuvre de quelque nature que ce soit, qui serait susceptible d'engager la responsabilité de l'éditeur. ». La clause peut être complétée lorsqu'il est prévu que l'œuvre comporte des extraits d'œuvres tierces (illustrations ...) : l'auteur doit transmettre les autorisations qu'il obtient, plus fréquemment c'est l'éditeur qui s'assurera de ces autorisations. Le contrat type d'édition proposé par la SCAM glisse une simple mention de l'obligation de garantie au sein d'un article relatif à l'étendue des droits « cédés ».

(<http://www.scam.fr/fr/T%C3%A9%C3%A9charger/lesmod%C3%A8lesdecontrats/tabid/363404/Default.aspx> consulté : 20/10/2011)

³⁰⁶⁶ P. Jourdain, Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé, In *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303. Dans le même ordre d'idées, notant que l'obligation de garantie « vient se superposer à certaines obligations nées du contrat et assure le garanti du résultat pratique de l'exécution normale de la convention », v. B. Gross, *op. cit.*, n° 106, p. 103.

³⁰⁶⁷ C'est le cas dans les contrats proposés par la SACD. D'autres contrats observés dédient une clause spécifique à la question de la garantie, dont le contenu ne diffère pas sensiblement. Il est parfois précisé que l'auteur déclare disposer de tous les droits nécessaires pour céder les droits dont il est question au producteur et que ces droits ne sont, ni ne seront cédés.

la garantie dans ces contrats. En effet, ils ne se bornent pas à une autorisation délivrée par l'auteur, mais portent un engagement de créer doublé d'une série d'obligations de faire souscrites par le producteur. La clause des différents contrats proposés par la SACD est rédigée ainsi (extraits) : « 1. Sous réserve des apports aux sociétés d'auteurs et des droits propres des coauteurs éventuels, l'Auteur-Réalisateur garantit au Producteur, (...) l'exercice paisible des droits cédés et notamment : - qu'il n'introduira dans son travail aucune réminiscence ou ressemblance pouvant violer les droits d'un tiers ; - qu'il n'a fait ni ne fera aucun acte susceptible d'empêcher ou de gêner la pleine jouissance par le Producteur des droits que lui confère la présente cession. ». Ici, l'obligation de garantie porte également un engagement quant au processus de création. Un certain comportement de l'auteur dans l'exécution de son obligation tenant à la négligence, au manque de vérification, est mis en évidence. Doit-on voir l'irruption de la notion de faute dans un régime de garantie ? Ensuite, à lire cette clause, on peut dire que l'auteur qui délivrerait une contribution portant des ressemblances de nature à violer les droits d'un tiers mettrait en jeu sa qualité de garant mais, plus évidemment (et plus efficacement car sans attendre l'action dudit tiers), réaliserait une délivrance non conforme. Autre point original : le producteur peut prendre à son tour, sous la forme d'une clause de garantie, la charge de certains troubles. Il en va ainsi lorsqu'il est prévu, sur décision finale du producteur, d'incorporer à l'œuvre des éléments susceptibles de générer un trouble³⁰⁶⁸. Ce point, découlant directement de la nature complexe du contrat de production, conforte l'idée qu'il ne se résume pas à l'autorisation qu'il comporte, mais connaît des éléments relevant du contrat de service. L'obligation du producteur, la prestation de service, fait ici l'objet d'une sorte de garantie, qui correspond bien à sa mission de prise de risque et d'initiative. « Le garanti est toujours le créancier de l'obligation principale du contrat »³⁰⁶⁹, lorsque les obligations à charge des deux parties concourent également à définir le contrat, il est normal qu'elles donnent, autant que de raison, lieu à garantie.

³⁰⁶⁸ Proposition de clause figurant dans les contrats type de production audiovisuelle de la SACD : « *En cas d'œuvre(s) basée(s) sur un fait divers ou sur une personne ayant réellement existé, proposer la clause suivante* : Compte tenu de l'objet même du film, il est d'ores et déjà prévu que des éléments auront pour fondement ou seront inspirés de faits d'actualité, des trajectoires et vies de personnes ayant existé, etc., ce que le Producteur déclare connaître et accepter. Il est entendu entre les parties que toute décision finale d'incorporer de tels éléments appartient au Producteur sous sa responsabilité. Ces questions étant systématiquement abordées avec le Producteur lors de l'écriture, toute procédure à l'encontre de l'Auteur-Réalisateur sera prise en charge par le Producteur qui garantira l'Auteur-Réalisateur contre toutes les conséquences qui y seraient attachées (condamnations pécuniaires, suppressions ou modifications de scènes, interdiction...). Le Producteur fera notamment son affaire de toutes les autorisations nécessaires, l'Auteur-Réalisateur pouvant l'aider dans cette tâche, si le Producteur en fait la demande. ».

³⁰⁶⁹ B. Gross, *op. cit.*, n° 144, p. 134.

b) Influences de la présence d'une licence exclusive ou non-exclusive sur le régime de la garantie

831. Plan. Face à une garantie dont la mise en œuvre en droit d'auteur semble être uniforme et réaliser un certain dépassement des catégories contractuelles, d'importantes particularités liées à la présence d'une licence apparaissent cependant. Aboutissant à des résultats concrets, ces différences méritent d'être davantage mises en valeur par les plaideurs. Sans doute n'épuiserons-nous pas la question. Certaines particularités sont liées à la nature même de la licence, contrat de bail (α), d'autres apparaissent liées à la nature exclusive ou non exclusive de cette licence (β), d'autres cas enfin, qui mettront en jeu une licence, présentent des particularismes liés à la titularité de l'action en contrefaçon (γ).

α – Particularités liées à la présence d'une licence

832. Des différences de régime de garantie pourraient être dues au caractère soit instantané soit successif³⁰⁷⁰ et plus précisément « continu »³⁰⁷¹ du contrat. Si la cession pure et simple présente un caractère instantané, la licence appartient à la seconde catégorie. Le caractère successif des contrats d'exploitation fait peu de doute lorsqu'ils comportent une licence. Mais ils peuvent l'être également en cas de cession : bien que la cession transférant un droit réel soit elle-même instantanée et définitive, un caractère successif sera imprimé au contrat d'exploitation considéré dans son ensemble³⁰⁷². Le partage entre les différents régimes semble toutefois relever nettement de la distinction entre licence et cession.

833. Vices cachés. Des différences de régime rendent la qualification de licence plus attrayante pour l'exploitant et plus exigeante pour le donneur de licence. Evoquons celles qui sont praticables en droit d'auteur³⁰⁷³ :

³⁰⁷⁰ P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 318.

³⁰⁷¹ Par ex. : A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 540. L'auteur souligne que les différences entre le régime de garantie de la vente, notamment, et celui du bail tiennent à ce caractère. Nous avons cependant constaté en Partie I (v. *supra* n° 360) que la licence pouvait correspondre à un contrat à exécution « échelonnée ».

³⁰⁷² Ce qui rend discutable le recours à une cession dès lors que l'exploitation effective n'aura pas vocation, elle, à « s'éterniser ». Sur la question de la durée des contrats, v. *supra* n° 329 et ss.

³⁰⁷³ Pour une différence de régime importante mais peu praticable : contrairement au vendeur, le bailleur est libéré de sa garantie en cas de force majeure. On pourra cependant se demander quels cas sont susceptibles de constituer une force majeure. (Doutant de cette possibilité, v. N. Blanc, *op. cit.*, n° 414). A notre sens, la manœuvre à l'origine du vice, utilisée pour contourner un danger ne devrait pas constituer un tel cas, car libre à

- Propre au régime du bail, la prise en charge des vices cachés apparaissant en cours de contrat³⁰⁷⁴ et non des seuls vices en germe antérieurement à la vente semble *a priori* de peu de portée. Mais il en va autrement lorsqu'un même contrat porte sur plusieurs œuvres futures à réaliser ou que l'auteur est amené à modifier l'œuvre cédée ou concédée, ce qui est fréquent en pratique³⁰⁷⁵. Le tout est de savoir si ces modifications interviendront après ou avant la cession, alors que ce point devrait être indifférent en cas de licence. La rédaction du contrat sera décisive³⁰⁷⁶. Le caractère successif de la licence ou du moins du contrat d'exploitation dans lequel s'insère l'autorisation de l'auteur révèle sur ce point une originalité.

- Ensuite, le délai de deux ans à compter de la découverte du vice (art. 1648 C. civ.) tranche avec le régime du bail qui est celui de droit commun. Le délai ne courant qu'à compter de la découverte du vice et non de la conclusion du contrat de vente, la différence n'est pourtant pas spectaculaire. Bien que l'application de cette règle ne soit qu'une virtualité de notre droit, on comprendra l'avantage qui pourrait en résulter pour l'auteur qui s'est pour toujours dessaisi de l'exploitation de son œuvre (cession) et l'avantage pour l'exploitant qui n'est investi que temporairement de la faculté d'exploiter l'œuvre (licence).

- On constate enfin que le Code civil n'allège pas l'engagement du bailleur de bonne foi, comme il le fait pour le vendeur de bonne foi tenu à la seule restitution du prix et frais de la vente³⁰⁷⁷. La garantie des vices cachés en matière de bail permet une indemnisation plus étendue couvrant toutes les conséquences du vice, y compris si le bailleur est de bonne foi (Art. 1721 du Code civil). Or, ces conséquences seront lourdes, l'œuvre étant destinée à une exploitation supposant de lourds investissements et mettant en jeu la réputation de l'exploitant³⁰⁷⁸. L'analyse, originellement transposée du louage du Code civil au louage d'inventions brevetées, est à son tour transposable au louage de l'œuvre protégée par le

l'auteur de ne pas s'y exposer (ce qui était prétendu par un réalisateur ayant livré un reportage sur un trafic de drogue comportant des scènes truquées. V. CA Paris 14 mai 2002, D. 2002, AJ. 2535, obs. J. Daleau, préc.).

³⁰⁷⁴ Par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 545.

³⁰⁷⁵ L'image de l'auteur « apportant » une œuvre définitive car parfaite à l'exploitant est trompeuse. Bien souvent l'auteur, après une première remise du manuscrit ou en général du support devra – pour paraphraser le Législateur du Parnasse - vingt fois sur le métier remettre son ouvrage : des corrections seront exigées, voire la réécriture de passages entiers afin de correspondre aux goûts supposés du public. – Il est probable que des modifications précises soient suggérées par l'exploitant, en pareil cas, si trouble il y a, il nous semble être de son fait (v. la clause du contrat de production audiovisuelle citée *supra*, où le producteur « garantit » l'auteur des ajouts qu'il aurait initiés).

³⁰⁷⁶ En toute rigueur, cette étape devrait correspondre à une phase de commande antérieure à la « cession », mais ce n'est pas nécessairement le cas. Généralement la « cession » interviendra une fois le travail final accepté.

³⁰⁷⁷ V. les articles 1645 et 1646 C. civ. Par ex. A. Bénabent, op. cit., loc. cit.

³⁰⁷⁸ La société chargée d'exploiter une œuvre audiovisuelle subira un important préjudice moral lorsque l'œuvre qu'elle diffuse sous son nom comporte des vices (V. l'exemple précité du reportage « truqué »). Sur cette « tendance anthropomorphe » : V. Wester-Ouisse, Le préjudice moral des personnes morales : JCP G 2003, I, 145. Sur cette question, V. notamment : Ph. Stoffel-Munck, Le préjudice moral des personnes morales, in *Libre droit, Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 959 et s.

régime du droit d'auteur. Nous nous contenterons de reprendre la conclusion de Mousseron témoignant de l'intérêt de la qualification de licence : « La situation du concédant de licence est donc beaucoup plus lourde que celle du cédant de brevet. La solution s'explique aisément si l'on songe que le premier conserve dans son patrimoine un droit dont le second n'est plus, au contraire, titulaire. »³⁰⁷⁹.

834. Eviction. En matière d'éviction, la présence d'une licence n'est pas sans conséquences. Il est acquis que l'auteur qui a cédé ne peut céder à nouveau. On réservera cependant le cas des prétendues doubles « cessions » de certains droits à des sociétés de gestion collective et à des exploitants particuliers, question résolue par l'étude de la nature juridique de ces « apports », selon les cas : licences ou apports en gérance. Lorsque la qualification de cession *stricto sensu* est confirmée, en revanche, la situation réaliserait la vente de la chose d'autrui³⁰⁸⁰ et évincerait, comme on l'a vu, le second acquéreur dans la mesure où le premier a vocation à triompher. Dans le même esprit, l'auteur qui a cédé ne peut plus donner en licence à moins d'être à l'origine de l'éviction du licencié de « l'œuvre d'autrui »³⁰⁸¹. Ce cas particulier de bail de la chose d'autrui, à le soumettre au droit commun de la matière, n'est pas dépourvu d'effets. Il est valable *inter partes*, mais inopposable, en principe, au véritable propriétaire³⁰⁸². Troublé dans sa jouissance par le vrai propriétaire qui revendiquera ses droits (action en contrefaçon), le locataire engagera l'obligation de garantie du bailleur. La théorie de l'apparence pourrait consolider le droit du preneur. Dans ce cas le propriétaire partiellement évincé par la charge que constitue la licence, devra subir cet engagement qu'il n'a pas souscrit et engagera la garantie d'éviction contre le cédant de qui il tient ses droits.

835. Cession de l'œuvre par ailleurs donnée en licence. En revanche, il est parfaitement concevable de céder une œuvre antérieurement donnée en licence, pourvu

³⁰⁷⁹ J. M. Mousseron, L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention, *op. cit.*, v. p.13.

³⁰⁸⁰ Art. 1599 du Code civil (nullité relative invocable par le seul acquéreur, le premier acquéreur pouvant agir en revendication / en contrefaçon contre le second et appeler en garantie le vendeur). – Rappelant cette qualification : N. Blanc, *op. cit.*, n° 376. Le droit des brevets offre une jurisprudence plus importante sur ce point. V. par ex. Cass. com. 27 octobre 1980, Bull. IV, n° 351 ; en ce sens : O. Lestrade, J.-Cl. Brevets, Fasc. 4730, préc., Cote : 05,1996, n° 40.

³⁰⁸¹ Ce qui appartient à « autrui » c'est-à-dire au cessionnaire ne vise bien entendu que les utilités cessibles et cédées, à l'exclusion notable des droits moraux. Comme nous l'avons vu, ces droits ne peuvent faire l'objet d'une cession ni d'une licence.

³⁰⁸² Sur l'ensemble de la question : V. par ex. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 636 et s.

qu'aucun trouble de jouissance n'en résulte³⁰⁸³. Ici, le recours initial à la licence, comprise comme bail a, par sa souplesse, plus d'intérêt que le mécanisme de cession. Ainsi, le producteur, s'étant fait expressément et préalablement céder des droits graphiques et théâtraux ou de *merchandising* en concède normalement des licences à des tiers mieux à même de les exploiter. La cession par le producteur de l'ensemble de ses droits (à une autre société de production ou à une société gérant un « portefeuille » de droits), ne devrait pas évincer ces licenciés antérieurs. En pratique, la circonstance sera précisée au contrat. La solution est encore tirée d'un droit commun exigeant, mais largement interprété³⁰⁸⁴. Davantage peut-être, la solution peut s'autoriser, par analogie, du droit des brevets où il est admis que le caractère *intuitu personae*³⁰⁸⁵ du contrat de licence n'empêche pas le propriétaire concédant de céder *librement* son brevet³⁰⁸⁶. Le point discuté en droit d'auteur tiendra à cette liberté : nous avons vu que l'autorisation de l'auteur était nécessaire dans certains contrats du CPI, mais qu'elle était facultative dans les autres, le contrat pouvant la renforcer ou la restreindre.

A l'issue de l'opération, le cessionnaire devient donneur de licence : la cession de l'œuvre implique une cession de contrat³⁰⁸⁷ (de licence) et non un sous contrat (sous-licence par laquelle le premier maillon de la *chaîne* resterait engagé³⁰⁸⁸). Bien sûr, une clause pourra

³⁰⁸³ Le cessionnaire ne pourra empiéter sur le domaine des droits antérieurement concédés. Comme l'étendue de ces derniers peut être considérable, le cessionnaire ne cherchera pas tant à exploiter l'œuvre que la position contractuelle résultant de la cession.

³⁰⁸⁴ V. art. 1743 al. 1^{er}. C. civ. L'article a pu être interprété comme édifiant un prétendu droit réel du locataire. La doctrine majoritaire y voit un mécanisme de cession obligatoire de contrat de bail. (V. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 671, p. 366 et s.). Limitée aux immeubles pour certains (V. par ex. les auteurs précités) il a été démontré que la disposition, s'appliquait tout autant aux meubles (nous renvoyons pour cette démonstration aux développements de MM Collart Dutilleul et Delebecque, *op. cit.*, n° 470 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 557) et par conséquent aux meubles incorporels (en ce sens N. Blanc, n° 380). Il est vrai que l'art. 1743 C. civ. pose des conditions difficilement conciliables avec les contrats du droit d'auteur (acte à date certaine avant la vente). La jurisprudence admet cependant que la connaissance du bail par l'acquéreur lors de la vente suffit (V. par ex. Cass. civ. 3^e 20 juill. 1989, Bull. III, n° 169).

³⁰⁸⁵ Sur ce caractère dans les contrats d'auteur et son influence dans la transmission des droits. V. *supra* n° 215.

³⁰⁸⁶ V. art. L. 613-8 CPI. En ce sens Burst rappelle que : « le caractère personnel du choix du licencié ne limite en aucune façon la liberté du concédant de céder le brevet, ou ne lui impose aucune obligation d'aviser le licencié ou d'obtenir son agrément : la licence ne dépend pas du maintien de sa propriété par le concédant originel. », J.-J. Burst, J.-Cl. Brevets Cote : 11,1990 ; Fasc. 491 : Licence de brevets. – Effets du contrat de licence. – Fin du contrat de licence. L'auteur cite (V. les mises à jour) : CA Paris, 17 sept. 1992 ; Ann. propr. ind. 1993, p. 106 : « la licence, étant régulièrement inscrite, est opposable à l'acquéreur du brevet, l'acquisition étant postérieure à l'inscription de la licence ».

³⁰⁸⁷ « La *cession d'un bail* consiste dans la transmission des droits et des obligations qu'il confère ou impose au preneur » Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t.5, Ed. Techniques SA, 6^e éd. 1946, par P. Esmein, § 368, p. 257. Cela implique que le contrat cédé ne soit pas un nouveau contrat.

³⁰⁸⁸ J. Raynard, Le tiers au pays du droit d'auteur, publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique, JCP G 1999, I, 138 ; P.-Y. Gautier, Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats, D. 1995, Chron. 262. Quant à l'auteur, ayant cédé sa contribution au producteur, il reste créancier d'une rémunération proportionnelle et d'une obligation d'exploitation, qui pèsera sur le nouveau propriétaire.

restreindre la faculté du premier exploitant de céder à son tour ses droits. Mais en pareil cas, c'est comme nous l'avons vu sa propre qualité de propriétaire qui serait remise en cause.

Dans le cadre du contrat d'édition, le « bénéfice du contrat » peut être cédé dans des conditions plus strictes³⁰⁸⁹. Or, l'éditeur n'est pour l'auteur qu'un licencié exclusif. La situation présente cependant les mêmes analogies. Il est étonnant que le CPI envisage la situation sous l'angle de la cession de contrat et non la cession des utilités acquises de l'auteur, ce qui pourrait être le cas à en croire loi et doctrine qui se plaisent à répéter que l'auteur a « cédé » ses droits. Mais le point devient plus compréhensible dès lors que l'on considère que l'éditeur, locataire, cédera non pas les utilités de l'œuvre, mais un contrat.

Enfin, en vertu de ces principes, si le propriétaire peut céder son œuvre et le bail exclusif antérieur qui la suit, il ne saurait accorder une licence à un tiers en lieu et place de cette cession, si toutefois elle empiète sur le domaine d'une licence exclusive antérieure. La question de l'exclusivité, inhérente à la cession et facultative dans la licence, mérite d'être évoquée.

β – Particularités liées à la nature exclusive ou non exclusive de la licence

836. Garantie et exclusivité. Il est courant d'évoquer une « garantie d'exclusivité »³⁰⁹⁰ dès lors que le donneur de licence s'engage à ne pas concéder à un autre (par ex. à un diffuseur télévisuel second opérant sur le même territoire que le premier licencié) la faculté d'exploiter l'œuvre pour le temps que dure l'exclusivité du premier licencié. Dans ce cas, il ne s'agit que de rappeler le principe légal de la garantie du fait personnel, voire du respect par le donneur de licence de son obligation principale de faire jouir. Le recours à la notion de garantie est discutable, car il ne fait que renvoyer à l'engagement pris par le donneur de licence, de respecter son obligation³⁰⁹¹. Ce type de clause

³⁰⁸⁹ Art. L. 132-16 CPI al. 1 et 2 « L'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur. / En cas d'aliénation du fonds de commerce, si celle-ci est de nature à compromettre gravement les intérêts matériels ou moraux de l'auteur, celui-ci est fondé à obtenir réparation même par voie de résiliation du contrat. ». *Adde* : art. L. 132-15 al. 1, 2 et 3 CPI : « La procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire de l'éditeur n'entraîne pas la résiliation du contrat. / Lorsque l'activité est poursuivie en application des articles L. 621-22 et suivants du code de commerce, toutes les obligations de l'éditeur à l'égard de l'auteur doivent être respectées. / En cas de cession de l'entreprise d'édition en application des articles L. 621-83 et suivants du code de commerce précité, l'acquéreur est tenu des obligations du cédant. ».

³⁰⁹⁰ Par ex. M.-E. Laporte, art. préc., spéc. n° 57 (l'auteur évoque également une variante : la garantie de priorité). – V. Par ex. la clause cités in : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel*, *op. cit.*, n°113 : une clause de résiliation de plein droit est généralement prévue en cas d'inexécution.

³⁰⁹¹ Sur le recours abusif à la notion de garantie, spécialement en droit de la propriété intellectuelle : v. J.M. Mousseron, art. préc., v. spéc. p. 35 : « Les praticiens, doivent, tout d'abord, se méfier d'une terminologie incertaine et de l'usage inconsidéré qui peut notamment être fait de ce mot "garantie". Aujourd'hui, ce mot

témoigne des liens étroits qui unissent garantie et exclusivité. Si la clause d'exclusivité prend parfois les traits d'une stipulation de garantie, un auteur a estimé *a contrario* que la clause de non exclusivité s'assimilait à une clause de non-garantie³⁰⁹². Or, ce lien entre (non-) exclusivité et (non-)garantie est trompeur. Il est sans doute suggéré par la rédaction de l'article L. 132-8 al. 1^{er} du CPI : « L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé. ». Cette analyse est inexacte tant pour le contrat d'édition que dans les contrats de licence non-exclusive soumis aux seules dispositions générales du CPI et au droit civil. En effet, nous avons vu que la licence pouvait être non exclusive mais que cette circonstance n'enlevait rien à la qualification de bail. La jouissance locative est intacte dès lors que les parties délimitent en conscience ce qu'est leur jouissance. Elles peuvent consentir à la « réduction de l'obligation de faire jouir »³⁰⁹³ car la jouissance concurrente sur une chose peut être néanmoins paisible³⁰⁹⁴. Cette jouissance, même ténue, car non exclusive, est donc néanmoins garantie.

837. Illustrations. La mesure de l'éviction se fait à l'aune des contours de la jouissance : elle dépend de ce que l'auteur a conservé ou autorisé. Par conséquent, l'auteur qui n'a concédé qu'une licence non-exclusive aura une plus grande liberté, d'autant que les prérogatives concédées seront réduites. La licence apparaît encore, dans sa mise en œuvre, comme un mécanisme plus souple que la cession. Ainsi le licencié non exclusif devra-t-il souffrir d'autres licenciés, mais il doit toujours être garanti de pouvoir jouir dans le cadre de ce qui a été convenu. L'octroi d'autres licences n'évincera personne, mais pourvu qu'elles soient elles-mêmes non-exclusives. Dans le cas contraire, la différence de nature causerait une incompatibilité des régimes d'exclusivité. Le trouble causé le serait, d'une part, au premier licencié menacé d'être évincé par la prétention d'exclusivité du second (qui pourra échouer) ;

"garantie" est à la mode. Il faut faire attention car le mot est beaucoup plus largement utilisé que le concept du même nom et bien souvent rajouté de manière non significative, sans la moindre efficacité. Il est donc nécessaire, d'une part de ne pas utiliser le mot "garantie" à tort et à travers, de manière inconsidérée et, d'autre part, lorsque le mot "garantie" est utilisé de bien rechercher si cette expression est utilisée à bon escient et si le mot désigne l'application des mécanismes de garantie. ».

³⁰⁹² A. Huguet, *op. cit.*, n° 270.

³⁰⁹³ J.-P. Le Gall, *op. cit.*, n° 36 et ss. Cela à moins que l'engagement du bailleur ne devienne illusoire ou inexistant. L'essentiel du contrat doit être préservé (par ex. en droit commun, le contrat peut valablement exonérer le bailleur de l'obligation d'entretien, mais non de délivrance). Dans ce dernier exemple ce : « je délivre si je le veux » constituerait une condition potestative dépendant de l'arbitraire du débiteur de l'obligation.

³⁰⁹⁴ V. *supra* n° 411 et ss.

d'autre part, le trouble sera plus sûrement subi par le second qui ne jouira pas de l'exclusivité promise³⁰⁹⁵.

838. Publicité. Ce schéma normal pourra être perturbé par la présence d'un système de publicité obligatoire conditionnant l'opposabilité des droits aux tiers. Tel est le cas en matière de contrats portant sur les œuvres audiovisuelles³⁰⁹⁶ pour lesquelles est institué un Registre public du cinéma et de l'audiovisuel ainsi qu'un registre des options³⁰⁹⁷. Ce système, dont l'utilité a été démontrée, conditionne la sécurité des relations du secteur (notamment l'efficacité des sûretés)³⁰⁹⁸. Cependant, il n'est concevable que dans les secteurs où le préalable de l'écrit a pu s'imposer (l'exigence de publicité est sans doute une incitation en ce sens). Sont donc exclus, par exemple, les contrats de location de film qui se pratiquent – et ce sans difficulté majeure et malgré les prescriptions légales (art. L. 213-14 CCIA) – sans recours au contrat écrit. Ce système, parmi d'autres conséquences préjudiciables aux créanciers, confrontés à l'inopposabilité valablement invoquée par un cessionnaire de

³⁰⁹⁵ L'éviction aura lieu, plus nettement encore lorsque la première licence est exclusive. S'agissant de ce contrat : CA Angers 3 mai 1950, D. 1950, p. 585 (précité).

³⁰⁹⁶ Selon l'art. L. 123-1 CCIA : « Le dépôt au registre public du cinéma et de l'audiovisuel du titre provisoire ou définitif d'une œuvre cinématographique destinée à la représentation publique en France est obligatoire. » En revanche, le « dépôt est facultatif pour les œuvres audiovisuelles » (comprendre : les œuvres télévisuelles). A noter une innovation du CCIA : l'inscription d'une œuvre télévisuelle, quoique facultative, entraîne le cas échéant la nécessité d'inscrire les conventions, à peine d'inopposabilité. V. pour une référence à jour sur le sujet : B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, op. cit.*, n° 6.

³⁰⁹⁷ Article L. 123-1 CCIA : « Pour les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles dont le titre a été préalablement déposé dans les conditions prévues à l'article L. 122-1, doivent être inscrits au registre public du cinéma et de l'audiovisuel, à la requête de la partie la plus diligente et sans que cette inscription puisse avoir pour effet de conférer aucun privilège nouveau au profit de son bénéficiaire, sauf cependant ce qui est dit aux articles L. 123-5, L. 124-1 et L. 124-2 :

1° Les cessions et apports en société du droit de propriété ou d'exploitation ainsi que les concessions de droit d'exploitation soit d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, soit de l'un quelconque de ses éléments présents et à venir ;

2° Les constitutions de nantissement sur tout ou partie des droits visés à l'alinéa précédent ;

3° Les délégations et cessions, en pleine propriété ou à titre de garantie, de tout ou partie des produits présents ou à venir d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ;

4° Les conventions relatives à la distribution d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ;

5° Les conventions emportant restriction dans la libre disposition de tout ou partie des éléments et produits présents et à venir d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ;

6° Les cessions d'antériorité, les subrogations et les radiations totales ou partielles se rapportant aux droits ou conventions susvisées ;

7° Les décisions de justice et sentences arbitrales relatives à l'un des droits visés aux alinéas précédents.

A défaut d'inscription au registre public du cinéma et de l'audiovisuel des actes, conventions ou jugements susmentionnés, les droits résultant de ces actes, conventions ou jugements sont inopposables aux tiers. ».

³⁰⁹⁸ Sur ces situations, V. J. Raynard, Le tiers au pays du droit d'auteur, publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique, art. préc. ; N. Blanc, *op. cit.*, n° 381. V. par ex. : un arrêt jugeant que la consultation du registre dispense d'un contrôle plus approfondi sur la validité effective du contrat (licence de distribution) Cass. 1^{re} civ. 18 nov. 1997, Bull. I, n° 316 ; D. 1998, somm. p. 129, obs. Th. Hassler ; RTD civ. 1998, p. 668, obs. J. Mestre. (Cependant, limitant, dans la même affaire, la portée de la décision : Cass. 1^{re} civ. 12 mai 2004, Bull. I n° 130 p. 106.)

mauvaise foi³⁰⁹⁹, aboutira parfois à ce que le second contractant, mais premier inscrit, évince le premier, engendrant un cas d'éviction du fait du concédant.

839. Licenciés d'un même bailleur et membres d'un réseau de distribution.

Sans prétendre épuiser le débat sur ces questions, le droit commun du bail a ceci d'intéressant pour le licencié non-exclusif, de faire répondre, sauf clause contraire admise s'agissant des troubles de fait³¹⁰⁰, le concédant du trouble rattachable au bail causé par des « colocataires » ou plus exactement par d'autres licenciés du concédant. En effet, ces autres licenciés ne sont pas d'authentiques tiers à l'égard du bailleur³¹⁰¹.

La solution pourrait être mise en œuvre lorsque différents licenciés de droit d'auteur sont également membres d'un réseau de distribution³¹⁰². Une analogie est alors permise : bien que les fondements ne relèvent pas directement de la notion de garantie, il est jugé sur le visa des articles 1134 et 1135 du Code civil : « (...) qu'il appartient au fournisseur de faire respecter l'exclusivité qu'il a concédée »³¹⁰³. Cela signifie que le promoteur d'un réseau de distribution composé d'un grand nombre de distributeurs « exclusifs », doit en assurer la police notamment en procédant à la résolution des engagements passés avec des distributeurs fautifs, dont le comportement serait nuisible pour d'autres membres du réseau³¹⁰⁴. Lorsque les distributeurs « exclusifs » sont également des licenciés non-exclusifs de droit d'auteur, le

³⁰⁹⁹ Par ex., s'agissant du contrat de travail de l'interprète principale du film *Le Journal d'une femme de chambre* de Renoir, jugé inopposable au cessionnaire en raison de sa non-publication (et alors même que le contrat de cession prévoyait le respect des « contrats en cours » et que le cessionnaire pouvait difficilement ignorer qu'une rémunération soit due à l'interprète principal du film), v. Cass. civ. 1^{re} 30 mars 1999, Bull. I n° 110 p. 72 : « Attendu que, pour décider que l'article 33 du Code de l'industrie cinématographique ne s'appliquait pas en l'espèce, et que le contrat invoqué par Mlle X... était opposable à la société Greenwich bien qu'il n'eût pas été publié, l'arrêt attaqué énonce que ce contrat n'avait nullement pour effet de restreindre les droits du producteur de disposer librement du film aux fins d'exploitation commerciale ; En quoi la cour d'appel a violé, par refus d'application, le texte susvisé ». Dans le sens de cette indifférence à la bonne foi, v. les arrêts de juridictions du fond cités par B. Montels, *Contrats de l'audiovisuel, op. cit.*, n° 6, p. 9 et s.

³¹⁰⁰ Cass. civ. 16 juillet 1951, JCP, II, 6717, obs. P. Esmein.

³¹⁰¹ Sur l'ensemble du sujet en droit civil, v. par ex. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *op. cit.*, n° 322 ; v. par ex. Cass. 3^e civ. 16 nov. 1994, Bull. III, p. 189 ; JCP G 1995, II, 22391, note A. Djigo.

³¹⁰² Les distributeurs peuvent être des licenciés de droit d'auteur, parfois sans le savoir (par ex. en matière de logiciels, en exerçant le droit de prêt et de location du support matériel d'œuvres, mise à disposition d'éléments protégés par le droit d'auteur destinés à être représentés et parfois reproduits : divers supports publicitaires). La situation pourrait concerner également les exploitants qui procèdent à la communication de l'œuvre au public (par ex. cinéma faisant partie d'un réseau ; sites internet des distributeurs reproduisant des éléments réservés, etc.).

³¹⁰³ Cass. com. 20 févr. 2007, n° 04-17.752, FS-P+B, Sté Mimusa CA c. Sté Yves Saint-Laurent, CCC mai 2007, comm. 121, M. Malaurie-Vignal : « Contrat de distribution exclusive et surveillance du réseau ».

³¹⁰⁴ Par ex. : Cass. com. 18 mars 1997, n° 95-11.079, Y. Saint-Laurent : RJDA 1997 n° 874 ; RTD Civ. 1997, p. 927, obs. J. Mestre.

recours à la notion de garantie d'éviction du fait du concédant pour des troubles de fait commis par d'autres licenciés pourrait soutenir utilement les prétentions des premiers³¹⁰⁵.

γ – Garantie et titularité de l'action en contrefaçon : problématiques communes

840. Pour conclure cette étude, il n'est pas inopportun de s'interroger sur l'utilité du recours à la garantie : après tout, l'on pourrait estimer que le licencié peut arguer de sa seule créance de jouissance exclusive pour parvenir à un résultat similaire³¹⁰⁶. En cas de trouble de droit émanant de tiers, il sera défendeur à l'action en contrefaçon dirigée contre lui et appellera le concédant. D'autre part, dans le même esprit, on peut estimer que l'action en contrefaçon contre le cédant, notamment par son régime et ses effets, sera un recours plus utile au cessionnaire que de solliciter la garantie de son fait personnel³¹⁰⁷. Il en ira de même pour le licencié dans les quelques cas où il est, par exception, habilité à agir en contrefaçon (par ex. contrat d'édition ou de production audiovisuelle lorsque ce dernier est organisé sur la base d'une licence)³¹⁰⁸. Mais en principe ce dernier, qu'il soit ou non exclusif, sera irrecevable à agir sur ce dernier fondement. L'action en garantie du trouble causé par le donneur de licence³¹⁰⁹ sera, pour le licencié exclusif ou non-exclusif, un recours précieux.

Reste le cas des troubles du fait des tiers, non couverts par la garantie. Le licencié peut être laissé sans recours à leur encontre puisque celui-ci n'a pas, en principe, la possibilité de défendre lui-même son droit par l'action en contrefaçon. Plusieurs pistes peuvent être évoquées à son secours. Tout d'abord, on peut s'interroger sur l'opportunité de priver (en

³¹⁰⁵ Ce d'autant plus que : « Le promoteur du réseau n'est tenu, quand il assure la police du réseau, que d'une obligation de moyens. Sa négligence ou défaillance doit être prouvée » (M. Malaurie-Vignal, note préc.), alors que la garantie d'éviction se passe de l'exigence d'une faute.

³¹⁰⁶ « Le licencié exclusif peut également agir en garantie à l'encontre du concédant qui, malgré la clause d'exclusivité engagerait, par exemple une exploitation de l'invention. On peut, toutefois, noter qu'à la limite sa seule créance de jouissance exclusive de l'invention lui permettrait d'obtenir le résultat escompté. A ce niveau, par conséquent, l'intérêt du recours en garantie est faible. » J.M. Mousseron, L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention, art. préc., spéc. p. 25.

³¹⁰⁷ Toujours selon Mousseron (*ibid.*, *loc. cit.*), en cas d'éviction matérielle du fait du cédant ou du concédant : « le recours à l'action en garantie n'est pas, dans ce cas, très intéressant pour le cessionnaire ; il a l'action en contrefaçon et peut l'utiliser pour empêcher son cédant de continuer l'exploitation de l'invention qu'il lui a cédée. ». En ce sens : S. Poillot-Peruzzetto, *Essai d'analyse des relations juridiques en matière de propriété littéraire et artistique et industrielle en droit français et communautaire*, Thèse Paris 2, 1986, p. 314 et s. Cette analyse (menée avant la réforme du droit de la contrefaçon en 2007) nous paraît transposable au droit d'auteur en vigueur. En effet, sous les réserves importantes soulignées, le droit positif n'accorde le droit d'agir en contrefaçon de droit d'auteur qu'au cessionnaire, d'une part ; au licencié spécialement habilité pour cela d'autre part.

³¹⁰⁸ V. *supra*, n° 431 et ss.

³¹⁰⁹ Licence parallèle, poursuite de l'exploitation personnelle, principalement.

principe) du droit à agir en contrefaçon du licencié de droit d'auteur³¹¹⁰. Mais il ne s'agit là que d'un appel à réforme et non d'un argument tiré du droit positif. Ensuite, on peut discuter du maintien de la distinction déjà critiquée ou ignorée entre trouble de droit et de fait, ou du moins de son application au droit d'auteur³¹¹¹. Cette distinction pourrait céder dans notre matière, non pas en raison des difficultés conceptuelles qu'elle engendre, mais en ce qu'elle est fondée sur le présupposé que le locataire doit défendre lui-même sa jouissance contre les tiers. Or, pour que cette règle ait un sens, encore faut-il que le droit lui en donne les moyens ; ce n'est pas le cas en droit d'auteur. Quels palliatifs proposer au licencié non habilité à agir en contrefaçon et ne bénéficiant pas d'un régime de garantie ? L'application des actions possessoires ouvertes au détenteur précaire a été proposée par un auteur³¹¹². Autre piste, qui est la seule à relever du droit positif : le licencié doit pouvoir exercer l'action en concurrence déloyale³¹¹³. Fondée sur le principe de responsabilité civile délictuelle, elle permettrait la cessation de l'illicite ainsi que l'indemnisation du préjudice causé. Elle apparaît, comme souvent, un supplétif aux conditions exigeantes d'exercice de l'action en contrefaçon.

Il est possible de présenter schématiquement les situations évoquées selon les qualifications de cession ou de licence (exclusive ou non) :

- Le cédant (nécessairement exclusif) qui exploite est contrefacteur, il doit par ailleurs garantir au cessionnaire.
- Le concédant exclusif qui exploite doit garantir au licencié exclusif. Mais ce dernier ne peut agir en contrefaçon qu'en cas d'habilitation.
- Le concédant non-exclusif qui exploite est dans son bon droit.

841. Conclusion. Nous pourrions voir dans l'énoncé de la garantie par des statuts légaux toujours plus nombreux de contrats situés hors du Code civil, une manifestation d'une tendance à la spécialisation des contrats spéciaux. Or, s'agissant de reconnaître une obligation de garantie dans les contrats du droit d'auteur, c'est tout l'inverse qui se produit : la garantie

³¹¹⁰ V. *supra* n° 436, où l'on constate que l'évolution des dispositions sur la titularité du droit à agir en contrefaçon laisse à l'écart le droit d'auteur.

³¹¹¹ En ce sens : N. Blanc, *op. cit.*, n° 404.

³¹¹² Cette transposition ne serait pas incohérente, quoiqu'elle ne relève pas *a priori* du droit positif : bien que les œuvres soient des meubles et que ces actions s'attachent à la possession mobilière, l'article 2276 C. civ. n'aurait cependant pas vocation à s'appliquer, perturbant ces actions (art. 1264 CPC). En ce sens : N. Blanc, *op. cit.*, n° 405.

³¹¹³ J. Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, IRPI 1997, n° 244. Notant cette possibilité en « droit commun d'auteur » : Ch. Le Stanc, S. Carre, Fasc. 1250. PLA – Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. Logiciel (CPI, art. L. 122-6 à L. 122-6-2 CPI) n° 34. Les auteurs citent en ce sens : Cass. com. 22 mai 1991, Bull. IV n° 172 p. 124, PIBD 1991, III, p. 557.

procède d'une reconquête du général sur le spécial. A la spécialisation des contrats spéciaux ne répond pas nécessairement la spécialisation du *droit des contrats spéciaux*.

842. Conclusion de la Section 1. L'auteur est tantôt créancier (prix, exploitation), tantôt débiteur (délivrance, garanties). Aucune originalité ne semble, *a priori*, se dégager de ce schéma. Pourtant, il est intéressant de remarquer qu'une tendance générale émerge de nos constatations. En effet, si ce qui est dû à l'auteur suscite l'attention des régimes spécifiques des contrats organisant l'exploitation de l'œuvre, en revanche, ce qu'il doit à son exploitant relève plus communément de l'élément « licence » du contrat d'exploitation. Le régime des obligations pesant sur l'auteur semble donc tout droit tiré du droit commun, y compris par l'invitation du droit spécial à un retour salutaire à ces principes. A l'inverse, le régime de ce qui est dû à l'auteur sera plus imprégné des dispositifs spéciaux et impératifs, destinés à la protection de ses intérêts. Le Code de la propriété intellectuelle, reprenant la lettre de la loi du 11 mars 1957, et en perpétuant l'esprit, constitue donc après analyse, un système de protection très mesuré, si ce n'est inachevé. Il apparaît ainsi comme naturel que la faveur accordée à l'auteur soit définie par la loi spéciale, mais qu'en revanche, les charges qui pèsent sur lui soient le lot commun de tout contractant.

Section 2 – Obligations des parties au contrat de licence et réalisation de l'effet de retour

843. Diverses questions entourent avec une plus ou moins grande proximité le terme extinctif du contrat de licence : soit qu'elles le précèdent, soit qu'elles s'y substituent. Elles relèvent d'éléments marquants de son exécution. Nous les évoquerons brièvement pour mémoire avant d'envisager notre sujet : la réalisation de l'effet de retour.

L'exécution forcée en nature, que nous avons évoquée précédemment, sera rarement sollicitée. Certes, lorsque que l'œuvre est divulguée, rien ne semble s'y opposer du côté de l'auteur, que son obligation soit de donner (cession *stricto sensu*) ou de *praestare* (licence). Du côté de l'exploitant, nous avons vu qu'imposer une obligation d'exploiter (*facere*) n'était pas une solution convaincante, de même pour l'exécution forcée en nature en cas d'inexécution. En effet, est-il raisonnable et même utile aux intérêts de l'auteur d'imposer à l'exploitant l'exécution forcée, spécialement en cas de contrat d'auteur de longue durée³¹¹⁴ ? Doit-on forcer l'éditeur à promouvoir un ouvrage, un producteur à entreprendre le financement, la réalisation et la promotion d'un film, une entreprise à installer le logiciel sur plusieurs postes, ou un licencié à lancer une production industrielle de figurines ? A supposer que leur exécution par la contrainte soit licite (sous astreinte par exemple), ces opérations seraient accomplies « *a minima* » par l'exploitant. Aussi, le concédant sera mieux inspiré de demander une exécution par équivalent et l'anéantissement de la licence. En revanche, lorsque l'exécution de la licence ne demandera pas de tels efforts à l'exploitant, la solution inverse ne rencontrera aucun obstacle.

La révision pour lésion et la prise en compte de l'imprévision, quant à elles, sont non pas dans leur principe, mais dans les faits, « voisines » de la fin du contrat. En effet, elles agissent comme un préventif : il s'agit de guérir les déséquilibres qui surviennent en cours de contrat, ainsi que d'en éviter la rupture (car contrairement à ce que suggère l'emploi de la notion de « lésion », c'est bien – en droit d'auteur – l'exploitation donc *l'exécution* du contrat qui laisse apparaître le déséquilibre). La règle tenant dans l'article L. 131-5 du CPI³¹¹⁵

³¹¹⁴ Sur l'ensemble de ces questions, nous renvoyons à une étude récente : S. Jacquier, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, PUAM, 2001, n° 886 et ss.

³¹¹⁵ Art. L. 131-5 CPI : « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat. / Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'œuvre aura

s'attache à une rémunération forfaitaire et non proportionnelle, ce qui amoindrit nettement son intérêt. Quoique la disposition semble attachée à des contrats à exécution successive, en particulier la licence, le déséquilibre pris en charge par le droit ne semble pas concerner l'exploitation obligatoire convenue dans les termes du contrat, mais « l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres ». Ce point inclut la cession pure et simple, peu important le caractère instantané ou successif du contrat, le lien conservé entre les parties, le caractère obligatoire de l'exploitation. Mais la disposition s'applique naturellement à la licence³¹¹⁶. Comme nous le savons, le terme « cession » employé par cet article ne saurait faire, dans notre matière, référence à une qualification contractuelle précise. Elle englobe tout acte par lequel l'auteur autorise un usage de son œuvre. Rappelons également que la qualification de licence n'a pas vocation à soustraire l'exploitant aux dispositions impératives du CPI.

844. Plan. Revenons à la fin du contrat de licence qui attirera particulièrement notre attention en ce qu'elle constitue un effet attaché à sa qualification. En première partie, nous constatons que la qualification de licence tenait à l'effet de retour du plein usage des utilités de l'œuvre au bénéfice du concédant. Voyons à présent les modalités concrètes exprimant cet effet (§1 –) et en guise d'ouverture, quelques illustrations concrètes de difficultés pouvant survenir à cette occasion (§2 –).

§ 1 – La manifestation concrète de l'effet de retour : l'extinction du droit personnel du licencié

845. Le lien trompeur entre restitution et effet de retour. Le retour du plein usage de l'œuvre au profit du donneur de licence n'est pas une *obligation* mais un *effet* du contrat. Par conséquent, il n'y a pas lieu de le confondre avec l'obligation de restitution, comme le fait parfois la doctrine. En effet, pour différents auteurs, l'obligation de

été cédée moyennant une rémunération forfaitaire. / La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé. ».

³¹¹⁶ En ce sens et pour une étude approfondie du dispositif : N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n° 462 et ss. L'auteur montre par exemple les liens de ce dispositif dérogatoire avec la notion d'imprévision. Comp. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n° 502, l'auteur note qu'en cas de concession, le droit commun devrait retrouver son empire.

restitution censée être absente de la licence est invoquée pour nier la qualification de bail³¹¹⁷. Ailleurs, le constat de cette absence d'obligation de restitution, sans remettre en cause la qualification de bail, autoriserait à y voir un contrat licitement perpétuel le cas échéant³¹¹⁸.

Il nous semble qu'il y ait là une confusion entre deux éléments : le caractère temporaire du contrat de licence, d'une part ; la restitution de la chose louée, d'autre part. Quoiqu'essentielle lorsque la nature de la chose s'y prête, elle n'est pourtant qu'une conséquence de l'esprit de retour. En matière de licence, l'adaptation du régime du bail à la nature incorporelle de la chose impose que cette restitution soit dématérialisée, à la manière de l'obligation de délivrance également débarrassée de considérations « matérialistes »³¹¹⁹.

L'intérêt du recours à la notion d'effet de retour est qu'elle permet de distinguer la cause (le caractère temporaire du bail) de sa conséquence (l'obligation de restitution). La restitution dans le cadre d'une licence de droit d'auteur se traduit par le retour du plein usage de l'œuvre au profit du donneur de licence et l'interdiction corrélative de cet usage par l'ancien licencié. Ce constat n'est que le pendant de ce que nous avons relevé quant à l'obligation de délivrance qui se réalise essentiellement par une abstention³¹²⁰. La remise éventuelle d'un objet (support³¹²¹) n'est qu'accessoire, car c'est la possibilité retrouvée par l'auteur d'exploiter à nouveau qui vaut restitution : « En cas de contrat à durée déterminée, les droits du cessionnaire s'éteignent de plein droit à l'expiration du délai sans qu'il soit besoin de

³¹¹⁷ Par ex. : J.-Cl. Contrats - Distribution Fasc. 3140 : C. Bernault, Contrat de distribution des œuvres audiovisuelles. – Contrat de distribution en salles, n° 30 : « Certes, on peut considérer que les obligations d'entretien ou de conservation ne sont pas essentielles en elles-mêmes. Mais en fait, elles nous semblent être la conséquence directe d'une autre obligation qui, elle, est déterminante pour la qualification du contrat : l'obligation de restituer la chose louée. La restitution nous semble en effet constituer l'essence du bail conçu par le Code civil. Elle est une conséquence du caractère temporaire de la jouissance du preneur. (...) En effet, si le preneur doit conserver la substance de la chose, c'est parce qu'il doit la restituer en fin de bail. Tout est donc lié... et le bail ne peut exister sans obligation de restitution et donc sans obligation de délivrance. ». V. également : du même auteur : *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, 2003, n° 974. – L'obligation de restitution en fin de bail conditionne d'autres obligations de preneur : « Dans la perspective du retour en jouissance du propriétaire, l'utilisateur doit préserver le potentiel économique de la chose dès lors que celle-ci est destinée à une activité économique donnée », R. Boffa, thèse préc., n° 348.

³¹¹⁸ S. Raimond, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, IRPI, 2009, n° 576. Cet auteur conçoit la qualification de bail même s'il est conclu pour la durée du droit d'auteur. Il relativise l'absence d'obligation de restitution par le caractère immatériel de la chose louée.

³¹¹⁹ Nous renvoyons donc aux développements relatifs à cette obligation. V. *supra* n° 803.

³¹²⁰ P.-Y. Gautier, La location-gérance de fonds de commerce : une convention « contre nature » ?! De l'inapplicabilité supposée d'un titre entier du code civil au louage de choses incorporelles, note sous : Cass. com. 2 juillet 1996, RTD Civ. 1996, p. 923 : « Sans doute, le locataire va « rendre la chose », tout simplement en ne s'en servant plus, pratiquement en n'utilisant plus le livre, le film (propriété intellectuelle, œuvres), en ne détournant pas la clientèle, en cessant d'utiliser la marque (fonds de commerce). ».

³¹²¹ La question se pose d'autant que les supports tendent à être dématérialisés (par ex. en cas de logiciel, ou d'image tirée d'une banque de données). Dans ces cas, une clause pourra imposer l'effacement du fichier informatique des ordinateurs de l'ex-licencié. Plus vraisemblablement, ce dernier s'abstiendra de poursuivre leur utilisation. La présence de mesures techniques de protection empêchant « physiquement » l'utilisation du fichier passé le terme du contrat sera d'une grande utilité.

mise en demeure. »³¹²². Cette disposition, ignorée car inscrite maladroitement au régime du contrat d'édition qui la néglige, décrit une situation commune à tout contrat de licence.

§ 2 – La manifestation concrète de l'effet de retour : difficultés et remèdes

846. Exclusions. Nous n'étudierons pas en tant que telles les opérations réunies sous l'expression de « circulation du contrat », que l'on doit distinguer de la cession de la chose objet de la prestation du bailleur. Ces thèmes, que nous avons rencontrés à diverses occasions, notamment pour éclairer le travail de qualification, mériteraient une étude dédiée où apparaîtraient des différences entre cession et licence. En revanche, il est intéressant d'évoquer certains effets de la qualification de licence sur ce point. En cas de manifestation de l'esprit de retour de la licence : qu'advient-il des contrats conclus à la suite d'une première licence ? On pourrait envisager une application de la notion d'acte de disposition et d'actes d'administration. Les licences en tant que baux auraient vocation à recevoir la seconde qualification et à subsister³¹²³. Cependant, nous avons déjà vu que ce lien entre ces deux catégories juridiques n'était en rien systématique et qu'une licence pouvait être qualifiée d'acte de disposition, de même que certains baux³¹²⁴. La jurisprudence, quant à elle, tend à mettre un terme aux contrats lorsque la licence qui les « fonde » prend fin.

847. Licence et contrat de création. Lors de l'étude des règles présidant au régime de la formation du contrat, nous constatons que la licence et *a fortiori* la cession, devaient voir leurs effets survivre à la rupture du contrat de travail. Nous proposons qu'en tenant compte de la destination de l'œuvre, cette « cession » puisse, au besoin, être limitée dans le temps, encourageant la qualification de licence³¹²⁵. Mais il faut reconnaître que le contrat de travail et le contrat sur le droit d'auteur ne portent pas sur le même objet et sont *a priori* indépendants : la rupture du contrat « de création » n'a pas vocation à remettre en cause le « contrat sur la création », contrat de licence ou de cession consenti préalablement à sa rupture.

³¹²² Art. L. 132-11 al. 5 du CPI.

³¹²³ Formulant cette proposition et évoquant le recours à la théorie de l'apparence : P.-Y. Gautier, Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats, art. préc. En ce sens : N. Blanc, *op. cit.*, n° 495.

³¹²⁴ Comp. art. 595 C. civ. ; v. *supra* n° 441.

³¹²⁵ V. *supra* n° 733.

Une illustration de ce point est tirée des contrats passés par les artistes-interprètes, qui autorisent ici d'intéressantes analogies. Le cas a été jugé par la Cour de cassation à propos du contrat d'enregistrement exclusif, contrat généralement qualifié de mixte³¹²⁶, associant un contrat de travail à durée déterminée dit d'usage, pouvant être requalifié en contrat à durée indéterminée (concernant la réalisation des enregistrements par l'artiste) et la cession des droits voisins d'artiste-interprète correspondants aux enregistrements. Le contrat évoque également le contrat-cadre, si ce n'est qu'il emporte également la cession ferme et définitive des droits sur les interprétations futures³¹²⁷. La Cour de cassation estime que la résiliation amiable de ce contrat « n'y met fin que pour l'avenir de sorte qu'elle n'a pas pour effet d'anéantir rétroactivement les cessions antérieurement intervenues sur les enregistrements réalisés en cours de contrat » ; de même, l'artiste-interprète ne peut se voir remettre les supports (bandes mères)³¹²⁸. La solution est logique en raison de la nature de ce contrat : il ne constitue pas une licence « un louage de choses »³¹²⁹. Si tel était le cas, la rupture du contrat permettrait à l'artiste interprète de recouvrer le plein usage de ses droits « loués », sans que soit pour autant remise en cause la période de jouissance précédant la rupture. En revanche, lorsque le contrat d'enregistrement exclusif est résolu, emportant, en principe, un effet rétroactif, les cessions ou licences consenties antérieurement sont pareillement anéanties³¹³⁰.

848. Conséquences de l'effet de retour sur les contrats seconds. Le cas est nécessairement différent lorsque le contrat qui prend fin pour l'avenir (qu'elle qu'en soit la cause) est un contrat de licence et que des sous-licences ont été consenties en vertu de ce premier contrat : ces dernières prennent fin pour l'avenir. Un arrêt remarqué, sous le terme de « résiliation », prononce l'anéantissement rétroactif d'un contrat d'édition, entraînant avec lui le terme des contrats subséquents passés entre l'éditeur et des tiers. Cependant, si l'anéantissement du contrat principal est rétroactif, il ne frappe pas les contrats « seconds » avec la même sévérité, mais consiste à en prononcer le terme : « Mais attendu que la résiliation du contrat a pour effet, comme la résolution, d'anéantir le contrat et de remettre les

³¹²⁶ S. Pessina Dassonville, *L'artiste interprète salarié*, Thèse, Montpellier I, 2004, n° 427.

³¹²⁷ P. Tafforeau, La Cour de cassation précise la nature et le régime du contrat d'enregistrement exclusif, note s. Cass. Soc. 20 déc. 2006, *Légipresse* n° 241 mai 2007, III, p. 94. L'opération est licite car les artistes ne sont pas protégés par l'article L. 131-1 CPI, mais soumis au droit commun (art. 1130 C. civ.).

³¹²⁸ Cass. Soc. 20 déc. 2006, préc. ; en ce sens : Cass. civ. 1^{re} 5 juill. 2006, (aff. Guesh Patti), pourvoi n° 05-10463, Prop. intell. 2006, n°21, p. 451, obs. A. Lucas.

³¹²⁹ En ce sens : P. Tafforeau, note préc.

³¹³⁰ Par ex. Cass. soc. 21 juin 2004 (aff. MC Solaar), Bull. soc. n°172, D. 2005, Pan. p. 1494, Obs. Sirinelli. Sur cet arrêt : C. Younes, Le droit de la propriété littéraire et artistique à l'épreuve des débats sur la rétroactivité de la résolution judiciaire, *RLDI*, févr. 2006, n° 371.

parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement sous la seule réserve de l'impossibilité pratique ; que la cour d'appel a pu déduire de la résiliation des contrats qu'elle prononçait, l'obligation pour l'éditeur de mettre un terme aux contrats d'exploitation de l'œuvre consentis à des tiers et qu'elle a ainsi, sur ce point encore, légalement justifié sa décision »³¹³¹.

849. Palliatifs à la brutalité de la résiliation : écoulement des stocks, clause de substitution, contrat forcé. La rupture du contrat de licence ne met pas fin à tous ses effets. En matière d'édition, le terme du contrat à durée déterminée, hypothèse d'école, n'empêche pas l'éditeur de poursuivre la vente des exemplaires restant en stock durant trois ans³¹³². Dans la mesure où un droit de distribution (sujet à épuisement) est reconnu à l'auteur et par conséquent à l'éditeur licencié, on peut envisager cette disposition comme une prorogation des effets de la licence pour cette utilité. Cette situation devra donc être envisagée expressément dans les contrats de licence ne relevant pas de cette disposition spéciale, portant sur la réalisation et la commercialisation d'objets matériels (figurines, cartes postales, textiles, etc.)³¹³³. A titre d'exemple, nous lisons dans un contrat intitulé « Contrat de licence d'exploitation » à la clause « Durée de l'exclusivité : Le présent contrat est valable pour une durée de cinq (5) années à compter de la date de première commercialisation de la Collection, renouvelable par tacite reconduction par périodes de deux années. A l'échéance ou pour les hypothèses de résiliation anticipée de la présente licence, la Collection pourra demeurer en vente pendant toute la durée nécessaire à la parfaite exploitation »³¹³⁴. L'ambiguïté devra être résolue : s'agit-il d'écouler un stock existant ou de mener à bien la commercialisation convenue ?

850. Clause de « substitution » : illustration. Il est fréquent de rencontrer des clauses destinées à substituer l'auteur à l'éditeur en cas de résiliation du contrat d'édition,

³¹³¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, Bull. I, n° 224 ; JCP G 1996, I, 3914, obs. Ch. Jamin ; JCP G 1996, II, 22581, obs. A. Françon ; RTD civ. 1996, p. 906, obs. J. Mestre ; P.-Y. Gautier, Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats, art. préc. – M. Mestre (note préc.) rappellera : « seul le passé accompli et irréversible a vocation à survivre, tandis que le retour aux situations initiales doit rester la règle. ».

³¹³² Art. L. 132-11 CPI *in fine* : « L'éditeur pourra toutefois procéder, pendant trois ans après cette expiration, à l'écoulement, au prix normal, des exemplaires restant en stock, à moins que l'auteur ne préfère acheter ces exemplaires moyennant un prix qui sera fixé à dire d'experts à défaut d'accord amiable, sans que cette faculté reconnue au premier éditeur interdise à l'auteur de faire procéder à une nouvelle édition dans un délai de trente mois. ».

³¹³³ Notant que le « cédant » peut avoir un intérêt objectif à laisser le « cessionnaire » écouler ses stocks et répondre aux commandes en cours, v. G. Vercken, Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur, Prop. intell., act. 2003, n° 9 (clauses dites de *sell-off*).

³¹³⁴ Le contrat porte sur la réalisation d'une gamme de programmes multimédia éducatifs pour une diffusion en ligne ou par CD-Rom.

mais ce type de clause a vocation à prospérer dans tout contrat de droit d'auteur. Le contrat type proposé par la Société des Gens de Lettres constitue un exemple intéressant. Il stipule en cas de résiliation : « L'auteur recouvrerait alors purement et simplement la libre disposition de tous ses droits sur son œuvre, et l'éditeur serait dégagé de toute obligation ou indemnité vis-à-vis de lui. En cas de résiliation, *les cessions que l'éditeur aurait préalablement consenties à des tiers, relatives aux droits que l'auteur lui aurait expressément cédés, seraient réputées être le fait de l'auteur lui-même.* Ces cessions lui resteraient opposables à condition que l'éditeur lui ait donné avis dans les trois mois de leur signature et confirmation de l'état desdites cessions dans les trois mois de la résiliation effective du présent contrat. »³¹³⁵. Reste ouverte la question de l'établissement des relations entre ces nouvelles parties. En effet, toutes les obligations qui liaient le « cessionnaire » et le « sous-cessionnaire » ne concernent pas directement la mise à disposition de l'œuvre³¹³⁶. Ensuite, l'auteur ne sera pas nécessairement le plus apte à poursuivre cette relation directe avec le « sous-exploitant », ce dernier ayant pour interlocuteur naturel un autre professionnel : éditeur ou producteur, par exemple. Enfin, cette « substitution » devra être éprouvée en termes de validité. Nous avons constaté que nombre de dispositions destinées à protéger l'auteur (formalisme, rémunération proportionnelle principalement) ne s'appliquaient pas aux contrats seconds³¹³⁷. Le contrat auquel l'auteur se trouverait partie au hasard de la résiliation du contrat principal ne serait-il pas privé d'efficacité juridique ?

851. Contrat forcé : le cas de la durée de la licence des droits d'adaptation.

Le recours à une forme de contrat forcé serait envisageable afin que l'adaptateur tenant ses droits d'un licencié (éditeur ou producteur) ne pâtisse pas de la résiliation du contrat primaire qui lui est *a priori* étranger.

Les « cessions » de droits dérivés, ou encore celles du droit d'adaptation, intervenant entre professionnels, seront fréquemment limitées dans le temps, comme nous l'avons vu, incitant à la qualification de licence. Une nuance s'impose : le contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle mentionné à l'article L. 131-3 al. 3 du CPI, conclu entre l'auteur et l'éditeur, l'est généralement pour la durée du contrat d'édition. En revanche les « cessions »

³¹³⁵ Comp. l'article 6 in fine du contrat type proposé par le SNE (précité) qui affirme un maintien du contrat second censé poursuivre ses effets à l'égard de l'ensemble des parties. La validité de ce type de clause n'est pas assurée, en ce sens : G. Vercken, article préc. Comp., en faveur de leur pleine efficacité : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd. PUF, 2010, n° 548.

³¹³⁶ Sur ce sujet : G. Vercken, art. préc.

³¹³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, Bull. I n° 284 p. 196, note P.-Y. Gautier, D. 1994, Jur., p. 166 ; RIDA, n° 164 avril 1995, p. 3, note S. Durrande : « L'arrêt « Perrier » un prétexte pour s'attarder sur les sous-cessions en matière de droit d'auteur » ; RTD com. 1994, p. 272, obs. A. Françon ; JCP G 1991, II, 21682, note A. Lucas.

que l'éditeur consentira avec d'autres exploitants (producteurs) seront plus fréquemment limitées dans le temps. La durée limitée de ces licences peut se comprendre, le déséquilibre entre l'auteur et l'éditeur, qui pouvait justifier de véritables cessions, est moins sensible entre exploitants professionnels.

Cette pratique peut être lourde de conséquences : le terme du contrat d'adaptation (ou plus généralement la résiliation du contrat d'édition) marque la fin de l'autorisation accordée à l'auteur second et peut, comme l'écrit M. Edelman : « consacrer la mort virtuelle de l'œuvre seconde »³¹³⁸, plus précisément de son exploitation. Pourrait-on y voir un abus d'un droit de ne pas renouveler le contrat³¹³⁹? On comparera la situation avec celle des contrats de concession exclusive du droit de la distribution³¹⁴⁰. Ces contrats supposant également un lourd investissement de la part du « concessionnaire » et de surcroît un esprit de coopération, se caractérisent néanmoins par l'absence de tout droit au maintien du contrat ou indemnité de rupture, contrairement à ce qui est admis ailleurs en droit de la distribution ou en droit commercial. L'absence de droit au renouvellement légal connaît cependant les correctifs de la sanction de la rupture fautive et de l'abus de droit lorsque dans ce dernier cas les stipulations contractuelles ont été respectées³¹⁴¹. En revanche la solution ne semble pas s'imposer en droit d'auteur³¹⁴². En matière de contrats d'adaptation, le droit positif ne consacre pas la faculté de sanctionner un quelconque abus du « droit » de ne pas reconduire la licence initiale (et *a*

³¹³⁸ B. Edelman, note sous Cass. 1^{re} civ. 9 févr. 1994, D. 1994, Jur. p. 405 (Bull., n° 57 p. 44, n° de pourvoi: 91-20525) ; RIDA juill. 1994, p. 335, note P.-Y. Gautier. Cet arrêt est rendu à propos de l'adaptation en téléfilms du roman « Les Gens de Mogador ». La durée de la licence consentie par l'éditeur concessionnaire du droit d'adaptation était de 8 ans, la Cour indique que l'auteur « étant titulaire sur son roman d'un droit de propriété intellectuelle opposable à tous, la cour d'appel a exactement retenu qu'elle n'avait fait qu'user de ce droit en s'opposant à l'exploitation des œuvres dérivées au-delà du terme qui avait été consenti à leurs auteurs par l'éditeur du roman lors de la cession par celui-ci des droits d'adaptation ». V. également, TGI Paris, 1^{re} ch., 17 mai 1989 : RIDA janv. 1990, p. 349, (durée limitée à 10 ans). *Adde* : A. Maffre-Baugé, *J.-Cl. PLA, Fasc. 1310, Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions générales (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9)*, n°57. Comp. : Cass. civ. 1^{re} 24 nov. 1993, D. 1994, 405 1^{re} espèce, Bull. I n° 341, p. 235.

³¹³⁹ Sur la notion, v. par ex. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, dir. J. Ghestin, Les effets du contrat*, 3^e éd. LGDJ, 2001, n° 231, p. 282.

³¹⁴⁰ Comparaison évoquée par : P.-Y. Gautier, *op. cit.* n° 592.

³¹⁴¹ D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 5^e éd., Litec, 2008, n° 654 et ss. L'auteur donne des illustrations de la sanction de refus abusifs. Comp. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *op. cit., loc. cit.* Les auteurs, très critiques, évoquent le rattachement de cette faculté à la catégorie des droits discrétionnaires. Dans le sens de la reconnaissance de l'abus, v. par ex. Cass. com. 20 janv. 1998, D. 1998, 413, note Jamin ; D. 1998, Somm. 114, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999, II, 10019, note Chazal.

³¹⁴² Par ex. Cass. Com. 18 mai 2010, Bull. IV, n° 89 : « la responsabilité pour rupture abusive d'une relation commerciale établie ne peut être recherchée qu'à la condition de démontrer qu'un courant d'affaires en croissance constante portant sur des produits spécifiques a préalablement existé entre l'auteur et la victime de la rupture dans des conditions laissant augurer une poursuite de ladite relation ; que l'existence d'une relation commerciale établie ne saurait se déduire, en l'absence d'accord-cadre et de garantie de chiffre d'affaires ou d'exclusivité, de la seule succession de contrats indépendants par nature les uns des autres ; *qu'en décidant qu'une relation commerciale établie avait existé entre les parties, après avoir constaté que les sociétés audiovisuelles avaient successivement conclu des contrats de production portant sur des projets d'émissions distincts et indépendants les uns des autres, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce* ».

fortiori de ne pas contracter). C'est pourquoi ce droit a pu être qualifié de discrétionnaire³¹⁴³ et critiqué à ce titre³¹⁴⁴. Proposant des pistes de réflexion, un auteur³¹⁴⁵ propose de régler le conflit par les règles de l'accession mobilière de l'article 565 du Code civil. L'application de ces règles, guidées par un principe d'« équité naturelle », permettrait de déjouer les prévisions ou plutôt l'absence de prévisions contractuelles. Ce fondement justifierait l'intervention judiciaire afin de « proroger exceptionnellement et pour une durée raisonnable le droit d'utilisation de l'œuvre dérivée »³¹⁴⁶. L'idée, qui a l'avantage de paraître moins radicale, évoque dans ses résultats la notion de licence de dépendance, connue du droit des brevets, sujet encore délicat en droit d'auteur³¹⁴⁷. Dans le même esprit, on a vu dans la situation évoquée une hypothèse possible de « refus de licence illicite » justifiant le contrat forcé par l'intervention du juge³¹⁴⁸. Un auteur parvient à justifier cette proposition par le fondement de l'article 1382 du Code civil³¹⁴⁹ et ce indépendamment des cas spécifiques déjà appréhendés par le droit de la concurrence (arrêt Magill³¹⁵⁰) et le CPI.

Quelle serait la qualification de ce « contrat forcé » ? Curieusement, la question est, à notre connaissance, rarement évoquée de front. Le terme de « licence » s'impose aux auteurs de ces études comme à la jurisprudence communautaire. L'examen du contenu que devrait

³¹⁴³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd. Dalloz, 1978, p. 727 n° 612 : « l'autorisation d'adapter, qui précède l'exploitation, est discrétionnaire, comme la permission d'éditer ou d'interpréter en public telle quelle l'œuvre de base ».

³¹⁴⁴ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 593.

³¹⁴⁵ P.-Y. Gautier, L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien, D.S. 1988 p. 152.

³¹⁴⁶ *Ibid.* (v. spéc. n°6).

³¹⁴⁷ Sur ce sujet : Ch. Geiger, Les limites au droit d'auteur en faveur de la création dérivée, in *Droit d'auteur et liberté d'expression, Journées d'études de l'ALAI 2006*, Barcelone. Evoquant également le sujet : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n° 355. – Il est vrai que l'al. 1^{er} de l'art. L. 613-15 du CPI, qui pose le principe avant de traiter de l'exception de la licence de dépendance ne manque pas de rappeler l'article L. 113-4 du CPI « L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. ». Art. L. 613-15 du CPI : « Le titulaire d'un brevet portant atteinte à un brevet antérieur ne peut exploiter son brevet sans l'autorisation du titulaire du brevet antérieur ; ledit titulaire ne peut exploiter le brevet postérieur sans l'autorisation du titulaire du brevet postérieur. ». – *Adde* : S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ, 2005, n°181, p. 448.

³¹⁴⁸ Sur la notion de contrat forcé et ses applications en droit d'auteur : S. Jacquier, *op. cit.*, n° 275 et ss. ; v. du même auteur : Le contrat forcé en droit d'auteur, CCE 2001, n°26, p.13 ; S. Becquet, *op. cit.*, n° 182.

³¹⁴⁹ Mme Jacquier raisonne à partir de l'évolution récente de la réparation du préjudice dans certains cas de perte d'une chance (lorsque la chance de conclure était très élevée et le refus particulièrement injuste) : « le juge qui admettrait la réparation intégrale du préjudice pourrait tout aussi bien imposer un contrat forcé », S. Jacquier, art. préc., spéc. p. 15. Sur le refus de renouvellement d'une licence (terme employé par l'auteur), v. : thèse précitée, n°298 et ss., p. 133 et ss. – Cette reconnaissance serait indépendante des mécanismes du droit de la concurrence mais également indépendante des articles L. 113-3 et L. 122-9 du CPI. Sur cet aspect, v. P.-Y. Gautier, « Le cédant malgré lui » : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles, D. Aff. 1995 n° 6, p. 123.

³¹⁵⁰ CJCE 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann et alii c. Commission des Communautés Européennes (affaire « Magill ») aff. C-241/91P et C-242/91P . V. par ex. le commentaire de N. Mallet-Poujol, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle* (dir. M. Vivant), Dalloz, 2004, n° 5, p. 59 et s.

porter un tel contrat forcé consistant en une simple autorisation non-exclusive et à la durée limitée, confirme la qualification de licence.

852. Conclusion du Chapitre 2. L'exécution du contrat de licence est le terme que nous avons choisi pour fédérer l'examen des principales obligations des parties ainsi que la manifestation de l'effet de retour, concrétisant le caractère temporaire de la licence. Un constat s'impose : ce traitement n'est pas exhaustif et ces obligations et effets, laissant apparaître tantôt des points communs, tantôt des divergences entre cession et licence, mériteraient pour elles-mêmes une étude entièrement dédiée. Certains éléments, qui trouvent leur fondement dans les dispositions spéciales du Code de la propriété intellectuelle, viennent au secours des intérêts de l'auteur *créancier* dans le contrat. D'autres éléments relèvent directement du Code civil. Plus ou moins spéciaux, selon le point d'observation adopté, ils soutiennent la position de l'exploitant, montrant le caractère commun d'éléments de régimes applicables à des contrats de natures distinctes. On peut également y voir une conséquence concrète de la logique de la loi du 11 mars 1957, loi spéciale, dont la vocation demeure la protection des intérêts de l'auteur : elle n'a pas vocation à régir tous les aspects des contrats qu'elle nomme. Ces éléments réalisent concrètement la méthode de lecture que nous suggérons afin d'identifier et de comprendre l'autorisation par laquelle l'auteur (ou son ayant droit) permet l'usage de son œuvre à autrui.

853. Conclusion du Titre 2. Distinction des éléments de régime relevant de la licence de ceux relevant du contrat d'exploitation. L'étude des éléments marquants du régime de la licence de droit d'auteur depuis sa formation jusqu'à son terme a permis de montrer son intérêt, bien que de nombreux points communs aient été relevés avec la formule concurrente de cession. Nous constatons que loin d'amoindrir l'intérêt de cette distinction, ce débat s'inscrivait dans un questionnement plus vaste prônant la systématisation d'éléments de régime communs aux différents contrats spéciaux.

La connaissance du contrat de licence supposait de l'observer dans son « élément naturel », en tant que composante élémentaire du contrat organisant l'exploitation de l'œuvre. Nombre d'éléments de régime que l'on pourrait croire attachés à la licence et plus généralement à toute autorisation d'utiliser une œuvre, se sont avérés attachés à des régimes spécifiques organisant certaines formes d'exploitation (formalisme, obligation d'exploitation, etc.). En revanche, ce que le régime spécifique du CPI n'a pas vocation à prévoir (durée, garanties, etc.), la licence l'apporte au contrat. La loi spéciale, par ses lacunes ou sa

prescription expresse, appelle à l'application du Code civil. Cette approche a permis de rejoindre en termes de régime les constats préalablement opérés en matière de qualification : la « complexité » des contrats organisant une exploitation de l'œuvre appelle à une certaine « mixité » de régimes, dont la composition exacte prête encore au débat. Rien n'est plus naturel, car de cette composition, l'auteur ou l'exploitant sera favorisé par le droit.

Conclusion de la seconde partie

854. Conclusion de la Partie II. La licence de droit d'auteur peut exister par elle-même, elle peut également intégrer un contrat organisant l'exploitation de l'œuvre. Mais elle ne se confond pas notionnellement avec cette opération. Les contrats d'édition ou de production audiovisuelle, par exemple, ne sont ni des ventes, ni des baux, ni des contrats d'entreprise, mais des contrats complexes contenant une autorisation d'exploiter l'œuvre. Ces contrats, nommés ou innommés, ont une identité propre. Ils empruntent aux formules élémentaires qui constituent tous les contrats – *dare, praestare, facere* – ³¹⁵¹ sans qu'aucune ne domine l'autre.

Bien évidemment, cette indépendance n'est pas totale et le contenu impératif de certains contrats d'exploitation infléchira la qualification de cette autorisation en faveur de la licence lorsque d'autres laisseront intacte la volonté des parties. Ces enjeux de qualification se traduisent naturellement en termes de régimes juridiques. L'autorisation représentée par la licence apporte son contenu propre au contrat d'exploitation. Qualifiée de licence ou de cession, l'autorisation relie tous les contrats du droit d'auteur au droit civil. D'autres éléments sont voués à demeurer spécifiques à certaines modalités d'exploitation spécialement envisagées par le législateur. L'intérêt de cette distinction est d'affirmer le caractère « commun » du contrat de licence de droit d'auteur. Nombre de spécificités que l'on pouvait croire attachées à la nature prétendument originale du droit d'auteur et de ses contrats relèvent en fait de régimes impératifs qui ne résument pas l'ensemble du phénomène contractuel en droit d'auteur. Considérée indépendamment de ces régimes impératifs, la licence aspire à une certaine banalité.

Enfin, la confrontation entre le droit commun des contrats spéciaux et le droit spécial et impératif du droit d'auteur ne se présente donc pas nécessairement sous les traits d'une

³¹⁵¹ Formules qui – a-t-on dit – contiendraient en elles toute manière de s'engager. Cependant, aujourd'hui comme hier, l'élaboration de ces catégories que l'on voudrait élémentaires déjoue bien des prévisions. Comp. pour un triptyque qui aspirait à la même exhaustivité, organisant les contrats selon qu'ils portent sur une *chose*, un *travail*, ou un *droit* ; puis au sein de ces catégories, la considération de la durée, de l'existence d'une contrepartie et de sa nature : M. Planiol, Classification synthétique des contrats, Rev. Crit. Lég. Jur., 1904, n° 33, p. 470. Ce principe de classification devait contenir tous les contrats : « grâce à une combinaison de ses séries, comme une table de Pythagore fournit, au point de rencontre de deux colonnes, le résultat de la multiplication de deux nombres quelconques. ».

juxtaposition de principes relevant de disciplines distinctes entrant en opposition, mais comme la conciliation de ces principes au sein d'un même objet juridique : le contrat d'exploitation de l'œuvre. Sans doute la distinction la plus opérationnelle ne se situe-t-elle pas directement entre droit commun (représenté par le droit civil) et droit spécial (représenté par le Code de la propriété intellectuelle). Une distinction apparaît, avec plus de force encore, entre le contrat autorisant l'usage d'une œuvre (généralement une licence, possiblement une cession), et le contrat organisant l'exploitation de l'œuvre et intégrant cette autorisation (contrat d'édition, par exemple).

Conclusion générale

855. L'existence de la licence de droit d'auteur. Relativement ignorée de la loi, la licence de droit d'auteur n'est pas ignorée du droit³¹⁵². L'étude que nous avons menée confirme l'idée selon laquelle l'existence d'un contrat ne doit pas être attendue des seuls mots de la loi. Le contrat peut s'épanouir dans ce que cette dernière, par son silence, laisse de liberté aux parties, liberté de conclure, de créer. Tout ce qu'elle n'interdit pas, elle l'autorise.

L'invocation d'un principe si général et si fondamental en conclusion d'une étude essentiellement technique, portée par le seul droit positif³¹⁵³, tiendrait certes du lieu commun si nous n'avions dû le mettre en œuvre concrètement dans ces lignes, parfois de manière implicite. Il est peu de matières du droit privé dans lesquelles l'existence d'un contrat doive faire l'objet d'une telle démonstration³¹⁵⁴. Un malentendu initial se fondait sans doute sur la crainte qu'une formule contractuelle non énoncée par notre loi sur le droit d'auteur – d'ailleurs largement impérative – permette le détournement de ses dispositions, voire, plus mystérieusement, de son esprit. Nous avons pu éteindre cette crainte : les dispositions impératives de portée générale, formulées *pour* l'auteur contractant demeurent, quelle que soit la qualification de ce contrat. La liberté contractuelle ne s'épanouit donc que dans les interstices laissés par l'absence de loi impérative. La licence ne peut aller contre la loi, puisqu'à s'en tenir à sa lettre³¹⁵⁵, celle-ci l'ignore.

³¹⁵² Comp. « Les contrats ont certes besoin de droit ; il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de lois », Ph. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271.

³¹⁵³ Tout compte fait, les quelques auteurs anciens cités (not. Pothier, Renouard, Rault) ne l'ont été que pour confirmer nos constats portés sur le présent – ou plus rarement les contredire. Nous admettons volontiers que ces quelques références ne sont pas même l'amorce d'une démarche d'historien. Si nous devons suggérer des suites à notre recherche, nous proposerions deux directions, en empruntant le vocabulaire de l'audiovisuel déjà rencontré : en réaliser le « *prequel* », avec une enquête historique sur les fondements de la nature du contrat en droit d'auteur. Un autre projet, faisant figure de « *sequel* », approfondirait les suites du contrat (sous-contrats, sort du contrat en cas de procédure collective, etc.).

³¹⁵⁴ Les réticences à admettre un contrat ignoré des textes tiendront par exemple à son recours à des mécanismes à effet réel (v. l'exemple de la fiducie, récemment légiférée, strictement contenue dans son régime impératif, bien que les mécanismes de type fiduciaires aient déjà été décelés dans notre droit).

³¹⁵⁵ Nous avons constaté que si le Livre I^{er} du CPI ne faisait pas référence à la licence de droit d'auteur, d'autres dispositions de ce code permettaient d'en induire l'existence (v. *supra* n° 113 et ss.).

Pourtant, cette notion existe bien en droit d'auteur. L'étape de l'analogie³¹⁵⁶, qui permettait d'occulter le travail de qualification et de tenir « licence » et « cession » pour une simple *terminologie*³¹⁵⁷, est donc franchie ; ce dépassement autorise la qualification. La licence de droit d'auteur est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une œuvre de l'esprit pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer³¹⁵⁸. Elle constitue le bail de l'œuvre de l'esprit

856. Obstacles levés. Les premiers obstacles prétendus à la reconnaissance de la licence tenaient à la nature même du droit d'auteur. Or, la discussion qu'il nous aurait plu de placer en clé de voûte de la construction contractuelle de notre matière eût constitué une base parfois trop peu solide. En effet, ce débat relatif à l'identité du droit d'auteur est apparu passablement détaché des débats sur la nature du *contrat*. Si l'on pouvait espérer que la nature du droit (propriété, droit dual, *sui generis*...) forme le préalable à la nature du contrat (licence et cession, cession, *sui generis*...), l'étude de la doctrine n'a pas permis de relever la cohérence d'ensemble espérée entre ces deux éléments. Cependant, l'étude du droit d'auteur nous a conduit à considérer son analyse en termes de propriété comme la plus convaincante. Dès lors – toute considération autre que juridique mise à part – la « banalité » du droit ne pouvait que favoriser celle des contrats qui l'actionnent.

D'autres éléments prétendaient interférer dans les qualifications des contrats et le schéma classique de la coexistence de deux formules contractuelles : la licence et la cession. Les droits moraux, soustraits au contrat, tout comme les dispositifs plus attachés à la défense

³¹⁵⁶ Parmi les « modernes », nous constatons que Roubier – principal artisan de l'étude de la licence en droit de la propriété industrielle – s'en tenait à l'analogie avec le bail, sans prolonger ses constats d'un véritable rattachement (v. *supra* n° 40).

³¹⁵⁷ Là où nous avons plaidé pour une identité de nature du bail et de la licence, l'analogie réunit des notions voisines, mais au prix de l'admission de leurs natures distinctes. V. G. Cornu, Les définitions dans la loi, in *Mélanges Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77, n° 29 : « La tentation existe de désigner sous un seul mot ou sous une même formule – outil commode – les éléments d'une énumération. Une tentation voisine est de faire entrer dans un même vocable deux réalités distinctes, à partir de l'opportunité de les soumettre aux mêmes règles. Là où l'énumération fait l'économie d'un concept général, là où l'assimilation procède par extension analogique d'un régime juridique, la définition terminologique introduit souvent le relais commode d'un terme de regroupement, simple enveloppe terminologique, procédé commode de désignation. ». Ces définitions « terminologiques » s'opposent aux définitions « réelles », qui se conçoivent comme « la détermination directe d'un élément de l'ordre juridique, la détermination, en droit, d'un concept. Déterminante, conceptuelle, doctrinale, elle se rattache au modèle aristotélicien (par genre prochain et différence spécifique) ; elle énonce les attributs spécifiques qui caractérisent, en son genre, l'objet défini ». – La licence définie comme le bail de l'œuvre nous paraît relever de la seconde, tandis que la « cession » telle qu'employée par le CPI pour désigner toute autorisation d'utiliser l'œuvre relèverait du premier cas de figure.

³¹⁵⁸ Comp. avec l'article 1709 du Code civil : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. ».

patrimoniale de l'auteur³¹⁵⁹, se sont avérés indifférents au travail de qualification. Inaptes à caractériser le contrat, ces éléments ne pouvaient le disqualifier en interférant ainsi sur les schémas contractuels hérités du Code civil.

857. La licence comme formule contractuelle concurrente à la cession.

Souvent, la reconnaissance de la licence s'est révélée plus généralement comme *un aspect* de la reconnaissance de la liberté contractuelle en droit d'auteur. Reconnaître la licence en tant que telle présente certes un intérêt ; mais il nous importait davantage de défendre *la licence comme formule contractuelle concurrente à la cession*. Loin de nous cependant l'idée de faire de la qualification étudiée la seule et unique solution envisageable. En effet, la liberté contractuelle n'a d'intérêt que si un choix varié entre ses fruits est permis³¹⁶⁰.

858. Caractères et place de la licence dans le contrat d'exploitation du droit d'auteur. Il fallait donc trouver les traits distinctifs de la licence en tant que mécanisme offert aux parties en alternative à la cession. Ce qui départage ces formules est assurément l'effet personnel et l'effet réel. Mais rester dans les hautes sphères de ces catégories abstraites ne permettait pas d'établir un système opérationnel de distinction. D'autres éléments tirés du *contenu du contrat* devaient donc fournir la matière apte à départager les deux formules. Ainsi, la licence – opérant la transposition du contrat de location en propriété intellectuelle – est nécessairement temporaire. L'espoir d'un retour de l'entier usage des utilités de la chose au donneur de licence confère à ce contrat une économie particulière, qui l'écarte de l'idée de « cession », transfert instantané – et *a priori* définitif – dans lequel la tradition française enferme l'auteur. D'autres éléments sont apparus, non pour remettre en cause cette qualification, mais pour en éclairer le régime et repousser la qualification concurrente de cession³¹⁶¹.

Le caractère temporaire du contrat permettant le partage des utilités d'une chose n'est certes pas l'apanage du bail, et plus généralement de l'effet personnel. Ainsi ont été rejetées d'autres formules concurrentes, organisant par le recours à l'effet réel une opération à l'économie comparable. Mais ces mises à l'écart ne résultent pas d'une pétition de principe.

³¹⁵⁹ Notamment : principe de rémunération proportionnelle, spécification de la destination de la « cession », éventuelle obligation d'exploitation.

³¹⁶⁰ Nous nous sommes par exemple écartés de la solution retenue par le droit d'auteur allemand, dont les thèses sont représentées en France par quelques auteurs, consistant à ne retenir qu'une formule de « concession » relevant de l'idée de licence. Or, la qualification exacte d'une formule aussi large pose des problématiques comparables à la qualification exclusive de « cession » portée par une importante doctrine française.

³¹⁶¹ Exclusivité, titularité de l'action en contrefaçon et libre faculté de disposer, éléments inaptes à qualifier la licence, sont en revanche susceptibles de disqualifier la cession.

Parfois cependant, les formules pratiquées dépassant ces catégories, l'innommé s'impose de lui-même, non comme un renoncement trop rapide, signe de paresse intellectuelle³¹⁶², ou du résignement³¹⁶³, mais comme le constat d'une inadéquation entre les mots du droit et les faits.

Cette démonstration de la transposition du contrat de bail en droit d'auteur est-elle une fin en soi ? Assurément non. La licence, envisagée comme contrat spécial du droit d'auteur, n'a pas vocation à se suffire à elle-même. Si l'auteur autorise l'exploitation de son œuvre, c'est précisément dans le but de la voir exploitée. Or, le contrat qui pourvoit à cette exploitation – qu'il soit nommé ou innommé – est généralement complexe. Il met aux prises un auteur et son exploitant, dont le rôle ne se résume pas à recevoir l'œuvre qui lui est « confiée » par l'auteur³¹⁶⁴. Car l'exploitant, fort de l'autorisation de l'auteur (obligation de *praestare* en cas de licence ou de *dare* en cas de cession) devra accomplir une série d'actes matériels, et contracter à son tour (*facere*). Il serait vain de réduire cette opération aux multiples aspects à l'autorisation délivrée par l'auteur. Dès lors, comme nous l'avons montré, les liens étroits existant entre ces deux objets (autorisation d'exploiter et contrat organisant l'exploitation) sont la source de nombreuses confusions. On infère d'éléments de régimes spécifiques, propres à certains contrats d'exploitation (spécialement l'édition), ce que devrait être tout contrat portant sur une œuvre (obligation d'exploitation, formalisme, etc.). En termes de qualifications, cette confusion trouble la recherche de l'identité des contrats du droit d'auteur. Ainsi, la tentation est grande d'inférer, de « l'anormalité » de la cession contenue dans le contrat d'édition, l'originalité de toute autorisation portant usage d'une œuvre. Mais dès lors qu'après analyse, la prétendue « cession » contenue dans ce contrat³¹⁶⁵ se révèle être une licence, c'est-à-dire un mécanisme de bail, c'est tout un système d'inductions et de déductions qui s'effondre. Nous espérons avoir rétabli une certaine clarté en présentant ces contrats d'exploitation non pas comme des formes originales de mise à disposition, mais comme un ensemble cohérent d'obligations de faire s'ajoutant à l'autorisation donnée par l'auteur. Cette dernière, autonome ou élément radical d'un contrat plus complexe, emprunte des schémas connus : licence ou cession.

³¹⁶² Notons à ce sujet qu'une formule comme « le recours à l'institution *sui generis* n'est souvent qu'un refus paresseux d'analyse », (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 2^e éd., Defrénois, 2005, n° 19), disparaît des dernières éditions de l'ouvrage.

³¹⁶³ J. Carbonnier, *Droit civil, vol. 2 : Les biens, Les obligations*, PUF Coll. Quadrige, 2004, n° 934, p. 1951.

³¹⁶⁴ Cette expression a constitué le point de départ de notre thèse (v. notre introduction générale n° I).

³¹⁶⁵ ... et dans d'autres.

859. L'utilité de la licence de droit d'auteur. En dernier lieu, nous attirerons ici l'attention sur l'intérêt que l'on pourra trouver à reconnaître la licence en droit d'auteur, en espérant voir cette liste complétée par d'autres.

- Le premier intérêt de cette reconnaissance est celui qui nous a principalement occupé. Il s'agissait de *rendre compte de l'existant* : rendre l'autorisation par laquelle l'auteur confie à un autre l'usage de son œuvre à sa véritable qualification. Celle-ci ne saurait être une formule unitaire et originale. En accordant les contrats observés à leur nature juridique, il apparaît que la licence s'épanouit davantage que la cession. Les deux formules sont pourtant appelées à cohabiter.

- Deuxième intérêt : la licence est *un outil au service des intérêts des auteurs*. Il mérite à ce titre que l'on en fasse la promotion, preuve que l'appel au droit civil ne s'oppose pas à la protection de la partie réputée faible. Si la tentation de mettre en scène un conflit entre le « spécial » et le « général » était grande, le droit commun est plus souvent apparu comme un fonds où puiser de riches arguments pour la protection de l'auteur. Il insuffle une forme de rationalité et de cohérence à la loi spéciale dont il comble l'imprévision... avec un succès d'estime parfois³¹⁶⁶. La notion de droit commun étant relative au point d'observation choisi, le droit du contrat *spécial* de bail fait ici office de droit *commun*. Le principal trait de ce contrat entre d'ailleurs en corrélation avec la protection de l'auteur : à l'obligation nécessairement *temporaire* d'exploiter devrait répondre la mise à disposition *temporaire* de l'œuvre. Les syndicats³¹⁶⁷ et sociétés d'auteurs³¹⁶⁸ rédigeant des contrats types suggèrent des

³¹⁶⁶ V. le recours, sans grand succès, aux notions de cause et de condition potestative pour fonder une obligation d'exploiter.

³¹⁶⁷ En 2007 est paru un « Livre blanc » proposant notamment des réformes en matière contractuelle. Plus que l'état à venir du droit, ces propositions offrent une « photographie » des souhaits de représentants d'auteurs. V. *Livre blanc pour la relance de la politique culturelle, t. 1, Propriété Intellectuelle*, Commission pour la Relance de la Politique Culturelle : ACOF, AFD, ANJRPC-FREELENS, CAAP, FASAP FO, FRAAP, Fédération SAMUP, Quartz, SAIF, SAMUP, SNDT, SNEA-UNSA, SNLA FO, SNM FO, SN2A FO, SNJ, SNSP, SPEDIDAM, UMJ, UNPI, UPC, <http://www.crpc.free.fr/C.R.P.C/index.html> (consulté : 20/10/2011). On peut y lire des « propositions » de réforme du CPI, spécialement sur la nature des autorisations consenties, qui devraient n'être que des licences. V. p. 171 : « Article L. 131-9 nouveau (*sic*) : Les contrats conclus par les auteurs pour autoriser l'exploitation de tout ou partie de leurs droits patrimoniaux ne valent pas cession de la propriété de ces droits. ». « Article L. 132-1 alinéa 2 (nouveau) : La durée du contrat d'édition ne peut être supérieure à 10 ans. Elle est toutefois renouvelable. Ce renouvellement doit être constaté par écrit. La présente disposition est d'application immédiate aux contrats en cours. ». – On pourrait reprocher à ces propositions de focaliser l'attention sur le contrat d'édition, qui n'est pas le plus défavorable à l'auteur. Mais elles sont intéressantes dans la mesure où la limitation de la durée du contrat d'édition à 10 ans et l'idée selon laquelle l'auteur ne cède pas mais concède étaient au cœur du projet de loi 13 août 1936 de Jean Zay présenté lors de la 2^e séance du 13 août 1936, JO, Doc. parl., Chambre des députés, annexe n° 1164, p. 1706 (v. par ex. l'art. 32).

³¹⁶⁸ V. les différentes clauses proposées, spécialement par la SACD ou la SCAM, citées tout au long de nos développements.

pratiques contractuelles allant dans le sens de la licence : leurs formules s'opposent à l'idée reçue organisant le contrat d'auteur autour d'une cession.

Sans céder à la tentation de réformer la loi et à la vaine satisfaction d'y voir inscrit le terme de « licence de droit d'auteur », notons que celle-ci pourrait, sans révolution, être modifiée pour promouvoir la licence, par l'édiction de règles de *fond*. Il s'agit d'apposer des limites temporelles à l'autorisation conférée par l'auteur ; sans idée de sanction systématique, le terme extinctif du contrat de licence pourrait être un effet attaché plus nettement à la non-exploitation de l'œuvre. La loi pourrait assortir les contrats d'auteur d'une faculté de résiliation sans automaticité, assortie d'un mécanisme de tacite reconduction. En effet, point n'est besoin de fragiliser la position de l'exploitant lorsque les titulaires ne se préoccupent pas de l'exploitation ou n'ont pas de raison d'exiger de nouvelles conditions. Dans un cas plus spécifique, assouplir le régime de l'esprit de retour dans le contrat d'édition permettrait de prendre en considération les besoins réels de l'exploitant.

Surtout, de telles dispositions devraient se voir étendues à une grande variété de contrats³¹⁶⁹, et non plus cantonnées au contrat d'édition ou de représentation, qui connaissent déjà une ébauche de régime de durée.

La reconnaissance de la licence en droit d'auteur ne doit donc pas être purement verbale. En tant que telle, la seule apparition du terme de « licence de droit d'auteur » dans la loi n'apporterait rien au droit positif, dans la mesure où elle existe déjà. La réforme du Code de la propriété intellectuelle visant à l'encadrer et à la promouvoir, se concevrait idéalement comme un retour aux sources, c'est-à-dire aux schémas du Code civil, sans jamais perdre de vue l'acquis moderne du régime spécial et impératif.

- Enfin, la qualification de licence présente à nos yeux un troisième intérêt : celui d'*un instrument à promouvoir pour encadrer de nouvelles formules*. On pense naturellement aux formules encore en germe que sont les licences obligatoires³¹⁷⁰, évoquées par la jurisprudence communautaire et dans un tout autre contexte par une doctrine constatant l'iniquité qu'il peut y avoir à bloquer l'exploitation d'une œuvre dérivée. A les supposer souhaitables, ces formules ne pourraient être que des licences non exclusives : il ne s'agit pas d'exproprier l'auteur.

³¹⁶⁹ Faudrait-il les étendre à tout contrat ? Pas nécessairement, car nous avons montré que la cession définitive pouvait avoir son intérêt. Une discrimination par genre d'œuvre ou mode d'exploitation est une piste envisageable.

³¹⁷⁰ A ne pas confondre avec la notion de « licence » légale, nous l'avons vu.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, traités, manuels

– Droit civil. Droit des affaires. Divers –

Antonmattei (P.-H.), Raynard (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007

Atias (Ch.), *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Litec, 2007

Aubry (Ch.), Rau (Ch.),

- *Droit civil français, t. 5*, 6^e éd. par P. Esmein, Eds. Techniques, 1946

- *Cours de droit civil, t. 2*, 6^e éd. par Martin, Eds. Techniques, 1936

Azéma (J.) (dir.), *Lamy Droit Commercial*, 2011

Bénabent (A.),

- *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011

- *Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, 2010

Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 4^e éd. Dalloz, 2003

Cabrillac (R.), *Droit des obligations*, 9^e éd., Dalloz, Cours, 2010

Calais-Auloy (J.), Temple (H.), *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, 2010

Collart Dutilleul (F.), Delebecque (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011

Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.),

- *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, t. 1, Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions*, 12^e éd., Dalloz, 2007

- *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, t. 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008

Carbonnier (J.),

- *Droit civil, vol. 1 : Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Coll. Quadrige, 2004

- *Droit civil, vol. 2 : Les biens, Les obligations*, PUF, Coll. Quadrige, 2004

Castaldo (A.) et Lévy (J.-P.), *Histoire du droit privé*, 2^e éd., Dalloz, 2010

Colin (A.), Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français, t. 2*, 10^e éd. par L. Julliot de La Morandière, Dalloz, 1948

Cornu (G.),

- *Cours de droit civil, 2^e année*, Les cours de droit, 1972-1973

- *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005

- *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, Coll. Quadrige, 2011

Cozian (M.), Viandier (A.), Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, 22^e éd., Litec, 2009

Demogue (R.), *Traité des obligations en général, t. II*, A. Rousseau, 1923

Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2^e éd., PUF, Coll. Thémis, 2010

Ferrier (D.), *Droit de la distribution*, 5^e éd., Litec, 2008

Flour (J.), Aubert (J.-L.), Savaux (E.), *Droit civil, Les Obligations, t. 1, L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, coll. Université, 2010

Ghestin (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993

Ghestin (J.), Jamin (Ch.), Billiau (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001

Grimaldi (M.), *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000

Guyon (Y.), *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et des sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003

Hauriou (M.), *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916

Huet (J.), *Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2001

Josserand (L.),

- *Cours de droit civil positif français, t. 1, Théorie générale du droit et des droits des personnes – La famille. La propriété et les autres droits réels principaux*, 3^e éd., Sirey, 1938

- *Cours de droit civil positif français, t. 2, Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, 2^e éd., Sirey, 1933

Larroumet (Ch.), *Droit civil, t. 3, Les Obligations, Le Contrat, 1^{re} partie : Conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007

Le Tourneau (Ph.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd., Dalloz, 2010

Malaurie (Ph.), *Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Defrénois, 2010

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), *Les biens*, 4^e éd., Defrénois, 2010

- Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Gautier (P.-Y.),** *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Stoffel-Munck (Ph.),** *Les Obligations*, 3^e éd., Defrénois, 2007
- Malinvaud (Ph.),** *Droit des obligations*, 10^e éd., Litec, 2007
- Mazeaud (H., L., J.),** *Leçons de Droit civil, t. III, vol. 2, Principaux contrats (2^e partie), Baux d'habitation, Baux ruraux, Entreprise, etc.*, 5^e éd. par M. de Juglart, Montchrestien, 1985
- Mazeaud (H., L., J.) et Chabas (F.),**
 - *Leçons de Droit civil, t. III, vol. 2, Principaux contrats (1^{re} partie), Vente et échange*, 7^e éd. par M. de Juglart, Montchrestien, 1987
 - *Leçons de Droit civil, t. II, vol. 2, Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1994
 - *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1998
- Mousseron (J. M.),** *Technique contractuelle*, 4^e éd. par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, Francis Lefebvre, 2010
- Pétel (Ph.),** *Le contrat de mandat*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1994
- Planiol (M.) et Ripert (G.),**
 - *Traité pratique de droit civil français, t. X, Contrats civils, 1^{re} Partie*, 2^e éd. par J. Hamel, F. Givord et A. Tunc, LGDJ, 1956
 - *Traité pratique de Droit civil français, t. XI, Contrats civils, 2^e Partie*, 2^e éd. par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur, A. Besson, 1954
- Pothier (R.-J.),**
 - *Traité des obligations selon les règles tant de la conscience que du for extérieur*, Paris-Orléans, 1764
 - *Traité de droit civil et de jurisprudence française, t. II (Traité du contrat de louage, Traité du prêt à usage et du précaire)*, Paris-Orléans, 1771
- Puig (P.),** *Contrats spéciaux*, 3^e éd., Dalloz, 2011
- Reinhard (Y.), Thomasset-Pierre (S.),** *Droit commercial*, 7^e éd., Litec, 2008
- Ripert (G.), Boulanger (J.),** *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol, t. II, Obligations, contrat-responsabilité, Droits réels, biens-propriété*, LGDJ, 1957
- Terré (F.),** *Introduction générale au droit*, 8^e éd., Dalloz, 2009
- Terré (F.), Lequette (Y.),** *Droit civil. Les successions, les libéralités*, 3^e éd., Dalloz, 1997
- Terré (F.), Simler (Ph.),** *Droit civil, Les biens*, 8^e éd., Dalloz, 2010
- Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.),** *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009

Troplong (R.-Th.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code : De l'échange et du louage, t. 1*, Charles Hingray Libraire-Editeur, 1852

Zenati-Castaing (F.), Revet (Th.), *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008

– Propriétés intellectuelles, médias, informatique –

Azéma (J.), Galloux (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd., Dalloz, 2006

Bahuad (M.), *Les droits dérivés : le cas Babar*, L'Harmattan, 1999

Balle (F.), *Médias & sociétés*, 14^e éd., Montchrestien, 2009

Benabou (V.-L.), *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997

Benabou (V.-L.), Varet (V.), Françon (A.), *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI-La documentation française, 1998

Bertrand (A.),

- *Protections juridiques du logiciel*, Eds des Parques, 1984

- *Le droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2011

- *La musique et le droit. De Bach à Internet*, Litec, 2002

Bigle (G.), *Droits dérivés. Licensing et character merchandising*, Delmas, 1987

Bigot (Ch.), *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, 1997

Bitan (H.), *Contrats informatiques*, Litec, 2002

Bouvery (P.-M.), *Les contrats 360°*, *Pour une explication des contrats à droits multiples*, Irma, 2011

Caron (Ch.), *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, 2009

Chavanne (A.), Burst (J.-J.), *Droit de la propriété industrielle*, 5^e éd., Dalloz, 1998

Chouraqui (N.), Ways (S.), *Au pays des licences. Développement de produits dérivés sous licence : une opportunité marketing et commerciale*, Dunod, 2003

Cohen (D.), *Le droit des dessins et modèles Droit communautaire, droit international, droit français et autres droits nationaux étrangers*, 2^e éd., Economica, 2004

Colombet (C.), *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Dalloz, 1999

Cornu (M.), Lamberterie (de) (I.), Sirinelli (P.), Wallaert (C.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS Editions, 2003

Creton (L.), *Cinéma et marché*, Armand Colin, 1997

Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Dalloz, 1978 (1^{re} éd., 1950)

Edelman (B.), *Droits d'auteur, droits voisins, Droit d'auteur et marché*, Dalloz, 1993

Foyer (J.), Vivant (M.), *Le droit des brevets d'invention*, PUF, 1991

Françon (A.), *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, Coll. Les cours de droit, 1999

Gautier (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, 7^e éd., PUF, 2010

Greffé (F. et P.-B.), *La publicité et la loi*, 11^e éd., Litec, 2009

Greffé (P. et F.), *Traité des dessins et modèles*, 8^e éd., Litec, 2008

Greffé (X.), *Economie de la propriété artistique*, Economica, 2005

Hollande (A.), Linant de Bellefonds (X.), *Pratique du droit de l'informatique*, 6^e éd., Delmas, 2008

Huet (J.), Maisl (H.), *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, 1989

Huard (G.), *Traité de la propriété intellectuelle, t. 1, Introduction, Propriété littéraire et artistique*, Marchal et Billard, Paris, 1903

Kamina (P.), *Droit du cinéma*, Litec, 2011

Le Tourneau (Ph.), *Contrats informatiques et électroniques*, 6^e éd., Dalloz, 2010

Linant de Bellefonds (X.), *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Dalloz, 2004

Lucas (A.), *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998

Lucas (A.) et (H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Litec, 2006

Lucas (A.), Devèze (J.), Frayssinet (J.), *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, 2001

Lyon-Caen (G.), Lavigne (P.), *Traité théorique et pratique de droit du cinéma*, LGDJ, 1957

Mallet-Poujol (N.), *La création multimédia et le droit*, 2^e éd. Litec, 2003

Mathély (P.),
- *Le droit français des signes distinctifs*, Eds J.N.A., 1984

- *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Eds J.N.A., 1991
- *Le nouveau droit français des marques*, Eds J.N.A., 1994

Martel (C.), *La production audiovisuelle – Les contrats*, Dixit Editions, 2003

Montels (B.), *Contrats de l'audiovisuel*, 2^e éd., Litec, 2010

Nimmer (M.) et (D.), *Nimmer on copyright*, Matthew Bender Ed., 1984

Passa (J.), *Droit de la propriété industrielle, t. 1, Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, 2^e éd., LGDJ, 2009

Pierrat (E.),

- *Le droit du livre*, 2^e éd., Eds du Cercle de la librairie, 2005
- *La guerre des copyrights*, Fayard, 2006

Plaisant (R.),

- *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*, Delmas, 1970
- *Propriété littéraire et artistique*, Delmas, Masson, 1985

Pollaud-Dulian (F.),

- *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999
- *Propriété intellectuelle - La propriété industrielle*, Economica, 2011
- *Le droit d'auteur*, Economica, 2005

Pouillet (E.),

- *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd. par Maillard et Claro, Marchal et Billard, 1908
- *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 4^e éd., Marchal et Billard, 1898 ; 6^e éd. par Claro et Taillefer, 1912

Renouard (A.-C.), *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les arts*, J. Renouard et C^{ie} Libraires, t. 1, 1838 ; t. 2, 1839

Roubier (P.),

- *Le droit de la propriété industrielle, Partie Générale, t. 1*, Sirey, 1952
- *Le droit de la propriété industrielle, Partie Spéciale, t. 2*, Sirey, 1954

Schmidt-Szalewski (J.), **Pierre (J.-L.)**, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, 2007

Sirinelli (P.), *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, 2003

Sterling (J. A. L.), *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003

Strömholm (S.), *Le droit moral de l'auteur (en droit allemand, français et scandinave)*, P.A. Norstedt et Söners förlag, Stockholm, 1967-1973

Tafforeau (P.), *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Gualino, 2007

Vivant M. (dir.),

- *Lamy Informatique et réseaux*, 2011
- *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997
- *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004

Vivant (M.), Bruguière (J.-M.), *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009

Vivant (M.), Le Stanc (Ch.) (dir.), *Lamy Informatique et réseaux*, 2003

Ouvrages spéciaux, Monographies, Essais, Thèses

Abello (A.), *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008

Alma-Delettre (S.), *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Thèse, Montpellier I, 1999

Alleaume (C.), *Le prêt des œuvres de l'esprit*, Thèse, Caen, 1997

Ancel (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002

Arfi (E.), *L'entreprise, usager du droit d'auteur*, Litec-IRPI, 2005

Azéma (J.), *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969

Becquet (S.), *Le bien industriel*, LGDJ, 2005

Bénilsi (S.), *Essai sur la gratuité en droit privé*, Thèse, Montpellier I, 2006

Bensamoun (A.), *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, PUAM, 2008

Bergé (J.-S.), *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996

Berlioz (P.), *La notion de bien*, LGDJ, 2007

Bernaut (C.), *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, LGDJ, 2003

Binctin (N.), *Le capital intellectuel*, Litec, 2008

Blaise (H.), *L'apport en société*, Thèse, Rennes, 1955

Blanc (N.), *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010

Boffa (R.), *La destination de la chose*, Defrénois, 2008

Bonet (G.), *L'anonymat et le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique*, Thèse, Paris, 1966

Bories (Al.), *Le formalisme dans les contrats d'auteur – Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, Thèse, Montpellier I, 2007

Bories (An.), *Le réméré*, Thèse, Montpellier I, 2004

- Brès (A.),** *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec, 2009
- Burst (J.-J.),** *Breveté et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Librairies techniques, 1970
- Caron (Ch.),** *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec-IRPI, 1998
- Carre (S.),** *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier I, 2004
- Carreau (C.),** *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981
- Carrié (S.),** *Le livre à l'épreuve des réseaux*, Thèse, Montpellier I, 2005
- Cayron (J.),** *La location des biens meubles*, PUAM, 1999
- Chabas (C.),** *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002
- Clément-Fontaine (M.),**
 - *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier I, 2006
 - *La licence publique générale gnu [logiciel libre]*, Mémoire de DEA Créations immatérielles et droit, Montpellier, 1999
- Comanzo (S.),** *Les coproductions cinématographiques et audiovisuelles internationales*, Thèse, Dijon, 1997
- Cornille (R.),** *Vente et louage de choses, contribution à l'étude des distinctions des contrats réglementés*, Thèse, Lille, 1926
- Corone (F.),** *L'agence de publicité*, Thèse, Paris, 1991
- Cruquenaire (A.),** *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Larcier, 2007
- Dabin (J.),** *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- Deliyanni (E.),** *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble*, LGDJ, 1993
- Denoix de Saint Marc (S.),** *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec-IRPI, 1999
- Derruppé (J.),** *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et de créance*, Dalloz, 1952
- Dock (M.-C.),** *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, LGDJ, 1963
- Dreyer (E.),** *Le dépôt légal. Essai sur une garantie nécessaire au droit public à l'information*, LGDJ, 2003
- Dumont (M.-P.),** *L'opération de commission*, Litec, 2000

- Eisenmann (E.),** *Le contrat d'édition et les autres louages d'œuvres intellectuelles*, F. Pichon-A. Picard & Fils, 1894
- Eréséo (N.),** *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008
- Etienney (A.),** *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008
- Dupont-Rougier (P.),** *Du contrat d'édition*, A. Rousseau, 1907
- Fahs (D.),** *Le contrat de communication de savoir-faire*, Thèse, Montpellier I, 2007
- Fortier (V.),** *Le prix proportionnel*, Thèse, Montpellier, 1986
- Gatsi (J.),** *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996
- Gavin (G.),** *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation française*, Dalloz, 1960
- Geiger (C.),** *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Litec-IRPI, 2004
- Gény (F.),** *Science et technique en droit privé positif, t. III, 2^e éd.*, Sirey, 1925
- Goldie-Genicon (Ch.),** *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009
- Gosset (A.),** *L'obligation de garantie : Etude théorique et pratique en matière de brevet, marque et droit d'auteur*, Thèse, Montpellier I, 2007
- Goubeaux (G.),** *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969
- Gourdon (P.),** *L'exclusivité*, LGDJ, 2006
- Grillet-Ponton (D.),** *Essai sur le contrat innommé*, Thèse, Lyon III, 1982
- Gross (B.),** *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ, 1963
- Gutierrez-Lacour (S.),** *Le temps dans les propriétés intellectuelles. Contribution à l'étude du droit des créations*, Litec, 2004
- Henry (G.),** *L'évaluation en droit d'auteur*, Litec-IRPI, 2007
- Henry (X.),** *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse, Nancy, 1992
- Hugon (Ch.),** *Le régime juridique de l'œuvre audiovisuelle*, Litec, 1993
- Huguet (A.),** *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur, Etudes sur la loi du 11 mars 1957*, LGDJ, 1962
- Jacquier (S.),** *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, PUAM, 2001

Jhering, *Actio Injuriarum, Des lésions injurieuses en droit romain et en droit français*, traduit et annoté par O. De Meulenaere, Maresq Aîné, 1888

Joly (S.), *La création artistique et l'ordre public*, Thèse, Montpellier I, 1999

Josselin-Gall (M.), *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique. Etude de droit comparé et de droit international privé*, GLN Joly, 1995

Josserand (L.), *De l'esprit des lois et de leur relativité – Théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, 1927

Jouve (S.), *La nature juridique du contrat de coproduction de l'œuvre audiovisuelle en droit français*, Thèse, Aix-Marseille, 2000

Kamina (P.), *L'utilisation finale en propriété intellectuelle*, Thèse, Poitiers, 1996

Laligant (O.), *La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983

Lardeur (J.), *Du contrat d'édition en matière littéraire*, A. Rousseau, 1893

Laronze (B.), *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006

Latreille (A.), *Les mécanismes de réservation et les créations multimédia*, Thèse, Univ. Paris Sud, 1995

Le Gall (J.-P.), *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, LGDJ, 1962

Lebois (A.), *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, LGDJ, 2004

Loiseau (G.), *Le nom, objet d'un contrat*, LGDJ, 1997

Lucas-Puget (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005

Lucas-Schloetter (A.), *Droit moral et droits de la personnalité, Etude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2002

Macrez (F.), *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, Thèse, Montpellier I, 2007

Mainguy (D.), *La revente*, Litec, 1996

Marchetti (P.), *La production d'œuvres audiovisuelles dans l'U.E.*, Univ. Aix-Marseille, Paris, 1997

Maréchal (C.), *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec-IRPI, 2009

Markellou (M.), *Les contrats d'exploitation de droit d'auteur en droit comparé (Allemagne, France, Grèce)*, Thèse, Montpellier I, 2009

- Martin (N.),** *Le droit de marque appréhendé à travers sa finalité*, Thèse, Montpellier I, 2010
- Meyrueis (C.),** *La cession d'invention brevetée*, Thèse, Strasbourg, 1991
- Michaelidès-Nouaros,** *Le droit moral de l'auteur*, Paris, A. Rousseau, 1935
- Milhac (O.),** *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ, 2001
- Modiano (G.),** *Le contrat de licence. Problèmes juridiques soulevés par certaines clauses du contrat de licence*, Thèse, Librairie Droz, Genève, 1979
- Montels (B.),** *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001
- Morel (J.),** *De la licence d'exploitation en matière de brevets d'inventions*, Thèse, Lyon, 1926
- Mousseron (J. M.),** *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, LGDJ, 1961
- Najjar (I.),** *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967
- Neirac-Delebecque (C.),** *Le lien entre l'auteur et son œuvre*, Thèse dactyl., Montpellier I, 1999
- Néret (J.),** *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979
- Nguyen Duc Long (Ch.),** *La numérisation des œuvres. Aspects de droit d'auteur et de droits voisins*, Litec-IRPI, 2001
- Noguier (P.),** *Les règles de la rémunération en droit d'auteur français : le principe de la participation économique de l'auteur à l'exploitation de son œuvre*, Thèse, Paris II, 1992
- Overstake (J.-F.),** *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969
- Passa (J.),** *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec-IRPI, 1997
- Pélissier (A.),** *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001
- Pessina Dassonville (S.),** *L'artiste interprète salarié*, Thèse, Montpellier I, 2004
- Pétel (I.),** *Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse, Montpellier, 1984
- Peureux (V.),** *Recherche sur l'équilibre entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et la liberté communautaire de circulation des marchandises. La mise en œuvre de la théorie de l'épuisement des droits*, Thèse, Montpellier I, 2010
- Pfister (L.),** *L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, Thèse, Strasbourg, 1999

Poillot-Peruzzetto (S.), *Essai d'analyse des relations juridiques en matière de propriété littéraire, artistique et industrielle en droit français et communautaire*, Thèse, Paris II, 1986

Pollaud-Dulian (F.), *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989

Pourquier (C.), *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, PUAM, 2000

Prades (R.), *Intérêt du public et droit d'auteur*, Thèse, Paris XII, 1999

Proudhon (P.-J.), *Les majorats littéraires*, Dentu, 1863

Puig (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, Eds. Panthéon Assas, Coll. Droit privé, 2002

Raimond (S.), *La qualification du contrat d'auteur*, Litec-IRPI, 2009

Rault (J.), *Le contrat d'édition en droit français – Etude de jurisprudence française*, Dalloz, 1927

Raynard (J.), *Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, Litec, 1990

Recht (P.), *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, 1969

Regnaut-Moutier (C.), *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ, 1994

Renauld (J.-H.), *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Thèse, Eds Larcier, Bruxelles, 1955

Revet (Th.), *La force de travail – Etude juridique*, Litec, 1992

Rigaud, *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912

Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd, LGDJ, 1949

Robin (A.), *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUFDCF, 2005

Robinault (M.), *La location-gérance de fonds de commerce*, Thèse, Rennes, 1953

Rochfeld (J.), *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999

Roguin, *La règle de droit*, F. Rouge, Lausanne, 1889

Roubier (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005 (réédition de l'ouvrage paru en 1963 aux éditions Sirey)

Sardain (F.), *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel*, Thèse, Poitiers, 2002

Schmidt (A.), *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M. – S.A.C.D. Contrats de représentation,* LGDJ, 1971

Seube (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques,* Litec, 1999

Siirainen (F.), *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective,* Thèse, Nice, 1999

Simler (Ch.), *Droit d'auteur et droit commun des biens,* Litec, Coll. du CEIPI, 2010

Sirinelli (P.), *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats,* Thèse, Paris II, 1985

Stoffel-Munck (Ph.), *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie,* LGDJ, 2000

Strowel (A.), *Droit d'auteur et copyright divergences et convergences, Etude de droit comparé,* Bruylant-LGDJ, 1993

Tardieu-Guigues (E.), *La licence de marque,* Thèse, Montpellier I, 1991

Terré (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications,* LGDJ, 1957

Teyssié (B.), *Les groupes de contrats,* LGDJ, 1975

Thullier (B.), *L'autorisation Etude de droit privé,* LGDJ, 1996

Tosi (I.), *Acte translatif et titularité des droits,* LGDJ, 2006

Vacher-Roederer (A.), *Les licences internationales de droits de propriété intellectuelle – Contribution à la théorie du contrat de licence,* Thèse, Paris II, 2007

Valory (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles,* PUAM, 1999

Vivant (M.), *Juge et loi du brevet,* Litec, Collection du CEIPI, 1977

Vogel (R.), *Le character merchandising à la lumière de l'analyse économique du droit (Droit français et droit allemand),* Thèse, Montpellier I, 1999

Witz (C.), *La fiducie en droit privé français,* Economica, 1981

Yacoub (O.), *Les principaux contrats de production audiovisuelle,* Thèse dactyl., Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2000

Zanella (Ch.), *Les marques nominatives,* Thèse, Litec-IRPI, 1995

Zenati (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif,* Thèse, Lyon III, 1981

Articles, chroniques, principaux rapports

Abello (A.), La propriété intellectuelle, une « propriété de marché », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, A. Abello, M.-A. Frison-Roche (dir.), L.G.D.J., Coll. Droit et Economie, 2005, p. 341

Alcaras (J.-R.), La protection des droits de propriété peut-elle favoriser la création culturelle ? Approche économique, in *Droit d'auteur et culture*, J.-M. Bruguière (dir.), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2007, p. 55

Allaëys (Ph.), Hypothèses de forfait en droit d'auteur, Prop. intell., 2007, p. 269-278

Alleaume (Ch.), La titularité des droits d'auteur des salariés de droit privé (régime général), Dr. et patrimoine, avril 2006, n° 147

Amiaud (A.), L'apport des brevets d'invention en société, in *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 3

Ancel (P.), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ., 1999, p. 771

Azzaria (G.), Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur, Cahiers de Propriété intellectuelle, 2004, vol. 16, n° 2, p. 405

Azzi (T.),

- Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions, RIDA, oct. 2007, n° 214, p. 3

- Présentation générale, Dossier sur la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, D., 2008, 700

Batiffol (H.), Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Univ. des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35

Bécourt (D.),

- La problématique de la rémunération des journalistes dans les nouveaux médias, D. Aff., n° 162, 27 mai 1999, p. 4

- Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins, Petites Affiches, 11 oct. 1996, n° 123, p. 4 (1^{re} partie), 14 oct. 1994, n° 124, p. 12 (2^e partie)

- La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme, RIDA, n° 143, janv. 1990, p. 231

Bénabent (A.),

- Le discrétionnaire, in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11

- Les difficultés de la recodification, in *Le Code civil « 1804-2004 » Le livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 245

- L'hybridation dans les contrats, in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27

Benabou (V.-L.), De l'efficacité de l'exception en elle-même à sa confrontation aux mesures techniques, Prop. intell., oct. 2007, n° 25, p. 423

Bergé (J.-S.), Entre autres droits, la propriété intellectuelle, Prop. intell., juill. 2002, n° 4, p. 9

- Bergel (J.-L.),** Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ., 1984, p. 255
- Berland (S.),** La chronologie des médias : un mécanisme à contretemps ?, Gaz. Pal., 16 mai 2006, n° 136, p. 11
- Bernaut (C.),** J.-Cl. Contrats-Distribution Fasc. 3140, Contrat de distribution des œuvres audiovisuelles. Contrat de distribution en salles
- Bertrand (A.),** Le conflit SACEM / Discothèques : « une guerre judiciaire pleine de précédents ... », RDPI, 1993, n° 47, p. 31
- Bertrand (E.),** Le rôle de la dialectique en droit privé positif, D., 1951, chron., p. 151
- Bey (E. M.),** Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ?, Gaz. Pal., 1985, doct., p. 396
- Bigle (G.), Dreyer (A.),** Exploitation et protection des œuvres cinématographiques en France et aux Etats-Unis, Légipresse, mai 1996, n° 131, II, p. 48
- Binctin (N.),** Quel avenir pour le capital intellectuel ?, Bull. Joly Sociétés, 1^{er} déc. 2009, n° thématique, p. 1180
- Binctin (N.), Dumont (F.), Egret (G.), Viret (R.) et Bigle (P.),** Le droit du bouquet satellite, Légipresse, n° 169, mars 2000, p. 27
- Bitan (H.),**
 - La délivrance des progiciels de gestion intégrée, Gaz. Pal., 17 juill. 2001, n° 198, p. 10
 - Pour une consécration de l'obligation de moyens renforcée dans les contrats informatiques, CCE, oct. 2005, p. 14
- Blanc-Jouvan (G.),** Les stipulations à effet postcontractuel en propriété littéraire et artistique, CCE, 2003, chron. 15
- Bonet (G.), Escande (M.-P.),** Propriété littéraire et artistique et publicité : des personnages en quête de droits d'auteur, JCP E, 1994, I, 3783
- Bonet (G.), Desjeux (X.),** Le droit de la publicité dans l'article 14 de la loi du 3 juillet 1985, JCP, 1987, I, 3283
- Bories (A.),** Le formalisme dans les contrats d'auteur, CCE, sept. 2008, étude 18
- Boulanger (J.),** Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, RTD civ., 1950, p. 1
- Boyer (L.),** *Répertoire de droit civil Dalloz, Contrats et conventions*, août 1993
- Boytha (G.),**
 - Le développement des dispositions législatives relatives aux contrats d'auteurs, RIDA, juil. 1987, n° 133, p. 41
 - La législation nationale relative aux contrats d'auteur dans les pays suivant la tradition juridique de l'Europe continentale, Le Droit d'auteur, oct. 1991, p. 208
- Bretagne-Jaeger (D.), Lynde (S.),** L'intégration de la propriété intellectuelle au sein d'une joint-venture, Petites affiches, 18 juill. 2003 n° 143, p. 4

Brière de l'Isle (G.), De la notion de contrat successif, D., 1957, chron. XXV, p. 153

Burst (J.-J.),

- La portée de la clause de non-garantie dans les contrats de cession de brevets d'invention en cas d'annulation du brevet, D., 1976, chron., p. 116
- Le rôle de la volonté dans la licence de droit de brevet d'invention, in *Etudes à la mémoire du Pr. Alfred Rieg*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 157
- J.-Cl. Brevets, Fasc. 491 : Licence de brevets. Effets du contrat de licence. Fin du contrat de licence.

Cahn (S.), Le contrat d'édition sous liberté surveillée, in *Autonomie de la volonté et contrats de propriété intellectuelle*, M.-C. Piatti (dir.), Les cahiers juridiques du Sud-est, Aurely, Lyon, 1997, p. 138

Carbonnier (J.),

- Le Silence et la gloire, D., 1951, chron., p. 119
- Introduction (Théorie générale du contrat) in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, PUF, p. 29

Carmet (O.), Statut de la SACEM, RIDA, 1989/2, p. 19

Caron (Ch.),

- Abus de droit et droit d'auteur. Une illustration de la confrontation du droit spécial et du droit commun en droit civil français, RIDA, avril 1998, n° 176, p. 3
- Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, D., 2003, n° 23, chron., p. 1556
- Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur, Prop. intell., avril 2003, n° 7, p. 127
- Une certaine idée du droit d'auteur : la vision des écrivains, in *Mélanges offerts à A. Decocq «Une certaine idée du droit»*, Litec, 2004, p. 49
- Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, JCP G, n° 39, 22 sept. 2004, I, 162
- Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle, Dr. et patrimoine, mai 2005, n° 137, p. 90
- 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, FNDE, Actualités de droit de l'entreprise, n° 22, p. 258
- La loi du 1^{er} août 2006 dans tous ses états, CCE, nov. 2006, n° 11, Repère n° 10
- La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, CCE, oct. 2006, Etude 22
- Quelques observations sur les montages contractuels en droit de la propriété intellectuelle, RDC, 1^{er} juill. 2007, n° 3, p. 1001
- La transmission d'œuvres et d'interprétations vers et partir d'un satellite ou vers un organisme de radiodiffusion par câble relève-t-elle des monopoles ?, CCE 2009, étude 21

Carreau (C.), Propriété intellectuelle et abus de droit, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 17

Carrié (S.),

- Le livre numérique : un « OCNI » (Objet culturel non identifié), CCE, n° 10, oct. 2005, étude 36
- La qualification des modes d'exploitation en ligne des œuvres, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Bruguière J.-M., Mallet-Poujol N. et Robin A. (dir.), PUAM, 2007, p. 365

Cauvin (E.), Affaires Adapei, Sorekit, Franfinance. Contrats informatiques : polémiques et désaccords, Légalis.net, 2003-2, p. 59

Cayron (J.), La situation du photographe dans les contrats de cession de droit d'auteur, *Légipresse*, 2003, n° 205, II, p. 129

Chardin (V.),

- La présomption de cession des droits de l'auteur au producteur de l'œuvre audiovisuelle, *Dix ans de jurisprudence*, *Légipresse*, nov. 1996, n° 136, II 139

- Le contrat de commande d'œuvre audiovisuelle, *D.*, 1997, chron., p. 202

Chavagnon (A.), Le transfert du contrat d'édition, *Légipresse*, 2008, II, p. 27

Clément (J.-P.), Franchise et droit des marques, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 113

Clément-Fontaine (M.), J.-Cl. PLA Fasc. 1975, L'œuvre libre

Collart Dutilleul (F.), La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens, in *Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, *Débats*, RDC, avril 2006/2, p. 604

Colombet (C.), La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur, *Propriétés intellectuelles*, *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 63

Cordier (G.),

- Les recours en garantie du distributeur contrefacteur : bilan et perspectives, *CCE*, 2006, étude 37

- Les contrats-types en droit de la propriété intellectuelle : du bon usage des usages, *Cahiers du droit de l'entreprise*, n° 4, juill.-août 2008, n° 35

Cornu (G.),

- Les définitions dans la loi, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77

- Introduction (Droit des contrats spéciaux), in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, *Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, PUF, 1986, p. 99

- Le règne discret de l'analogie, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 129

Courdier-Cuisinier (A.-S.), Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner. Essai sur les causes d'une controverse doctrinale, *RTD civ.*, 2005, p. 521

Croze (H.), Bismuth (Y.), Le contrat dit de licence de logiciel, *JCP E*, 1986, II, 14659

Croze (H.), Saunier (F.), Logiciels : retours aux sources, *JCP G*, n° 8, 21 févr. 1996, I, 3909

Dabin (J.), Les droits intellectuels comme catégorie juridique, *Rev. Crit. Lég. Jur.*, 1939, LIX, p. 435

Dauchez (B.), Marguénaud (J.-P.), L'usufruit sur droits d'auteur, *Defrénois* n° 24/04 38070, p. 1695

De Freitas (D.), Les contrats de droit d'auteur, Etude des clauses des contrats d'exploitation d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans le cadre du régime juridique des pays de common law, *Le droit d'auteur*, nov. 1991, p. 232

De Sanctis (V.), En matière de transmission du droit d'auteur, in *Etudes sur la propriété industrielle littéraire et artistique*, *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 287

Decoopman (N.), La notion de mise à disposition, *RTD civ.*, 1981, p. 300

Dekeuwer-Defosse (F.), L'indivision dans les sociétés en participation, *JCP*, 1980, I, 2970

Delvoie (A.), Les licences « Creative commons » de mise à disposition d'œuvres en ligne, *Gaz. Pal.*, 19 avril 2005, n° 109, p. 24

Denoux de Saint Marc (S.), Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir du contrat de commande, RIDA, janv. 1999, p. 3

Derruppé (J.), Souvenir et retour sur le droit réel du locataire, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, 1996, p. 169

Desbois (H.),

- Commentaire de la loi du 11 mars 1957, D., 1957, Lég. 357

- Le droit moral, RIDA, avril 1958, XIX, p. 121

- L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique, RIDA, LVIII, oct. 1968, p. 163

Desjeux (X.), Le « Character Merchandising » et le droit français, Cahiers de Propriété intellectuelle, vol. 3, n° 2, janv. 1991, p. 193

Desurmont (Th.),

- La SACEM et le droit de la concurrence, RIDA, 1989, n° 140, 117

- Qualification juridique de la transmission numérique, RIDA, n° 170, oct. 1996, p. 55

Didier (P.), Brèves notes sur le contrat-organisation, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 635

Dietz (A.),

- Le droit d'auteur dans la Communauté européenne. Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la CEE. Etude réalisée à la demande de la Commission des CE, Coll. Etudes, Série secteur culturel, 2, Bruxelles, juill. 1976

- Le droit primaire des contrats d'auteur dans les états membres de la CE. Situation législative et suggestions de réforme. Etude réalisée à la demande de la commission des CE. Publications de la commission, Coll. Etudes, série secteur culturel, 4, Bruxelles, 1981

- Mutation du droit d'auteur, changement de paradigme en matière de droit d'auteur, RIDA, oct. 1988, p. 23

- Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 107

Dockès (E.), Essai sur la notion d'usufruit, RTD civ., 1995, p. 479

Dreier (Th.), L'analogie, le digital et le droit d'auteur, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz 1995, p. 119

Duchemin (W.), Réflexions sur le droit d'exposition, RIDA avril 1993, n° 156, p. 15

Dupuy-Busson (S.), Le délit de contrefaçon par adaptation : le cas des scénarios de films, JCP G, 2005, I, 102

Durrande (S.),

- La cession du droit d'exploitation des œuvres publicitaires de commande, D. S., 1986, chron., p. 280

- J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 4060, Contrat de *merchandising*

- J.-Cl. PLA Fasc. 1240, Droits patrimoniaux. Généralités. Droit d'exploitation

- J.-Cl. PLA Fasc. 1310, Exploitation des droits. Dispositions générales

- J.-Cl. PLA Fasc. 1342. Contrat de commande

Dusollier (S.),

- L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ?, CCE, nov. 2005, 38

- Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître, Prop. intell., janv. 2006, n° 18, p. 10

Edelman (B.),

- Le droit moral dans les œuvres artistiques, D. S., 1982, chron., p. 283
- La rue et le droit d'auteur, D., 1992, chron., n° 18, p. 91

Enrich (E.), Transformation d'œuvres préexistantes : comics, remakes, parodies et biopics, Gaz. Pal., 8 mai 2004, n° 129, p. 41

Escarra (J.), Le projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, RIDA, oct. 1954, p. 3

Fabre (R.), Le prêt à usage en matière commerciale, RTD com., 1977, p. 193

Fabre-Magnan (M.), Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ., 1996, p. 85

Fauvarque-Cosson (B.), L'ordre public, in *Le Code civil « 1804-2004 » Le livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 473

Favario (T.), Regards civilistes sur le contrat de société, Rev. Sociétés, 2008, p. 53

Fernay (R.),

- La cession et le contrat d'édition, RIDA, avril 1958, n° 19, p. 257
- Grandeur, misère et contradictions du droit d'auteur, RIDA, 1981, n° 109, p. 139

Ferret (M.), Rivalan (A.), Vichnievsky (A.), Les coproductions, Légipresse, juil.-août 1999, n° 163, II 93 (1^{re} partie) ; sept. 1999, n° 164, II 105 (2^e partie)

Ferrier (D.),

- Franchise et savoir-faire, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 157
- La franchise : un contrat d'exploitation de droits intellectuels, in *Droits de propriété intellectuelle – Liber amicorum Georges Bonnet*, IRPI, 2010, p. 187

Ficsor (M.), Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins, Rapport préparé par le Bureau international de l'OMPI, Droit d'auteur, 1989, p. 327

Flour (J.), Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in *Etudes offertes à Georges Ripert, t. 1, Etudes générales, Droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 93

Flour (J.), Aubert (J.-L.), L'accord des volontés, condition de formation du contrat, Defrénois, 1977, 1^{re} partie, 31542, p. 1417

Fouilland (F.), L'apport de droits d'auteur à une société de gestion collective, JCP E, 2007, 2464

Franceschelli (R.), Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur, in *Mélanges Roubier*, Dalloz, 1961, p. 453

Françon (A.),

- La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur en France, in *Liberté des contrats et droit d'auteur, Association littéraire et artistique internationale, Journées d'études de Berlin-Ouest 1^{er} et 2 oct. 1975*, ALAI, 1975
- La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D., 1976, chron., p. 55
- La protection des créations publicitaires par le droit d'auteur, RIDA, n° 103, janv. 1980, p. 3
- Le contrat de production audiovisuelle, RIDA, 1986, n° 65, p. 71

- Le contrat de production audiovisuelle, Droit d'auteur et droits voisins, *La Loi du 3 juillet 1985, Colloque de L'IRPI, Paris, 21 et 22 nov. 1985*, Librairies Techniques, 1986, p. 88
- L'avenir du droit d'auteur, RIDA avril 1987, n° 132, p. 3
- Les conventions internationales de droit d'auteur comme facteur d'harmonisation des législations nationales, in *Mélanges Derruppé*, Litec-GNL, 1991, p. 391
- La rémunération des auteurs dans le contrat de production audiovisuelle, in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 118
- Le conflit entre la SACEM et les disothèques devant la Cour de justice, RIDA, 1990/2, p. 51

Gaillard (E.), La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D., 1984, chron., p. 161

Gaubiac (Y.),

- La théorie de l'unité de l'art, RIDA, janv. 1982, n° 111, p. 3
- L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 163
- Pratique contractuelle. Les contrats internationaux de droit d'auteur, CCE juill. 2011, n°12

Gaudel (D.), Les producteurs de vidéogrammes et leurs partenaires, JCP G, 1973, doctrine, n° 2571

Gaudillère (P.), Licence de logiciels libres et risques juridiques, CCE, avril 2005, p. 22

Gaudrat (Ph.),

- La protection des logiciels par la propriété littéraire et artistique, RIDA, n° 128, oct. 2/1986, n° 27, p. 181
- Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur, RIDA, n° 190, oct. 2001, p. 71
- Les modèles d'exploitation du droit d'auteur, RTD com., 2009, p. 323
- J.-CL. PLA Fasc. 1242, Droit de représentation
- *Répertoire de droit civil Dalloz, Propriété littéraire et artistique (2° droits des exploitants)*

Gaulle (de) (L.),

- De la nature des relations juridiques entre les producteurs et les organisateurs de spectacles vivants, RIDA, 1993, n° 157, p. 59
- La notion de redevance de droit d'auteur, RIDA, n° 167, janv. 1996, p. 69

Gaullier (F.), Vercken (G.), Rémunération proportionnelle des auteurs : atténuations et remises en cause du principe de l'assiette « prix public hors taxes », Prop. intell., avril 2006, n° 9, p. 155

Gautier (P.-Y.),

- L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabiniens, D. S., 1988, p. 152
- L'œuvre écrite par autrui, RIDA, janv. 1989, n° 139, p. 63
- Du contrat de précaire sur les images de cinéma, D., 1989, chron., p. 113
- « Le cédant malgré lui » : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles, D. Aff., 1995, n° 6, p. 123
- Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques, D., 1990, chron., p. 130
- Contre Bentham : l'inutile et le droit, RTD civ., 1995, p. 497
- Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats, D., 1995, chron., 262
- Le mandat en droit d'auteur, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 223
- L'art et le droit naturel, in *Droit et esthétique*, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 40, Sirey, 1996, p. 207

- La propriété littéraire et artistique et le droit de la famille, Rapport de synthèse, Defrénois, 30 oct. 2001, n° 20, p. 1173
- Les droits de l'auteur d'une pièce de théâtre (du contrat de représentation), in *Droit et Théâtre (Aix-en-Provence, 29 juin 2001) Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationales, t. VI, PUAM, 2003*
- Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux in Une théorie générale des contrats spéciaux ?, Débats, RDC, avril 2006/2, p. 610

Geiger (Ch.), Les limites au droit d'auteur en faveur de la création dérivée, in *Droit d'auteur et liberté d'expression, Journées d'études de l'ALAI 2006*, Barcelone

Géninet (M.), Les quasi-apports en société, Rev. Sociétés, 1987, p. 25

Geraud (D.), Le *copyleft* : un ver dans le verger des titulaires de droit, Réseaux 2001/6, n° 110, p. 156-162

Gerstner (L.), L'influence du droit comparatif sur le droit des contrats en matière de propriété intellectuelle, CCE, oct. 2006, alerte 198

Gervais (D.), Essai sur le fractionnement du droit d'auteur, Cahiers de propriété intellectuelle, vol. 15, n° 2, janv. 2003, p. 501

Ghestin (J.),

- L'indétermination du prix de vente et la condition potestative, D., 1973, chron., p. 293
- La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 243-258
- Le mandat d'intérêt commun, in *Mélanges Derruppé*, Litec-GNL, 1991, p. 105
- Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ?, in *D'ici et d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 251

Gibirila (D.), J.-Cl. Civil Code, Art. 1787. Fasc. 10 : Louage d'ouvrage et d'industrie. Contrat d'entreprise

Gilliéron (Ph.), Open Source et droit des brevets, RLDI, 2007, n° 24, p. 67

Ginsburg (J.), L'exploitation internationale de l'œuvre audiovisuelle : France / Etats-Unis, JCP G, 1994, I, 3734

Gitton (A.), Transmissions des œuvres en ligne : vers des prestations... de biens ?, Gaz. Pal., 30 mai 1998, doct., p. 691

Gjidara (S.), Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : Le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du C. civ., Petites affiches, 21, 22 juin 2000, n° 123, p. 4

Gomis (G.), Réflexions sur l'impact des mesures techniques de protection des œuvres, RLDI, n° 162, oct. 2003, p. 1

Gotzen (F.), Le droit de destination en Europe, Dr. auteur, 1989, p. 230

Goubeaux (G.), Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, Defrénois, 1979, Art. 31986

Goutal (J.-L.),

- Le droit moral et les contrats d'exploitation des œuvres, in *Autonomie de la volonté et contrats de propriété intellectuelle*, M.-C. Piatti (dir.), Les cahiers juridiques du Sud-est, Aurely, Lyon, 1997, p. 103

- Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur, D., 1997, chron., p. 357

Grefte (F.), J.-Cl. Marques-Dessins et modèles, Fasc. 3210, Personnes protégées. Cession. Cessionnaires

Grignon (Ph.), Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 127

Grillet-Ponton (D.), Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle, D., 2000, chron., p. 31

Grua (F.), mis à jour par N. Cayrol, J.-Cl. Civil Code, Art. 1875 à 1879 Fasc. unique : Prêt à usage : Caractères

Guével (D.), La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ?, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 229

Guthmann (C.),

- J.-Cl. Marques-Dessins et modèles, Fasc. 7402 : Licence de marque. Formules. Conseils pratiques

- J.-Cl. Brevets, Fasc. 4723 : Contrats d'exploitation

Gutmann (D.), Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique, in *Le droit et l'immatériel*, Coll. Archives de philosophie du droit, t. 43, Sirey, 1999, p. 65

Hage-Chahine (F.), Essai d'une nouvelle classification des droits privés, RTD civ., 1982, p. 705

Hassler (Th.), L'intérêt commun, RTD com., 1984, p. 581

Houtcieff (D.), Le contenu du contrat, *Pour une réforme du droit des contrats, réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Dalloz, 2009, p. 183

Huet (J.),

- Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur, D., 1985, chron. p. 261

- De la « vente » de logiciel, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 799

- Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425

- La mise à disposition gratuite d'œuvres sur les réseaux numériques (ou l'inconsistance d'un certain article L.122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle), in *Droit et technique, Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 239

Ionasco (A.), Le droit de repentir de l'auteur, RIDA, janv. 1975, p. 21

Ivainer (Th.), Le contrat moderne face à la prolifération des « statuts des personnes », JCP G, 1977, I, 2876

Izorche (M.-L.), A propos du « mandat sans représentation », D., 1999, p. 369

Jacquier (S.), Le contrat forcé en droit d'auteur, CCE, 2001, n° 26, p. 13

Jallamion (C.), La fortune de Josserand, Prop. ind., oct. 2010, dossier n° 2, p. 9

Jestaz (Ph.),

- L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, PUF, 1986, p. 117
- La qualification en droit civil, *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, p. 45

Jobard-Bachelier (M.-N.), Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif, *RTD civ.*, 1985, p. 1

Joliet (R.),

- Le contrat de licence de brevet en droit civil belge et français, *RTD com.*, 1982, p. 167
- La licence de marque et le droit européen de la concurrence, *RTD Europe*, 1984, n°1, p. 1

Josselin-Gall (M.), La notion de contrat d'exploitation du droit d'auteur. Approche de droit comparé, *Bulletin du droit d'auteur, Unesco*, vol. XXVI, n° 4 / 1992, p. 6

Jourdain (P.), Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé, in *Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303

Juglart (de) (M.), La vente : un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise, *Mélanges Derruppé*, Litec-GNL, 1991, p. 61

Kamina (P.),

- Le livre numérique, *CCE*, nov. 2000, étude 23
- Le nouveau droit des dessins et modèles, *D. Aff.*, 2001, n° 40, p. 3258
- J.-Cl. PLA Fasc. 1340, Contrat de production audiovisuelle
- J.-Cl. PLA Fasc. 1075, Cadre administratif. Régime juridique des activités cinématographiques

Kayser (P.), Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat de mécénat, in *Etudes offertes à André Audinet*, PUF, Aix-en-Provence, 1968, p. 129

Keelaghan (T.), « LINUX », logiciels libres et licences, *CCE*, févr. 2002, chron. 6

Kenderian (F.), La contribution aux pertes sociales, *Rev. Sociétés*, 2002, p. 617

Kerever (A.), Les œuvres audiovisuelles dans la loi française du 3 juill. 1985, *Dr. auteur*, juill.-août 1987, p. 255

Kessler (M.), Un droit de protection économique : le droit d'auteur, *Expertises*, 1989, p. 215

Kourmantos (G.), Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi hellénique, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 311

Kuhn (C.),

- Une fiducie française, *Dr. et patrimoine*, n° 158, avril 2007, p. 32
- La mission du fiduciaire, *Dr. et patrimoine*, n° 171, juin 2008, p. 52

La Boulaye (de) (E.), Le contrat d'édition en ligne, *Légicom*, n° 24 2001/1, p. 13

Lagarde (X.), Observations critiques sur la renaissance du formalisme, *JCP G*, 170, I, 1767

Laporte (M.-E.), Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle, *JCP G*, 1991, I, 3540, p. 371

Larroumet (Ch.), La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques, *D.*, 2007, p. 1350

Leclerc (J.-P.), *Mission de médiation et d'expertise relative aux conditions actuelles de sorties de films en salles à la demande du Centre national de la cinématographie*, La Documentation française, mai 2006

Leclerc (J.-P.), Perrot (A.), Verot (C.), *Cinéma et concurrence, Rapport remis à Mme Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et Mme Christine Albanel, ministre de la culture et de la communication*, La Documentation française, mars 2008

Ledieu (M.-A.),

- Et si la licence de logiciel était une location ?, CCE, nov. 2003, p. 12
- Logiciel spécifique, correction des erreurs et code source : les tribulations d'un français au paradis offshore du développement de logiciel, CCE, juill. 2004, Etude 21

Leduc (F.), Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise, in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 595

Leroy (M.), Le passif fiduciaire, Dr. et patrimoine, n° 171, juin 2008, p. 58

Le Stanc (Ch.),

- La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », D., 1993, chron., p. 4
- Logiciel : Trente ans entre droit d'auteur et brevet. Bilan ?, in *Droit et technique, Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 271

Le Stanc (Ch.), Carre (S) J.-Cl. PLA Fasc. 1250, Droits des auteurs. Droits patrimoniaux. Logiciel (CPI, art. L. 122-6 à L. 122-6-2)

Lestrade (O.), J.-Cl., Fasc. 4730 : Cession de brevet

Le Tourneau (Ph.),

- Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels, D., 1982, I, 3078
- De l'évolution du mandat, D., 1992, p. 157

Lévy (M.), Jouyet (J.-P.), *L'économie de l'immatériel – la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, 4 déc. 2006

Libchaber (R.),

- Une fiducie française, inutile et incertaine..., *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303
- Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, Defrénois, 2007, n° 38631 (1^{re} Partie) et n° 38639 (2nde Partie)
- Une cession temporaire d'usufruit ?, Defrénois, 2008, n° 3881

Lindon (R.), Le « droit de préférence » des éditeurs, D. S., 1968, chron., p. 53

Loiseau (G.),

- Les contrats autorisant l'usage d'un nom, Cahiers du Droit de l'entreprise, 1998, n° 2, p. 19
- L'immatériel et le contrat, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 353

Lucas (A.),

- Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels, JCP G, 1982, I, 3081
- L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur, D., 1992 p. 269
- Le droit de distribution et son épuisement, CCE, 2006, étude 25
- J.-Cl. PLA, Fasc. 1320, Contrat d'édition

Lucas-Schloetter (A.),

- Cosette ou le temps des illusions : de la prétendue perpétuité du droit moral en droit français, Droit de la famille, mars 2002, p. 8
- Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002, Prop. intell., act. 2005, n° 17, p. 403

Mackaay (E.), Le marché du progiciel – licence ou vente ?, Cahiers de Propriété intellectuelle, 1994, vol. 6, n° 3, p. 401

Maffre-Baugé (A.),

- Le formalisme contractuel en droit d'auteur, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, Bruguière J.-M., Mallet-Poujol N. et Robin A. (dir.), PUAM, 2007, p. 265
- J.-Cl. PLA, Fasc. 1310, Droit d'auteur. Exploitation des droits. Dispositions générales (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9)

Mallet-Bricout (B.),

- Le fiduciaire propriétaire ?, JCP E, n° 8, 25 févr. 2010, 1191
- Fiducie et propriété, in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 297

Marcelin (Y.), La cession des œuvres publicitaires – Les difficultés d'application de l'article 14 de la loi Lang, Cahiers dr. auteur, avril 1988, p. 1

Marino (L.), Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise, Defrénois, 2001, 37387

Masson (Ch.), Le projet Jean Zay : le droit d'auteur fondé sur un contrat social, CCE, avril 2010, alerte 36

Matthyssens (J.),

- Le droit de la cinématographie, RIDA, avril 1958, p. 223
- La limitation dans le temps des droits exclusifs de représentation (Etude de droit français), RIDA, avril 1961, p. 39
- L'obligation de représentation des titulaires de droits exclusifs, RIDA, janv. 1975, p. 3

Mauboussin (E.), J.-Cl. Communication, Fasc. 4121, Obligations des télévisions relatives aux œuvres audiovisuelles et cinématographiques, Cote : 11, 2003

Mauro (C.), Permanence et évolution du commodat, Defrénois, 2000, 1024

May (B.), Contrats informatiques : Gare au charivari des licences de logiciel, JCP E, n° 23, 3 juin 2004, 827

Mazeaud (D.),

- Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 603
- La matière du contrat, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens du droit des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81
- L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 73
- La réforme du droit français des contrats : Trois projets en concurrence, in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 229

Mazeaud (H.), Le droit moral des artistes sur leurs œuvres et son incidence (A propos de l'arrêt de la Cour d'Orléans rendu dans l'affaire Pierre Bonnard), D., 1959, chron., XX, p. 135

Molfessis (N.), Le renvoi d'un texte à un autre, in *Les mots de la loi*, N. Molfessis (dir.), Economica, 1999, p. 55

Montels (B.),

- La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles, CCE, juin 2001, chron. n° 17, p. 19
- Pratique des contrats audiovisuels, CCE, juill.-août 2003, p. 13
- J.-Cl. Communication Fasc. 6085, Contrats de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles

Mosser (M.), Riahi (K.), L'exploitation vidéo d'une œuvre : quelle rémunération pour l'auteur ?, Légipresse, sept. 1996, n° 134, p. 107

Mousseron (J. M.),

- L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention, in *Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 172
- L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention, *Dossiers Brevet*, Centre du droit de l'entreprise, 1978, I, p. 2
- Le contrat de transfert de renommée, JCP 1989, *Cahiers du Droit de l'entreprise*, n° 2, p. 24
- Valeurs, biens, droits, in *Mélanges A. Breton – F. Derrida*, Dalloz 1991, p. 277
- Secret et contrat – de la fin de l'un à la fin de l'autre, in *Mélanges Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 257

Mousseron (J.M.), Raynard (J.), Revet (Th.), De la propriété comme modèle, *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281

Mousseron (J. M.), Vivant (M.), Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit, *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1988, n° 1, p. 2

Noguier (P.), Le contrat de travail serait-il un obstacle à la cession des créations salariées ?, *Gaz. Pal.*, 18 avril 2002, n° 108, p. 18

Oberthur (J.-P.), La révision du prix de cession des droits d'auteur en publicité, *RIDA*, 1985, n° 126, p. 45

Omarjee (S.), *Fansubing* et droit d'auteur : le sous-titrage par les fans d'œuvres protégées est-il légal ?, *Droit-TIC*, juill. 2004, p. 9

Oppetit (B.), Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317

Painchaux (M.), La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? *RRJ*, 2004-3, p. 1567

Parent (E.), Comment devenir propriétaire des droits d'auteur sur une campagne publicitaire ?, *Cahiers dr. auteur*, juin 1989, p. 1

Parisot (B.),

- L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique, *D. S.*, 1972, chron., p. 71
- La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle : réalité ou mythe ?, *D.*, 1992, chron. p. 75

Passa (J.),

- Droit de destination et droit de distribution, *Petites affiches*, 6 déc. 2007, n° 244, p. 32
- J.-Cl. PLA, fasc. 1970, Propriété littéraire et artistique-Divers-Internet et droit d'auteur

Patino (B.), *Rapport sur le livre numérique*, remis le 30 juin 2008 au Ministre de la culture et de la communication

Percerou (J.), Une nouvelle application du contrat de commission de vente – Les Entreprises de distribution de films cinématographiques, *Ann. Dr. Com.*, 1934, p. 185

Pérennou (Y.), Papeterie scolaire : La licence, un passeport pour l'export, *Le MOCI*, n° 1349-1350, 6-13 août 1998, p. 23

Pérot-Morel (M.-A.),

- Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux dessins et modèles industriels, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 337
- À propos du maintien de l'unité de l'art dans le nouveau droit des dessins et modèles, *Prop. ind.*, avril 2005, Etude 8, p. 9

Pétel (Ph.), La révélation aux tiers de la société en participation, *JCP E*, 1987, I, 16369

Peterka (N.), Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance, *Bull. Joly*, avril 2000, p. 361

Picand-L'Amézec (A.), L'obligation des associés en participation envers les tiers, *Rev. Sociétés*, 1990, p. 567

Pierrat (E.), Le contrat d'édition, *Légicom*, 2001/1, p. 5

Pignarre (G.),

- A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil, *RTD civ.*, 2001, p. 41
- L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala. Analyse critique, *D.*, 2007, chron., p. 384

Pizzio (J.-P.), La notion de convention d'occupation précaire et son application jurisprudentielle, *JCP*, 1980, I, 2975

Plaisant (R.),

- Les obligations de l'éditeur de musique, *RIDA*, LX, avril 1969, p. 77
- Les conventions relatives au droit moral de l'auteur, *Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 63
- L'œuvre audiovisuelle, Le contrat de production audiovisuelle, *Petites affiches*, n° 7, janv. 1987 p. 14
- La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 351
- J.-Cl. PLA, Fasc. 320 (ancien) Exercice des droits des auteurs, droit pécuniaire, règles générales
- J.-Cl. PLA, Fasc. 12 (ancien) Sociétés d'auteurs

Planiol (M.), Classification synthétique des contrats, *Rev. Crit. Lég. Jur.*, 1904, n° 33, p. 470

Planque (J.-C.), La vente de prestation de services, *CCC*, févr. 2002, chron. 2, p. 4

Pollaud-Dulian (F.),

- L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial, JCP G, 1992, I, p. 453, § 18
- Abus de droit et droit moral, D., 1993, chron. 97
- Droit moral et droits de la personnalité, JCP G, 1994, I, 3780
- La durée du droit d'auteur, RIDA, avril 1998, n° 176, p. 83
- Les contrats entre peintres et marchands ou galeries d'art, Dr. et patrimoine, janv. 2004, p. 24 (1^{re} partie) et fév. 2004, p. 28 (2nde partie)
- La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilans et perspectives, RIDA, juill. 2007, n° 213, p. 3
- J.-Cl. PLA, Fasc. 1225, Régimes matrimoniaux et successions

Prades (R.), Suite de film : œuvre dérivée ou autonome ? Réflexions sur la nature juridique des droits dits de « *sequel* », CCE, déc. 2004, Etude 41

Prieto (C.), L'application du droit de la concurrence aux contrats relatifs à la propriété intellectuelle, RDC, avril 2005 n° 2, p. 311

Puig (P.),

- La fiducie et les contrats nommés, Dr. et patrimoine, n° 171, juin 2008, p. 68
- Pour un droit commun spécial des contrats, in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825

Rasle (M.), Les contrats de coproduction de films cinématographiques, in *Cinéma et télévision*, Ch. Debbasch et C. Gueydan (dir.), PUAM-Economica, coll. Droit de l'audiovisuel, 1992, p. 115

Raynard (J.),

- Le droit à la paternité de l'auteur de l'œuvre de l'esprit, JCP, 1989, Cahiers du Droit de l'entreprise, n° 2, p. 33
- Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 527
- Le tiers au pays du droit d'auteur, publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique, JCP G, 1999, I, 138
- Du nouveau droit français des dessins et modèles : de l'influence de l'ordonnance du 25 juillet 2001 sur le principe de l'unité de l'art., Prop. ind., avril 2002, chron. 2, p. 9
- Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial, in *Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, Débats, RDC, avril 2006/2, p. 597

Raynaud (P.), La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil, RTD civ., 1936, p. 763

Reboul (N.), Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis, Rev. sociétés, 2000, p. 425

Reimer (D.), Remarques de droit comparé sur la liberté des contrats en matière de droit d'auteur, RIDA, avril 1977, p. 3

Reinhard (Y.),

- L'apport en société des droits de propriété industrielle, in *Mélanges Chavanne*, 1990, p. 297
- Les limites de l'autonomie de la volonté dans les contrats relatifs aux brevets d'invention, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 561

Rémy (Ph.),

- Droit des contrats : questions, positions, propositions, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271

- La jurisprudence des contrats spéciaux, Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, PUF, p. 103

- Regards sur le Code, in *Le Code civil « 1804-2004 » Le livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 99

Renard (I.), Licences « Open source » : La fin des redevances ?, Petites affiches, 13 oct. 2000, n° 205, p. 17

Renault (Ch.-E.),

- Le droit de l'édition est-il applicable à Internet ?, *Légipresse*, II, oct. 1998, p. 109

- Les clauses particulières des contrats d'adaptation des bandes dessinées au cinéma, *Gaz. Pal.*, 8 mai 2004, n° 129, p. 18

Reneaud (P.), Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique. Le projet de loi de Jean Zay sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, *RLDI*, n° 42, oct. 2008, p. 63

Ristich de Groote (M.), Les personnages des œuvres de l'esprit – Approche du droit français, *RIDA*, oct. 1986, p. 19

Rizzo (F.), Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, *Dr. et patrimoine*, janv. 2000, p. 60

Rochfeld (J.),

- Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747

- Les modes temporels d'exécution du contrat, *RDC*, janv. 2004, n° 1, p. 47

Roets (D.), Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? *D.*, 1997, chron. 92

Roger (R.), Le contrat d'édition et le récent projet de loi, *D.*, 1933, chron. 5

Rojinsky (C.), Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur, *Prop. intell.*, 2008, 27, p. 160

Rojinsky (C.), **Grynbaum (V.)**, Les licences libres et le droit français, *Prop. intell.*, juill. 2002, n° 4, p. 28

Roquefeuil (de) (B.), **Bourgeois (M.)**, Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français, *Gaz. Pal.*, 2005, n° 109, p. 12

Rouart (N.), Gestion collective des œuvres théâtrales et des œuvres audiovisuelles de fiction, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 387

Rouast (A.), Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, *RTD civ.*, 1944, p. 1

Roubier (P.),

- Droits intellectuels ou droits de clientèle, *RTD civ.*, 1935, p. 251

- Licences et exclusivités, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 1936, p. 289

Roux (M.-A.), La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale, *Légipresse*, n° 233, II, p. 84

Roy-Loustaunau (C.), Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux, *RTD com.*, 1987, p. 333

Satin (J.-F.), Smirnovna (M.), La gestion des licences de marque : L'apport des modèles dynamiques, *Working Paper*, Univ. Paris I, ATOM, 2004, p. 2

Savatier (R.),

- Commentaire de la loi du 11 mars 1957, JCP G, 1957, I, 1398

- La vente de services, D., 1971, chron. 32, p. 230

Schmidt-Szalewski (J.),

- La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence, RTD com., 1994, p. 455

- Ordre public et contrats sur droits d'auteur, in *Autonomie de la volonté et contrats de propriété intellectuelle*, M.-C. Piatti (dir.), Les cahiers juridiques du Sud-est, Aurely, Lyon, 1997, p. 117

Sédallian (V.), Garanties et responsabilités dans les logiciels libres, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, nov. 2002, n° 152, p. 15

Sériaux (A.), La notion de contrat synallagmatique, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777

Serlooten (P.), L'*affectio societatis*, une notion à revisiter, in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007

Siiriainen (F.), J.-Cl. PLA, Fasc. 1550 : Théorie générale de la gestion collective. – Logique de droit exclusif de la gestion collective

Simler (Ph.), L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée, JCP, 1971, I, 2413

Singh (A.), Les reproductions éphémères par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses propres missions : quelques réflexions sur le champ d'application de la licence légale de l'article L. 214-1 du Code de la Propriété Intellectuelle., RDPI, n° 122, avril 2001

Singh (A.), Iscovici (J.-M.), Un point sur la qualité de producteur de l'œuvre audiovisuelle, Gaz. Pal., 22 févr. 2005, n° 53, p. 2

Singh (A.), Marinetti (C.), L'obligation du producteur d'assurer la réalisation d'une œuvre audiovisuelle, Légipresse 2005, II, p. 16

Sirinelli (P.),

- Le droit des journalistes, l'œuvre collective et les nouveaux médias, D. Aff., n° 162, 27 mai 1999, p. 9

- L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droits d'auteur et droits voisins », in *Actes du Colloque 2001 de l'ALAI, Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, ALAI-USA, 2002, p. 415

- De nouveaux modèles pour le droit d'auteur, Le point de vue du juriste, Prop. intell., oct. 2007, n° 25, p. 397

Sirinelli (P.), Vogel (L.), Propriété littéraire et artistique et droit de la concurrence, Rapport du CSPLA, févr. 2004

Skowron-Galvez (X.), La relation entre l'auteur et son agent littéraire, Légipresse, n° 234, sept. 2006, II, p. 101

Stoffel-Munck (Ph.), Le préjudice moral des personnes morales, in *Libre droit, Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 959

Stojanovic (M.-N.), Du contrat d'édition, RIDA, 1967, n° 52, p. 79

Strömholm (S.), Le refus par l'auteur de livrer une œuvre de l'esprit cédée avant son achèvement. Etude sur le « droit de divulgation » de la loi du 11 mars 1957, in *Hommage à Henri Desbois, Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 73

Strowel (A.),

- Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents, in *Droit et intérêt*, vol. 3 Gérard (de) Ph. (dir.), Ost F., Kerchove (van de) M., P.F.U.S.L., Bruxelles, 1990, n° 211

- Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ?, *Cahiers de Propriété intellectuelle*, vol. 3, n° 2, janv. 1991, p. 161

Taisne (J.-J.), J.-Cl. civil, Fasc. 40 à 43

Tallon (D.), Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais, in *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 883

Tardieu-Guigues (E.), J.-Cl. Marques-Dessins et modèles, Fasc. 7400, Transmission du droit sur la marque

Thoumyre (L.), Approche contractuelle de l'édition d'œuvres littéraires sur Internet, *Juricom.net*, 15 déc. 1999

Tournier (A.), Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit selon la loi française du 11 mars 1957 ?, RIDA, juill. 1958, XX, p. 3

Tournier (J. -L.),

- Le prix du droit d'auteur, RIDA, avril 1983, n° 116, p. 3

- Le conflit SACEM / Discothèques : « une guerre judiciaire sans précédent », RIDA, 1989, n° 140, 3

Tréfigny (P.), Les contrats d'exploitation, in *Propriétés intellectuelles : unité ou diversité ? Colloque Grenoble 28 nov. 2003*, JCP 2004, Cahiers du droit de l'entreprise, n° 4, p. 16

Valory (S.), Potestativité et requalification du contrat, *Dr. et patrimoine*, juin 1999, n° 72, p. 72

Veaux (D.), mis à jour par Garnier (M.), J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 3120, Contrats en matière de spectacles

Vercken (G.),

- Les accords entre entreprises de presse et journalistes au regard du Code de la propriété intellectuelle : quelques réflexions. *Légipresse*, 2001, n° 187, II, p. 149

- La pratique des clauses relatives à la gestion collective dans les contrats individuels portant sur les droits d'auteur, *Légipresse*, sept. 2002, n° 194, p. 103

- Pratique et rédaction des clauses résolutoires dans les contrats de cession de droit d'auteur, *Prop. intell.*, act. 2003, n° 9

- Réflexions sur les licences « Creative commons », *AFPIDA*, 29 juin 2005

- Le formalisme dans les contrats d'auteurs : un point après la décision de la Cour de cassation du 21 novembre 2006, RIDA, n° 219, janv. 2009, p. 5

Vercken (G.), Vivant (M.), Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, *Cahiers du droit de l'entreprise*, n° 2, 2000, p. 18

Vergnaud (Ph.), Les droits du peintre sur son œuvre, D., 1966, chron. 1975

Vial-Pedroletti (B.), J.-Cl. Civil Code, Art. 1708 à 1762, Fasc. 85 : Bail d'habitation. Généralités. Définition du contrat de bail

Virenque (A.), Les contrats de diffusion télévisuelle de films cinématographiques, in *Cinéma et télévision*, Ch. Debbasch et C. Gueydan (dir.), PUAM-Economica, coll. Droit de l'audiovisuel, 1992, p. 171

Vivant (M.),

- A propos des « biens informationnels », JCP G, 1984, I, 3132

- Le logiciel au pays des merveilles, JCP, 1985, I, 3208

- Touche pas à mon filtre !, JCP E, 1993, I, 275

- Pour une épure de la propriété intellectuelle, in *Propriétés intellectuelles, Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 415

- L'informatique dans la théorie générale du contrat, D., 1997, chron., p. 117

- La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, RIDE, 2006/4, t. XX, 4, p. 361

Vogel (L.) et (J.), Vers un retour des contrats perpétuels ? Evolution récente du droit de la distribution, CCC, août-sept. 1991, p. 1

Walter (M.), La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur et les conflits de lois, RIDA, janv. 1976, p. 45

Werra (de) (J.), Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le DMCA, les directives européennes et d'autres législations, in *Congrès de l'ALAI, New York, journées du 13 au 17 juin 2001, Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*

Wester-Ouisse (V.), Le préjudice moral des personnes morales, JCP G, 2003, I, 145

Younes (C.), Le droit de la propriété littéraire et artistique à l'épreuve des débats sur la rétroactivité de la résolution judiciaire, RLDI, févr. 2006, n° 371, p. 17

Zenati (F.),

- Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ., 1993, p. 305

- Du droit de reproduire les biens, D., 2004, p. 962

Notes de jurisprudence, commentaires, observations et conclusions

Agostini (E.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, D., 1999, jur. p. 319

Allaeyts (Ph.), obs. sous :

- CA Paris, 16 févr. 2005, D., 2005, AJ., p. 2523

- Cass. com., 31 janv. 2006, D., 2006, AJ., p. 861

- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, D., 2007, p. 316

Alleaume (Ch.), notes sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 6 juil. 2000, Droit de la famille, mars 2001, chron. 6, p. 18

- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, Légipresse, 2007, II, p. 187

Aubert (J.-L.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, Defrénois, 1990.358

Auroux (J.-B.), Coste (L.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, RLDI, févr. 2007, n° 24, p. 18

Atias (Ch.), note sous :

- Cass. com., 28 janv. 1980, JCP, 1980, II, 19416

Aynès (L.), obs. (RDC et Dr. et patrimoine) et notes sous (D.) :

- Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, D. 1995, 122

- Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), D., 1996, jur. 17

- Cass. com., 10 juill. 2007, RDC 2007, p. 1107

- Cass. civ. 3^e, 9 décembre 2009, Dr. et Patrimoine n° 194 juill.-août 2010, p. 103

Aynès (L.), Crocq (P.), note sous :

- Cons. const., déc., 14 oct. 2009, n° 2009-589 DC, D., 2009, p. 2559

Azéma (J.), obs. sous :

- Cass. com., 10 janv. 1995, RTD com., 1996, p. 269

Baudouin, concl. sous :

- Cass. civ., 25 juin 1902, D. P., 1903, I, p. 5

Becqué (E.), note sous :

- Cass. civ., 27 janv. 1947, JCP, 1947, II, 3627

Becqué (J.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1955, JCP, 56, II, 9216

Bénabent (A.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 1996, D., 1997, 145

Benabou (V.-L.), notes sous :

- Cass. ass. plén., 7 mai 2004, Prop. intell., 2004, p. 817

- CJCE 4^e ch., 17 avr. 2008, aff. C-456/06, Peek et Cloppenburg c. Cassina S.p.A, Prop. intell., 2008, p. 339

Benaroudj (M.), obs. sous :

- CA Versailles, 15 juin 1992, *Expertises*, 1992, p. 350

Bergel (J.-L.), Bruschi (M.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, *RD imm.*, 1999, p. 859

Billemont (J.), obs. sous :

- Cass. civ. 3^e, 9 déc. 2009, *D.*, 2010, p. 476

Bouloc (B.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995, *RTD com.*, 1996, p. 108

Boursigot (H.), note sous :

- *TGI Seine*, 2 nov. 1965, *JCP G*, 1966, II, 14577

Bruguière (J.-M.), obs. (Prop. int., Dr. et patrimoine) et note (D.) sous :

- Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *D.*, 2004, jur., p. 1545

- Cons. const., décision n° 2044-499, 29 juill. 2004, *Prop. intell.*, 2005, p. 225

- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, *Dr. et patrimoine* 2007, n° 156, p. 42

- Cass. civ. 1^{re}, 13 févr. 2007, *Prop. intell.*, 2007, n° 23, p. 207

- Cass. com. 1^{er}, juill. 2008, *Prop. intell.* 2008, n° 29, p. 419

Bruguière (J.-M.), Gleise (B.), note sous :

- Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Légipresse*, 2004, III, 117

Candé (de) (P.), obs. sous :

- CA Paris, 29 sept. 2004, *Prop. intell.* 2005, p. 450

- CA Paris, 22 févr. 2006, *Prop. intell.* 2006, p. 463

Carbonnier (J.), obs. sous :

- Cass. civ., 24 oct. 1950, *RTD civ.*, 1951, p. 391

- Cass. civ., 29 nov. 1955, *RTD civ.*, 1956, p. 548

Caron (Ch.), obs. (CCE) et notes sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1993, *Petites Affiches*, 1994, n° 100, p. 10

- *TGI Paris ord. réf.*, 14 août 1996, *RIDA*, janv., 1997, p. 380

- Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *CCE*, oct. 1999, comm. 8

- *TGI Paris*, 30 nov. 1999, *CCE*, 2001, comm. 87

- Cass. civ. 1^{re}, 6 juil. 2000, *CCE*, 2001, comm. 99

- Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2001, *CCE*, avril 2001, comm. 34

- CA Paris, 14 févr. 2001, *CCE*, 2001, comm. 25

- Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, *CCE*, 2002, comm. 19

- Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2002, *JCP E*, 2002, 1121

- Cass. com., 5 nov. 2002 et CA Angers, 10 sept. 2001, *CCE*, janv. 2003, comm. 1

- Cass. civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, *CCE* 2003, comm. 2

- Cass. soc., 10 juill. 2002, *JCP G*, 2003, II, 10 000

- CA Paris, 28 mai 2003, *CCE*, 2003, comm. 102

- CA Poitiers, 14 mai 2003, *CCE*, oct. 2003, comm. 92

- Cass. com., 24 sept. 2003, *D.*, 2003, jur. p. 2783

- Cass. com., 29 oct. 2003, *JCP G*, 2004, I, 113

- CA Paris, 12 févr. 2003, *CCE*, juin 2003, comm. 57

- Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, *CCE*, 2003, comm. 21

- Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *JCP*, 2004, II, 10185

- CA Paris 4^e ch. A, 12 mai 2004, *CCE*, janv. 2005, comm. 1

- CA Paris, 15 déc. 2004, *CCE*, 2005, comm. 28

- CA Paris, 16 févr. 2005, CCE, 2005, comm. 169
- CA Paris 4^e ch. B, 25 nov. 2005, CCE, 2006, comm. 40
- Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2005, CCE, juill. 2005, comm. 109
- Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, CCE, févr. 2006, comm. 18
- Cass. civ. 1^{re}, 15 févr. 2005, CCE, avril 2005, comm. 61
- Cass. com., 31 janv. 2006, CCE, 2006, comm. 58
- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006 (n° 02-44.718), CCE, 2006, comm. 119
- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006 (n° 04-15.456), CCE, févr. 2007, comm. 20
- CA Paris, 22 mars 2006, JCP G, 2006, I, 162
- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, CCE, janv. 2007, comm. 3
- Cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 2006, JCP G, 2007, I, 101
- Cass. civ. 1^{re}, 13 févr. 2007, CCE, 2007, comm. 53
- CJCE 4^e ch., 17 avr. 2008, CCE, juill. 2008, comm. 87
- Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2008, CCE, mai 2008, comm. 64
- Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, CCE, avril 2009, comm. 32
- Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 2009, CCE, 2009, comm. 52
- Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2009, CCE, févr. 2010, comm. 12
- CA Poitiers, 29 juill. 2010, CCE, juin 2011, comm. 51
- Cass. civ. 1^{re}, 30 sept. 2010, CCE, 2010, comm. 119
- Cass. crim., 18 janv. 2011, CCE, juill. 2011, comm. 64

Castets-Renard (C.), note sous :

- Cass. com., 24 sept. 2003, JCP E, 2004, 114

Chazal (J.-P.), note sous :

- Cass. com., 20 janv. 1998, JCP G, 1999, II, 10018

Choisy (S.), obs. sous :

- TGI Paris, 9 juill. 2008, Légipresse, n° 256, nov. 2008, III, p. 191

Claudet (E.), obs. sous :

- Cass. com., 26 nov. 2003, RTD com., 2004, p. 461

Chevet (P.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, JCP E, 1999, 148

Chevrier, concl. :

- CA Paris, 3 mai 1878, S. 1878, II, 204

Colin (A.), note sous :

- Cass. civ., 25 juin 1902, Lecocq, D. P., 1903, I, 5

Colombet (C.), obs. sous :

- CA Paris, 5 juill., 1979, D., 1981, IR, 84
- CA Paris 12 févr. 1980, D., 1982 IR, 47
- CA Paris 4 mars 1980, D., 1981, IR, 82
- CA Paris 4^e ch. B, 22 juill. 1981, D., 1983, somm. 94
- Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1982, D., 1983, IR, 96
- Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1982, D., 1983, IR 99
- Cass. civ. 1^{re}, 5 juin 1984, D. IR, 312
- CA Paris, 28 nov. 1984, D., 1985 IR, 316
- Cass. civ. 1^{re}, 18 févr. 1986, D., 1987, somm. 157
- Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986, D., 1987, somm. 154
- CA Versailles, 20 janv. 1987, D., 1988, somm. 207
- CA Paris 1^{re} ch. A, 25 avril 1989, D., 1990, somm. 58

- CA Paris, 25 oct. 1991, D., 1993, somm. 93

Cornu (G.), obs. sous :

- Cass. civ. 3^e, 26 févr. 1971, RTD civ., 1971, p. 867

Cornu (M.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, RIDA, oct. 1999, n° 182, p. 149

Coste (L.), obs. sous :

- CA Paris 4^e ch., 9 mars 2005, RLDI, juin 2005, n° 160

Cottin-Perreau (F.), note sous :

- CA Paris, 26 avril 2006, Légipresse, n° 236, nov. 2006, III, p. 217

Dagorne-Labbé (Y.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, JCP, 1990, II, 21546

- Cass. ass. plén., 27 oct. 2006, Defrénois, 2007. 431

Daleau (J.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, D., 2003, AJ. 559

- CA Paris, 14 mai 2002, D., 2002, AJ. 2535

- Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2002, D., 2002, p. 1908

- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, D., 2006, AJ. 1819

- Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, D., 2007, p. 586

Daverat (X.), obs. sous :

- CA Paris 1^{re} ch., 14 avr. 2010, CCE, avril 2011, chron. 4

Deboissy (F.), note sous :

- CE, 18 sept. 1998, RJ com. 1999/9, n° 1537, p. 353, n° 10

Debet (A.), obs. sous :

- CA Paris 1^{re} ch., 14 avr. 2010, CCE, 2010, comm. 74

Decocq (G.), obs. sous :

- CA Paris, 15 juin 1999, CCE, 1999, comm. 48

- Cons. conc., 22 déc. 1999, CCE, 2000, comm. 69

- Cass. com., 30 mai 2000, CCE, 2000, comm. 82

- Cass. com., 26 nov. 2003, CCE, 2004, comm. 20

Delpech, note sous :

- CA Paris, 7 déc. 1967, JCP, 1967, II, 14218

Depadt-Bels (M.), obs. sous :

- TGI Paris (ord. réf.), 10 avril 2002, Gaz. Pal., 24 juill. 2003, n° 205, p. 41

Derieux (E.), notes sous :

- CA Lyon, 9 déc. 1999, JCP G, 2000, II, 10280

- Cass. com., 30 mai 2000, Légipresse, 2000, III, p. 164

Derruppé (J.),

- Cass. com., 11 juin 1979, RTD com., 1979, p. 708

- Cass. com., 5 nov. 1985, RTD com., 1986, p. 392

Desbois (H.), notes (D.) et obs. (RTD com.) :

- Cass. civ., 14 mai 1945, D., 1945, p 285
- CA Paris, 7 nov. 1951, RTD com., 1953, p. 115
- CA Paris, 19 janv. 1953, D., 1953, p. 409
- CA Paris, 30 mai 1962, D., 1962, p. 570
- Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1982, RTD com., 1983, p. 435

Desjardins, concl. :

- Cass. civ., 14 mars 1900, DP., 1900.1.497

Djigo (A.), note sous :

- Cass. civ. 3^e, 16 nov. 1994, JCP G, 1995, II, 22391

Drai (L.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, JCP S, 2007, 1202

Dreyer (E.), note sous :

- Cass. ass. plén., 7 mai 2004, D., 2004, jur. 1545

Durrande (S.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, RIDA, n° 164, avril 1995, p. 3

Edelman (B.), notes sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2005, D., 2006, jur. p. 661
- Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 1994, D., 1994, jur. p. 405
- Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1982, D., 1983, jur. p. 33
- Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1995, D., 1996, jur. p. 114

Esmein (A.), notes sous :

- Cass. civ., 16 août 1882, S., 1884, 1, 33
- T. com. Seine, 4 juin 1896, S., 1899, 2, 217

Esmein (P.), notes sous :

- CA Paris, 23 févr. 1938, S., 1938, I, p. 169
- Cass. civ., 16 juillet 1951, JCP, II, 6717
- Cass. civ. 1^{re}, 7 févr. 1962, D., 1962, p. 433
- CA Paris, 14 mars 1962, D., 1962, p. 104

Fages (B.), obs. sous :

- Cass. com., 10 juill. 2007, RTD civ., 2007, p. 773

Françon (A.), notes sous (JCP) et obs. sous (RTD com.) :

- CA Paris, 5 juill., 1979, RTD com., 1980, p. 245
- Cass. soc., 8 mai 1980, RTD com., 1980, p. 549
- Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 1980, RTD com., 1981, p. 749
- Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 1988, RTD com., 1988, p. 629
- Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1991, JCP, 1991, II, 21731
- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993, D., 1994, jur., p. 78.
- Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, RTD com., 1994, p. 272
- Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1995, JCP G, 1996, II, 22581
- Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, JCP G, 1996, II, 22581
- Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, RTD com., 1998, p. 592
- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, RTD com., 1999, p. 397

Frèche, concl. sous :

- CA Paris 1^{re} ch., 19 mars 1947, Gaz. Pal., 1947, 1^{re} sem, p. 184

Galloux (J.-C.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1999, CCE, mai 2000, p. 23, comm. 55

- Cass. com., 4 févr. 2004, D., 2004, somm. 1717

Gaubiac (Y.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, CCE, 1999, comm. 4

Gautier (P.-Y.), notes sous (D., JCP G) et obs. sous (RTD civ., RIDA) :

- Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986, D., 1987, jur. 209

- Cass. com., 19 juin 1990, D., 1991, p. 436

- Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1991 D., 1992, p. 261

- Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, D., 1994, jur. 166

- Cass. com., 9 nov. 1993, RTD civ., 1994, p. 373

- Cass. civ. 1^{re}, 24 nov. 1993, RTD civ., 1994, p. 631

- Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 1994, RIDA, juill. 1994, p. 335

- Cass. com., 2 juillet 1996, RTD civ., 1996, p. 923

- TGI Paris (ord. réf.), 14 août 1996, D., 1996, jur. 490

- Cass. com., 10 mars 1999, JCP G, 1999, II, 10078

- Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, Légipresse, 2001, n° 179, III, p. 28

- Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, RTD civ., 2004, p. 312

- Cass. com., 31 janv. 2006, RTD civ., 2006, p. 339

- Cass. com., 10 juill. 2007, D., 2007, p. 2844

Gény (F.), note sous :

- CA Paris, 6 mars 1933, S., 1935, I, p. 116

Geiger (Ch.), obs. sous :

- Cass. ass. plén., 7 mai 2004, RLDI, juin 2005, p. 6

Ghestin (J.), notes sous :

- CA Paris 2^e ch., 6 déc. 1969, JCP G, 1971, II, 167961

- Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, JCP G, 1995, II, 22371

- Cass. ass. plén., 1^{er} déc. (4 arrêts) JCP G, 1996, II, 22565

- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, D., 2007 p. 277

Greffé (P.), note sous :

- CA Paris, 16 juin 1976, D. 1977, Jur., p. 516

Greffé (F.), notes (D. et JCP E) et obs. (Prop. ind.) :

- CA Paris, 18 sept. 1996, JCP E, 1997, I, 655

- Cass. com., 10 mai 1994, D., 1996, II, 520

- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, Prop. ind., 2007, comm. 33

Guyon (Y.), note sous :

- Cass. com., 3 juin 1986, Rev. sociétés, 1986, p. 585

Hassler (Th.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986, D., 1987, somm. 368

- CA Versailles 1^{re} ch., 27 janv. 1988, D., 1988, somm. 223

- CA Paris, 4^e ch. A, 11 janv. 1989, D., 1989, somm. 298

- CA Paris, 22 oct. 1992, D., 1993, somm. p. 246

- Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995, D., 1996, somm. 70

- CA Nancy, 12 janv. 1993, D., 1996, somm. 70

- Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, D., 1998, somm. 129

Hassler (Th.), Lapp. (V.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 7 avr. 1998, D., 1999, somm. 123
- CA Paris 4^e ch. B, 8 avr. 1998, D., 1999, p. 121
- CA Paris, 15 juin 1999, D., 2000, p. 202

Hassler (Th.), Olsak (N.), note sous :

- Cass. soc., 3 mars 2004, Légipresse, n° 220, III, p. 66

Houtcieff (D.), note sous :

- Cass. com., 10 juill. 2007, JCP G, 2007, II, 10154

Hovasse, note sous :

- Cass. civ. 3^e, 7 mars 2007, JCP N, 2007, I, 1219

Huet (J.), note sous :

- T. com. Paris, 5 juin 1984, D., 1985, I.R., p. 44
- Cass. civ. 3^e, 5 févr. 1985, D., 1986, p. 499

Jamin (Ch.) note (JCP) et obs (D.) :

- Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, JCP G, 1996, I, 3914
- Cass. com., 20 janv. 1998, D., 1998, 413

Jéol (M.), concl. sous :

- Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), JCP G, 1996, II, 22565

Jestaz (Ph.), note sous :

- Cass. civ. 3^e, 5 févr. 1985, Gaz. Pal., 1985, 2, pan., p. 168

Kamina (P.), obs. sous :

- Cass. com., 5 nov. 2002, Prop. ind., janv. 2003, comm. 5
- Cass. com., 28 janv. 2003, Prop. ind., avril 2003, comm. 32
- Cass. com., 4 févr. 2004, Prop. ind., 2004, comm. 35

Kerever (A.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 1994, RIDA, n°165, juill. 1995, p. 249
- CA Paris 4^e ch., 11 juin 1997, RIDA, oct. 1997, p. 255
- Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, RIDA, 1998, n° 177, p. 213
- CA Paris 1^{er} juill. 1998, RIDA, janv. 1999, p. 327
- CA Paris 4^e ch., 9 oct. 1995, RIDA, avr. 1996, p. 311
- CA Paris 25 juin 2003, RIDA, janv. 2004, p. 181
- CA Paris 4^e ch., 10 déc. 2004, RIDA, avr. 2005, p. 286
- CA Paris 16 févr. 2005, RIDA, juill., 2005, p. 323
- Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2005, RIDA, 2006, n° 207, p. 349
- CA Paris 22 mars 2006, RIDA, juill. 2006, p. 285

Lallement (A.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, JCP E, 2007, 1114

Lancrenon, (Th.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2008, D., 2008, p. 1317

Le Cannu (P.), note sous :

- Cass. com., 13 janv. 1998, Rev. sociétés, 1998, p. 103

Le Cannu (P.), Dondero (B.), obs. sous :

- Cass. com., 10 juill. 2007, RTD com., 2007, p. 786

Leloup (J.-M.), note sous :

- Cass. com., 5 novembre 1968, JCP G, 1969, II, 15939

Leveueur (L.), notes sous :

- Cass. com., 29 janv. 1991, JCP G, 1991, II, 21751

- Cass. civ. 1^{re}, 24 nov. 1993, CCC, 1994, n° 20

- Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, JCP E, 1995, II, 662

- Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), JCP E, 1996, II, 776

- Cass. com., 16 déc. 1997, CCC, 1998, n°39

- Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, CCC, 2004, n°53

- Cass. com., 31 janv. 2006, CCC, 2006, n° 79

- Cass. ass. plén., 27 oct. 2006, JCP N, 2007, 1101

Lindon (R.), concl. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1968, D., 1969, p. 73

Libchaber (R.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, Defrénois, 2002, 37 486, p. 251

Lienhard (A.), obs. sous :

- Cons. const., déc., 14 oct. 2009, n° 2009-589 DC., D., 2009, act. lég. p. 2412

Loiseau (G.) obs. sous :

- Cass. com., 24 sept. 2003, JCP G, 2004, I, 123

Lucas (A.), obs. sous :

- CA Paris, 23 octobre 1990, RIDA, oct. 1991, n° 150, p. 134

- CA Paris, 14 févr. 2001, Prop. intell., 2001, n° 1, p. 60

- Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, Prop. intell., avr. 2002, p. 61

- CA Paris, 4^e ch., 22 oct. 2003, Prop. intell., janv. 2004, p. 556

- Cass. soc., 3 mars 2004, Prop. intell., 2004, n° 13, p. 917

- Cass. com., 28 avril 2004, Prop. intell., janv. 2005, p. 62

- CA Paris 4^e ch., 10 déc. 2004, Prop. intell., 2005, n° 15, p. 175

- CA Paris 4^e ch. B, 18 nov. 2005 et CA Paris 4^e ch. B, 25 nov. 2005, Prop. intell., avr. 2006, p. 183

- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, Prop. intell., 2006, p. 442

- Cass. civ. 1^{re}, 5 juill. 2006, Prop. intell., juill. 2006, n° 21, p. 451

- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, Prop. intell., janv. 2007, p. 93

- Cass. civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, Prop. intell., 2007, avr. 2007, p. 219

- Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, Prop. intell., avr. 2009, p. 169

- CA Paris, 19 mars 2010, Prop. intell., juill. 2010, p. 851 et p. 854

Lucas (H.-J.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 15 oct. 1996, JCP E, 1997, I, 683

Lyon-Caen (Ch.), notes sous :

- Cass. civ., 25 juillet, 1887, DP, 1888, I, 5

- Cass. civ., 25 juin 1902, S., 1902, I, 305

Macrez (F.), obs. sous :

- Cass. com., 2 déc. 1963 ; CA Paris, 2 juill. 1981 ; CA Paris, 2 juin 1988, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2004, p. 309

Maffre-Baugé (A.), obs. sous (Grands arrêts) et note sous (Légipresse) :

- Cass. civ. 1^{re}, 6 nov. 1979 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993 ; Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 2001, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2004, n° 14
- Cass. soc., 10 juill. 2002, Légipresse, 2002, n° 195, III, p. 174

Mainguy (D.), note sous :

- Cass. com., 22 oct. 2002, JCP G, II, 10 038

Malaurie-Vignal (M.), notes sous :

- Cass. com., 20 févr. 2007, CCC, mai 2007, comm. 121
- Cons. conc., 22 déc. 1999, Petites affiches, 2000, n° 228, p. 14

Mallet-Poujol (N.), obs. sous :

- CJCE, 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann et al. c. Commission des CE (affaire « Magill ») aff. C-241/91P et C-242/91P, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), Dalloz, 2004, n° 5, p. 59

Mathieu-Izorche (M.-L.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 1996, CCC, 1997, chron. n° 8 et 9

Maublanc (J.-P.), obs. sous :

- Cass. com., 20 nov. 2007, JCP N, n° 4, 25 janv. 2008, 1061

Masquart (P.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, JCP E, 2006, 1896

Mazeaud (D.), obs. sous :

- Cass. com., 20 janv. 1998, D., 1998, somm. 114
- Cass. com., 30 oct. 2000, D., 2001, somm. 3241
- Cass. com., 10 juill. 2007, RDC 2007, p. 1110

Mestre (J.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 1983, RTD civ., 1985, p. 166
- CA Paris 4^e ch. A, 11 janv. 1989, RTD civ., 1989, p. 284
- CA Paris 1^{re} ch. A, 25 avril 1989, RTD civ., 1989, p. 284
- Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, RTD civ., 1995, p. 358
- Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, RTD civ., 1996, p. 906
- Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), RTD civ., 1996, p. 153
- Cass. com., 18 mars 1997, RTD civ., 1997, p. 927
- Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, RTD civ., 1998, p. 668

Montels (B.), obs. sous :

- TGI Paris, 17 nov. 2006, CCE, 2007, chron. 6, n° 12
- T. com. Marseille, 17 févr. 2010, CCE, juin 2010, chron. 6

Mousseron (J. M.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, JCP E, 1998, p. 1047

Mousseron (J. M.) et Raynard (J.), obs. :

- Cass. com., 19 juin 1990, JCP E, 1991, I, 104

Nast (M.), notes sous :

- CA Paris, 6 mars 1931, DP, 1931, 2, p. 88
- T. civ. de la Seine, 1^{er} avril 1936, D., 1936, II, p. 65

Patarin (J.), obs. sous :

- CA Versailles, 20 janv. 1987, RTD civ., 1988, p. 802
- Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1991, RTD civ., 1992, p. 160

Périnet-Marquet (H.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, JCP G, 1999, I, 175

Piotraut (J.-L.), Dechristé (J.-P.), note sous :

- Cass. soc., 3 mars 2004, D. 2004, jur., p. 2494

Plaisant (R.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1982, JCP, 1982, II, 19756

Plana (S.), note sous :

- Cass. crim., 2 nov. 2005, JCP, 2006, II, 10031

Planiol (M.), notes sous :

- CA Orléans, 13 juill. 1892, D.P., 1893, II, 329
- Cass. civ., 14 mars 1900, D., 1900, I, 497

Pollaud-Dulian (F.), obs. sous (RTD com.) et notes sous (JCP G) :

- Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, JCP G, 1991, II 21760
- Cass. com. 24 sept. 2003, RTD com., 2004, p. 284
- TGI Paris 5 nov. 2003, RTD com., p. 277
- Cass. Soc. 3 mars 2004, RTD com., 2004, p. 726
- Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2005, RTD com., 2005, p. 494
- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, RTD com., 2007, p. 363
- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, JCP G, 2006, II, 10138
- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, RTD com., 2006, p. 593
- Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, RTD com., 2009, p. 307

Puig (P.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006, RDC, avril 2007, n° 2, p. 403
- Cass. civ. 1^{re}, 18 févr. 2009, RDC, juillet 2009, n° 3, p. 1138

Randrianirina (I.-A.), obs. sous :

- CA Paris 4^e ch. A, 26 janv. 2005, JCP E, 2005, 1863

Ratovo (A.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, JCP E, 2002, 223

Raynard (J.), notes sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1991, D. S., 1993, jur., p. 197
- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993, JCP G, 1993 II, 22161
- TGI Paris 3^e ch., 3^e sect., 6 mars 2001, JCP E, 2001, p. 1952
- Cass. com., 26 févr. 2002, Prop. ind., févr. 2003, p. 18, n° 8
- CA Paris, 14 nov. 2001, Prop. ind., oct. 2002, chron. 8
- Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2002, JCP G, 2003, II 10 016

Raynouard (A.),

- Cons. const., déc., 14 oct. 2009, n° 2009-589 DC., JCP N, 2010, 1014

Rémy (Ph.), obs. sous :

- TGI Paris, 26 mai 1983, RTD civ., 1984, p. 121

- Cass. civ. 3^e, 5 févr. 1985, RTD civ., 1985, p. 737
- Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 1988, RTD civ., 1989, p. 570

Renault (Ch.-E.), note sous :

- CA Paris, 15 juin 1999, Légipresse, 1999, III, p. 94

Revet (Th.), obs. sous :

- Cass. com., 24 sept. 2003, RTD civ., 2004, p. 117
- Cass. ass. plén., 7 mai 2004, RTD civ., 2004, p. 528
- Cons. const., décision du 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, RTD civ., 2006, p. 791
- Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, RTD civ., 2008, p. 322
- Cass. civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, RTD civ. 2008, p. 126
- Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 2008, RTD civ., 2009, p. 342

Roux (M.-A.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, Légipresse, n° 237, III, p. 238

Sainte-Rose (J.), concl. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, D., 1999, jur., p. 319

Sailleilles (R.), note sous :

- CA Paris, 1^{er} févr. 1900, S., 1900, II, 121

Savaux (E.), obs. sous :

- Cass. civ. 3^e, 11 janv. 2006, Defrénois, 2006, n° 38385

Serna (M.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, JCP E, 1999, 819

Seube (J.-B.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, RDC, 2004, p. 714

Singh (A.), notes sous :

- Cass. com., 29 oct. 2003, JCP E, 2004, 290
- Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2005, JCP E, 2005, 1170

Sirinelli (P.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, RIDA, 1992, n° 1, p. 283
- TGI Versailles, 19 nov. 1991, Expertises, mai 1992, p. 184
- Cass. civ. 1^{re}, 16 déc. 1992, RIDA, 1993, n° 2, p. 193
- CA Paris, 14 févr. 2001, D., 2001, somm. p. 2637
- Cass. soc., 21 juin 2004, D., 2005, pan. p. 1494
- CA Paris, 22 mars 2006, D., 2006, 2991
- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, RIDA, 2006, p. 203
- Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, RIDA, janv. 2007, p. 265

Schmidt-Szalewski (J.), notes sous :

- TGI Paris (ord. réf.), 10 avril 2002, Prop. ind., avril 2003, comm. 35
- Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, Prop. ind., mars 2006, comm. 27
- Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, Prop. ind., 2006, comm. 82

Stoffel-Munck (Ph.), obs. (CCE, RDC) et note (D.) sous :

- Cass. com., 14 janv. 2003, CCE, nov. 2003, comm. 110, p. 36
- Cass. com., 24 sept. 2003, CCE, 2004, comm. 32, p. 35
- Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, RDC, 2004, p. 547

- Cass. com., 10 juill. 2007, D., 2007, p. 2839

Tafforeau (P.), note sous :

- Cass. soc., 20 déc. 2006, Légipresse, mai 2007, III, p. 94

Thomat-Raynaud (L.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, D., 2007, p. 963

Treppoz (E.), note sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, JCP G, 2004, II, 10149

Valéry (J.), note sous :

- T. com. Seine, 4 juin 1896, D. P., 1898, II, 73

Vivant (M.), obs. sous :

- Cass. com., 5 janv. 1983, JCP E, 1983, II, 14261, 340

Wallet (J.-M.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1995, JCP E, 1996, I, 580

Zenati-Castaing (F.), obs. sous :

- Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1999, RTD civ., 1999, p. 859

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

- Abus de droit** : 302 s., 723 s.
- Accession mobilière** : 58, 276, 576, 630, 851
- Accessoire** : 279, 578, 592, **611 s.**
(*V. Délivrance*)
- Acte d'administration / de disposition** : 231, 441
- pouvoirs de l'usufruitier : 401
- Acte unilatéral de volonté** : 202, 661
- Action en contrefaçon** : **428 s.**
- droit voisin (producteur) : 433
- (et) gestion collective : 231
- habilitation du licencié : 431 s.
- nature duale 430 s.
- obligation de garantie : 822
- propriété industrielle : 432
- qualifications contractuelles : 430 s.
 en droit d'auteur : 435 s.
- Adaptation** : (*V. Contrats d'adaptation*)
- Affectio societatis** (*V. Société, contrat de – ; V. Sociétés de gestion collective*)
- Agent littéraire** : 651
- Analogie** : 221
- Apports** (*V. Société, contrat de – ; V. Sociétés de gestion collective*).
- Art libre** (*V. licences libres*)
- Audiovisuel** :
- droit public (et contenu du contrat) : 602 s.
(*V. Contrat d'«achat» de droits de diffusion télévisuelle ; V. Contrat de production audiovisuelle*)
- Auteur** : (*V. Contrat d'auteur*)
- Autorisation** : 120 s., 183, 422

B

- Bail (location, louage de choses)** :
- bail d'exploitation : 158, 560 (édition)
- bail et exploitation : **150 s.**, 163 s.
- bail verbal : 502, 749 s.
- colocation : 413
- conservation de la chose : 778 s., 792
- destination : 264, 732, 790 s.
- droit du preneur (nature) : **VIII**, 45, 146, 149, 156, **275 s.**, 405
- durée : 337 s. (baux spéciaux 340)
- exclusivité : 412 s.
- loyer (*V. prix*)
(*V. Garantie ; V. Licence ; V. Obligation d'exploitation ; V. Sous-contrat*)

Banques d'images : 627

Biens : 43, 47, **85 s.**, 107

C

- Cession** :
- (et) action en contrefaçon : 437
- caractère définitif et instantané : **329**, 336, **361 s.**
- catégorie résiduelle : 443, 472 s.
- « cession » non exclusive (« atypique ») : **421 s.**, 443, 627
- « cession » temporaire : 378 s.
 propriété : 379 s.
 droit réel : 393 s.
- cessions translatives et constitutives : 14, 396
- exclusivité : 418 s.
- notion : **14**, 25, **123**, 183, 422, **472 s.**
- objet, utilités : 296
- – d'œuvre donnée en licence : 835
- qualification concurrente de licence : **254 s.**
- qualification exclusive de – : 15 s., 254 s.
(*V. Droit réel ; V. Fiducie ; V. Transfert définitif*)

Cession / concession « en bloc » : 433, 803

Cession de contrat : 419, 449, 650, 835

Chaîne de contrats : 590

Chose : 97 (chose incorporelle)
(*V. Bien*)

Chose d'autrui :
- bail (licence) : 834
- vente (cession) : 439

Chronologie des médias : 347

Concession (*V. Licence*)

Condition :
- résolutoire : 383, 385
(*V. Potestativité*)

Consentement :
- exigence du consentement personnel de l'auteur donné par écrit : 649 s.
 fondements : 655 s.
 portée : 650 s.
- vice du consentement : 747 (erreur)

Contrats :
- démembrement du droit d'auteur : 16 s., 403
- nature : 256 s.
- originalité ou banalité : 11 s.

Contrats « 360 ° » (contrats à droits multiples) : 448, **636**

Contrat autorisant l'usage d'un nom : 818

Contrat-cadre : **617**, 799, 847

Contrats d'« achat » de droits de diffusion télévisuelle : **610 s.** (*licence*)
- clauses de durée : 355
- durée des exclusivités : 602 s.
- location d'ensemble : 618
- obligation d'exploitation : 759
- *output deal* : 619
- préachat : 618

Contrats d'adaptation : **629 s., 703 s.**
- autorisation : 704 (moment)
- contrat d'exploitation : 634
- contrat forcé : 851
- « droits » d'adaptation : **672** (*remake, prequel, sequel, spin off*), 704, 819
- droits moraux (respect) : 287
- durée : 346
- formalisme : 666, **705 s.**
- garantie : 819
- licence / cession : 632

(*V. Accession mobilière ; V. Licence de droits dérivés ; V. Traduction*)

Contrat d'auteur / contrat de droit d'auteur : 726 s. (*distinction*)

Contrat de commande : (*V. Contrat de commande pour la publicité ; V. Contrat d'entreprise*)

Contrat de commande pour la publicité :
- qualification : 580 et ss.
- qualification de l'autorisation : 506 s.

Contrat de commission : 566, **639**
(*V. Contrats de distribution*)

Contrat de communication de savoir-faire : 75, 97 s., **105**

Contrat complexe : 447, 468 et s., 578
(édition), 592 (production), 611 (support), 620

Contrat à compte d'auteur / de compte à demi : 540

Contrat de concession des droits de représentation cinématographique
(*V. Contrat de location de films*)

Contrats de distribution : 368, **638 s.**
(*V. Contrat de commission ; V. Utilités de l'œuvre – droit de distribution*)

Contrat d'édition : 530 s.
- complexité : 578
- durée des obligations / du contrat : 482
- exclusivité : 479
- modalités d'exploitation : 535 s.
- qualification de l'autorisation : 478 s. (*licence* : 487)
- rattachements : (*V. aussi ces mots*)
 bail : 558 s.
 entreprise : 567 s.
 fiducie : 555
 mandat : 563 s.
 société : 549 s.
 vente : 557
- réédition : 485, 659.
- résiliation unilatérale : 483 s.
- risque éditorial : 540
- titre onéreux / gratuit : 541 s. (*V. Prix*)

Contrat d'édition de vidéogrammes : 589

Contrat d'édition musicale : 470

Contrat d'édition numérique (ou électronique) :

- durée : 480
- livre numérique (exemplaires) 536, 600
- prix : 533
- rattachement au contrat d'édition : 635

Contrat d'enregistrement exclusif : 847

Contrat d'entreprise : 567 s.

- commande : 71, 315 s. (achèvement), 585 (production), 632, 712 s., 733
- définition : 101
- détermination du prix : 799
- exécution forcée : 315
- fourniture de la matière : 102, 570 s.
- « licence » d'utilisation de logiciel : 101 s.
- mise à disposition (*praestare*) : 572
- titre onéreux / gratuité : 569
- transfert de propriété : 315, 576 (exemplaires), 588 (œuvre)
- travail spécifique, produit spécifique : 102 s., 574
(*V. aux différents contrats*)

Contrat d'exploitation : 454

- (et) cession : 466 s.
- (et) contrat d'autorisation : 454 s. ; 464 s. (distinction) ; 475 s. (influences) ; 644 s. (régimes)
- (et) licence : 466 s.
(*V. Contrat d'auteur*)

Contrat d'exposition (licence) : 628

Contrat de franchise : 449

Contrat de location de films : 16, 368, 603 (durée), 599, 610 s. (licence)

Contrat de mandat : (*V. Mandat*)

Contrat de « mise en ligne » d'une œuvre : 597, 637

Contrat de production audiovisuelle : 581 s.

- complexité : 582 s.
- coproductions (*V. Sociétés*)
- durée : 501 (cession : 498 ; licence : 503 s.)
- effet translatif : 588
- modalités d'exploitation : 586, 589
- présomption de « cession » :
qualifications : 500 s.

régime, portée : 681 s.

- producteur : 589
- qualification de l'autorisation : 496 s.
- rattachements :
bail : 587 s.
entreprise : 590
fiducie : 591
mandat : 590
vente : 587 s.

Contrats de représentation :

- contrat général : 614 s.
qualifications : 617
- contrat simple : 594 s.
durée : 491 (réglementation), 600, 601s. (pratiques)
exclusivité : 492, 600 (et durée).
nature de l'autorisation : 490 s.
qualification (intérêt) : 597 s.
rattachements : 605 s.
- entrepreneur de spectacles : 609
(*V. support matériel*)

Contrat de travail :

- artiste-interprète 847
- (et) formalisme 712 s.
- logiciels 710
- production audiovisuelle 585, 683

Contrat forcé : 792 (*V. Contrats d'adaptation ; V. Refus de licence*)

Contrat innommé / sui generis :

- cession : 513
- cession « atypique » : 627
- (et) Code civil : 524
- innommés : 135, 421 s.
- licence : 513
- nommé ou innommé :
catégories alternatives : 525, 642.
contrat d'autorisation : 625 s.
contrat d'exploitation : 636 s.
typologies : 622 s.
- notions (nommé / innommé / sui generis) : 518 s.
- sources de nomination : 522 s.

Convention de non-opposition : 74, 829

Copyleft : (*V. licences libres*)

Création :

- fait de – : 655

Creative commons : (*V. licences libres*)

Crédit-bail : 271

D

Délivrance : 802 s.

Démembrement : 264, 403, 421 (« cession » non exclusive)
(V. *Droit réel*)

Dessins et modèles :

- cumul de protections : 128 s., 708
(V. *Licence* ; V. *Unité de l'art*)

Destination de l'œuvre :

- formalisme : 262, **730** s.
- obligation d'exploitation : 263
- qualifications contractuelles :
 cession / licence : 264 s.
 contrat d'exploitation : 673
 (et) obligation de spécification : 455 s.
- (et) transfert de propriété : 264
(V. *Bail*, V. *Droit réel*)

Distinction licence et cession : **254** s., 393 s., 404, 427, 599

- admission doctrinale : 37 s.
- indifférence de la chose : 258
- indifférence des utilités de l'œuvre : 457
- régimes (différences / ressemblances) : 752
- rejet doctrinal : 13 s.
- synthèse : 443

Donation : (V. *Gratuité*)

Droit aux fruits : (V. *Jouissance*)

Droit d'adaptation : (V. *Contrats d'adaptation*)

Droit d'auteur

- conceptions synthétique / analytique : 45, 295, 462, **669**
- droit de clientèle : 40
- droit intellectuel (droit *sui generis*) : 16 s., 35, 39 s.
- dualisme : 20 s., 49 s., 294
- monisme-personnalisme : 33 s., 46 s.
- monisme-réalisme : 27 s., 61 s., 294
- monopole d'exploitation : 39
- (et) nature du contrat : 11 s., 67 s. (synthèse)
- *usus – fructus – abusus* : 166 s.
(V. *Droits moraux* ; V. *Objet du droit d'auteur* ; V. *Utilités de l'œuvre*)

Droit d'auteur « économique » : 736 s.

Droit de la consommation : **312** s., 732

Droit de la concurrence : 75 s., 231, 793
- et *nature* du contrat : 425 s.
(V. *Refus de licence*)

Droit de destination : (V. *Utilités de l'œuvre*)

Droit de distribution : (V. *Utilités de l'œuvre*)

Droits d'exploitation : (V. *Utilités de l'œuvre*)

Droit des marques : (V. *Licence*)

Droit discrétionnaire : **302**

(V. *Abus de droit* ; V. *Droits moraux*)

Droits moraux :

caractères :

- absolu : 292
- droit discrétionnaire : 302 s.
- droit potestatif : **309** s., 661
- droit subjectif : 318
- effets sur le contrat : 298
- inaliénabilité 286 s. (justifications : 290)
- « licence » de droit moral : 289 s.
- nature (V. *Droit d'auteur*)
- origines : 33
- (et) qualifications contractuelles : **292** s., 313
- rattachements au droit civil : 300 s.
- renoncations précaires : 288 (V. *Précarité*)
(V. *Obligation d'exploitation*)

variétés :

- droit de divulgation : 287, 314 s., 655 s.
- droit de paternité : 321
- droit au respect : 320
- droit de retrait ou de repentir : 287, 310 s.

Droits patrimoniaux : (V. *Utilités de l'œuvre*)

Droit personnel :

- (et) droit réel (distinction) : 256 s.
(V. *Distinction licence et cession*)

Droit réel : 146, 156, **166** s., 170, **219** s., 264, 397

- *abusus* : 168
- destination de la chose : 264
- exclusivité : 422
- *fructus* : 150
- obligation d'exploitation : 277

- personnes morales : 402
- pouvoir de l'usufruitier (durée des autorisations) : 401
- usufruit : 18, 46, 156, 159,
- usufruit conventionnel :
 - durée : 397 s.
 - (et) contrat d'auteur : 400 s.
 - (et) licence : 395 s.
- *usus* : 90, 166 s.

Droit d'utilisation / droit d'usage : 106, 150, 169

(*V. Droit réel ; V. Logiciel*)

Durée du contrat de licence : 329 s.

- absence de clause : 345
 - choix d'une durée : 345 s., 369
 - clause de durée : 344 s., 675 s.
 - durée d'existence / d'exécution : 334, 482
 - durée des obligations : 335 s.
 - exécution successive (continue / échelonnée) : 360, 517
 - exigence de délimitation : 333 s.
 - nombre d'actes d'exploitation : 350 s., 671
 - nullité : 345
 - restitution : 329, 845
 - terme suspensif : 347
 - terme extinctif : 348
- (*V. Effet de retour ; V. Formalisme ; V. Précarité ; V. Terme ; V. Transfert définitif*)

Durée du droit d'auteur : 366 s.

- durée matérielle – durée juridique : 365
- perpétuité : 366 s.
- terme incertain : 371

E

Effet / esprit de retour :

- caractère relatif : 362 s., 369
 - esprit de retour : 329 s.
 - manifestations (effet de retour) : 844 s.
 - restitution (distinction) : 845
- (*V. Durée du contrat de licence*)

Engagement perpétuel : 372 s.

Exclusivité contractuelle : 407 s.

- co-exclusivité : 422
- exclusivité et licence : 411 s.
- exclusivité et cession : 418 s.
- (et) exclusivité réelle : 411
- interprétation stricte : 417
- licence simple, ouverte : 416
- qualifications contractuelles : 409 s.

(*V. aux contrats concernés ; V. Garantie d'éviction*)

Exécution forcée : 185, 314 s., 806 (faire / *praestare*), 568, 795, 883 (exploitant), 843

Exploitation :

- engagement de non-exploitation : 73 s.
 - « gel des droits » : 74 (brevets), 76, 779 s. (audiovisuel)
 - (et) jouissance locative : 148 s.
 - personnelle : 416
- (*V. Contrat d'exploitation ; V. Obligation d'exploitation*)

F

Faculté de disposer : 438 s.

- notion : 439
- qualifications contractuelles : 440

Fansubbing : 205

Fiducie : 46 s., 386 s.

- apports : 230
- contrat d'exploitation 390 s., 555
- fiducie innommée 388
- licence 389, 392
- obligation d'exploitation : 774

Force obligatoire : 313

Formalisme du contrat du CPI : 646

- abus de droit : 723 s.
- *ad probationem / ad validitatem* :
 - domaine / contenu : 664 s.
 - articulation des textes : 695 s, 700
- contrat d'autorisation / contrat d'exploitation : 715 s.
- critère d'application : 725 s.
 - (et) destination : 730 s.
- (et) durée du contrat : 675 s.
 - sanctions : 676 s.
- exclusion du formalisme (contrat tacite) : 701 s.
 - gratuité : 244
 - (et) licence : 712 s., 721 s.
 - objet du contrat / chose : 667

Formation du contrat : 646 s.

(*V. Consentement ; V. Formalisme*)

G

Garantie : 808 s.

- fondements : 809 s., 829 s.
- qualité des parties : 826 s.

Garantie des vices cachés : 823 s.

Garantie d'éviction : 815 s.

- clauses : 80, 818, 820 (notion de trouble), **831**
- (et) exclusivité / non-exclusivité : 836 s.
- fait personnel : 817 s.
- fait des tiers : 821 s.
- (et) licence : 831 s.

« **Gel des droits** » : (V. *Exploitation* ; V. *Obligation d'exploitation*.)

Gestion collective : (V. *Contrats de représentation* ; V. *Sociétés de gestion collective*)

Gratuité : **240 s.**

- donation : 184
- (et) intérêt 240 s.
- (et) notoriété : 247, 543
- (et) obligation d'exploitation : 248
- titre gratuit :
 - conception objective : 242
 - contrat unilatéral (confusion) : 249
 - intention libérale : 240
- titre onéreux et contrat synallagmatique (distinction) : 249, 543
- (V. *Formalisme* ; V. *Licences libres* ; V. *Prêt à usage* ; V. *Prix*)

I

Idées / informations : 85, 97, 825

Image des biens : 164

Indivisibilité : 592 (et qualifications), 744

Indivision : 212 s., 214, 422

Intention libérale : (V. *gratuité*)

Intérêt commun : 553, 773
(V. *Mandat*).

Intérêt du public / intérêt général : 736 s.

Interprétation stricte (principe) - in favorem auctoris : 500, 671

Intuitu personae :

- adaptation : 632
- apport : 215
- cession d'œuvre donnée en licence : 835
- prêt à usage 184

Intuitu rei : 702 (application des règles protectrices de l'auteur)

J

Jouissance :

- contenu / source : 146, 156, 254
- définitions 155 s.
- droit aux fruits : 159, 276
- exploitation : 148 s., 163 s.
- jouissance locative notion : 157 s.
- jouissance paisible : 412
- jouissance d'utilité : 160
(V. *Obligation de praestare*)

Journalistes : 353

L

Lésion : 843

Liberté contractuelle : 55, 64, 135, 325, 475, **734**

Licence :

- catégorie limitative : 472, 479
- composante d'un contrat d'exploitation : 447 s.
- dessins et modèles : 125 s., 432, 708
- droits voisins : 124, 433
- effet réel : 275
- effet translatif : 276
- éléments essentiels, naturels et accidentels : 172
- licence de droit d'auteur (définitions) : 39, 40, 98, 110, 169, 457, 460, **855**
- « licence gratuite » (V. *Prêt à usage*.)
- licence simple, ouverte : (V. *Exclusivité contractuelle*)
- marques : 707
- présence dans les textes : 115 s.
- propriété industrielle : 415 (exclusivité), 784 s. (obligation d'exploitation)
(V. *Distinction licence et cession* ; V. *Exclusivité contractuelle*)

Licence de dessins et modèles : (V. *Licence* ;
V. *Unité de l'art (principe d' –)*)

Licence de droits dérivés : 460 s., 706
(V. *Merchandising*)

Licence d'invention brevetée : (V. *Licence* ;
- *propriété industrielle*)

Licence légale / obligatoire : XII, 615, 792

Licences libres : 187 s.

- *copyleft* : 190
- définition : 188
- formation : 189
- gratuit et « libre » (distinction) : 196
- gratuité : 190, **196 s.**
- illustrations : 189
- (et) intérêt : 198
- qualification : 193 s.

Licence de logiciel (V. *Licences libres* ;
V. *Logiciel*)

Licence de marques : (V. *Licence*)

« **Licence** » perpétuelle : 373

Location : (V. *Bail*)

Location gérance : (V. *Bail d'exploitation*)

Logiciel :

- ASP (fourniture d'applications hébergées) : 100
- contrat d'entreprise : 101 s.
- délivrance : 805
- dévolution à l'employeur : 710
- droit d'utilisation contractualisé : 92, 106
- droit d'utilisation légal : 89 s.
- exploitation / utilisation : 84 s.
- garantie : 824 (vices cachés)
- licence de droit d'auteur : 96
- licence d'exploitation / « licence » d'utilisation : 95 s., 709.
- logiciel spécifique / progiciel : 100, 103
- vente / bail : 97, 104
(V. *Licences libres* ; V. *Support matériel*)

Louage de choses : (V. *Bail*)

Louage d'ouvrage : (V. *Contrat d'entreprise*)

Louage de services : (V. *Contrat de travail*)

M

Mandat :

- mandat d'intérêt commun : 224
(V. *Agent littéraire* ; V. *Contrat de commission* ; V. *Contrat d'édition*)

Merchandising : 236, 457 s.
(V. *Licence de droits dérivés*)

Mesures techniques de protection : 106 s.

Mise à disposition : **146**, 161, 546, 561, **573**,
788 s., 803 (délivrance)
(V. *Contrat d'entreprise* ; V. *Obligation de praestare* ; V. *Support matériel*)

Mise à disposition du public gratuite (art. L.122-7-1 CPI) : 203

Mode : 345

N

Nature juridique :

- détermination 256
- droit du preneur à bail (V. *Bail*)
(V. *Droit d'auteur*)

Non-concurrence (clause) : 81

Notoriété (ou renommée) : 241, 247
- et droits moraux : 763
(V. *Contrat autorisant l'usage d'un nom*)

O

Objet du contrat : 1, 110 s., **142**
- détermination : 667 s.

- droits moraux (exclusion) : 284 s., **292 s.**
- (et) formalisme : 667
- objet de la prestation : 1, 667
- obligation d'exploitation : 776
- prestation caractéristique : **142 s.**, 154, 592
(V. *Prix*)

Objet du droit d'auteur :

- un droit : 23 / l'œuvre : 6, 62, 165
- (et) obligation de garantie : 825
- principe de spécialité : 85, 97, 167, **295**, **669**

Obligation d'exploitation : 756 s.

- absence de principe général : 757 s.
- bail : 787 s.
- cause : 777 s.
- (et) cession : 274 s., 277 s.
- droit moral : 763
- faculté d'exploiter / fait d'exploitation : 778
- (et) intérêt : 248
- palliatifs : 795
- propriété industrielle : 784 s.
- (et) qualifications : 151, **280**, 783
- recherche de fondements : 277, **760** s.
 - droit commun : 771 s.
 - droit spécial : 762 s.

(V. *Prix*)

Obligation de *praestare* (donner à usage) :
146, **161**, 561

Œuvre :

- destination (V. *Destination de l'œuvre*)
- genre : 455 s.
- mode d'exploitation : 455 s.
- nature juridique (V. *Droit d'auteur*)

Œuvre composite : (V. *Contrats d'adaptation*)

Œuvre dérivée : (V. *Contrats d'adaptation ; V. Licence de droits dérivés*)

Œuvre dite « sous licence » : 205, 457

Œuvre future : 585, 804

- « Cession » globale (prohibition) : **614**, 619 (application à la licence)
- option (commande, dédit) : 623
- *Output deal* : 619
- pacte de préférence 351

Œuvre « libre » : V. *Licences libres*.

Ordre public (dispositions impératives) :
138 s., **260** s., 602

- application à la licence : 139 s., 721 s.
- protection de l'auteur : 138
- (et) qualifications : 138

P

Potestativité :

- achèvement de l'œuvre : 315
- condition potestative : 308, 623, **780**
- dédit : 308, 623
- droit discrétionnaire / potestativité (distinction) : 308

- droit potestatif : (V. *Droits moraux ; V. Révéré*)
 - faculté d'exploitation : 781
 - notion : 307
 - prix : 795
- terme : 354, 780

Précaire / précarité :

- contrat de précaire (*precarium*) : 184, 357
- convention d'occupation précaire : 358
- durée (distinction) : 338, 356, **358**
- précarité (notion) : 184, **356** (et jouissance) (V. *Droits moraux*)

Prêt à usage (« licence gratuite ») : 180 s.

- caractère unilatéral ou synallagmatique : 249
- cause 240 s.
- éléments essentiels, naturels et accidentels : 250
- exploitation : 184
- formation (contrat réel) : 185
- licence (distinction) : 239
- intéressé : 233 s. (qualification), 243 (régime)
- qualification : 184 s. (V. *Gratuité ; V. Support matériel*)

Prix :

existence et nature :

- cause : 777 s.
- détermination : 796 s.
- élément essentiel : 177
- existence : 181 s. (V. *Gratuité*)
- intérêt (distinction) : 241, 246 s.
- licence : **176** s.
- nature : 205 s., 217 s.
- (et) qualifications : 181 s., 207 s., 218
- validité du contrat : 181

modalités :

- assiette : 181, 269
- à-valoir sur rémunération proportionnelle : 270
- conversion du forfait : 271
- (de) détermination : 267, **796** s.
- durée : 266
- proportionnel ou forfaitaire : 266 s.
 - (et) qualifications : 267 s., 798 s.
 - (et) obligation d'exploitation : 279

Propriété finalisée : 47, 278, 557 (transfert), 790 s. (et destination de la chose) ; 793 (fonction essentielle)

Publicité :

- contrat agence–annonceur : 506

- contrat « d'achat d'art » : 586
(*V. Contrat de commande pour la publicité*)

Publicité (des actes) : 838

R

Refus de licence : 789, 792, **851**

Réméré (faculté de rachat) : 308, 382 s.

Rémunération : (*V. Prix*)

Renonciation :

- licence libre : 191
- (et) tolérance : 205
- « translatif » / « abdicatif » : **288 s.**, 315
(*V. Droits moraux*)

Renvoi du droit spécial au droit commun :
750, 812

Résiliation :

- unilatérale (engagement perpétuel) : 37
(*V. Effet de retour, V. Sous-contrat*)

Restitution : 845

(*V. Durée du contrat de licence*)

S

Société (contrat de –) : **208 s.**

- apport (cas général) : 210 s.
- apport (notion) : 219
- apport (typologies) : 219 s.
- « apport-licence » : 221
- coédition : 212
- coproductions : 212 s.
- (et) indivision : (*V. ce mot*)
- requalification : 213
- – en participation : 213 s., **549 s.**
(*V. Contrat d'édition*)

Sociétés de gestion collective :

- « apport » (objet) : 226
- « apport » (qualification) : **226 s.**, 331 s., 426
- « apport » (typologie) : 224
- apport en gérance : 224, 229
- capital (composition) : 226
- « double cession » : 229
- droit de retrait de l'associé : 231
- gestion collective (principes) : 615
- rémunération : 226
(*V. Contrat général de représentation*)

Sous-contrat

- formalisme : 702
- licence libre : 192
- « sous-cession » : 39
- sous-location : 413, 439, 504
- résiliation : 848

Sous-édition (licence) : 436

Stocks (écoulement) : 849

Substitution (clause de –) : 850

Support matériel : 16, 43.

- délivrance : 803
- droit de retrait ou de repentir : 310
- entreprise : 571
- logiciel : 100 s.
- œuvre audiovisuelle : 610 s. (contrat de représentation), 847
- prêt : 185, 611
- (et) propriété intellectuelle : 712

T

Tacite reconduction : 488

Terme : 347, **844 s.**

(*V. Durée du contrat de licence ; V. Durée du droit d'auteur ; V. Potestativité*)

Tolérance : 204 s.

Traduction : 629

- contrats : 634, 705
- prix : 270
(*V. Fansubbing*)

Transfert définitif : 361 s.

- caractère relatif : 362 s., **369**
- licéité : 370 s.
- possibilité théorique : 364 s.
(*V. Cession*)

U

Unité de l'art (Principe d' –) : 127 s., 708
(– *et contrats*), 734.

Usages professionnels : 482, **501 s.**, 535, 599,
635, 702, 758.

- accords professionnels : 602
- art. 1135 C. civ. : 745.

Usufruit (*V. Droit réel*)

Utilités de l'œuvre : 45, **292 s.**

- droit d'adaptation : (*V. Contrats d'adaptation ; V. Accession mobilière*)
- droit de destination : 91, 538
- droit de distribution :
 - logiciels : 91
 - édition : 538
- droit d'exploitation audiovisuelle : 462, 685 s.
- droit d'exploitation numérique : **462**, 637, **669**
- droit de reproduction / droit de représentation :
 - indépendance : 669
 - qualifications contractuelles : 461 s.

- (et) qualification contractuelle : 457 s.
- usage : 167
- (*V. Exploitation*)
- utilités réservées / disponibles : 295 s.
- (*V. Objet du droit d'auteur*)

V

Vente :

- avec charges : 292, 557
- temporaire : 382
- (*V. Cession ; V. Contrat d'édition*)

Vidéo à la demande : 76

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

INTRODUCTION..... 1

**PREMIERE PARTIE LA LICENCE, CONTRAT SPECIAL
AUTORISANT L'EXPLOITATION DU DROIT D'AUTEUR..... 37**

**TITRE 1 – L'OBJET DE LA PRESTATION DU DONNEUR DE LICENCE : UN
OBJET DE PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE 41**

CHAPITRE 1 – QUALIFICATION POSITIVE DE LA CHOSE : L'OBJET NECESSAIRE
A LA QUALIFICATION DE LICENCE 43

**Section 1 – Nature du droit d'auteur et thèses rejetant la distinction entre la cession et la
licence 48**

**§ 1 – Les auteurs récusant la distinction entre cession et licence au profit de la
qualification de « cession » 49**

I – Droit *sui generis* et rejet de la distinction entre la cession et la licence..... 50

II – Dualismes et rejet de la distinction entre la cession et la licence 54

III – Monisme-réalisme et rejet de la distinction entre la cession et la licence 60

§ 2 – Les auteurs récusant la distinction entre cession et licence au profit de la licence . 63

I – Monisme-personnalisme et rejet de la distinction entre la cession et la licence 64

II – Droit *sui generis* et rejet de la distinction entre la cession et la licence 66

**Section 2 – Nature du droit d'auteur et thèses retenant la distinction entre la cession et
la licence 69**

§1 – Droit *sui generis* et admission des cessions et des licences..... 70

**§2 – Doctrine proche du monisme-personnalisme et admission des cessions et des
licences..... 80**

§3 – Dualismes et admission des cessions et des licences 84

§4 – Monisme-réalisme et admission des cessions et des licences 92

| | |
|--|------------|
| CHAPITRE 2 – QUALIFICATION NEGATIVE DE LA CHOSE : LES OBJETS ETRANGERS A LA QUALIFICATION DE LICENCE..... | 103 |
| Section 1 – L’organisation de la non-exploitation de l’œuvre, objet étranger à la licence de droit d’auteur..... | 105 |
| § 1 – Variété des clauses organisant la non-exploitation de l’œuvre | 105 |
| § 2 – Essai de qualification des clauses organisant la non-exploitation de l’œuvre | 111 |
| Section 2 – L’utilisation d’un logiciel, objet étranger à la licence de droit d’auteur | 115 |
| § 1 – L’identification de l’objet logiciel, préalable à la qualification de la « licence » d’utilisation de logiciel | 116 |
| § 2 – Qualification de la « licence » d’utilisation de logiciel | 120 |
| I – Eviction de qualifications inadaptées au contrat d’utilisation de logiciel | 121 |
| A – La « licence » d’utilisation de logiciel n’est pas une licence de droit d’auteur | 121 |
| 1 – La nature contestée de l’ancien droit d’utilisation du logiciel | 122 |
| 2 – De la propriété au contrat, le nouveau mode de réservation de l’utilisation du logiciel | 124 |
| 3 – L’éviction de la licence d’utilisation de logiciel du contrat d’auteur, conséquence de la contractualisation du « droit d’utilisation du logiciel » | 126 |
| B – La « licence » d’utilisation de logiciel n’est pas un contrat sur une chose | 128 |
| II – Election d’une qualification : le contrat d’entreprise..... | 132 |
| A – « Le logiciel, une œuvre de l’esprit pour son concepteur, un service pour son acquéreur » | 132 |
| B – « Licence » d’utilisation de logiciel et contrat d’entreprise proprement dit | 134 |
| 1 – Qualification de la licence de logiciel en contrat d’entreprise : difficultés surmontables | 134 |
| 2 – Qualification de la licence de logiciel en contrat d’entreprise : difficultés surmontées | 136 |
| TITRE 2 – L’OBJET DU CONTRAT DE LICENCE : UNE MISE A DISPOSITION TEMPORAIRE REMUNEREE | 145 |
| CHAPITRE INTRODUCTIF – LA LICENCE DE DROIT D’AUTEUR, ACCUEILLIE PAR LE DROIT POSITIF | 147 |
| Section 1 – L’inexactitude de l’argument textuel contrariant l’existence de la licence. | 148 |
| § 1 – Thèse de l’impossibilité légale d’une licence en droit d’auteur | 148 |
| § 2 – Réfutation de la thèse par l’observation des textes | 150 |
| I – La pluralité des notions employées dès la loi du 11 mars 1957, puis au Livre I ^{er} du CPI | 150 |

| | |
|--|------------|
| II – La consécration de la licence des droits voisins et de la licence de dessins et modèles, appelant la consécration de la licence en droit d’auteur | 154 |
| A – Licence et droits voisins du droit d’auteur..... | 154 |
| B – Licence et droit des dessins et modèles | 154 |
| Section 2 – L’indifférence de l’argument textuel contrariant l’existence de la licence . | 160 |
| § 1 – L’inutile reconnaissance légale des qualifications contractuelles | 160 |
| § 2 – La licence, une atteinte au régime impératif du CPI ? | 162 |
| I – La licence, une atteinte directe au régime impératif du CPI ? | 162 |
| II – La licence, une atteinte indirecte au régime impératif du CPI ? | 163 |
| CHAPITRE 1 – LE CRITERE DE QUALIFICATION ET L’IDENTIFICATION DU CONTRAT DE LICENCE | 167 |
| Section 1 – L’autorisation d’exploiter l’œuvre, prestation caractéristique de la licence | 169 |
| § 1 – La finalité d’exploitation de l’œuvre, prétexte à la disqualification de la licence . | 172 |
| § 2 – La finalité d’exploitation de l’œuvre, compatible avec la qualification de jouissance locative..... | 175 |
| I – La jouissance locative supporte l’exploitation de la chose | 175 |
| II – La jouissance locative d’une œuvre, réalisée par son exploitation..... | 186 |
| Section 2 – Le prix de la licence, prestation réciproque du licencié | 194 |
| § 1 – Existence d’un loyer et qualification de la licence : schémas « simples » | 195 |
| I – La licence, contrat à titre onéreux | 195 |
| II – La « licence-prêt », gratuite par essence. Autres formes de gratuité | 196 |
| A – La gratuité, facteur d’exclusion de la qualification de licence | 196 |
| 1 – Qualification de la « licence gratuite » et qualification de la licence en bail..... | 196 |
| a) Le rejet de la qualification de licence | 197 |
| b) L’élection de la qualification de prêt à usage, ou « commodat » | 199 |
| 2 – Le cas particulier des « licences libres »..... | 205 |
| B – La qualification de licence-prêt, nécessairement contractuelle : l’exclusion de l’acte unilatéral de volonté et de la tolérance | 215 |
| 1 – L’exclusion de l’article L. 122-7-1 du CPI de la qualification de licence de droit d’auteur | 215 |
| 2 – L’exclusion de la tolérance de la qualification de licence de droit d’auteur..... | 219 |
| § 2 – Existence d’un loyer et qualification de la licence : schémas « complexes »..... | 222 |

| | |
|--|-----|
| I – La contrepartie de l’apport en société de la jouissance d’une œuvre..... | 222 |
| A – Le cas général de l’apport en jouissance en société..... | 223 |
| 1 – La pratique de l’apport d’œuvre en société..... | 223 |
| 2 – La nature juridique de l’apport d’œuvre en société | 230 |
| B – Le cas particulier de l’« apport » à une société de gestion collective | 235 |
| 1 – La pratique de l’« apport » à une société de gestion collective : les modèles de la SACEM et de la SACD..... | 236 |
| 2 – La disqualification de l’« apport » à une société de gestion collective..... | 240 |
| 3 – La requalification de l’« apport » à une société de gestion collective | 245 |
| II – La mise à disposition « intéressée » de l’œuvre | 247 |
| A – Le prêt intéressé de l’œuvre : notion et illustrations..... | 247 |
| B – Le prêt intéressé de l’œuvre : essai de qualification | 249 |
| C – Le prêt intéressé de l’œuvre : éléments de régime..... | 256 |
| D – Titre gratuit ou titre onéreux : la nature de la contrepartie dans la licence de droit d’auteur..... | 258 |

CHAPITRE 2 – LA CONCURRENCE DES QUALIFICATIONS ET LES CRITERES DE DISTINCTION DE LA LICENCE ET DE LA CESSION..... 265

Section 1 – Le maintien d’un lien entre l’auteur et l’œuvre indépendant de la volonté des parties : éléments non pertinents de qualification..... 270

§ 1 – L’indifférence des dispositifs de protection des intérêts patrimoniaux de l’auteur sur la qualification contractuelle 271

I – L’indifférence de la spécification de la destination de la chose sur la qualification de cession ou de licence..... 272

II – La rémunération proportionnelle ou forfaitaire : le caractère successif du prix est indifférent à la qualification de cession ou de licence

275

III – L’obligation d’exploiter et la distinction entre cession et licence

279

A – Thèses justifiant la présence d’une obligation d’exploiter au regard de la nature particulière de la cession.....

279

B – Thèse retenue : l’indifférence de l’obligation d’exploitation dans la distinction entre cession et licence, éclairée par la distinction entre contrat d’autorisation et contrat d’exploitation

286

§ 2 – L’indifférence des droits moraux sur la qualification contractuelle 287

I – L’exclusion des droits moraux de l’assiette de l’autorisation

288

A – Le principe d’inaliénabilité des droits moraux : l’impossible « licence de droit moral ».....

288

 1 – La vigueur du principe d’inaliénabilité des droits moraux et son atténuation constatée

288

 2 – L’impossible « licence de droit moral ».....

292

B – Les conséquences de l’inaliénabilité des droits moraux sur les qualifications de cession et de licence.....

295

| | |
|---|-----|
| II - L'impact des droits moraux sur le contenu de l'autorisation | 298 |
| A – L'indifférence de la nature des droits moraux et l'importance de l'analyse de leurs effets sur le contrat | 299 |
| B – Le rattachement des droits moraux aux catégories du droit privé : droit discrétionnaire ou droit potestatif ? | 300 |
| 1 – Le constat du caractère non discrétionnaire des droits moraux | 300 |
| 2 – Le rattachement des droits moraux à la catégorie des droits potestatifs | 305 |
| a) La notion de droit potestatif en droit privé | 305 |
| b) L'application de la notion de droit potestatif aux droits moraux de l'auteur | 307 |
| α – Le droit potestatif de retrait ou de repentir et la qualification du contrat | 308 |
| β – Le droit potestatif de divulgation et la qualification du contrat | 312 |
| γ – Le droit au respect de l'œuvre et du nom de l'auteur (droit de paternité) et la qualification du contrat | 318 |

Section 2 – Le maintien d'un lien entre l'auteur et l'œuvre dépendant de la volonté des parties : critères pertinents de qualification 321

§ 1 – Effet de retour et qualification de la licence de droit d'auteur 325

| | |
|--|-----|
| I – Les manifestations de l'effet de retour dans le contrat de licence..... | 326 |
| A – L'exigence de détermination de la durée du contrat. Tentative de compréhension d'une exigence légale | 326 |
| 1 – Durée d'existence et durée d'exécution de la licence | 327 |
| 2 – Distinction de la durée des obligations et de l'effet de retour..... | 327 |
| 3 – Sens de la détermination de la durée dans les contrats du CPI | 329 |
| B – L'expression de l'effet de retour..... | 332 |
| 1 – La clause de durée, principale technique de mise en œuvre de l'effet de retour | 332 |
| a) Clause de durée : schémas « simples » | 332 |
| b) Clause de durée : schémas « complexes » | 336 |
| 2 – Les clauses de limitation quantitative du nombre d'actes d'exploitation | 337 |
| a) La clause de limitation quantitative d'actes d'exploitation : une clause de durée exprimant l'esprit de retour de la licence..... | 338 |
| b) La clause de limitation quantitative d'actes d'exploitation : inconvénients et remèdes | 341 |
| c) Essai d'application de la notion de précarité aux clauses de durée | 343 |
| d) Nature de la clause de durée et classification du contrat en fonction de sa durée | 347 |
| C – Relativité de l'exigence d'une durée de la mise à disposition du droit d'auteur : la cession pour la durée du droit d'auteur | 349 |
| 1 – La caractérisation du transfert définitif de l'œuvre..... | 349 |
| a) Le caractère définitif d'un transfert est relatif à la durée limitée du droit d'auteur ... | 350 |
| α – La possibilité théorique d'un transfert définitif | 350 |
| β – Transfert définitif et caractère temporaire de l'existence de l'œuvre en tant que chose | 352 |

| | |
|--|------------|
| b) Le caractère temporaire d'une mise à disposition est relatif à la possibilité d'une nouvelle exploitation du droit | 355 |
| 2 – La validité du transfert définitif de l'œuvre | 356 |
| a) La validité de la clause au regard de l'exigence de délimitation des droits « cédés » quant à leur durée..... | 356 |
| b) La validité de la clause au regard de la prohibition des engagements perpétuels..... | 357 |
| II – La signification de l'effet de retour dans le contrat de licence | 360 |
| A – L'exclusion de la cession temporaire en référence à son effet translatif de propriété | 362 |
| 1 – L'exclusion de la « vente temporaire » des utilités de l'œuvre..... | 362 |
| a) L'exclusion de la vente avec faculté de rachat (anciennement réméré) | 364 |
| b) L'exclusion de la vente sous condition résolutoire..... | 367 |
| 2 – L'exclusion de la fiducie..... | 368 |
| B – L'exclusion de la cession temporaire en référence à son effet translatif ou constitutif de droit réel | 374 |
| 1 – La licence et l'usufruit conventionnel..... | 375 |
| a) Les points de convergence de la licence et de l'usufruit conventionnel au regard de la durée | 375 |
| b) Les points de divergence de la licence et de l'usufruit conventionnel au regard de la durée | 378 |
| 2 – La licence et les effets réels supposés du bail | 382 |
| § 2 – Exclusivité contractuelle et qualification de la licence de droit d'auteur | 384 |
| I – L'impact direct de l'exclusivité sur la qualification de licence et de cession | 385 |
| A – L'absence d'influence de l'exclusivité sur la qualification de la licence | 385 |
| 1 – L'exclusivité, élément naturel du bail en général | 386 |
| 2 – L'exclusivité, élément indifférent à la qualification de licence de propriété industrielle | 388 |
| 3 – L'exclusivité, élément accidentel de la licence de droit d'auteur | 390 |
| B – Le pouvoir qualifiant de l'exclusivité sur la notion de cession..... | 391 |
| II – L'influence « indirecte » de l'exclusivité sur la qualification de licence | 395 |
| § 3 – Titularité de l'action en contrefaçon et qualification de la licence de droit d'auteur | 399 |
| I – La titularité de l'action en contrefaçon : des fondements théoriques au droit positif | 399 |
| II – La titularité de l'action en contrefaçon et la nature de l'autorisation d'exploiter l'œuvre | 404 |
| § 4 – Faculté de disposer de son droit et qualification de la licence de droit d'auteur .. | 411 |
| CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE | 419 |

**SECONDE PARTIE LA LICENCE, COMPOSANTE COMMUNE
AUX CONTRATS D'EXPLOITATION DU DROIT D'AUTEUR 421**

**TITRE 1 – LA LICENCE DE DROIT D'AUTEUR, COMPOSANTE DU CONTRAT
D'EXPLOITATION : ENJEUX DE QUALIFICATION..... 427**

**CHAPITRE 1 – LA QUALIFICATION DE LA LICENCE DE DROIT D'AUTEUR ET LES
REGIMES IMPERATIFS DES CONTRATS D'EXPLOITATION DU CODE DE LA
PROPRIETE INTELLECTUELLE 429**

**Section 1 – Régimes impératifs du CPI et qualification de licence : une distinction de
principe..... 429**

§ 1 – Genre, destination, mode d'exploitation de l'œuvre et qualification de la licence 430

§ 2 – Utilité de l'œuvre mise à disposition et qualification de la licence..... 433

I – L'attribution de la qualification de licence à la mise en œuvre des droits « secondaires » ou
« dérivés » 434

II – Les qualifications de cession et de licence faussement déduites de la distinction entre droit de
reproduction et droit de représentation..... 435

**§ 3 – Indifférence de principe du contrat d'exploitation dans la qualification de la licence
..... 438**

I – Contrat d'exploitation et principe d'une autorisation 438

II – Contrat d'exploitation et nature de l'autorisation 445

**Section 2 – Régimes impératifs du CPI et qualification de licence : une influence relative
..... 449**

§ 1 – L'influence constatée des régimes du CPI sur la qualification de l'autorisation .. 450

I – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat d'édition 450

A – La licence dans le contrat d'édition, en tant qu'exception..... 451

B – La licence dans le contrat d'édition, en tant que principe..... 453

1 – La permanence des effets de la cession et la nécessaire temporalité des obligations de
l'éditeur..... 454

2 – La résiliation du contrat d'édition permettant la manifestation de l'esprit de retour de la
licence 456

a) Enoncé des modalités de résiliation unilatérale du contrat d'édition..... 456

b) Conséquence des modalités de résiliation unilatérale en termes de qualification 459

II – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat de représentation 462

§ 2 – L'absence d'influence des régimes du CPI sur la qualification de l'autorisation. 466

I – Qualification de l'autorisation contenue dans le contrat de production audiovisuelle..... 467

| | |
|---|------------|
| A – Le contrat de production audiovisuelle donnant lieu à une cession..... | 467 |
| 1 – La cession « voulue »..... | 467 |
| 2 – La cession « présumée » | 470 |
| B – Le contrat de production audiovisuelle donnant lieu à une licence | 473 |
| II – Qualification de l’autorisation contenue dans le contrat de commande pour la publicité | 474 |
| | |
| CHAPITRE 2 – LA QUALIFICATION DES CONTRATS D’EXPLOITATION ET LA LICENCE DE DROIT D’AUTEUR..... | 479 |
| | |
| Section 1 – Principes de qualification : le caractère nommé, innommé ou <i>sui generis</i> des contrats du CPI..... | 480 |
| | |
| § 1 – Thèse du contrat d’exploitation du CPI comme contrat innommé ou <i>sui generis</i> | 481 |
| | |
| § 2 – Evaluation de la thèse du contrat du CPI comme contrat innommé ou <i>sui generis</i> | 482 |
| | |
| I – Thèse du contrat du CPI « <i>sui generis</i> », au regard des notions de contrat nommé, innommé et <i>sui generis</i> | 482 |
| A – La proximité des notions d’innommé et de <i>sui generis</i> | 482 |
| B – La distinction entre nommé et innommé au gré du choix de la source de la nomination | 484 |
| II – Critique de la thèse du contrat du CPI comme contrat innommé | 488 |
| | |
| Section 2 – Application des principes de qualification aux contrats d’exploitation..... | 492 |
| | |
| § 1 – La licence et la qualification des contrats d’exploitation nommés | 492 |
| | |
| I – Application des principes de qualification au contrat d’édition..... | 493 |
| A – La caractérisation du contrat en lui-même..... | 493 |
| 1 – Identification du contrat : l’exploitation d’une œuvre mise à disposition, obligatoire et aux risques de l’éditeur | 494 |
| a) La présence d’une « cession » | 494 |
| b) La nature des utilités « cédées » | 495 |
| c) L’obligation d’exploiter la chose « cédée », selon certaines modalités et aux risques de l’éditeur..... | 496 |
| α – L’obligation d’exploiter la chose « cédée » selon certaines modalités..... | 497 |
| β – L’exploitation aux risques de l’éditeur | 502 |
| 2 – Le caractère onéreux ou gratuit du contrat : la contrepartie due par l’éditeur | 504 |
| a) La nature de la rémunération | 504 |
| b) Le caractère obligatoire ou facultatif de la rémunération | 506 |
| B – La caractérisation du contrat d’édition au regard des modèles existants | 507 |
| 1 – Contrat d’édition et société en participation | 510 |
| 2 – Contrat d’édition et « contrats sur les choses »..... | 514 |

| | |
|--|------------|
| a) Contrat d'édition et qualification de vente | 516 |
| b) Contrat d'édition et qualification de bail | 517 |
| 3 – Contrat d'édition et contrats de services | 520 |
| a) Contrat d'édition et qualification de mandat | 521 |
| b) Contrat d'édition et qualification de contrat d'entreprise..... | 524 |
| α – La largesse de la catégorie..... | 524 |
| β – Tentatives de rattachement | 527 |
| II – Application des principes de qualification aux autres contrats du CPI | 533 |
| A – Contrats de production audiovisuelle et de commande pour la publicité | 534 |
| 1 – Caractérisation du contrat en lui-même | 534 |
| 2 – Caractérisation du contrat au regard des modèles existants..... | 540 |
| B – Contrats de représentation..... | 549 |
| 1 – Le contrat « simple » de représentation | 550 |
| a) Contours du contrat de représentation | 551 |
| α – Le domaine universel du contrat de représentation légiféré | 551 |
| β – Le domaine spécifique du contrat de représentation pratiqué | 553 |
| b) Qualification du contrat de représentation et autonomie par rapport à la licence | 560 |
| α – Le contrat de représentation du CPI, simple aspect de la représentation théâtrale . | 561 |
| β – Mise à disposition d'un support et qualification du contrat de représentation | 563 |
| 2 – Contrat général de représentation et analogies | 568 |
| § 2 – La licence et la qualification des contrats d'exploitation innommés | 575 |
| I – Typologies proposées..... | 576 |
| II – Typologie retenue : les contrats innommés au regard de la distinction entre contrat d'autorisation et contrat d'exploitation..... | 580 |
| A – Contrats innommés d'autorisation, une catégorie insondable ?..... | 580 |
| 1 – Les contrats d'autorisation, généralement rattachables aux catégories du Code civil ... | 581 |
| 2 – Illustration : les contrats portant sur le « droit d'adaptation » | 583 |
| B – Contrats innommés d'exploitation et adaptations de contrats nommés | 588 |
| 1 – Adaptations de contrats nommés | 588 |
| 2 – Contrats innommés d'exploitation | 590 |
| TITRE 2 – LA LICENCE DE DROIT D'AUTEUR, COMPOSANTE DU CONTRAT D'EXPLOITATION : ENJEUX DE REGIME..... | 601 |
| CHAPITRE 1 – LA FORMATION DE LA LICENCE EN TANT QUE COMPOSANTE D'UN CONTRAT D'EXPLOITATION DU DROIT D'AUTEUR | 603 |
| Section 1 – La formation de la licence et les règles impératives du Code de la propriété intellectuelle | 606 |

§ 1 – Le domaine controversé de l'exigence du consentement personnel de l'auteur.... 606

| | |
|--|-----|
| I – La portée limitée de l'article L. 132-7 du CPI | 607 |
| II – Le droit de divulgation, fondement prétendu de la règle | 610 |
| III – Critiques à l'extension de la règle du consentement personnel donné par écrit | 611 |
| A – L'article L. 132-7 du CPI inhérent à la conclusion du contrat d'édition par un <i>auteur</i> | 612 |
| B – L'article L. 132-7 du CPI étranger au droit de divulgation..... | 612 |
| 1 – Un rattachement contraire au régime du droit de divulgation..... | 613 |
| 2 – Un rattachement incompatible avec l'objet du droit de divulgation | 615 |

§ 2 – Exigence spécifique d'un contrat écrit et exigence générale de la spécification écrite du contenu contractuel..... 617

| | |
|---|-----|
| I – Formation du contrat de licence intégré à des contrats d'exploitation du CPI | 618 |
| A – Le domaine certain du formalisme prescrit par l'article L. 131-2 du CPI | 618 |
| B – Le contenu relatif du formalisme prescrit par l'article L. 131-3 du CPI..... | 619 |
| 1 – La mention des droits cédés | 620 |
| 2 – Le domaine des droits cédés | 622 |
| a) Etendue, destination et lieu | 622 |
| b) Durée des droits « cédés » | 626 |
| α – Domaine et contenu de la clause de durée | 626 |
| β – Pertinence de l'obligation de spécifier la durée de la licence de droit d'auteur | 627 |
| C – Un régime dérogatoire : le contrat de production audiovisuelle | 629 |
| 1 – La présomption de cession du contrat de production audiovisuelle et l'énoncé nécessaire des droits cédés | 630 |
| a) Exigence d'un écrit et présomption de cession : une fausse contradiction..... | 630 |
| b) Domaines de la présomption et soumission au formalisme « spécial » des contrats d'auteur | 632 |
| c) Efficacité relative de la présomption | 634 |
| 2 – Une interprétation raisonnable des clauses de durée des contrats de production audiovisuelle : des effets inattendus sur la qualification de licence..... | 636 |
| II – Formation du contrat de licence pure et simple : incertitudes | 638 |
| A – La cause textuelle du caractère incertain du formalisme | 638 |
| B – Les principales illustrations de contrats au formalisme incertain | 644 |
| 1 – Les contrats seconds | 645 |
| 2 – Les contrats de création et d'exploitation d'une œuvre dérivée | 646 |
| 3 – Les licences de droit d'auteur tacites à l'occasion de la licence d'un droit de propriété industrielle | 650 |
| 4 – Les contrats relatifs à l'exploitation des logiciels..... | 654 |
| 5 – Les licences passées à l'occasion d'un contrat de commande ou de travail | 657 |

Section 2 – La licence de droit d’auteur, distincte du contrat d’exploitation du Code de la propriété intellectuelle au regard des règles de sa formation 661

§ 1 – L’identification du critère d’application du formalisme à la licence de droit d’auteur 662

I – Rejet des critères inappropriés 662

- A – Le rejet d’un critère objectif : la qualification de l’autorisation 662
- B – Le rejet d’un critère subjectif : l’abus, la bonne ou mauvaise foi de l’auteur 666

II – Le choix du critère actuel d’application du formalisme 670

III – Formalisme et destination de l’œuvre : perspectives 674

- A – Le constat de la prise en compte de la destination de la chose dans l’application du formalisme 674
 - 1 – Destination et application d’un régime contractuel impératif 674
 - 2 – Une incitation à la qualification de licence 676
- B – La destination contractuelle comme critère d’application du formalisme : critiques surmontées 678

§ 2 – La licence soustraite au formalisme : « droit économique » ou « droit commun » du contrat d’auteur ? 679

I – Formalisme de la licence et droit d’auteur « économique » 680

- A – La licence dénuée de formalisme, manifestation d’un « droit d’auteur économique » ? Affirmation 680
- B – La licence dénuée de formalisme, manifestation d’un « droit d’auteur économique » ? Discussion 683

II – Formation de la licence « pure et simple », droit commun de la formation du contrat d’auteur .. 685

- A – Le droit commun, instrument de l’exclusion du formalisme de la licence 685
- B – Le formalisme exclu de la licence, manifestation du droit commun du contrat de droit d’auteur : éléments de régime 689

CHAPITRE 2 – L’EXECUTION DE LA LICENCE ET SON APPORT AU CONTRAT D’EXPLOITATION DU DROIT D’AUTEUR 693

Section 1 – Obligations des parties au contrat de licence et règles impératives du contrat d’exploitation du droit d’auteur 695

§ 1 – Eléments obligatoires relevant du contrat d’exploitation : l’auteur créancier 695

I – L’obligation d’exploiter du licencié, fondée par le contrat spécial d’exploitation 697

- A – L’état du droit positif 697
 - 1 – L’absence de principe légal d’obligation générale d’exploitation 697
 - 2 – La négation prétorienne de toute obligation générale d’exploitation 699
- B – Discussion 700

| | |
|--|------------|
| 1 – Discussion en droit d’auteur | 701 |
| a) Obligation d’exploitation : la mobilisation de la loi spéciale | 701 |
| α – Le droit moral de l’auteur et l’obligation d’exploitation | 701 |
| β – Logique interne de la loi du 11 mars 1957 et obligation générale d’exploitation .. | 704 |
| – 1 – La structure de la loi spéciale et la justification d’une obligation générale d’exploitation..... | 704 |
| – 2 – L’argument tiré de l’état du droit antérieur à la loi de 1957 : un contraste trompeur | 706 |
| b) Obligation d’exploitation : un appel du droit spécial au droit commun | 709 |
| α – Le recours au droit commun des contrats spéciaux et à la notion d’intérêt commun | 709 |
| β – Objet et cause dans le contrat de licence | 711 |
| γ – Le pouvoir d’exploiter ou non l’œuvre louée. De la condition potestative sanctionnée au droit potestatif toléré | 715 |
| 2 – Les apports d’une comparaison avec la propriété industrielle | 719 |
| a) L’effectivité relative du droit commun des obligations..... | 720 |
| b) L’obligation d’exploitation expliquée par le régime du contrat de bail | 722 |
| α – L’obligation de conservation de la chose | 723 |
| β – L’usage conforme à la destination de la chose | 724 |
| c) Portée des arguments fondés sur le régime du bail en droit d’auteur | 726 |
| II – Le régime du prix : l’influence réciproque de la licence et du contrat d’exploitation | 731 |
| § 2 – Eléments obligatoires relevant de la licence, l’auteur débiteur | 739 |
| I – L’absence d’originalité de l’obligation de délivrance..... | 739 |
| II – Les obligations de garantie du donneur de licence : un appel du droit spécial au droit commun | 746 |
| A – Existence de l’obligation de garantie en droit d’auteur | 747 |
| B – Mise en œuvre de la garantie et spécificité de la licence | 751 |
| 1 – Problématiques communes à la licence et à la cession | 751 |
| a) La nature des troubles garantis | 752 |
| α – Eviction..... | 752 |
| – 1 – Troubles du fait personnel | 753 |
| – 2 – Troubles émanant de tiers | 758 |
| β – Vices cachés..... | 761 |
| b) La prise en compte de la qualité des parties | 764 |
| 2 – Problématiques spécifiques à la présence d’une licence..... | 767 |
| a) L’origine de l’obligation de garantie et l’obligation du bailleur..... | 767 |
| b) Influences de la présence d’une licence exclusive ou non-exclusive sur le régime de la garantie | 772 |
| α – Particularités liées à la présence d’une licence | 772 |
| β – Particularités liées à la nature exclusive ou non exclusive de la licence | 776 |
| γ – Garantie et titularité de l’action en contrefaçon : problématiques communes | 780 |

| | |
|---|------------|
| Section 2 – Obligations des parties au contrat de licence et réalisation de l’effet de retour | 783 |
| § 1 – La manifestation concrète de l’effet de retour : l’extinction du droit personnel du licencié | 784 |
| § 2 – La manifestation concrète de l’effet de retour : difficultés et remèdes | 786 |
| CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE | 795 |
| CONCLUSION GENERALE | 797 |
| BIBLIOGRAPHIE | 803 |
| INDEX ALPHABETIQUE | 849 |
| TABLE DES MATIERES | 859 |

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le

Le Président de l'Université Montpellier I

Philippe AUGÉ

Résumé en français :

Le droit d'auteur – dont l'identité reste controversée – n'échappe pas à la discussion quant à la nature et au régime des contrats qui le mettent en œuvre. D'une terminologie légale ancrée dans une certaine tradition, mais hasardeuse, on infère l'originalité de l'ensemble des contrats de la matière. Or, la spécificité n'est sur ce point qu'apparente. De l'édition littéraire aux contrats de l'audiovisuel et aux œuvres diffusées sur les réseaux, l'analyse démontre que si l'auteur peut « céder » son œuvre – ce que dit la loi – il peut aussi la louer, c'est-à-dire en concéder la *licence* – ce qu'elle ne dit pas.

Ce constat s'appuie sur une méthode de lecture renouvelée des contrats du droit d'auteur. L'attention portée par la loi impérative à *certaines contrats* (édition, production audiovisuelle, etc.), a pu perturber l'étude de la licence, l'acte par lequel l'auteur se borne à autoriser l'exploitation de son œuvre pour un temps. Or, si la licence apparaît dans un premier temps en contrat spécial du droit d'auteur, elle sera également amenée à devenir la composante élémentaire d'un contrat complexe organisant une exploitation. Il importe donc de distinguer ces deux objets pour mieux en apprécier ensuite les interactions. Le droit d'auteur, droit « spécial », fait ainsi la preuve de son aptitude à accueillir – autant que de raison – les mécanismes du droit des contrats, droit « commun ». Cette étude a pour ambition une meilleure compréhension de la matière complexe des contrats du droit d'auteur, sans omettre le principal objectif de notre loi : la protection de l'auteur.

Titre et résumé en anglais : The license of author's right (copyright)

In the field of the author's right (a concept with a controversial identity), the nature and regime of many contracts is a subject for debate.

A traditional but somehow uncertain terminology has often led to infer the originality of most of these contracts. However, this peculiarity is only apparent. From literary publishing to audiovisual contracts through creations published on networks, not only can the author of a work « assign » it – as stated by the law – but also *rent* it, or in other words *license* it – even though the law does not state it. This observation rests on a renewed reading method applied to the author's right contracts.

Focusing on *some* of these contracts (e. g. books publishing, audiovisual production, etc.), mandatory copyright law hindered the study of license itself, i. e. the act by which an author authorizes the exploitation of his work for a fixed time. License is a special contract in the field of author's right ; it is also a basis element in a complex agreement designed to organize an exploitation. These two objects should therefore be distinguished and their interactions thoroughly analysed.

A « special » right, the author's right nevertheless proves able to host (to a certain extent) the typical process of contract right – a « common » right. The present study aims to attain a better understanding of a complex matter, the author's right contracts, not forgetting the main purpose of the law itself : the protection of the author.

Discipline : Droit privé

Mots-clés : Propriété littéraire et artistique – Contrats – Qualification – Cession et concession – Bail – Edition – Audiovisuel – Logiciels – Formalisme – Sociétés – Licences libres.

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

Faculté de Droit – Centre du Droit de l'Entreprise
39 rue de l'Université
34060 MONTPELLIER Cedex 2