



HAL
open science

Le contrat d'édition

Tewfek Tayar

► **To cite this version:**

Tewfek Tayar. Le contrat d'édition. Droit. Université Paris Cité, 2020. Français. NNT: . tel-04902590

HAL Id: tel-04902590

<https://hal.science/tel-04902590v1>

Submitted on 21 Jan 2025

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.

LE CONTRAT D'ÉDITION

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé
Présentée et soutenue publiquement le 26 novembre 2020 par :

Tewfek TAYAR

– JURY –

Directeur de recherche

Monsieur Tristan AZZI, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Rapporteurs

Madame Nathalie BLANC, Professeur à l'Université Sorbonne Paris Nord

Monsieur Édouard TREPPOZ, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Suffragants

Monsieur Pierre SIRINELLI, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Madame Nathalie MARTIAL-BRAZ, Professeur à l'Université Paris Cité

Je remercie Monsieur le Professeur Tristan Azzu d'avoir dirigé ce travail de recherche avec la réactivité, l'exigence et la bienveillance qui lui sont habituelles. Puisse-t-il trouver dans ces pages le signe de ma plus profonde reconnaissance.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA QUALIFICATION DU CONTRAT D'ÉDITION

Titre 1 L'identification du contrat d'édition

Chapitre 1 Les fonctions du contrat d'édition

Chapitre 2 La caractérisation du contrat d'édition

Titre 2 L'identité du contrat d'édition

Chapitre 1 La détermination du mode de qualification

Chapitre 2 L'application des critères de qualification

SECONDE PARTIE : LE RÉGIME DU CONTRAT D'ÉDITION

Titre 1 Le régime tiré de l'identification du contrat d'édition

Chapitre 1 La protection principale de l'auteur assurée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle

Chapitre 2 La protection auxiliaire de l'auteur assurée par l'ordre public *in favorem*

Titre 2 Le régime tiré de l'identité du contrat d'édition

Chapitre 1 La fonction complétive du droit civil en général

Chapitre 2 La fonction explicative du droit des relations fiduciaires en particulier

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ : Actualité jurisprudentielle

AN : Assemblée Nationale

Ann. propr. indus. : Annales de la propriété industrielle

Arch. phil. Dr. : Archives de philosophie du droit

Ass. plén. : Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

Bull. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Cass. 1^{re}, 2^e, 3^e civ., com., soc., crim., mixt., req. : Arrêts des chambres de la Cour de cassation (1^e, 2^e, 3^e chambres civiles, chambre commerciale, sociale, criminelle, chambre mixte, chambre des requêtes)

Chron. : Chronique

C.C.C. : Revue Contrat – Concurrence – Consommation

Comm. com. électr. : Revue Communication Commerce Électronique

CE : Communauté européenne

CEDH : Convention européenne des droits de l'homme / Cour européenne des droits de l'homme

CPI : code de la propriété intellectuelle

D. (D.P, D.H, D. Aff.) : Recueil Dalloz

D. : Décret

DC : Décision du Conseil constitutionnel

Defrénois : Répertoire général du notariat Defrénois

Dr. & patr. : Revue Droit et patrimoine

Dr. soc. : Revue Droit des sociétés

Ess. propr. Intell : Essentiel propriété intellectuelle

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

IR : Informations rapides

JAC : Juris art etc.

J.-Cl. : Jurisclasseur

J.-Cl. PLA : Jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique

JCP (G, E, N) : Juris-classeur périodique, Semaine juridique (édition Générale, Entreprise, Notariale)

JO : Journal Officiel

L. : Loi

Légipresse : Revue Légipresse

Légicom : Revue Légicom
LPA : Les Petites Affiches
Mél. : Mélanges offerts à
Ord. : Ordonnance
Prop. intell. : Revue Propriétés intellectuelles (IRPI)
Rapp. : À rapprocher de
RDC : Revue des contrats
Rev. dr. aut. : Revue Droit d'auteur
RIDA : Revue International de Droit d'Auteur
RLDC : Revue Lamy Droit civil
RLDI : Revue Lamy Droit de l'immatériel
RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial et économique
S. : Recueil Sirey
T. com. : Jugement d'un tribunal de commerce
TGI : Jugement d'un tribunal de commerce
v. : voir

LISTE DES OUVRAGES CITÉS PAR LE NOM DE LEURS AUTEURS

N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 7^e éd., 2022

C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e éd., 2020

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

P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^e éd. 2019

A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *Traité de propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd. 2017

F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd., 2014

E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal, Billars et C., 1879

F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2019

M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2019

À Marie.

INTRODUCTION

1. Définition de l'édition. L'édition vient du latin « *editio* » dont l'étymologie renvoie aux verbes « *edere* » signifiant « faire sortir » et « *dare* » qui signifie « donner ». Ainsi, l'édition peut être appréhendée comme l'activité visant à faire sortir quelque chose que l'on donne ou plus simplement comme étant la chose ainsi sortie que l'on donne. Dans le sens courant, l'édition connaît ces deux acceptions qui se complètent. En premier lieu, le terme est défini comme « *l'ensemble des opérations relatives au choix, à l'impression, à la publication d'un ouvrage littéraire, scientifique, artistique* »¹. Dans le dictionnaire Littré, l'édition n'est autre que « *l'impression et la publication d'un ouvrage* »². Plus généralement, le dictionnaire Larousse renvoie aux idées de « *reproduction, publication et diffusion commerciale de tout ouvrage imprimé, de toute espèce d'œuvre artistique* »³ pour définir la notion d'édition. Aussi, peu importe l'occurrence retenue, ces définitions ont toutes pour référent linguistique l'idée de production et de communication d'un contenu artistique sans jamais se confondre avec le processus de création artistique. En second lieu, l'édition se définit comme une « *série d'ouvrages publiés selon un modèle commun ou sous un aspect précisément défini* »⁴, comme « *chacun des exemplaires d'une œuvre éditée* »⁵ ou désigne un « *ensemble des exemplaires d'une œuvre imprimés sur une même composition typographique et publiés au même moment* »⁶. Cette seconde acception met l'accent sur l'objet final. L'édition serait l'exemplaire ou la série d'exemplaires édités.

Le sens juridique que l'on prête au terme est plus précis. Le vocabulaire juridique de l'association Capitant définit l'édition comme étant d'une part, l'« *action d'éditer et [le] résultat de cette action* » et d'autre part, « *la reproduction et la diffusion au public d'une œuvre intellectuelle* »⁷. Au sens juridique, l'édition porte donc spécifiquement sur une création de l'esprit.

Si l'on se réfère à ses diverses définitions et à son étymologie, l'édition désigne donc, d'une part, le processus consistant à « faire sortir » des exemplaires d'une œuvre que l'on « donne » au public et, d'autre part, un ensemble d'exemplaires eux-mêmes.

2. Édition et droit d'auteur. En tant qu'activité portant sur une œuvre, l'édition est réglementée par le droit d'auteur. L'architecture de ce droit doit donc être brièvement présentée afin de mieux saisir la façon dont il appréhende le phénomène éditorial. Dès lors qu'une œuvre est créée, le droit d'auteur reconnaît à son créateur deux prérogatives qui se complètent : un droit moral et un droit d'exploitation qui « *comprend le droit de représentation et le droit de reproduction* »⁸. Seul le droit d'exploitation est concerné

¹ Dictionnaire Académie Française, 1^{re} définition sous occurrence « *édition* ».

² Dictionnaire Littré, 1^{re} définition sous occurrence « *édition* ».

³ Dictionnaire Larousse, 1^{re} définition sous occurrence « *édition* ».

⁴ Dictionnaire Académie Française, 3^e définition sous occurrence « *édition* ».

⁵ Dictionnaire Académie Française, 5^e définition sous occurrence « *édition* ».

⁶ *Ibid.* 4^e déf. ; v. également 2^e déf. Larousse sous occurrence « *édition* » : « *Ensemble des exemplaires fournis en un seul tirage d'un même ouvrage ou de la même œuvre artistique* » ; 3^e déf. « *Exemplaire faisant partie d'un même tirage* » ; 4^e déf. « *Collection de livres caractérisée par un type de format, la nature de l'œuvre* ».

⁷ *Vocabulaire juridique Capitant*, G. CORNU (dir.), 12^e éd., PUF, sous l'occurrence « *édition* ».

⁸ Art. L. 122-1 CPI.

par l'activité éditoriale⁹. Ce droit permet à l'auteur de valoriser son œuvre en la reproduisant ou en la représentant. L'auteur peut donc exploiter ses droits soit personnellement soit en sollicitant un tiers par l'intermédiaire d'un contrat¹⁰. Parmi les contrats envisageables au titre de l'exploitation se trouve ainsi le contrat d'édition. En toute logique, le contrat d'édition est celui en vertu duquel une personne s'engage à porter l'activité éditoriale. La définition retenue est pourtant plus complexe et suscitera quelques discussions. En effet, l'article L. 132-1 CPI définit le contrat d'édition comme étant « *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 ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ». À la lecture de l'article, édition et contrat d'édition ne se recoupent qu'imparfaitement. Ce constat appelle deux remarques.

3. Activité éditoriale et contrat d'édition. En premier lieu, l'objet du contrat d'édition est à la fois plus restreint et plus vaste que l'objet de l'activité éditoriale.

Plus restreint car l'édition concerne en principe toutes formes d'opérations relatives au choix, à l'impression ou à la publication des exemplaires d'une œuvre. Or, le contrat d'édition suppose que l'éditeur réalise les exemplaires de l'œuvre et les diffuse ce qui laisse à la périphérie de son domaine bon nombre d'opérations éditoriales. À titre d'exemple, le contrat passé avec un libraire qui se contente de vendre des exemplaires n'est pas concerné par l'article L. 132-1 CPI. De la même façon, le contrat d'impression que l'auteur conclut avec un imprimeur ne peut relever de la qualification du contrat d'édition.

L'objet du contrat d'édition est également plus vaste. En effet, alors que l'activité éditoriale repose sur la conception d'exemplaires, le contrat d'édition impose au préalable la cession d'un droit de « fabriquer ou réaliser une œuvre ». Aussi, le contrat d'édition peut provoquer un glissement de la notion d'« édition ». Alors qu'une analyse purement étymologique montre que l'édition ne porte que sur le travail de l'éditeur, le contrat d'édition impose au préalable un transfert de droit de la part de l'auteur – ou de son ayant droit. Aussi, cette première vue pose inévitablement la question de savoir si le contrat d'édition est celui en vertu duquel l'éditeur *édite* une œuvre, s'il est celui en vertu duquel l'auteur *permet* l'édition ou s'il est une synthèse des deux.

4. Droit d'exploitation et contrat d'édition. En second lieu, une lecture stricte de l'article ne permet pas de saisir pleinement quelle est la composante du droit d'exploitation concernée par le contrat d'édition. *Stricto sensu*, le droit de « fabriquer des exemplaires ou de réaliser numériquement une œuvre » ne renvoie à aucune réalité claire au sein du droit d'auteur. Ce constat est d'autant plus troublant que les autres contrats d'exploitation répertoriés dans le CPI sont plus simples dans leur énoncé. Si l'on compare la légistique employée pour définir le contrat d'édition avec celle usitée à propos des autres contrats d'exploitation, le contraste est saisissant. Tout d'abord, le contrat de représentation est défini comme « *celui par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit et ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale*

⁹ À ce stade de l'étude nous prenons le parti de faire abstraction des interférences du droit moral qui sont bien réelles en matière de contrat d'édition (v. par exemple *infra* n° 615 sur les considérations liées au bon-à-tirer ou *infra* n° 617-618 sur le droit de retrait), mais qui ne relèvent pas de son essence.

¹⁰ Même si le point ne fera pas l'objet de plus de développements, rappelons, au titre de la présente étude, que le contrat est un accord de volonté censé créer un effet de droit qui s'impose aux contractants. La fonction normative du contrat est, et demeure donc essentielle. Parmi l'abondante littérature sur la question v. entre autres, H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. Droit*, 1940, p. 33 et s. ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Pref. F. LEDUC, Dalloz 2012, pour qui le contenu normatif d'une obligation est consubstantiel à la notion de dette ; G. ROUHETTE, *Contribution à une étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, n° 225 p. 637 ; P. AMSELEK, *Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen*, in *Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bryulant 2000, p. 33 ; J. GHESTIN, *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, *RTD civ.* 1994, p. 777 ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à J-L Aubert*, Dalloz, 2005, p. 216.

à représenter ladite œuvre à des conditions qu'ils déterminent »¹¹. On constate ici que le contrat renvoie assez nettement au droit de représentation qui est l'un des deux versants du monopole d'exploitation. Ensuite, le CPI énonce que le contrat de production audiovisuelle « qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, (...) cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle »¹². De la même façon, le CPI prévoit que le contrat de commande pour la publicité « entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre »¹³. Pour ces deux contrats, les textes établissent clairement qu'ils transfèrent les « droits d'exploitation ». Les définitions ainsi posées tranchent sensiblement avec la définition retenue en matière d'édition. Le paradoxe est d'autant plus grand que le contrat d'édition est présenté par la doctrine la plus autorisée comme le prototype des contrats d'auteur dont la cohérence et le régime sont censés rayonner sur l'ensemble de la matière¹⁴.

Si l'on raisonne par analogie avec le contrat de représentation, le contrat d'édition porterait sur l'autre grande prérogative qui compose le monopole d'exploitation, à savoir le droit de reproduction. Toute convention dont le contenu serait distinct doit connaître une qualification différente de celle du contrat d'édition. Cette pensée unanimement partagée au sein de la doctrine n'est pourtant pas à l'abri des incertitudes¹⁵. En effet, la Cour de cassation se réfère fréquemment non pas au droit de reproduction mais aux « droits éditoriaux » afin de qualifier l'objet du contrat d'édition¹⁶. À ce stade il est donc délicat de savoir ce qu'est le contrat d'édition et quelle réalité il recouvre. Tout au plus peut-on en déduire de cette définition et de sa place dans le CPI qu'il est un instrument contractuel visant à organiser le monopole d'exploitation aux contours incertains.

Cette définition pragmatique ainsi promue accuse en réalité le poids de son histoire, histoire qu'il convient de présenter.

5. Ère prérévolutionnaire : naissance de l'édition. Le contrat d'édition connaît un historique agité. Au départ, ce n'est pas tant le choix de la qualification contractuelle qui pose des difficultés, mais plutôt la nature du droit d'auteur lui-même. Une brève rétrospective confirme cette idée.

L'existence d'une propriété artistique et intellectuelle n'a jamais réellement suscité de débat. Déjà GAIÛS écrit : « *Il y a des choses corporelles et des choses incorporelles* »¹⁷. Aussi, l'idée selon laquelle l'Antiquité est bercée de matérialisme doit être combattue¹⁸. Toutefois, les sociétés antiques et médiévales sont marquées par la nécessité de favoriser le transfert des connaissances et des œuvres. La circulation des choses de l'esprit n'est donc pas assujettie à la rédaction d'un contrat. À la fin de l'ère médiévale l'usage prend les traits d'une règle écrite avec le Statut des libraires parisiens de 1316 qui consacre le principe : « *Nul libraire ne peut refuser un exemplaire à celui qui voudra en faire une copie* »¹⁹. La première révolution arrive avec la Bible de Gutenberg. Au milieu du XV^e siècle, le célèbre imprimeur met en place les caractères mobiles qui permettent des reproductions en quantité exponentielle. Entre 1452 et 1455, la « Bible à

¹¹ Art. L. 132-18 CPI.

¹² Art. L. 132-24CPI.

¹³ Art. L. 132-34 CPI.

¹⁴ DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd. 1978, n° 492.

¹⁵ Sur le contenu du contrat d'édition, v. *infra* n° 102 et s.

¹⁶ On écartera l'emploi de cette expression à titre de synonyme de « redevances » ou « royalties », telle que l'on peut la retrouver dans la littérature courante et à de rares occasions dans des décisions de justice.

¹⁷ H. HULOT, *Les cinquante livres du Digeste et des Pandectes de l'Empereur Justinien*, T. 1^{er}, éd. Metz-Paris, 1803, p. 79 ; C. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 2004, I, 162.

¹⁸ La première forme de propriété littéraire et artistique apparaît à Sybaris, colonie grecque en Italie, où il était reconnu un droit exclusif d'une durée d'un an aux inventeurs de recettes, v. C. BONDARD, « De la protection des recettes de cuisine à la blockchain : le rôle de la propriété intellectuelle pour les sociétés innovantes », Masterclass Polytechnique, 6 fév. 2017.

¹⁹ P. DELALAIN, *Étude sur le libraire parisien du XIII^e au XV^e siècle : d'après les documents publiés dans le cartulaire de l'Université de Paris*, Imprimeurs de l'Université, Paris 1891, FELIX TREGUER, *L'utopie déçue. Une contre-histoire d'Internet*, Fayard, 2019.

42 lignes » est imprimée à près de deux cents exemplaires. Pour la première fois en Europe, la culture et le savoir peuvent être envisagés comme un commerce de masse. Mais comme le rappelle le Professeur PFISTER, « *l'impératif médiéval de gratuité et de liberté de la copie ne disparaît pas brusquement avec l'invention de l'imprimerie. (...) À partir du début du XVI^e siècle, pour se prémunir de la concurrence déloyale que leur causent les contrefaçons, des libraires et des imprimeurs sollicitent et obtiennent de la monarchie des droits exclusifs d'exploitation des ouvrages, sous la forme de lettres de privilège* »²⁰. Dans cette entreprise, les imprimeurs sont indirectement aidés par le pouvoir papale en la personne d'Alexandre VI qui ordonne en 1501 de dénoncer les ouvrages impies. Le souverain pontife appelle « *le pouvoir civil à fournir des agréments aux imprimeurs* »²¹. En 1566, l'ordonnance « de Moulins » consacre définitivement les privilèges des éditeurs. La première révolution aboutit ainsi à la consécration des privilèges d'exploitation que l'autorité royale confère aux éditeurs. Il apparaît donc que dans sa mouture la plus archaïque, le « contrat » d'édition est conclu entre le Souverain et l'éditeur – si tant est que l'on puisse réellement parler de contrat. À cette époque, l'auteur est laissé à la périphérie de l'édition. Si d'aventure des auteurs bénéficient de lettres de privilège, « *ils sont contraints par l'organisation corporative de les céder aux libraires et imprimeurs* »²². Dans ce cas, il est patent de constater que l'appellation de contrat est des plus galvaudées, tant la faiblesse des auteurs est manifeste et que leur consentement n'est pas libre et éclairé. Le rapport de force entre les auteurs et les éditeurs se dessine peu à peu.

L'idée qu'un véritable rapport contractuel puisse exister entre l'auteur et l'éditeur voit le jour en 1769 à la suite d'un contentieux opposant Luneau de Boisjermains à des éditeurs parisiens. La corporation des éditeurs parisiens poursuit l'écrivain pour avoir écoulé des exemplaires de son œuvre pourtant placée sous privilège royal d'éditeur. Linguet, alors avocat de l'écrivain, avance deux idées dont la postérité ne fait pas débat. En premier lieu, il met en avant la dimension *jusnaturaliste* de la propriété intellectuelle. L'auteur aurait un droit naturel sur son œuvre dont il pourrait librement débiter les exemplaires. En second lieu, il tire les conséquences de ses constatations en estimant que les éditeurs ne sont que des mandataires agissant au nom et pour le compte des auteurs qui demeurent les véritables propriétaires des œuvres²³. Le régime des rapports entre auteurs et éditeurs, instauré en 1777 et 1778, reprend l'idée d'un mandat. En effet, l'article 2 de l'acte de 1778 énonce que l'auteur peut faire exploiter son œuvre « *pour son compte* » par le libraire et l'imprimeur de son choix²⁴. Il s'agit de la première manifestation d'un contrat d'édition au sens contemporain.

Après la Révolution française, l'histoire se poursuit à l'aune des lois le Chapelier et Lakanal. Deux grandes lois révolutionnaires sont prises en 1791 et en 1793 sous la houlette des célèbres députés. Compte tenu du contexte de l'époque, ces textes ont pour objectif de concilier l'esprit individualiste des Lumières avec la nécessité de maintenir la diffusion des connaissances. La première loi ayant trait au droit de représentation, seule la seconde loi de 1793 portant sur la commercialisation d'ouvrages retiendra notre attention. Celle-ci pose en son article 1^{er} le principe selon lequel « *les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et 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* ». Désormais l'auteur est maître de son œuvre. Il peut procéder à l'édition soit directement, soit par l'intermédiaire d'un exploitant qu'il est de coutume de qualifier d'éditeur. Au terme de cette première ère le constat est donc le suivant : la rupture suscitée par l'impression a, dans un premier temps, donné aux éditeurs et aux libraires un plein pouvoir sur l'exploitation des œuvres. Mais précisément l'impression a permis la diffusion des idées *jusnaturalistes* aboutissant, dans un second temps, à un basculement progressif du centre de gravité de l'édition de l'éditeur vers l'auteur.

²⁰ L. PFISTER, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n° 4, 2012, p. 13.

²¹ P. DELALAIN, *op. cit.*, p. 68.

²² L. PFISTER, *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ V. *Mémoires pour le Sieur Abbé Luneau de Boisjermain contre le Sieur Grangé imprimeur*, BNF, Manuscrits français, 22069.

6. Ère moderne : industrialisation de l'édition. Le commerce de la culture et le droit d'auteur connaissent une crise durant la seconde moitié du XIX^e siècle qui aboutit à une nouvelle révolution conceptuelle. Deux facteurs conditionnent cette crise. Tout d'abord, la législation applicable « *a dû affronter l'impact d'innovations affectant les conditions techniques de la diffusion des œuvres de l'esprit* »²⁵. Les apparitions du phonogramme, de la photo puis du cinéma mettent en lumière la faiblesse congénitale du droit d'auteur qui connaît un retard inexorable sur l'évolution technique. La loi de 1793 qui encadre juridiquement l'édition semble difficilement applicable à ces nouveautés. Ensuite, l'époque est marquée par une profonde mutation de la société qui entre peu à peu dans l'ère de la consommation de masse. L'acquisition de produits culturels n'est plus réservée à une fraction délimitée de la population et les parties au contrat d'édition doivent faire face à une explosion des actes de contrefaçon. Ces questionnements ne sont pas proprement français. À titre d'exemple, le droit d'auteur germanique se structure progressivement à cette époque et connaît des difficultés similaires²⁶. En France, les discussions sur une éventuelle réforme du contrat d'édition s'ouvrent dans les années 1930. Dans l'avant-projet sur le contrat d'édition de 1936, la société d'études législatives définit le contrat à son article premier, comme celui « *par lequel l'auteur d'une œuvre intellectuelle concède un droit d'exploitation à un tiers nommé éditeur* »²⁷. Ce projet porté par Jean ZAY démontre la présence d'esprit de l'époque. Pour s'assurer de la pérennité des textes, la commission présidée par le député devenu ministre de l'Éducation choisit de définir le contrat d'édition de façon simple : « *L'auteur d'une œuvre concède un droit d'exploitation* ». Dans l'esprit de Jean ZAY, cette simplicité se veut structurelle dans la mesure où elle permet aisément de passer les siècles en laissant les spécificités conjoncturelles de l'édition à la pratique²⁸. Mais, par définition, la simplicité du texte a de quoi susciter des inquiétudes, beaucoup d'aspects contractuels étant laissés à la seule volonté des parties. Finalement, lorsque dans les années 1950 la refonte du droit d'auteur est discutée au Parlement, la conception de Jean ZAY n'est qu'imparfaitement retenue et la grande loi du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur consacre une nouvelle définition du contrat d'édition à l'article 48 qui est devenu par la suite 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 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 ».

Il ressort de la rédaction de l'article une volonté manifeste d'exhaustivité et de précision. Cette volonté n'est pas cantonnée à la définition du contrat. Elle touche tout le régime de l'édition qui connaît ainsi pas moins de quatorze dispositions lorsque le contrat de représentation n'en connaît que trois. À ces dispositions s'ajoutent des règles communes à ces deux contrats qui forment le droit commun des contrats d'auteur. Il ressort également de cette législation une volonté d'inscrire le contrat d'édition

²⁵ A. KÉRÉVER, « Le droit d'auteur est-il anachronique ? », *Dr. aut.*, 1983, p. 360.

²⁶ A. DIETZ, « La réforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », Francine Labadie éd., *Travail artistique et économie de la création. Actes des 2^e journées d'économie de la culture*. Ministère de la Culture - DEPS, 2008, p. 159 : « *Malgré l'abondance des formules légitimant le droit d'auteur (« la propriété la plus sacrée... »), il a fallu attendre le XX^e siècle pour que la question de la protection contractuelle des auteurs soit posée et reconnue comme relevant de la législation. En Allemagne, la loi sur le contrat d'édition de 1901 a constitué le premier essai de réglementation des relations contractuelles en faveur des auteurs. Mais cette loi n'était pas très efficace ; elle ne contenait que des dispositions non contraignantes (dispositives Recht) relatives aux contrats d'édition ; par conséquent, dans la plupart des contrats, ces dispositions étaient purement et simplement remplacées par des dispositions rédigées par les exploitants et leurs avocats, beaucoup plus défavorables aux auteurs* ».

²⁷ J. ZAY, Exposé des motifs, *Journal Officiel. Documents parlementaires – Chambre*, projet de loi, 13 août 1936, p. 1707.

²⁸ Projet de loi de Jean ZAY sur le droit d'auteur et le contrat d'édition du 13 août 1936, Session ord. – 2^e séance du 13 août 1936, annexe n° 1164 : « *Nous vous proposons ici des dispositions spéciales au contrat d'édition, mais s'appliquant à toutes les catégories d'éditions. Plutôt que d'édicter des clauses particulières à l'édition en librairie, à l'édition musicale, à l'édition phonographique, à l'édition cinématographique, à l'édition en matière d'arts graphique, plastique et appliqués, le Gouvernement a jugé nécessaire de marquer l'assimilation des auteurs et artistes, dont l'effort n'est point rémunéré par un salaire proprement dit, aux autres catégories de travailleurs* ».

dans la pratique éditoriale de son temps suscitant parfois quelques sévères critiques²⁹. À la vérité, la doctrine s'accorde pour voir dans la loi de 1957 un texte prudent qui s'est évertué à ménager les acquis pratiques et jurisprudentiels. BOUTET, rapporteur de la Commission de la propriété intellectuelle de l'époque, estime que « *la loi nouvelle ne présente aucune modification de structure par rapport aux textes anciens et à la jurisprudence édifiée au cours d'un siècle et demi* »³⁰. Le constat est partagé par DESBOIS qui note que « *le législateur s'est gardé de bouleverser l'édifice que, jour après jour, les tribunaux avaient édifié* »³¹. Cette volonté louable de concilier le passé avec le présent fait pourtant fi d'un élément essentiel, à savoir inscrire la législation dans le futur.

7. Ère contemporaine : dématérialisation de l'édition. Depuis la consécration législative de 1957, l'édition des œuvres connaît une nouvelle crise qui s'appuie à nouveau sur l'essor des nouvelles technologies et sur la massification de la culture. Au rang des nouvelles technologies, deux phénomènes sont concernés : d'une part, la communication d'œuvres par voie satellitaire et, d'autre part, le transfert des données sur Internet. Cette fois-ci la crise est celle de la matérialité du contenu. Par ailleurs, l'industrie culturelle glisse peu à peu vers le divertissement. Les films peuvent devenir des franchises cumulant jusqu'à douze opus. Un roman n'est plus simplement un livre, il devient un scénario de film, lui-même adapté en jeu vidéo dont le protagoniste principal est décliné sur des vêtements ou en figurine. Il en découle un profond renouveau de l'activité culturelle. Peut-on encore parler d'édition lorsque l'exploitation d'un livre ne passe plus par la réalisation d'exemplaires mais par son adaptation au cinéma ? Une fois de plus, l'exploitation d'une œuvre cesse d'être matérielle et s'intellectualise.

Dans le fond, les raisons profondes sont similaires à celles de la crise du phonogramme ou du vidéogramme. Les mêmes causes conduisant aux mêmes effets, la rédaction étriquée de l'article L. 132-1 CPI ne permet plus au contrat d'édition de déployer son plein empire. Et même à supposer que la qualification contractuelle soit retenue, il faudrait encore que le régime édicté en 1957 soit applicable aux nouveaux enjeux³². En effet, le régime du contrat d'édition est soumis aux mêmes pesanteurs que sa définition. Une nouvelle réforme a eu lieu. La volonté du législateur d'adapter l'édition à ces nouveaux enjeux aboutit en 2014 à deux séries de modifications. D'une part, les dispositions sont retouchées sans être refondues. Il est ainsi ajouté aux divers articles des dispositions visant à adapter le contrat d'édition au numérique³³. D'autre part, est consacrée une nouvelle architecture des règles du contrat d'édition au sein du CPI. Dorénavant le droit du contrat d'édition connaît un tronc commun et des régimes spéciaux déclinés en fonction de la nature de l'œuvre concernée – livre, musique ... – et du medium utilisé – exemplaire matériel ou fichier numérique. À noter qu'actuellement, seule l'édition du livre connaît une consécration au titre des dispositions spéciales. La logique inviterait à poursuivre

²⁹ A. LATOURNERIE, « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie politique*, vol. n° 22, 2004/2, p. 21 : « *La loi Jean Zay était une grande politique, une loi partisane et une loi faite à l'ancienne manière, les hommes politiques s'associant avec les auteurs. Elle est plus proche des lois révolutionnaires que de la loi de 1957. Le débat autour de l'initiative de Jean Zay représente la dernière grande bataille politique du droit d'auteur dans laquelle plusieurs figures intellectuelles interviennent. Avec la loi de 1957, ce sont les adversaires du projet Jean Zay qui l'emportent. C'est le succès de la "tendance Grasset", le triomphe des médiateurs et des organisations professionnelles, sous couvert d'une sacralisation de l'auteur, certes, mais avec un auteur traité de façon fonctionnelle. C'est sans doute aussi ce qui explique l'absence de grands débats intellectuels (une loi sans Beaumarchais) et le peu de prises de position politiques marquées à son sujet. Le débat de société n'a pas vraiment lieu* ».

³⁰ M. BOUTET, « Considérations générales » *RIDA*, 1958/4, n° 19, p. 17.

³¹ H. DESBOIS, « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », *D*, 1957, p. 350, spéc. p. 351.

³² Rappr. F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, th. LGDJ, 1969, préf. J. BRËTHE de la GRESSAYE, p. 32, p. 163 : « *Il peut paraître inacceptable de faire rentrer un contrat nouveau dans le cadre d'un contrat ancien pour appliquer au contrat nouveau une réglementation précise qui ne le concerne pas* ».

³³ Accord-cadre 21 mars 2013, relatif au contrat d'édition à l'ère du numérique entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition : « *Compte tenu de la complexité et du caractère détaillé des dispositions en cause mais également du caractère encore incertain des évolutions induites par les technologies numériques dans le secteur de l'édition, auteurs et éditeurs ont souhaité que l'élaboration normative puisse répondre à un souci de souplesse et d'évolutivité* ».

l'effort législatif à tous les secteurs de l'industrie culturelle – l'industrie musicale, l'industrie du jeu vidéo, l'industrie audiovisuelle....

8. Enjeux. À la lumière de ces développements historiques, on comprend davantage les difficultés d'ordre terminologique soulignées en incipit. Les nombreuses évolutions législatives n'ayant pas levé toutes les difficultés conceptuelles, nombreux sont les enjeux qui restent en suspens. L'édition est-elle une activité de l'éditeur ou un contrat d'auteur ? Est-elle au contraire un savant mélange des deux, aux équilibres précaires car profondément marqués par un rapport de force entre les deux parties prenantes ? Pourquoi avoir choisi en 1957 l'expression sans doute déjà désuète de « droit de fabriquer des exemplaires » ? Pourquoi ne pas avoir refondu l'article L. 132-1 CPI en 2014 plutôt que d'ajouter l'incise relative à la « réalisation numérique » de l'œuvre ? Le contrat d'édition est-il condamné à subir les vicissitudes de la pratique pour se réformer ?

Les raisons profondes de cette situation sont livrées par le Professeur SIRINELLI qui note dès 2001 que « réformer c'est courir le risque de figer le droit. De le calquer sur une réalité technique ou économique d'un jour qui ne sera pas la réalité de demain. L'encre du législateur est à peine sèche que la loi paraît déjà inadaptée ou dépassée »³⁴. La prudence, chère à MONTESQUIEU et PORTALIS qui exhortaient le législateur à ne réformer que d'une main tremblante, confine peut-être à l'immobilisme, voire au passéisme. Il en résulte que le contrat d'édition est un objet juridique atypique, irrémédiablement lié aux pratiques éditoriales de son époque et se réformant par impressionnisme au fil des crises qui touchent le droit d'auteur. Face à la nouvelle révolution de l'industrie culturelle, le contrat d'édition doit donc poursuivre sa mue à défaut de quoi il pourrait disparaître. La présente étude se donne pour objectif de concourir modestement à la pensée pratique de ce contrat sans pour autant négliger sa dimension théorique. Nombreux sont les intérêts d'une telle étude. Il convient de brièvement les présenter.

9. Intérêt juridique : contrat d'intérêt commun. En premier lieu, l'intérêt de notre étude est juridique. Pour cause, à partir de la définition du contrat d'édition consacrée dans le CPI, une doctrine récente s'évertue à refonder l'idée de contrat telle qu'elle existe au sein du droit français. Rappelons brièvement les termes de la discussion. Conformément à l'idée aristotélicienne de la justice commutative³⁵, le contrat repose traditionnellement sur un échange volontaire de valeurs³⁶. Dans certaines hypothèses néanmoins, le contrat répond à la justice distributive d'ARISTOTE. Il s'agit ainsi de la catégorie du contrat-organisation qui repose davantage sur un partage de gains comme en matière

³⁴ P. SIRINELLI, « L'évolution juridique du droit d'auteur », *Réseaux* 2001/6, n° 110, p. 42 et spéc. p. 44.

³⁵ Sur ce point F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, n° 256 et s. et notamment n° 259, pour qui « affirmer que la justice commutative commande une équivalence objective des prestations contractuelles n'est rien de moins que la trahison de la pensée aristotélicienne » ; O. PENIN, *La distinction entre la conclusion et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Pref. Y. LEQUETTE, LGDJ 2006, n° 326 qui, reprenant les termes employés par ARISTOTE, souligne que la spéculation appartient légitimement à celui qui s'est constitué un monopole (ARISTOTE, *La politique*, trad. en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éd. principales par J. BARTHELEMY-SAINT-HILAIRE, 3^e éd., Paris, Ladrance, 1874, Livre I, Chapitre IV, n° 5 et 6) ; M.-I. FINLEY, « économie », in *Économie et société en Grèce ancienne*, Paris, La Découverte, 1997, p. 87 et s. ; A. LAPIDUS, « Chapitre I - La conception thomiste du juste prix », in *Le détour de valeur*, A. LAPIDUS (dir.), Economica (programme ReLIRE), 1986, p. 17, spéc. p. 19 : « la justice commutative – seconde voie d'accès au système de prix – permet d'expliquer la structure de dépenses en la confrontant à une norme préétablie qui détermine une égalité d'« objet à objet » (Somme : II-II, q. 61, a.2, resp.) de sorte qu'aucun des participants à l'échange ne puisse s'enrichir à l'issue d'une transaction ».

³⁶ J. N. POUGHON, *L'histoire doctrinale de l'échange et du contrat*, LGDJ, 1985, n° 238. A. FOUILLÉ, « qui dit contractuel, dit juste », *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1929, p. 410 ; J.-F. SPITZ, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD. civ.* 2007, p. 281 et s. ; O. PENIN, « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *C.C.C.*, n° 8-9, août 2017, ét. 9 : « Prolongeant une longue tradition empreinte d'une logique aristotélicienne, les rédacteurs de 1804 ont considéré que l'accord de volontés de parties qui recherchent à satisfaire leur intérêt suffit à assurer un juste rapport entre ce qui est donné et ce qui est reçu. Puisque chacun est le meilleur juge de ses intérêts, l'engagement est contracté car il est perçu par celui qui s'engage comme l'équivalent de ce qu'il attend ».

de société³⁷. À ce volontarisme contractuel s'oppose une conception plus sociale du lien juridique incarnée par le solidarisme contractuel. Il s'agit d'une doctrine sociale qui s'appuie sur le constat suivant : « *la liberté postule l'égalité des parties, or celles-ci sont bien souvent de facto inégales. Le contrat n'est donc pas librement formé et sa force obligatoire doit être assouplie au bénéfice du plus faible*³⁸ ». Au sein de la doctrine actuelle, le solidarisme connaît des partisans³⁹ et des opposants⁴⁰ sans pour autant qu'il fasse l'objet d'une consécration légale ou jurisprudentielle. C'est ici que prend forme la doctrine du contrat d'intérêt commun. Les opposants à la conception solidariste souhaitent retranscrire les spécificités que recouvrent certains contrats sans pour autant consacrer la thèse solidariste. Il est donc recouru à une réalité économique intermédiaire, entre l'échange et l'organisation, à savoir la coopération ou l'intérêt commun. Le contrat d'édition servirait de parangon à cette nouvelle réalité économique : l'auteur transfère le droit de réaliser les œuvres ; l'éditeur réalise l'œuvre ; les parties se distribuent le produit d'exploitation. Tandis que les deux premières phases semblent relever des contrats-échanges, la troisième phase semble davantage correspondre à une organisation. Le contrat d'édition serait un cas-limite, à la lisière des deux grandes catégories contractuelles.

Parmi les auteurs les plus convaincus de l'existence de cette catégorie juridique, se trouve notamment le Professeur Suzanne LEQUETTE qui a dédié sa thèse à l'étude de ces contrats⁴¹. Une partie de la doctrine admet avec le Professeur l'existence d'un intérêt commun au contrat d'édition⁴². Certains membres de la doctrine sont plus nuancés. Ils évoquent l'existence d'un « *d'affectio operandi* »⁴³

³⁷ F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Les contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd. 2019, n° 24, pp. 32-33 : « *distinction mi-économique, mi-juridique conduit à opposer les contrats-échange aux contrats-organisation* » ; P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 635

³⁸ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport de la Cour de cassation 2003*, La Documentation française 2004, p. 215.

³⁹ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mél. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; L. GRZYBAUM et M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mél. Terré*, Dalloz, 1999, p. 629 ; D. MAZEAUD, « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution », *D.* 2013. p. 2617 ; D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in *Mélanges J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, spéc. p. 905 s.

⁴⁰ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 ; Y. LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Dalloz, 2012, spéc. p. 879.

⁴¹ S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale des contrats*, préf. C. BRENNER, Economica, 2010, qui, à partir de la distinction aristotélicienne opposant justice commutative et justice distributive, qui sert pourtant d'assise philosophique à la *summa divisio* contrat-échange/contrat-organisation, tente selon les mots de l'auteur de « *bâtir à mi-chemin une justice-coopérative* » en prenant l'exemple du contrat d'édition, n° 127 et s. S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148. S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *RTD civ.*, 2018, p. 541 : « *Ainsi du contrat d'édition en vertu duquel l'auteur en vertu d'une prestation instrumentale cède son droit de reproduction à l'éditeur qui, en vertu d'une prestation finale, s'emploie à le mettre en œuvre en reproduisant et diffusant l'œuvre dans leur intérêt commun. C'est dire que le lien qui unit les obligations est ici beaucoup plus substantiel. Elles ne dépendent pas seulement l'une de l'autre dans leur existence. Elles doivent également se compléter et s'enchaîner selon un certain ordre afin que les actifs complémentaires des parties puissent être mis en relation et produire ainsi un effet de synergie. Autrement dit, là où le rapport d'obligations interdépendantes que forme le contrat-échange classique n'est que le cadre obligatoire de la permutation qu'il opère, le rapport d'obligations qui se complètent et s'enchaînent est l'enveloppe juridique obligatoire de la mise en relation d'actifs complémentaires qu'organisent les contrats d'intérêt commun* ».

⁴² P.-Y. GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *D.* 1995, p. 262, note de bas de page n° 20 ; M. MALAURIE, « L'agence de publicité, l'éditeur et l'imprimeur », *D.* 1993, p. 215 ; E. ÉMILE-ZOLA-PLACE, « Livre numérique : un nouveau contrat d'édition pour de nouveaux équilibres », *Légipresse* 2015, 10 mars 2015, n° 148 ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2018, T. 387, pp. 105-106.

⁴³ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 5^e éd., 2019, n° 432, pp. 399-400, l'expression n'est toutefois pas reprise dans l'édition suivante.

ou d'un « *d'affectio contractus* »⁴⁴ pour expliquer la situation particulière du contrat d'édition. Toutefois, cette vue n'emporte pas l'adhésion pleine et entière de la doctrine. En effet, d'autres auteurs considèrent au contraire que le contrat d'édition n'est en rien différent d'un contrat-échange⁴⁵. La présente étude permettra de lever certains doutes sur la nature du contrat d'édition.

10. Intérêt sociologique : partie faible. En deuxième lieu, le contrat d'édition est un contrat impliquant une partie faible. L'assertion est posée à la manière d'un postulat par les promoteurs de la loi de 1957⁴⁶. Au reste, on souligne parfois que l'accroissement des régimes spéciaux marque en réalité la volonté du législateur d'investir les rapports réputés asymétriques du faible au fort⁴⁷. Le contrat d'édition concourt ainsi au phénomène de désacralisation de la sphère contractuelle autorisant les incursions autoritaires du législateur. Ces incursions sont tantôt saluées⁴⁸, tantôt critiquées⁴⁹. Ce particularisme sociologique est d'autant plus marqué que le contrat d'édition exprime le besoin d'épanouissement personnel pour un auteur qui souhaite communiquer son œuvre. Ce contrat entre ainsi dans la catégorie heuristique des *life time contracts* – « contrats à vie » –, c'est-à-dire des contrats qui se signalent par une durée plus ou moins longue et par l'épanouissement social qu'ils suscitent au profit de leurs contractants⁵⁰. Le prisme sociologique permet donc un examen original du contrat. Il faut alors formuler deux remarques quant à la légitimité d'une telle démarche.

Tout d'abord, nous nous contenterons de mettre en perspective le contrat d'édition et la notion de « partie faible » sans prétendre systématiser de façon exhaustive un corps de règles pouvant s'appliquer à toutes les parties faibles⁵¹. Simplement, pour que le contrat d'édition ne devienne pas indirectement « *l'instrument d'une vassalité économique* »⁵² et pour que soit préservé un certain « *équilibre* »

⁴⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., Précis Dalloz, 2019, n° 769 ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, n° 447, pp. 445-446.

⁴⁵ J.-F. HAMELIN estime qu'il s'agit là « *d'un contrat échange d'intérêt commun* », *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, LGDJ, 2012, n° 188 ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 312.

⁴⁶ L'auteur est supposé être en position de partie faible dans la négociation des contrats, tant sur le plan économique (A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours de droit 1999, p. 265) que sur le plan juridique (J. KERNOCHAN, « *Practical limitations on authors' rights* », in *Mélanges Gunnar Karnell*, Stockholm 1999, p. 323), *Infra* n° 27 et n° 631 et s.

⁴⁷ Y. GUENZOU, « *Le droit et la théorie économique des conventions* », *Droit et économie de la régulation. Les engagements dans les systèmes de régulation*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), éd Presses de Sciences Po, 2006, pp. 161-181 : « *la multiplication des droits spéciaux, ôtant le masque de la personne en révélant sa faiblesse, marque l'évolution de la théorie générale du contrat : aux opérateurs égaux et libres dans un marché idéal, à l'image d'un monde contractuel parfait, sont désormais substituées des parties faibles* ».

⁴⁸ H.-D. LACORDAIRE, 52^e Conférence de Notre-Dame de Paris, T. III, 1846-1848, p. 471 : « *entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, la loi qui affranchit* »

⁴⁹ L. JOSSERAND, « *Le contrat forcé et le contrat légal* », *D.* 1940, chron., p. 5.

⁵⁰ Pour une étude de cette catégorie contractuelle v. D. HIEZ, « *À propos des life time contracts* », *RTD civ.* 2014, p. 817 : « *Pour l'essentiel, il y a, (...) deux caractéristiques des life time contracts : d'une part leur durée, d'autre part leur lien avec la réalisation personnelle et sociale d'un cocontractant. La première caractéristique de ces contrats procède d'une évolution doctrinale déjà connue, qui insiste sur l'abandon du modèle du contrat de vente, instantané dans son principe. (...) Si le life time contract se distingue des autres contrats, c'est donc par son second caractère : la réalisation personnelle et sociale d'un des cocontractants* ».

⁵¹ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. MONTERO, LARCIER, 2010 p. 71 : « *On peut en effet estimer qu'il y a (presque) autant de faiblesses que de rapports contractuels considérés* ».

⁵² M. CABRILLAC, « *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale* », in *Mélanges G. Marty*, 1978, p. 235. Pour le Professeur, certains contrats, qu'il nomme « *contrats de situation* », sont « *déterminants pour la vie d'une entreprise ou pour son niveau d'activité* » si bien qu'ils peuvent donner lieu à divers abus que l'ordre public ne peut tolérer. Nous voyons bien que, pour le créateur d'une œuvre, la conclusion d'un contrat d'édition est d'une importance capitale ; S. Le GAC-PECH, « *Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil* », *LPA*, 16 août 2016, n° 119, pp. 6-7.

entre les parties⁵³, une réglementation minutieuse doit être édictée. Lorsque cette réglementation s'avère défailante ou déficiente, des grands principes de protection sociologiquement orientés doivent prendre le relais⁵⁴.

Toutefois, nos conclusions pourront, dans la mesure permise par l'analogie, servir d'illustration et de point de comparaison pour d'autres études dédiées à la condition juridique de la partie faible. Ainsi, sans prétendre clore la question de la partie faible, notre étude contribuera à la réflexion sur les phénomènes d'asymétrie contractuelle. Ce besoin de prévenir les écueils d'un rapport asymétrique se trouve aujourd'hui renforcé par la numérisation progressive de l'édition et les nombreuses inconnues qu'elle réserve⁵⁵.

11. Intérêt épistémologique : Internet. En troisième lieu, la question se pose de savoir dans quelle mesure les instruments du droit d'auteur et du droit des contrats peuvent s'adapter à la dématérialisation⁵⁶. Pour justifier l'applicabilité de ces instruments, le principe de l'équivalence fonctionnelle est fréquemment convoqué. « Cette approche implique "une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique". Les messages informatisés qui rempliraient les mêmes fonctions que les documents papier pourraient ainsi bénéficier du même degré de reconnaissance juridique. (...) À titre d'illustration, si l'on applique cette approche à l'exigence d'une signature, il s'agira de s'abstraire de l'environnement papier traditionnel et de l'apposition manuscrite d'un graphisme personnel, pour identifier les fonctions que la signature est censée remplir. Dans cette optique, on admet généralement que la signature doit au moins permettre d'identifier le signataire et d'attester son consentement au contenu de l'acte qu'il signe »⁵⁷. Pour le Professeur GAUTRAIS ce principe « a bien servi la communauté en proposant une solution d'une grande sagesse calquant le futur sur le passé ; plus exactement, calquant le numérique sur le papier »⁵⁸. À suivre l'éminent Professeur, le droit des contrats et le droit d'auteur peuvent facilement s'adapter au numérique par le biais de ce principe⁵⁹. En 1998, le Conseil d'État rend un

⁵³ L'ordre public économique se « propose de rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel », F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 12^e éd., Précis Dalloz, 2018, n° 384, p. 382.

⁵⁴ J.-P. CHAZAL, « La nécessaire protection de la partie faible et la tentative de maintenir l'ordre républicain », in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josseland*, Mare & Martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2014, p. 227 ; G. CORNU, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *RTD. civ.* 1992, p. 342.

⁵⁵ Olivier BUSTIN, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Légitime*, 2003/10, n° 205, p. 117 : « Le législateur a ainsi volontairement limité la liberté contractuelle de l'auteur pour le protéger contre lui-même, le soustrayant ainsi au droit commun des contrats fondé sur l'autonomie de la volonté. Le difficile équilibre entre liberté contractuelle et sécurité juridique est, de ce fait, d'autant plus difficile à trouver en matière de droit d'auteur. Les techniques contractuelles utilisées en pratique peuvent parfois mettre à mal cette protection particulière accordée à l'auteur, de même que cette dernière peut également apparaître comme une source de difficulté dans la rédaction de contrats à l'ère du tout numérique » ; Y. STRICKLER, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 oct. 2004, n° 213, p. 6 : « Pour rétablir l'équilibre faussé entre les parties au contrat par le développement des techniques modernes, le droit – rejoignant en cela la morale – poursuit la protection du faible contre le fort. Cette volonté de protection vise d'ailleurs tant l'individu que des groupes de personnes (salariés, assurés, locataires et, bien sûr, consommateurs). C'est sur ce dernier point la manifestation de l'ordre public dit de protection, qui tend à préserver les intérêts d'une catégorie d'individus » ; J. ROCHFELD, « Du statut contractuel "de protection de la partie faible". Les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'Homme », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835.

⁵⁶ Sur ces questions v. P. SIRINELLI, « Conclusion » in *La Galaxie Internet, l'impératif de la conquête*, Paris, Unicom/CREMOC, 1999 ; P. SIRINELLI, « L'avenir du droit d'auteur » in *Réseaux, communication, technologies société*, Droit d'auteur et numérique, Hermès, Mars 2002 p. 41.

⁵⁷ M. DEMOULIN, *Théorie critique du principe d'équivalence fonctionnelle en droit du commerce électronique*, th. dactyl. Namur, 2014, n° 2, pp. 1-2.

⁵⁸ V. GAUTRAIS, CNUDCI et équivalence fonctionnelle, <https://www.gautrais.com/blogue/cnudci-et-equivalence-fonctionnelle>, 11 avril 2019

⁵⁹ V. GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Thémis, Montréal, mai 2012, pp. 13-19.

rapport sur les réseaux numériques à l'issue duquel il conclut à l'applicabilité « sans grande difficulté » de l'ensemble du droit d'auteur – et donc du contrat d'édition – au numérique⁶⁰.

Pourtant, la numérisation des œuvres et la disparition des supports tangibles soulèvent de nouvelles difficultés paradigmatiques qu'il est nécessaire de régler, à défaut de quoi l'édition prospérera dans le non-droit⁶¹. D'autant que le contrat d'édition cumule deux obstacles à sa pleine application sur Internet. Tout d'abord, l'applicabilité des principes du droit d'auteur est actuellement fortement contestée sur les réseaux numériques ce qui peut générer de grandes difficultés sur notre objet d'étude. Ensuite, l'activité éditoriale, au sens courant du terme, semble difficilement transposable sur Internet. Pour certains spécialistes du droit d'auteur, l'activité éditoriale en ligne relèverait davantage de la qualification de contrat de représentation ou même de contrat d'adaptation⁶².

Il est parfois soutenu que le numérique fermerait l'ère du contrat d'auteur ouverte en 1769 avec l'affaire *Boisjermains* au profit d'une nouvelle ère centrée sur la protection technique⁶³. À cet égard, la

⁶⁰ I. FALQUE PIERROTIN, J.-F. THERY, *Rapport du Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques*, 2 juillet 1998, La Documentation française, p. 92.

⁶¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., p. 25 ; J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. philo. Dr.* 1963, 55, p. 25 et spéc. p. 30 : « Nous désignons par non-droit intellectuel le régime juridique où, la règle de droit présentant des lacunes et l'extension analogique étant interdite, certaines situations ne sont pas conceptuellement appréhendées par le droit » ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité », *Arch. phil. Dr.* 1999, 43, p. 139 et s., spé. p. 140 : « Le droit, dans sa vaillance, s'emploie tout à la fois à se concrétiser et à faire sien des phénomènes immatériels » ; P.-Y. GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propr. intell.* janv. 2015, n° 54, p. 10, spéc. p. 10 : « Sur l'internet, le consommateur, ivre de technologie, à laquelle il ne pouvait même pas rêver il y a encore quelques années, s'est très vite accoutumé à son maniement et l'utilise non seulement pour ses besoins professionnels ou pratiques, mais aussi pour ses loisirs et sa distraction (...). Et si on ne les lui offre pas, il ira les chercher lui-même, fût-ce à la busserde. Il y a ici un aspect sociologique dont il faut prendre la mesure pour la réaction du droit » ; L.-M. AUGAGNEUR, « Vers des nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique », *RTD com.* 2015, p. 455. Sur l'incompatibilité radicale des instruments juridiques classiques v. par exemple L. RAPP, « Numérique et concurrence », *RFD A* 2014, p. 896, « la dématérialisation progressive des supports : du téléchargement sous licence légale jusqu'à la consommation en ligne, qui ne postule plus de transfert matériel de propriété ; ces pratiques sonnent le glas du régime de la propriété intellectuelle en vigueur, conçu pour une économie tangible ». Plus nuancé, v. J.-R. BINET, « Chapitre 1. La peur du vide », in *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, J.-R. BINET (dir.), Paris, PUF, Partage du savoir, 2002, p. 223-241, p. 223 : « Le vide juridique existe-t-il ? C'est ce qu'il semble, à en juger par la fréquente invocation de celui-ci en matière d'avancées des sciences. Pourtant, le vide n'est qu'illusion, car à chaque problème le droit donne une solution. Tout au plus peut-il alors y avoir, par le biais de l'interprétation, énoncé d'une règle qui ne satisfait pas, et que l'on aimerait remplacer par une règle jugée meilleure ».

⁶² *Infra* n° 156 et s.

⁶³ L. PFISTER, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n° 4, 2012, spéc. p. 22 : « Reste que les techniques et réseaux numériques facilitent la reproduction et la redistribution des œuvres, notamment musicales et cinématographiques, sans autorisation. Or, ce que permet la technique, la technique peut aussi l'empêcher. Elle offre en effet la possibilité, du moins à ceux qui en ont les moyens financiers, de clore l'œuvre. Aux yeux de certains, le recours aux enclosures numériques ouvre la voie à un nouvel âge appelé à remplacer celui de la propriété, l'âge de l'accès fondé sur le contrat. Forts d'une protection technique, les producteurs de films, de musique, de textes, ne vendront plus d'exemplaires mais autoriseront seulement les consommateurs à les voir, les écouter, les lire, à en user suivant des modalités fixées contractuellement » ; A. GALLIMARD, « Le droit d'auteur pour notre temps », *Le Débat*, vol. 188, n° 1, 2016, p. 4, spéc. p. 7 : « À l'heure de la dématérialisation des biens culturels, désormais reproductibles sans limitation technique et accessibles en réseau, il ne serait plus réaliste d'imaginer que l'auteur – et, partant, l'éditeur à qui il a cédé ses droits pour leur exploitation – puisse contrôler à long terme la circulation de ses œuvres. Tout devra être accessible sur Internet parce que tout peut l'être et parce que la reproduction numérique n'a qu'un coût marginal. La vente unitaire des œuvres par voie de téléchargement sera bientôt un combat d'arrière-garde, puisque le réseau porte en lui-même, nativement, l'idée d'accès à distance, de flux et de partage. En somme, le droit d'auteur est au cœur d'un conflit de générations ... ou de ce que l'on souhaite faire passer pour tel » ; Th. MAILLARD, « La technologie, frein ou moteur de la circulation des œuvres ? », *JAC* 2014, n° 09, p. 17 : « Si une mesure technique est parfaitement à même d'empêcher les actes de reproduction effectués dans la sphère privée, d'en pondérer la portée, elle ne peut déterminer à l'avance, au moment de la reproduction, l'usage - public ou privé - qui sera fait de la copie dans les jours, mois ou années qui suivront. Quand la technique n'annule pas purement et simplement toute possibilité de copie, comme c'est le cas pour le DVD, elle entraîne alors une rigidification des usages : les copies peuvent certes être réalisées, mais elles sont cryptées et ne peuvent être

doctrine contemporaine n'hésite plus à porter la réflexion sur des moyens innovants de communication des œuvres par les auteurs. À titre d'exemple, les auteurs pourraient constituer des « clouds » à partir desquels ils exploiteraient librement leur monopole⁶⁴. Si la proposition est assurément originale, elle ne fait que déplacer le problème et laisse en suspens la qualification du contrat entre l'auteur et le propriétaire du « cloud » ainsi mis à disposition. Le renouveau technologique ne conduit donc pas obligatoirement à la disparition de tout rapport conventionnel. Néanmoins, le processus contractuel doit être repensé. Pour ce faire, le principe de l'équivalence fonctionnelle sera éprouvé au maximum et les facteurs épistémologiques qui permettront une pleine transposition du contrat d'édition sur les réseaux numériques seront analysés. Le cas échéant, nous ne manquerons pas de relever les limites d'une telle méthode⁶⁵.

12. Intérêt légistique : le contrat d'édition et les contrats d'édition. En quatrième lieu, se pose la question de l'organisation légistique du droit de l'édition. Faut-il poursuivre le mouvement de spécialisation qui germe actuellement sous la plume du législateur – quitte à rompre définitivement avec l'esprit de synthèse initial du CPI – ou, au contraire, faut-il en cantonner la portée ? Une réponse nuancée et circonstanciée s'impose, celle-ci étant largement tributaire de l'époque à laquelle la question est posée. En 1936, Jean ZAY se félicitait de l'approche unitaire de l'édition qui prévalait à l'époque⁶⁶. C'est également sous les auspices d'une conception unitaire de l'édition que le Parlement signa la réforme de 1957. À l'inverse, ESCARRA ne voilait pas son mécontentement, estimant que le Parlement aurait mieux fait de retenir une conception plurielle du contrat d'édition, ménageant les spécificités de chaque secteur d'activité⁶⁷. Depuis la réforme du 12 novembre 2014, la commission SIRINELLI a pris le soin de rénover le droit de l'édition en constituant des régimes spéciaux articulés autour de la nature formelle de l'œuvre. Ce processus s'est récemment accéléré avec la loi du 30 décembre 2021 qui, d'une part, poursuit l'effort de rationalisation de l'édition littéraire et, d'autre part, inaugure à l'article L. 132-17-9 CPI une sous-section dédiée à l'édition d'œuvres musicales.

À notre sens, le travail de spécialisation doit être poursuivi. En effet, on ne peut nier les nécessités catégorielles propres à chaque industrie artistique qui, en tout état de cause, font d'ores et déjà l'objet

déchiffrées et exécutées que par les appareils ou logiciels dûment authentifiés, et ce généralement pour la seule durée de validité des licences d'utilisation ».

⁶⁴ J. MARTIN, A. LEFÈVRE, F. MACREZ, TH. MAILLARD, M. CLÉMENT et P. SIRINELLI, « Le droit d'auteur et les droits voisins à l'ère du "nuage informatique" » (Congrès de Kyoto, 2012), élaborée par www.alai.jp/ALAI2012/program/national_report-f.html.

⁶⁵ Sur les hypothèses de transposition du droit d'auteur à internet v. V.-L. BENABOU et C. ZOLYNSKI, « Quelle réforme du droit d'auteur pour l'Union européenne ? », *D.* 2014, p. 731 : « La numérisation et la diffusion en réseau des œuvres induisent sans doute la poursuite de l'adaptation du régime du droit d'auteur. A cette fin, le groupe de travail a identifié deux approches. D'une part, une approche a minima, sous-tendue par des concepts tels que la neutralité technique ou l'équivalence fonctionnelle, qui se limiterait à élargir les concepts existants aux nouveaux usages (droit de distribution couvrant la distribution numérique, par ex.). D'autre part, une approche « maximale », qui viserait à consacrer pour l'environnement numérique un véritable droit d'auteur spécial, branche dérogatoire du droit commun inscrite de façon cohérente dans le cadre plus large d'un droit transversal du numérique (responsabilité des intermédiaires techniques, droit des données à caractère personnel, etc.). On peut également songer à une troisième voie, un « droit augmenté », qui consisterait à penser ou repenser les catégories juridiques au regard, mais au-delà des nouveaux usages en proposant des prérogatives nouvelles idoines. Proposer un droit d'auteur structurellement moderne, affranchi du fardeau de la course en avant technologique. Quoi qu'il en soit, il est désormais indispensable de mettre en cohérence un acquis communautaire aujourd'hui éclaté et complexe ».

⁶⁶ Projet de loi de Jean ZAY sur le droit d'auteur et le contrat d'édition du 13 août 1936, Session ord. – 2^e séance du 13 août 1936, annexe n° 1164 : « Nous vous proposons ici des dispositions spéciales au contrat d'édition, mais s'appliquant à toutes les catégories d'éditions. Plutôt que d'édicter des clauses particulières à l'édition en librairie, à l'édition musicale, à l'édition phonographique, à l'édition cinématographique, à l'édition en matière d'arts graphique, plastique et appliqués, le Gouvernement a jugé nécessaire de marquer l'assimilation des auteurs et artistes, dont l'effort n'est point rémunéré par un salaire proprement dit, aux autres catégories de travailleurs ».

⁶⁷ J. ESCARRA, « Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique », *RIDA*, 1954/4, n° 5., spéc. p. 27 ; J. VILBOIS, « Historique de la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* 1958, p. 37, spéc. p. 49. V. également J. CASTELAIN, « Les usages dans l'édition musicale », *RLDI*, n° 37, 1^{er} avr. 2008, p. 49, spéc. pp. 49-50.

d'usages et de pratiques professionnelles contraignantes. Aussi, quitte à ce que ces spécificités existent dans le droit positif, une prise en compte au sein du CPI les sortira de leur confidentialité et leur donnera un rayonnement plus important en les parant des oripeaux de la loi. Néanmoins, cette sectorisation de l'édition ne doit pas être effectuée de façon désordonnée. L'impératif d'intelligibilité de la propriété littéraire et artistique nous imposera donc d'avoir une méthode claire afin, d'une part, de veiller à la cohérence normative entre les différentes sources du droit et, d'autre part, de préserver les différents régimes du contrat d'édition de toute cacophonie législative.

13. Intérêt pratique : prévision et obsolescence du droit du contrat d'édition. En dernier lieu, l'effort de rationalisation serait d'un intérêt résiduel s'il n'offrait pas à la pratique contractuelle toutes les garanties d'effectivité qu'est censé offrir le droit. Comme tout contrat, le contrat d'édition est un instrument de gestion des risques⁶⁸, un acte de prévision⁶⁹ ou d'anticipation des opportunités⁷⁰. Il permet de concilier le « *temps voulu* » par l'auteur qui aspire à la plus large exploitation de son œuvre et le « *temps subi* » par le professionnel qui se doit de réaliser l'édition⁷¹. À cet égard, l'ancienneté – relative certes – des dispositions qui réglementent le contrat d'édition génère des difficultés pratiques, notamment au regard des enjeux contemporains. Tandis que les éditeurs traditionnels se sentent lésés par les évolutions technologiques qu'ils n'ont pas pu anticiper⁷², les auteurs se sentent délaissés par les pouvoirs publics qui tardent à réagir⁷³. Les auteurs sont livrés à eux-mêmes face à des exploitants avec lesquels ils signent des contrats d'édition potentiellement léonins. Le droit d'auteur ne fournirait plus les garanties nécessaires à la pleine efficacité des contrats conclus⁷⁴.

En outre, l'europanisation du droit d'auteur accroît le risque contractuel en matière éditoriale. Pendant longtemps, la question contractuelle est demeurée en dehors des préoccupations européennes⁷⁵. Toutefois, au constat d'une europanisation du droit d'auteur⁷⁶ succède naturellement une europanisation de la pratique et donc des contrats. Comment assurer l'harmonisation de la propriété littéraire et artistique lorsque le droit des contrats connaît un pluralisme difficilement

⁶⁸ J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481 : « *La liberté d'anticipation contractuelle en général - Le contrat est certes un instrument de gestion des risques non encore advenus* ».

⁶⁹ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges Terré, L'avenir du droit*, PUF, 1999, p. 643 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1948, p. 144 : « *Contracter, c'est prévoir* ».

⁷⁰ H. BARBIER, « Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle », *RTD civ.* 2018, p. 379.

⁷¹ B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation. Pour l'équilibre des droits dans le temps*, préf. M. VIVANT, 2008, PUAM.

⁷² L. CHEMLA, « Pourquoi les ventes de disques baissent-elles ? », *Manière de voir*, vol. 109, n° 2, 2010, p. 64 : « *Il faut en effet bien séparer deux choses : un circuit de distribution en crise d'un côté, et des auteurs de l'autre. S'il est de bonne guerre pour les majors d'avoir su mettre de leur côté les artistes en les dressant contre leur public, ce n'est pas une raison pour tomber dans le même piège : les artistes ne sont pas responsables, sinon par leur silence, des dérives d'une profession qui n'a pas su s'adapter. Ils en sont les victimes, tout comme leur public* ».

⁷³ A. GALLIMARD, « Le droit d'auteur pour notre temps », *Le Débat*, vol. 188, n° 1, 2016, p. 4, spéc. p. 7 : « *Mais voilà : pour un certain nombre d'acteurs de la vie politique et économique, le droit d'auteur n'est plus "porteur". Il s'est désenchanté. On le dit obsolète, aveugle et sourd aux réalités et aspirations sociales du moment, inapproprié au développement des affaires, voire à la réduction de la dépense publique* ».

⁷⁴ Dans le domaine juridique, l'efficacité serait le « *mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* », R. BETTINI, « Efficacité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (dir.), LGDJ, 2^e éd., 1993 ; M. MEKKI, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, *RDC* 2010/1, p. 383, n° 25.

⁷⁵ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen COM (2004) 261 final, Bruxelles, le 16 avril 2004 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) : « *pour ce qui est de la "gestion individuelle des droits", la Commission a trouvé qu'il existe globalement des éléments communs suffisants dans tous les États membres. À ce jour, les différences existantes en droit national n'ont pas soulevé de problèmes particuliers par rapport au fonctionnement du marché intérieur. Les développements au niveau national continueront à être suivis avec attention* ».

⁷⁶ V. notamment, C. ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires : étude à partir de l'exemple du droit et des droits voisins*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2007.

réductible, comme l'a montré l'échec du règlement optionnel sur le droit des contrats ? « *La plupart des États membres exigent (...) des formalités spécifiques pour que les cessions ou licences soient valides ou validement prouvées* », notamment dans le domaine épineux de la rémunération de l'auteur. En effet, « *concernant le montant à payer, en règle générale, la majorité des États membres laissent aux parties contractantes le soin de fixer le montant des paiements à l'auteur ou à l'artiste interprète ou exécutant. Cependant, certains États membres précisent que le paiement doit être calculé de façon proportionnelle ou doit représenter une part équitable. Le contrat peut faire l'objet d'une modification si la rémunération prévue est disproportionnée par rapport aux revenus générés pour l'utilisation de cette œuvre (par exemple, clause du "best-seller" ou application du principe d'équité)* »⁷⁷. Une première solution des plus cliniques consisterait à proposer la suppression du droit d'auteur ou, tout du moins, du droit des contrats d'auteur⁷⁸. Une seconde solution, plus réaliste, supposerait un profond remaniement des droits d'auteur au sein de l'espace européen, comme l'a récemment réalisé la directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et le marché unique numérique (directive DAMUN)⁷⁹. Pour la première fois, les instances européennes optent pour une harmonisation des législations contractuelles en droit d'auteur. Ainsi, les disparités nationales tendent à s'estomper. Mais précisément, une harmonisation européenne du droit d'auteur pourrait imposer à la France un nivellement par le bas de sa législation, tant ses standards de protection contractuelle semblent élevés vis-à-vis de ses homologues⁸⁰. Dans certains cas toutefois, le marché européen peut conduire à un renforcement de la protection des auteurs. À l'occasion de la transposition de la directive⁸¹, s'est posée la question des dispositions relatives à la rémunération équitable normalement dévolue à l'auteur au titre de l'article 18 de DAMUN. L'ordonnance du 12 mai 2021 ayant modifié l'article 131-5 CPI relatif à la rémunération de l'auteur, la disposition nouvelle prévoyait notamment une rémunération complémentaire de l'auteur lorsque la rémunération proportionnelle initiale se révèle exagérément faible. Pour autant, le Conseil d'État, sur saisine de syndicats d'auteurs et d'artistes, a rappelé que la rémunération de l'auteur doit être d'emblée « appropriée », et en a conclu que l'ordonnance de transposition doit être annulée sur ce point⁸². Il ne faut donc pas exclure l'influence réelle ou potentielle du droit européen sur la pratique du contrat d'édition.

14. Méthodologie. Plan. Bien qu'il fasse figure de convention la plus ancienne et la plus élaborée du droit d'auteur, le contrat d'édition apparaît de nouveau dépassé par sa propre rationalité et son incapacité à transcrire les attentes contemporaines. Raisonnablement, le pessimisme conduirait à

⁷⁷ « La gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur », *Legicom*, vol. 32, n° 3, 2004, p. 76.

⁷⁸ V. J. REDA, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE 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*, § 6 « Préserver le domaine public » : <https://juliareda.eu/le-rapport-reda-explique/>. F. POLLAUD-DULIAN, « Détruire, dit-elle : le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur », *D.*, 2015, p. 639.

⁷⁹ P. SIRINELLI, « Directive sur le droit d'auteur : les auteurs ont des droits sur internet », *D.* 2019, p. 936.

⁸⁰ T. AZZI, « Le projet de code européen du droit d'auteur : une étrange idée », *D.*, 2012, p. 1193 ; T. AZZI, V.-L. BENABOU, A. BENSAMOUN, N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI et E. TREPPOZ, « Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur ? », *LPA*, 29 juin 2012, n° 130, page 55 ; P. SIRINELLI, « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G.* n° 1, 5 janv. 2000, doctr. 194, spéc. n° 12, qui voit dans le souci d'uniformisation du droit d'auteur à l'échelle européenne et internationale une « menace fantôme » pour la conception traditionnelle française du droit d'auteur. J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Economica*, 2012, p. 93 et s.

⁸¹ Ord. n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

⁸² CE (10^e ch. et 9^e ch. réun.), 15 novembre 2022, n° 454477, *Ligue des auteurs professionnels et a.*, *Légipresse*, 2022, 598.

prendre ombrage d'un contrat qui peine aujourd'hui à trouver sa place au sein de la classification doctrinale opposant échange et organisation, empêchant ainsi toute pensée rationnelle dénuée d'équivoque. En outre, la numérisation et l'eupéanisation du droit d'auteur seraient autant de marqueurs de désuétude et d'obsolescence d'une figure contractuelle dont on a pu constater que les pesanteurs historiques sont très nationales. De la même façon, la prolifération législative, qui emporte dislocation du contrat d'édition général au profit de « sous contrats d'édition » catégoriels, traduirait une frénésie ou un acharnement normatif qui précéderait l'abdication du législateur et le renoncement de la pratique. Signe de cette crise, on constate actuellement l'émergence de nouvelles formes contractuelles, comme celles du contrat de distribution d'exemplaires d'une œuvre, du contrat de numérisation, du contrat de diffusion numérique, etc. Tous ces contrats expriment à notre avis une tendance profonde, celle d'un délaissement progressif du contrat d'édition.

On pourrait donc s'en tenir à cet état de fait et prôner, sinon constater, au sein de cette étude, la disparition effective ou programmée du contrat d'édition. L'ambition de notre étude est pourtant bien différente. Elle vise à réassigner au contrat d'édition sa place initiale dans le CPI, à savoir celui d'une convention matricielle des contrats d'auteur, tout en conservant à l'esprit les nécessités actuelles liées à son environnement politique, économique et sociologique. Les enjeux soulevés par le contrat d'édition sont nombreux et interdépendants. Comment se figurer la protection de l'auteur partie faible, sans au préalable trancher les questionnements liés à la nature juridique du contrat d'édition ? Comment concevoir cette nature profonde sans évoquer les incertitudes que font planer la numérisation des œuvres et l'eupéanisation du droit d'auteur ? Que faudrait-il penser dans l'hypothèse où cette eupéanisation offrirait les moyens aux éditeurs de diminuer, voire d'é luder la protection de l'auteur en ayant recours à des stratégies pernicieuses de choix de lois ? La pensée du contrat d'édition est circulaire. Compte tenu de l'imbrication de ces enjeux, une approche globale et holistique s'impose, afin de mener à bien la présente étude.

À ce titre, les données que fournit le droit positif, à savoir les textes législatifs et la jurisprudence, serviront de point d'ancrage.

Ensuite, la pratique ayant une place toute particulière en matière éditoriale, l'étude du contrat d'édition s'appuiera sur ses diverses productions, comme les codes des usages et les contrats-types.

Par ailleurs, dans une perspective internationale et européenne, les autres législations constitueront une source d'inspiration importante permettant de parfaire notre étude. D'une part, le système juridique français sera rapproché des législations d'autres pays. Toutefois, une étude de droit comparé peut rapidement présenter des limites, dans la mesure où les autres « grandes » législations adoptent des postulats terminologiques différents des nôtres. L'exemple des systèmes juridiques les plus représentatifs est éloquent. Le droit allemand prévoit sobrement que le droit d'utiliser une œuvre peut être concédé par contrat⁸³. Ce droit est donc fondé sur une approche pragmatique qui ne connaît pas la qualification particulière de contrat d'édition. Les législations de *common law* admettent que le *copyright* puisse être cédé, loué, prêté, sans pour autant reconnaître légalement la qualification de contrat d'édition⁸⁴. Ainsi, en droit anglais, le *publishing contract* repose en principe sur une licence, mais peut

⁸³ Art. 31. al. 1 : « L'auteur peut concéder à un tiers le droit d'utiliser l'œuvre selon certains modes d'utilisation. Le droit d'utilisation peut être concédé comme droit simple ou comme droit exclusif » ; art. 31 § 2 : « Le droit d'usage simple confère au titulaire le droit d'utiliser l'œuvre concurremment avec l'auteur ou avec d'autres titulaires, selon le mode qui lui a été permis » ; art. 31 § 3 : « Le droit d'usage exclusif confère au titulaire le droit d'utiliser l'œuvre, à l'exclusion de toute autre personne et même de l'auteur, selon le mode qui lui a été permis, et d'accorder des droits d'usage simples » ; voir également A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Propriété intellectuelle*, n° 3, 17, p. 403 ; T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005, n° 297 ; M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique, Étude de droit comparé et de droit international privé*, Joly, 1995, n° 55.

⁸⁴ M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique, Étude de droit comparé et de droit international privé*, Joly, 1995, n° 80 ; A. DIETZ, Étude réalisée à la demande de la Commission, *Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la communauté économique européenne*, 1976 : « la grande liberté laissée aux structures conceptuelles des cessions de droit ou de licence permet en théorie de faire des contrats sur mesure en fonction du but recherché », p. 58, n° 75.

également entraîner une cession définitive des droits⁸⁵. Quant au droit américain, l'article 101 de l'*Act of copyright* énonce que le droit d'auteur peut être cédé ou concédé de manière simple ou exclusive⁸⁶. Dès lors, la perspective comparatiste appelle à la plus grande vigilance. D'autre part, les textes supranationaux sont dans leur ensemble silencieux sur l'exploitation contractuelle des œuvres. À l'exception notable de la directive marché numérique du 17 avril 2019 qui consacre, en matière de contrats d'auteur, un régime commun à l'ensemble des législations européennes, les textes supranationaux sont d'un apport limité.

Enfin, la doctrine occupe une place essentielle dans la construction d'une idée renouvelée de l'édition. En effet, chacune des révolutions du contrat d'édition s'est accompagnée d'une pensée juridique nouvelle. Ainsi, la plaidoirie de BOISJERMAINS signe le passage de l'édition au contrat d'édition⁸⁷. Au début du XX^e siècle, alors que l'industrie culturelle connaît l'arrivée de nouvelles technologies, l'édition suscite l'intérêt de plusieurs membres de la doctrine, qui y consacrent des études dont certaines demeurent encore aujourd'hui des références en droit privé⁸⁸. Aujourd'hui, alors que l'industrie culturelle connaît un renouveau, le droit des contrats d'auteur se trouve au centre de plusieurs études académiques⁸⁹.

De ce « dialogue » entre législateur, juge et praticien accouchera une idée renouvelée de l'édition que la doctrine doit systématiser. Quelle que soit la complexité de l'objet de notre étude, on peut tenir pour acquis le fait que la rénovation du contrat d'édition passe par une étude de fond qui ne peut se permettre d'éluder certains enjeux, tant ceux-ci sont liés les uns aux autres. Fondamentalement, deux questions se posent. Qu'est-ce qu'un contrat d'édition ? Comment est-il mis en œuvre ? Dans un souci pédagogique, nous procéderons en deux temps : d'une part, nous analyserons la qualification du contrat d'édition (Partie 1^{ère}) et d'autre part, nous étudierons le régime juridique du contrat d'édition (Partie 2^{nde}).

Première partie : La qualification du contrat d'édition.

Seconde partie : Le régime du contrat d'édition.

⁸⁵ Art. 90, 91 et 92 Copyright, Designs and Patents Act (C. 48) du 15 novembre 1988.

⁸⁶ Art. 101 Act of copyright 1976 : « *le transfert de titularité du droit d'auteur est une cession, une hypothèque, une licence exclusive ou tout autre mode de transmission, d'aliénation ou d'affectation hypothécaire d'un droit d'auteur, qu'il y ait ou non limitation de temps ou de lieu, mais à l'exception de toute licence non exclusive* ».

⁸⁷ *Mémoires pour le Sieur Abbé Luneau de Boisjermain contre le Sieur Grangé imprimeur*, préc.

⁸⁸ E. EISENMANN, *Le contrat d'édition et les autres louages d'œuvres*, th. dactyl. Paris, 1894 ; W. LAUTERBOURG, *Du contrat d'édition et de la nature juridique des droits d'auteur*, th. dactyl. Paris, Sirey, 1915 ; J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Étude de jurisprudence française, 1927.

⁸⁹ Notamment, N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009 ; A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, préf. J. RAYNARD, LexisNexis, 2013 ; S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. Ch. CARON, INPI, 2009. K

PREMIERE PARTIE

LA QUALIFICATION DU CONTRAT D'ÉDITION

15. Nécessité de l'opération de qualification. Poser en pétition de principe que le contrat d'édition est un instrument d'organisation du monopole d'exploitation s'avère conceptuellement juste mais demeure juridiquement insuffisant. Afin de saisir pleinement les enjeux juridiques auxquels donne lieu cette convention, il convient de la qualifier.

Parmi les nombreuses définitions qu'elle recoupe⁹⁰, la qualification est une « opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »⁹¹. Pour Madame Maud MINOIS, elle est « le propre de toute opération cognitive »⁹². Ce « mouvement de l'esprit »⁹³, permet alors d'appréhender « les faits et actes de la vie sociale ayant des caractères communs et leur appliquer un régime connu et objectivement déterminé constitu[ant] une garantie d'impartialité et de sécurité juridique »⁹⁴. « Il s'agit ainsi d'ordonner le désordre en intégrant, en rangeant, en classant des faits sociaux dans des cadres suffisamment définis et délimités afin de leur faire produire un effet particulier »⁹⁵. Elle se réalise en comparant la structure d'un contrat conclu en pratique, avec une catégorie de contrats reconnue par le droit positif⁹⁶. En dernier lieu, elle est « la technique fondamentale du droit »⁹⁷, celle qui autorise son intelligibilité⁹⁸. Ainsi, l'appréhension juridique du contrat d'édition comme phénomène scientifique passe par sa qualification.

16. Problème de la qualification du contrat d'édition : la double nature. L'opération de qualification du contrat d'édition s'avère complexe, notamment car celui-ci obéit à une double rationalité : celle du droit d'auteur et celle du droit civil⁹⁹. Les logiques étant distinctes, l'opération de qualification se dédouble, et les corps de règles deviennent indépendants les uns des autres¹⁰⁰. En outre, la place occupée par le contrat d'édition au sein de la classification contractuelle n'est pas la même selon qu'elle est envisagée du point de vue de la propriété littéraire et artistique ou du point de vue du droit

⁹⁰ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, « Les effets du contrat », 3^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 77.

⁹¹ *Vocabulaire juridique*, CAPITANT, préc. sous occurrence « Qualification ».

⁹² M. MINOIS, *La qualification des obligations en droit international privé*, th. dact., Paris V, n° 1, p. 1.

⁹³ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, Coll. Doctrine juridique, 1998, p. 259 et s., spéc. p. 270 : « Mouvement de l'esprit qui saute du concret à l'abstrait – pour faire qu'un donné brut devienne un donné qualifié –, la qualification ne peut s'opérer que si elle se réfère à des données juridiques préalablement élaborées, à partir desquelles elle ordonne la réalité (...). La définition est référence, la qualification rattachement ».

⁹⁴ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2016, p. 114, n° 63 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 238, n° 180.

⁹⁵ M. MINOIS, th. préc. n° 3, p. 3.

⁹⁶ P. FRECHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques » *Cab. de Dr.*, 2010/1, 51, 117, spéc. p. 131 ; P. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits*, 18, 1993, p. 45 et s., spéc. p. 46 : « la détermination de la nature d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes »

⁹⁷ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, LGDJ, T. 3, 1925, p. 223, n° 213.

⁹⁸ Ph. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Rev. Théo. Jur.* 1993, n° 18, p. 43 et s.

⁹⁹ Sur la dualité de qualification voir S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. Ch. CARON, INPI, 2009, n° 24 p. 22-23.

¹⁰⁰ N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009, n° 18, p. 19.

civil. Alors qu'en droit d'auteur le contrat d'édition est revêtu du prestige et de la force d'attraction que veut bien lui reconnaître la doctrine spécialisée¹⁰¹, sa qualification en droit civil connaît une fortune mitigée. Nous le verrons, celle-ci diffère fortement au gré des opinions doctrinales¹⁰². Il est à noter que tous les systèmes juridiques n'enferment pas le contrat d'édition dans ce dualisme. C'est le cas par exemple du droit suisse qui range le contrat d'édition au XIII^e chapitre de son Code civil¹⁰³, s'épargnant, au moins en partie, les questions de *ratio legis* qui seront étudiées ultérieurement¹⁰⁴. C'est le cas également du droit russe qui a consacré au sein du Code civil l'ensemble de la propriété intellectuelle¹⁰⁵ devenant ainsi la première législation au monde à réunir au sein d'un même texte droit civil et propriété intellectuelle. D'autres au contraire ne reconnaissent même pas la catégorie de contrat d'auteur. La qualification contractuelle relève uniquement du droit commun des contrats¹⁰⁶. Pour ces législations, principalement anglo-saxonnes, l'effort de régulation a été porté sur le droit des biens et non sur le droit contractuel¹⁰⁷.

17. Méthodologie. Plan. Qu'est-ce qu'un contrat d'édition ? En réalité, la question doit être posée en des termes différents selon que l'on envisage la qualification sous le prisme du droit d'auteur ou du droit civil.

En droit d'auteur, l'opération de qualification consiste à savoir à quelles conditions une convention peut être qualifiée de contrat d'édition. Qu'est-ce qui justifierait qu'une opération juridique entre dans le domaine d'application du contrat d'édition et non dans celui d'une convention voisine ? Le CPI prévoit, outre l'existence du contrat d'édition, celle du contrat de représentation, du contrat de production audiovisuelle, du contrat d'adaptation et du contrat de commande pour la publicité. Il faut ajouter à cette liste les contrats innomés par le CPI mais validés par la jurisprudence – les contrats de commande, le contrat d'adaptation *lato sensu* et, de manière plus contestable, les contrats sans obligation d'exploitation. Ainsi, d'autres conventions ont pour objectif d'organiser à leur manière le monopole d'exploitation. Le travail de qualification en droit d'auteur consiste donc à *identifier* le contrat d'édition au sein de la constellation des contrats d'auteur (titre 1).

En droit civil, l'opération a vocation à restituer la qualification *du* contrat d'édition. Il s'agit cette fois-ci de rattacher la structure du contrat d'auteur aux catégories majeures du Code civil afin de lui donner sa nature profonde, son *identité* (titre 2). Outre l'intérêt purement pédagogique et doctrinal d'un tel rattachement¹⁰⁸, cette qualification offre un surcroît de prévisibilité par l'application complémentaire d'un socle de règles suffisamment abstraites et malléables, promptes à prévenir les conflits à venir.

Titre 1. L'identification du contrat d'édition

Titre 2. L'identité du contrat d'édition

¹⁰¹ Voir notamment DESBOIS qui qualifie le contrat d'édition de « *prototype* » des contrats d'auteur, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd. 1978, n° 492

¹⁰² *Infra* n° 312.

¹⁰³ Voir le Titre douzième du Code civil suisse complété par la LF du 30 mars 2011 (art. 380 à 383). Il en va ainsi également du droit autrichien qui range le contrat d'édition aux § 1172 et s. du Code civil autrichien (ABGB) dans la catégorie des contrats de service impliquant une mise à disposition.

¹⁰⁴ *Infra* n° 310 et s.

¹⁰⁵ Code civil de la Fédération Russe, partie IV, art. 1225 et s. Le contrat d'édition est codifié aux articles 1287 et s.

¹⁰⁶ Ch. GEIGER, « 1710-2010 : Quel bilan pour le droit d'auteur ? L'influence de la loi britannique de la Reine Anne en France », *RIDC*, janv. 2011, p. 53, spéc. p. 67 : « *Le "droit contractuel d'auteur" est encore souvent inexistant dans de nombreuses législations et, où il existe, il n'a pas encore apporté les résultats souhaités.* »

¹⁰⁷ L. BENTLY et J. C. GINSBURG, « The sole right shall return to the authors : Anglo-American authors reversion rights from the statute of Ann to contemporary U.S. Copyright », *Berk. Tech. Law Journal*, June 2011, n° 25, 1475, spéc. p. 1490 : « *Why did they choose a "proprietary" technique rather than a "contractual" one, One explanation might be that at the time the Act was being passed the potential object of regulation, that is, "publishing agreements" between authors and publishers, was not a sufficiently stable category of business relations to make such regulation readily conceivable.* »

¹⁰⁸ N. BLANC, th. préc., n° 173, p. 159.

TITRE I

L'IDENTIFICATION DU CONTRAT D'ÉDITION

18. Définition. L'identification constitue l'opération d'identifier. Au sens littéral, identifier signifiant « *faire identique* »¹⁰⁹, le travail d'identification repose sur un travail d'analyse visant à déterminer ce qui rend similaires un certain nombre d'objets, de personnes, d'idées, etc. Il est donc une étude des correspondances et des traits caractéristiques d'un corps donné permettant de le catégoriser au sein d'un corps homogène. La consigne appliquée à notre objet, l'identification consiste à déterminer les caractéristiques qui rassemblent une cohorte de conventions sous l'appellation de « contrat d'édition »¹¹⁰. Pour reprendre l'expression de RIPERT et BOULANGER, cette opération suppose de déterminer « *les données objectives du contrat* »¹¹¹. Deux composantes intangibles se dessinent alors : la présence de l'auteur et celle d'une fraction du droit d'auteur, à savoir le droit de reproduction.

19. Complémentarité des méthodes d'identification. Plan. Avant de s'atteler à l'examen de ces deux composantes, un constat s'impose : leur étude seule est insuffisante à assurer l'identification du contrat d'édition. En effet, même en reprenant les données objectives du contrat d'édition que sont la présence de l'auteur et celle du droit de reproduction, le contrat d'édition peut entrer en concours avec d'autres qualifications contractuelles reprenant les mêmes composantes. Comment justifier que soit préférée la qualification de contrat d'édition au détriment de celle de contrat de production audiovisuelle, de licence ou de cession simple ? Sur le plan des composantes, ces contrats sont identiques. Ils diffèrent pourtant quant à leur fonction. Cet écueil concerne l'ensemble de la matière contractuelle même s'il s'accroît en droit d'auteur. À titre d'exemple, rien ne différencie, sur le plan des composantes juridiques, un contrat de dépôt d'un contrat de prêt : « *Ils ont en commun d'être considérés comme gratuits et unilatéraux, et de comporter, comme principales obligations, la garde et la restitution de la chose. Ces petits contrats de bienfaisance diffèrent, toutefois, par leurs finalités, qui sont opposées* »¹¹². L'identification contractuelle suppose donc de s'interroger sur le but poursuivi par les parties, notamment se demander si leurs intérêts, leurs attentes et leur comportement réel correspondent aux fonctions dudit contrat¹¹³.

Ces deux pans d'analyse sont complémentaires. Dans un souci pédagogique, on envisagera en premier lieu les fonctions du contrat d'édition (chapitre 1) avant de procéder, en second lieu, à la caractérisation du contrat d'édition (chapitre 2).

Chapitre 1. Les fonctions du contrat d'édition

Chapitre 2. La caractérisation du contrat d'édition

¹⁰⁹ Littré, sous occurrence « *Identification* ».

¹¹⁰ Notons d'ores et déjà que le contrat d'édition est un contrat nommé par la loi (voir *Vocabulaire juridique*, CAPITANT, préc. sous l'occurrence « *Dénomination* », p. 329) et qu'à ce titre il bénéficie d'une définition qui lui est propre.

¹¹¹ RIPERT et BOULANGER, *Droit commercial*, T. 2, 4^e éd. 1952, n° 287

¹¹² J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012, n° 2216.

¹¹³ Ch. ATTIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in *Droit et économie des contrats*, Ch. JAMIN (dir.), LGDJ, 2008, n° 5, p. 6 : « *demander ce qu'est un contrat ce peut être rechercher les raisons qui font le conclure et s'interroger sur les fonctions du contrat* » ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005, n° 352 : « *il s'agit dans cette optique, d'examiner l'opération concrète, que tend à réaliser le contrat, autant que les volontés qui déterminent ses conditions* ».

LES FONCTIONS DU CONTRAT D'ÉDITION

20. Définition. Le terme de « fonction » est passible de deux acceptions qui, loin d'être opposées, se recoupent et se complètent. Une fonction peut désigner « *un ensemble d'opérations concourant au même résultat et exécutées par un organe ou un ensemble d'organes* »¹¹⁴. Le terme renvoie également à l'étude du « *rôle joué par un élément dans un ensemble, une destination* »¹¹⁵. Alors que le sens premier renvoie au *modus operandi*, le second souligne une finalité globale. Dans le vocabulaire juridique de l'association Capitant, la fonction s'entend d'une part d'un « *service d'un but supérieur et commun* » et d'autre part de l'aménagement de « *l'ensemble des actes d'une même sorte concourant à l'accomplissement du service* »¹¹⁶. Dès lors, l'étude des fonctions reprendra ces deux acceptions et se déclinera systématiquement de la sorte : la présentation du but à atteindre dans un premier temps et les modalités de réalisation de ce but dans un second temps.

21. Détermination des différentes fonctions : archaïsme et modernité. En dépit de son importance, l'étude fonctionnelle du contrat d'édition se dérobe aisément à l'analyse. La faute en revient à une pluralité de fonctions superposées au fil du temps et qui concourent toutes, avec une intensité variable, à son identification. Cet état des choses s'explique. Historiquement, l'émergence du contrat d'édition comme convention nommée par le droit positif s'est faite progressivement du milieu du XIX^e siècle jusqu'à l'entre-deux-guerres. Elle est à mettre au crédit des praticiens et de la jurisprudence, dont les efforts croisés seront finalement repris par le législateur de 1957 qui se contenta de légiférer à droit constant¹¹⁷. Cette dimension empirique explique le mouvement de défiance doctrinale qui accompagna la promulgation de la loi de 1957, qui a figé une institution se voulant au contraire dynamique et flexible¹¹⁸. Mais, aujourd'hui encore, les pratiques éditoriales connaissent des évolutions et le contrat d'édition est instrumentalisé dans le but de remplir des fonctions nouvelles. Il se trouve pour ainsi dire

¹¹⁴ Larousse, 1^{re} définition sous occurrence « *Fonction* ».

¹¹⁵ Larousse, 2^e définition sous occurrence « *Fonction* ».

¹¹⁶ *Vocabulaire juridique, Capitant*, préc., sous l'occurrence « *Fonction* ».

¹¹⁷ J. ISORNI, « Le vote de la loi », *RIDA* 1958/4, n° 19, p. 23. V. également les propos de M. BOUTET, rapporteur de la Commission de la propriété intellectuelle, qui vont dans le même sens : « *La loi nouvelle, dit-il, ne présente aucune modification de structure par rapport aux textes anciens et à la jurisprudence édifiée au cours d'un siècle et demi...* » in « *Considérations générales* », *RIDA* 1958/4, n° 19, p. 17 ; J. VILBOIS, « Historique », 1958/4, *RIDA* n° 19, *loc. cit.*, pp. 51-53 ; H. DESBOIS, « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », *D*, 1957, L., p. 350 et s., spéc. p. 351 où l'auteur écrit : « *À côté et en marge des lois, un édifice s'est élevé grâce à l'initiative hardie et féconde de la jurisprudence ; un droit coutumier, d'origine jurisprudentielle, s'est formé, qui permet de donner satisfaction aux besoins les plus pressants, d'ordre moral aussi bien que patrimonial* » et d'ajouter plus loin que « *le législateur s'est gardé de bouleverser l'édifice que, jour après jour, les tribunaux avaient édifié* ». Il propose ensuite d'inscrire la fidélité du législateur à la tradition jurisprudentielle « *au fronton des principes qui ont présidé à l'élaboration de la loi nouvelle* ».

¹¹⁸ R. SAVATIER, « Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique » *JCP* 1957, I, 1398, n° 2 : « *En France, l'indigence des textes était manifeste. À peine traçaient-ils le canevas sur lequel avait brodé une jurisprudence protectrice des œuvres de l'esprit* » ; R. SAVATIER, *Le droit de l'art et des lettres. Les travaux des muses dans la balance de la justice*, Paris, LGDJ, 1953 n° 2. En avant-propos, l'auteur souligne l'importance de la jurisprudence : « *Nous y avons fait peu de place à la réglementation, que trop de profanes confondent avec le droit lui-même. Elle n'a qu'une assez mince importance dans la matière, où tout est en équité et en nuances. Nous avons, en revanche, consulté et utilisé le plus grand nombre possible de décisions* » ; M. PLAISANT, « Bienvenue à la loi », *RIDA* 1958/4, n° 19, p. 9 ; A. TOURNIER, « Le bilan de la loi », *RIDA* 1958/4, n° 19, p. 73 ; P. SIRINELLI, « L'évolution juridique du droit d'auteur », *Réseaux* 2001/6, n° 110, p. 42 et spéc. p. 44 : « *La prudence du législateur français a d'autres explications. Réformer c'est courir le risque de figer le droit. De le calquer sur une réalité technique ou économique d'un jour qui ne sera pas la réalité de demain. L'encre du législateur est à peine sèche que la loi paraît déjà inadaptée ou dépassée* ».

entre deux eaux, entre archaïsme et modernité¹¹⁹. Tout cela n'est pas neutre dans l'identification d'une convention. Alors que certaines finalités sont d'une importance capitale au moment d'identifier le contrat d'édition – dans la mesure où elles sont entérinées par la loi –, d'autres ne sont pourvues que d'une importance relative. Il faudra donc distinguer les unes des autres.

22. Plan. Pris dans son sens étymologique, l'archaïsme renvoie à ce qui est stable et constant, « *ce qui est là depuis le début* »¹²⁰. En somme, les fonctions « archaïques » du contrat d'édition sont celles qui furent définitivement entérinées par le droit positif dès 1957 et dont l'importance est fondamentale au moment de qualifier le contrat d'édition (section 1). Ensuite, les pratiques changent et les fonctions contractuelles connaissent des évolutions. Les pratiques modernes traduisent alors l'émergence de fonctions nouvelles qu'on ne peut négliger¹²¹. Il faut donc observer les indices précis de cette émergence en ayant à l'esprit l'aléa, inhérent à toute analyse prospective. En l'absence de consécration législative, ces fonctions doivent être traitées de façon autonome (section 2).

Section 1. Les fonctions positives

Section 2. Les fonctions émergentes

Section I

LES FONCTIONS POSITIVES

23. Intérêt de l'approche fonctionnelle. Sans entrer dans le débat portant sur la nature des conventions, la fonction naturelle du contrat d'édition est, comme pour tout contrat, de générer des obligations¹²². La seconde partie y sera entièrement dédiée¹²³. Au stade de l'identification, l'emphase sera mise sur les fonctions sociales et économiques¹²⁴ dans le sillage de GÉNY, qui a écrit « *qu'on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social* »¹²⁵.

24. Fonction de protection et fonction d'exploitation. Un premier postulat peut être posé : le contrat d'édition a une *fonction protectrice*. Soutenue par un régime juridique rigoureux, cette fonction – que l'on pourrait qualifier de « *sociale* »¹²⁶ – vise à préserver les intérêts pécuniaires et moraux des

¹¹⁹ X. PRÈS, *Les sources complémentaires du droit d'auteur*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2004, n° 215 et s.

¹²⁰ Le terme est emprunté au grec ancien : « *arkebaïos* » signifie « *du début, ancien, vieux* » et « *arkebē* » « *début, commencement* ».

¹²¹ Sur l'assignation de fonctions contractuelles nouvelles par la pratique, v. G. CORNU, *L'évolution du droit des contrats en France*, Journées de la société de législation comparée, 1979, p. 447.

¹²² Certains auteurs ont pu distinguer le contenu obligationnel de la force obligatoire, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD. civ.* 1999, p. 771.

¹²³ *Infra* n° 455 et s. Notons que le contenu obligationnel ne peut pas, par principe, permettre l'identification d'un contrat, celui-ci dépendant de la qualification retenue.

¹²⁴ I. A. TASSOPOULOS : « *La fonction socio-économique est donc complémentaire de la fonction juridique* », « La civilité juridique au fondement du contrat ? Sur l'articulation entre contrat et sentiment moraux chez Adam Smith, La fonction sociale et économique du contrat », in *Repenser le contrat*, G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), Dalloz, 2009, p. 60 ; C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux » in *Repenser le contrat*, préc., p. 175 et plus précisément p. 210 et s.

¹²⁵ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1^e éd. n° 173, p. 544 ; voir également dans le même ordre d'idée J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, 2013, p. 422 : « *le contrat est, certes, un accord de volonté en vue de produire des effets de droit, mais ces derniers sont dirigés vers une fonction principale : le contrat est traditionnellement l'instrument des échanges économiques, de biens ou de services* ».

¹²⁶ G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA*, 2015, p. 496 : « *l'inégalité des forces en présence peut être sporadiquement prise en compte – plus volontiers dans les contrats où la protection de la partie faible répond à un impératif de justice sociale* » ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, n° 141, p. 187 : « *L'évolution du droit sous l'action des sociaux est une réalité inhérente à la matière juridique dont l'effectivité dépend de son adéquation aux besoins de la vie sociale* » ; G. TABI, « Ajustement nécessaire du

auteurs¹²⁷. Elle déploie ses effets sur la notion même de contrat d'édition, au stade de l'institution législative¹²⁸, avant même que le contrat ne soit en phase d'identification *stricto sensu*. Elle est un présupposé politique au contrat d'édition qui ne peut être discuté.

Ensuite, on notera que le contrat d'édition obéit à une fonction économique venant fixer les attentes concrètes des parties qui permettront alors de l'identifier et de le distinguer des formes contractuelles voisines. Cette fonction donne au contrat sa cause finale¹²⁹, concept à rapprocher de ce que d'aucuns qualifient de « *cause typique* »¹³⁰. Dans cette lignée, l'esprit du contrat d'édition s'incarne dans la *fonction d'exploitation* de l'œuvre.

25. Plan. Il ressort des travaux préparatoires de 1957 et de la jurisprudence qui lui a succédé que le contrat d'édition répond à ce double impératif : assurer la protection des intérêts pécuniaires et moraux de l'auteur, présupposé en état de faiblesse (§ 1), et exploiter l'œuvre selon des modalités particulières (§ 2).

§ 1. LA FONCTION DE PROTECTION DE L'AUTEUR

26. Plan. L'une des philosophies des contrats d'auteur telle qu'on la retrouve à différents endroits des travaux préparatoires de la loi de 1957 repose sur l'idée de protection des intérêts des auteurs (A). À cet effet, ces derniers sont considérés de plein droit parties faibles dans leurs rapports avec les éditeurs, supposés parties fortes. Il existe plusieurs modalités visant à garantir ce principe de protection (B).

A. LE PRINCIPE DE PROTECTION DE L'AUTEUR

27. Ratio legis et travaux préparatoires. L'impératif de protection se justifie par la crainte de voir un auteur en difficulté économique accepter des conditions contractuelles d'exploitation

volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », *Rev. dr. Univ. Sberb.*, 2014, n° 44, p. 71 et plus précisément voir p. 104 et s.

¹²⁷ V. J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 2012 n° 32139, p. 1231 : « ce contrat fait l'objet d'une réglementation spécifique, qui tient autant à sa nature particulière qu'à la politique de protection de l'auteur, que suit le législateur »

¹²⁸ En théorie générale du droit, HAURIOU, qui fut l'un des grands artisans de la notion d'institution, distinguait non sans nuance celle-ci du contrat car selon lui « l'institution est faite pour durer alors que le contrat n'est pas fait pour durer » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, LGDJ, 2010, p. 126). Dans cette mesure il ne serait pas possible d'employer le terme d'institution pour qualifier le contrat d'édition. Néanmoins, lorsque sera traitée la fonction de protection du contrat d'édition, ce dernier sera évoqué au sens de corps de règles préétablies par l'État sur la base d'une volonté politique et désormais codifié aux articles L. 132-1 et s. du CPI. En ce sens, le contrat d'édition relève bien « des ensembles de règles de droit organisées autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent », ce qui est précisément la définition que l'on donne de l'institution (J. BERTHE de la GRESSAYE, « Institution » *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 2). On pourrait encore rapprocher la notion de contrat d'édition pris dans son sens institutionnel de la définition proposée par CARBONNIER, à savoir « un composé de règles de droit qui embrasse une série de relations sociales tendant aux mêmes fins » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. 1, Introduction, Les personnes*, PUF, 2^e éd. 2017, n° 4). V. également J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 153, p. 209.

¹²⁹ F. TERRÉ : « avant même d'être une condition de validité, la cause est un instrument de qualification », *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. le BALLE, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, n° 247, p. 232 ; A. TUNC : « il faut pour déterminer la nature juridique d'un contrat le prendre dans son ensemble et envisager sa cause » note D. C. 1944-59 sous trib. civ. Laval 21 juil. 1943 et D. 1946 p. 190, sous Paris, 25 avr. 1945 ; P. LOUIS-LUCAS quant à lui voit dans cette notion « la traduction économique d'un élément juridique », *Volonté et cause : étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit*, Sirey, 1918, p. 93.

¹³⁰ J. ROCHFELD, « Il [le type] renferme également l'idée de catégorisation des diverses espèces contractuelles », *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 43, p. 40 et d'ajouter que « la cause typique représente l'ensemble des obligations nécessaires pour parvenir à l'intérêt typique poursuivi », n° 223, p. 210-211. Néanmoins, l'auteur prend le soin de distinguer au préalable *typicité* contractuelle et *qualification* contractuelle, n° 44-46, pp. 42-43.

totale­ment désé­quili­brées au profit des édi­teurs.

Mondia­le­ment pré­gnante en droit d'auteur¹³¹, cette idée de protection jalonnait les travaux pré­pa­ra­toires de la loi de 1957. On la retrouve en filigrane ou de manière plus explicite dans les différents rap­ports de séance qui la reprenaient unanimement comme un leitmotiv. Le rapport remis par Jacques ISORNI au nom de la commission de la justice rappelait tout d'abord qu'il serait « absurde de fonder la défense des intérêts des auteurs uniquement sur l'interprétation par les tribunaux des textes extrêmement anciens »¹³². Dans son rapport, le sénateur PÉRIDIÉ attira l'attention sur la fonction de protection que devait recouvrir le contrat d'édition, estimant « qu'il n'est pas possible de permettre à certaines maisons d'édition de faire pression sur un jeune auteur qui a le plus grand désir d'être édité et qui, pour sa première œuvre, est prêt à accepter n'importe quelles conditions »¹³³. Le sénateur HAMON ajoutait : « Voici donc l'artiste abandonné ; plus que jamais, il est permis d'appeler l'artiste, ce "socialement faible" »¹³⁴. Pour BORDENEUVE, secrétaire d'État aux arts et aux lettres, « la défense et la protection des auteurs sont, pour la France, une tradition nationale »¹³⁵. Au moment de présenter la première mouture de la loi de 1957, le rapporteur ISORNI soulignait dans l'exposé des motifs que les modalités du droit des contrats d'auteur « tiennent compte de la nécessité de défendre l'écrivain ou l'artiste, souvent mal renseigné ou insoucieux de ses droits, contre l'habileté praticienne parfois excessive de certains exploitants »¹³⁶. Au cours des débats législatifs portant sur l'adoption de la loi du 11 mars 1957, ISORNI reprenait ainsi : « l'esprit dominant de ce texte, (...) la pensée directrice qui l'anime, (...) c'est avant tout la protection de l'artiste »¹³⁷.

À l'occasion de la grande réforme de 1985, l'impératif de protection a été à nouveau rappelé par les contributeurs de la réforme. À titre d'exemple, dans son rapport au nom de la commission des lois, le député RICHARD considérait que l'extension des règles de formalisme des contrats d'édition et de représentation au contrat de production audiovisuelle était dictée par ce but : « protéger les auteurs contre des cessions de droits consenties sans réflexion suffisante »¹³⁸.

Lors de la réforme du droit du contrat d'édition visant à adapter celui-ci à la sphère numérique, l'idée a été reconduite. Ainsi, pour le Professeur SIRINELLI et Madame de CARVALHO, grands artisans de l'ordonnance, « l'idée d'une évolution a peu à peu pris corps. Elle ne devait certainement pas être synonyme de soumission du droit d'auteur aux lois du marché, mais devait offrir une sécurité propice à l'éclosion de projets éditoriaux ambitieux sans renoncer à la protection nécessaire de la partie la plus faible »¹³⁹. L'idée de protection s'appuie donc sur un présupposé : l'auteur est une partie faible et la démarche employée par le législateur de 1957 n'était pas neutre.

29. Absence de neutralité et conséquences juridiques. Conformément à la doctrine politique qui irrigue le droit depuis le début du XX^e siècle, le législateur a fait du contrat d'édition une convention socialement orientée qui protège les intérêts des auteurs au détriment parfois de la volonté exprimée par les parties¹⁴⁰. En ce sens, cette approche rompt radicalement avec celle des rédacteurs du Code civil,

¹³¹ P. KATZENBERGER, « Protection of the author as the weaker party to a contract under international copyright contract law », *Int. rev. indus. propr. copyright.*, n° 19, 1988, p. 731.

¹³² J. ISORNI, *Rapport n° 10681 au nom de la commission de la justice, Assemblée nationale*, séance du 7 mai 1955, pp. 10-11.

¹³³ M. PÉRIDIÉ, *Rapport fait au nom de la commission de justice*, séance du 4 oct. 1956, Annexe XI, Document Parlementaire, p. 20.

¹³⁴ L. HAMON, Discussion et adoption en séance, 30 oct. 1956, JO, 31 oct. 1956, p. 2128.

¹³⁵ J. BORDENEUVE, Discussion et adoption en séance, 20 avr. 1956, JO, 21 avr. 1956, p. 1426.

¹³⁶ J. ISORNI, Exposé des motifs du « Projet de loi sur la propriété littéraire et artistique », Assemblée nationale, session de 1954, doc. n° 8612.

¹³⁷ J. ISORNI, Discussion et adoption en séance, 20 avr. 1956, JO, 21 avr. 1956, p. 1427.

¹³⁸ A. RICHARD, *Rapport n° 2235, fait au nom de la commission des lois, de la République et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi n° 2169, relatif aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs phonogrammes et de vidéogrammes*, p. 29.

¹³⁹ P. SIRINELLI et L. de CARVALHO, « Réforme du contrat d'édition », *D.* 2015. 498.

¹⁴⁰ J. CARBONNIER pour qui « les forces économiques en présence sont inégales », *Flexible droit*, LGDJ, 7^e éd. 1992, pp. 288-289 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et spéc. p. 460 et s. ; L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Armand Colin et Cie, éditeurs, 1896, 1^e éd., p. 59 : « Nul ne peut créer en dehors d'elles aucun système légal

qui se sont employés à rester le plus neutre possible dans les rapports contractuels entre créancier et débiteur¹⁴¹. En définitive, l'auteur – sans qu'il soit nécessaire ni même possible de discuter son caractère profane – bénéficie d'une protection dont les modalités doivent être brièvement présentées.

B. LES MODALITÉS DE LA PROTECTION DE L'AUTEUR

30. Présentation. Le régime juridique posé aux articles L. 131-1 et s. et L. 132-1 et s. CPI assurant la protection de l'auteur, l'opération de qualification s'avère déterminante. Refuser d'identifier un contrat d'édition fait prendre le risque de s'affranchir d'une convention dont le régime est censé protéger la partie faible. À ce titre, bien qu'en principe l'opération de qualification se veuille scientifiquement neutre, la nécessité de protéger l'auteur partie faible impose de modérer la vigueur de ce principe. En effet, en tant qu'« *instrument fonctionnel, la qualification n'est pas nécessairement neutre. Certes, le régime d'un rapport de droit découle bien de sa qualification, mais la qualification elle-même est déterminée en contemplation du régime qui semble le plus adapté à ce rapport* ». ¹⁴² « *Ainsi s'établit, par l'intermédiaire des catégories juridiques, une relation d'ordre logique entre la détermination de ce qu'on appelle la nature juridique (d'un bien, d'un acte...) et le régime juridique qui en découle. Il faut pourtant observer que la visée d'un objectif, caractérisé par l'application d'un certain régime, implique le recours à telle ou telle catégorie juridique, que les volontés individuelles ne peuvent éluder (...). Tour à tour peut s'opérer un jeu de miroirs entre nature juridique et régime juridique* ». ¹⁴³ Ceci à plus forte raison lorsque le régime contractuel se veut des plus impératifs.

31. Plan. En matière de contrat d'édition, la logique de protection implique un rapport particulier entre le régime et la qualification. La nécessité de protéger l'auteur suppose l'application d'un régime juridique impératif qui incline en sa faveur (1). L'efficacité de ce régime impératif suppose au préalable que la qualification de contrat d'édition soit également favorable à l'auteur et qu'il ne soit pas trop aisé d'y échapper (2).

1. L'inclinaison du régime contractuel in favorem auctoris

32. Présentation et renvoi. Concrètement, se dégage la volonté du législateur d'instituer un statut protecteur de l'auteur¹⁴⁴. L'obligation d'exploitation prévue à l'article L. 132-11 CPI¹⁴⁵, la

particulier qui limite ou étende, suivant d'autres principes, le droit ou le devoir au profit ou au détriment d'un groupe, d'une classe, d'une catégorie, d'un individu, et qui ajoute aux inégalités naturelles une cause d'inégalité sociale » ; J. DONZELOT, *L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques*, Seuil 1994, p. 54 : « *conformément à la doctrine de la solidarité, le droit social prétend ne faire que réparer les carences de la société* » ; J. CHARMONT, « La socialisation du droit, (leçon d'introduction d'un cours de droit civil) », *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 380, et notamment pp. 401-402 : « *la doctrine traditionnelle, le contrat n'est que l'accord des volontés individuelles : l'État se borne à sanctionner cet accord (...). La tendance actuelle est de substituer à cette recherche des intentions la préoccupation de la justice et de l'intérêt social* » ; J.-P. CHAZAL, « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », 2014, Lyon, p. 2 : « *La protection de la partie faible dans le contrat en particulier, est évidemment l'un des aspects importants de ce mouvement de socialisation du droit* ».

¹⁴¹ L. VOGEL, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJCA* 2016, p. 309. Plus largement, sur la neutralité axiologique censée irriguer les sciences sociales, voir M. WEBER, *Essai sur la théorie de la science*, Presses Pocket, 1992.

¹⁴² T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009, p. 1621.

¹⁴³ F. TERRE, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11^e éd., 2019, n° 114, pp. 133-134.

¹⁴⁴ Th. IVAINER, « Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts des personnes" », *JCP G.* 1977, I. 2876, spéc. n° 4. L'auteur dépeint la parcellisation des régimes contractuels corrélés notamment à la profession des contractants et qu'il définit 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* ».

¹⁴⁵ *Infra* n° 507 et s.

rémunération proportionnelle aux articles L. 131-4 et L. 132-5 CPI¹⁴⁶, la prohibition des cessions globales des droits sur les œuvres énoncée à l'article L. 131-2 CPI¹⁴⁷, sont autant d'exemples de dispositions visant à protéger l'auteur. Ces règles forment un ordre public adapté qui régit de façon minutieuse la relation contractuelle entre l'auteur et l'éditeur. Cela est tel qu'il est parfois possible de douter de l'existence d'une véritable liberté contractuelle¹⁴⁸. Ces aspects ne présentant pas d'intérêt pour la qualification contractuelle, ils seront traités en seconde partie de notre étude¹⁴⁹.

33. Risque de contournement. Au stade de notre étude, l'accent doit être mis sur le point suivant : le contrat d'édition étant pourvu d'un régime largement favorable à l'auteur, l'éditeur, partie forte au contrat, serait tenté de contourner les règles impératives en proposant la conclusion d'un contrat exclusivement soumis aux règles du Code civil¹⁵⁰. En optant pour une qualification moins contraignante dans le but de se soustraire aux règles impératives du contrat d'édition, la situation pourrait masquer une tentative de fraude à la loi¹⁵¹.

Par conséquent, le régime juridique des contrats éditoriaux appelle pour corollaire une certaine rigidité au stade de la qualification. C'est pourquoi le contrat d'édition doit déployer ses effets protecteurs en amont, au stade de l'identification contractuelle¹⁵². À défaut, le libre jeu de la qualification rendrait trop aisée la possibilité pour la partie forte de peser sur la qualification contractuelle pour s'affranchir du lourd régime du contrat d'édition.

2. L'inclinaison de la qualification contractuelle in favorem auctoris

34. Plan. On constatera, dans un premier temps, l'inadaptabilité des modèles de qualification que l'on nommera « scientifiques » (a), avant d'analyser dans un second temps un modèle que l'on nommera « logico-empirique » (b).

a. Le rejet des qualifications exclusivement scientifiques fondées sur un principe de neutralité

Plan. Les différentes méthodes de qualification contractuelle dites « scientifiques » seront présentées (i), avant d'être réfutés dans le cadre du contrat d'édition (ii).

i. La présentation des qualifications exclusivement scientifiques

35. Annonce : qualification libre ou de plano. La convention conclue par un auteur ayant pour contenu le droit de reproduction doit-elle nécessairement répondre à la qualification de contrat

¹⁴⁶ *Infra* n° 522 et s. Sur l'importance de la rémunération proportionnelle, v. T. AZZI, « Rapport général : mécanismes destinés à garantir une rémunération appropriée aux créateurs et artistes-interprètes », *La rémunération de l'utilisation des œuvres : exclusivité c. autres approches*, Actes du Congrès de l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI), Bonn, 2016.

¹⁴⁷ *Infra* n° 729.

¹⁴⁸ A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron. p. 55.

¹⁴⁹ *Infra* n° 455 et s.

¹⁵⁰ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. dact. Nancy, 1992, n° 680-681, pp. 766-767 : « cet élargissement des critères traduit la volonté du législateur d'adapter très étroitement la qualification à certaines opérations économiques précises (...). Derrière cette évolution technique ponctuelle, se dissimule en réalité un des phénomènes majeurs causés par l'instauration des régimes d'ordre public : la lutte constante qui oppose les praticiens au législateur, les premiers fuyant les cadres trop rigides et trop protecteurs d'une part, le second s'acharnant inlassablement à ramener dans le domaine d'application des régimes impératifs, les formules contractuelles qui essaient de s'y soustraire ».

¹⁵¹ J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, *Le principe* « fraus omnia corrumpit », Dalloz, 1957, p. 183 et s. ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préf. L. AYNÈS, thèse Paris I, 2008 ; L. SAUTONIE-LAGUONIE, *La fraude paulienne*, préf. G. WICKER, LGDJ, 2008 ; J.-P. KARAQUILLO, « Redonner vigueur aux mécanismes de lutte contre la fraude », *JS* 2017, n° 176, p. 3 ; M. DUBUY, « La fraude à la loi », *RFDA* 2009, p. 243.

¹⁵² G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963 ; Ph. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public*, th. dact. 1951, n° 240 et s., p. 167 et s.

d'édition ? En d'autres termes, les parties sont-elles tenues par la nomenclature contractuelle posée dans le CPI ou existe-t-il des contrats qui, tout en reprenant les éléments caractéristiques du contrat d'édition, échappent à cette qualification ? La réponse n'est pas évidente, deux hypothèses doivent être présentées : la qualification libre et la qualification *de plano*.

36. La qualification libre. On pourrait considérer qu'en droit d'auteur, comme en droit civil, l'opposition entre contrat nommé – est dit « nommé » un contrat faisant l'objet d'une appellation expresse au sein de la loi – et contrat innommé – au contraire les contrats innommés relèvent de la seule volonté des parties – est dénuée de portée juridique¹⁵³ et qu'il n'y a pas lieu d'imposer la moindre qualification aux parties¹⁵⁴. Le pouvoir de dénomination et de qualification est ici laissé à la discrétion des contractants¹⁵⁵. Il s'agit donc d'une conception très volontariste du droit des contrats d'auteur et notamment du contrat d'édition. Certaines décisions de justice abondent en ce sens. C'est le cas d'un arrêt du 30 mai 2013 rendu par la cour d'appel de Paris. Le litige portait sur un contrat ayant pour objet le droit de reproduction d'une création conclu par un auteur avec une société d'édition. Dans la mesure où les parties s'accordaient sur le fait qu'il ne s'agissait pas d'un contrat d'édition mais d'un contrat *sui generis*, la cour d'appel a pris le parti de ne pas rechercher la véritable qualification de la convention¹⁵⁶. En procédant de la sorte, les juges du fond laissent le pouvoir de qualification contractuelle aux parties qui peuvent décider d'écarter le contrat d'édition. Démontrant une emprise indéniable de la volonté des parties au stade de la qualification, un arrêt de la Cour de cassation rendu le 4 décembre 2001 a pu valablement considérer que le contrat conclu entre un auteur et un exploitant n'était pas un contrat d'édition mais une cession simple, dans la mesure où la convention stipulait la suppression de l'obligation d'exploitation¹⁵⁷. Bien que les partisans d'une conception volontariste des contrats d'auteur s'appuient sur cet arrêt pour étayer leur argumentation¹⁵⁸, le contrat litigieux avait été conclu avant la réforme de 1957, ce qui minimise grandement sa portée. Cette conception libérale, qui présente l'intérêt d'être conforme au dogme de l'autonomie de la volonté censé dominer la théorie générale des contrats¹⁵⁹, pourrait néanmoins réduire à néant les efforts déployés par le législateur pour protéger l'auteur. Pour cause, la seule volonté des parties suffirait à contourner la qualification de contrat d'édition.

¹⁵³ V. D. GRILLET-PONTON : « En recueillant la division des contrats nommés et des contrats innommés dans la formule de l'art. 1107 c. civ., les rédacteurs du Code civil n'ont de toute évidence pas renoué avec la conception processualiste romaine. (...) Cette évolution pouvait alors porter à conclure à un effacement de la distinction des contrats nommés et des contrats innommés sous le régime du Code civil », « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, p. 331.

¹⁵⁴ V. Ph. DUPICHOT, qui, au titre de l'une des composantes de la trinité contractuelle, évoque « la liberté surtout de déterminer le contenu d'un contrat nommé ou de gagner les rives des contrats innommés, dans les seules limites fixées par les dispositions impératives ou d'ordre public », « Les principes directeurs du français des contrats », *RDC*, 2013/1, p. 387, n° 10.

¹⁵⁵ Ch. POULIQUEN, « Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats », *Rev. jur. de l'Ouest*, 2000, n° 4, p. 409.

¹⁵⁶ Paris pôle 5, ch. 5, 30 mai 2013, n° 10/19666, « Considérant que la société Éditions PC soutient qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* dont les obligations ont été déterminées par les parties et dont la qualification des obligations en découle. Considérant que Mme Billhardt indique dans ses conclusions que le contrat qui la lie à la société Éditions PC n'est pas un contrat d'édition ; Que la cour donnera acte aux parties de ce qu'elles s'accordent pour dire que le contrat les liant est un contrat *sui generis* ».

¹⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2001, n° 98-18.411, *JurisData* n° 2001-011977 ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 19, note C. Caron ; *Propri. Intell.* 2002/3, p. 61, obs. A. Lucas.

¹⁵⁸ A. LUCAS, « Contrat d'édition (CPI, art. L. 132-1 à L. 132-17-7) », *J.-Cl. P.A.*, Fasc. 1320, n° 14.

¹⁵⁹ M. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912, p. 9 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, 1980, PUF, p. 10 ; G. PIGNARRE, « Les frontières du consentement 1 : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », *RDC*, 2011/2, p. 611. Il semblerait qu'en définitive, l'autonomie de la volonté ait été discutée dès l'époque où il a pénétré la théorie générale des contrats, notamment si l'on date l'avènement du concept à l'ouvrage phare de GÉNY sur la méthode d'interprétation qui le découvre pour mieux le circonscrire (v. J.-P. CHAZAL, « L'autonomie de la volonté et la "libre recherche scientifique" », *RDC*, 2004/3, p. 621).

37. La qualification de *plano*. La seconde thèse prend le contrepied de la précédente. Elle consiste à l'inverse à qualifier systématiquement et *de plano* l'opération en un contrat d'édition dès lors que celle-ci porte sur le droit de reproduction d'une œuvre et qu'il est conclu par l'auteur. Cette thèse peut être rapprochée de certaines décisions de justice. À titre d'illustration, on citera un arrêt du 7 avril 2006 rendu par la cour d'appel de Paris. Le contentieux portait précisément sur la qualification d'un contrat mettant en cause le droit de reproduction. Après avoir énoncé de façon solennelle que « l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle définit le contrat d'édition comme le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit cède à l'éditeur dans des conditions déterminées le droit de reproduction et de diffusion de celle-ci », la cour d'appel poursuit en estimant que « ledit contrat énonce en son article 2 que l'éditeur sera titulaire du droit de reproduction et du droit de diffusion ; que dès lors, ce contrat est un contrat d'édition »¹⁶⁰. Les magistrats font ainsi preuve d'une grande rigueur. En effet, alors que la société, qualifiée *in fine* d'éditeur, invoquait différents moyens pour contester la qualification de contrat d'édition, les juges du fond n'ont pas pris le soin de les analyser. Selon cet arrêt, la qualification de contrat d'édition s'opère mécaniquement sans qu'elle puisse être discutée.

ii. La réfutation des qualifications exclusivement scientifiques

38. Annonce. Pour des raisons différentes, ces deux modèles de qualification doivent être réprouvés.

39. Critique de la qualification libre : le risque de fraude. En raison de la présence d'un régime impératif, la liberté de la qualification contractuelle suscite quelques réserves doctrinales. Madame GRILLET-PONTON exprime ce tropisme de la sorte : « la multiplication des textes impératifs, depuis lors, renforce l'intérêt des contrats innommés, en même temps qu'un mouvement de suspicion à leur rencontre »¹⁶¹. En effet, laisser aux parties un pouvoir total de qualification reviendrait à leur autoriser le recours à des qualifications innommées défavorables à la partie faible. L'éditeur n'aurait qu'à profiter de sa puissance économique pour négocier un contrat totalement déséquilibré – ce que la loi de 1957 cherche précisément à éviter¹⁶². La convention deviendrait innommée du point de vue du droit d'auteur et relèverait des seules règles du droit civil et éventuellement des articles L. 131-1 et s. CPI qui forment le droit commun des contrats d'auteur. En revanche, les articles L. 132-1 et s. CPI qui réglementent minutieusement le contrat d'édition ne seraient pas applicables.

Suivant ce raisonnement, la simple suppression de l'obligation d'exploitation ferait échapper l'éditeur au régime impératif du contrat d'édition qui suppose par essence une exploitation de l'œuvre. Cela reviendrait à infliger une « double peine » pour l'auteur, qui perdrait le bénéfice d'une exploitation de son œuvre ainsi que celui de la qualification – et donc du régime impératif¹⁶³. En définitive, la protection des intérêts pécuniaires de l'auteur, pourtant ligne de force de la loi de 1957, serait abandonnée au libre jeu de la négociation contractuelle alors même qu'il est acquis que celle-ci présente un caractère asymétrique¹⁶⁴. Pour ces raisons, il faut renoncer à l'idée selon laquelle l'obligation d'exploitation serait une condition d'identification du contrat d'édition que la volonté pourrait faire disparaître afin que la convention devienne innommée¹⁶⁵. Au contraire, cette obligation doit être

¹⁶⁰ Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avr. 2006, n° 04/22132

¹⁶¹ D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, Th. dact. Lyon III, 1982 n° 286 et 288 et s.

¹⁶² *Supra* n° 27.

¹⁶³ A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ 1962, préf. R. SAVATIER, n° 38 et s. qui écrit ironiquement : « Dans le contrat d'édition, l'auteur cède le droit de reproduire son œuvre ; dans le contrat de "cession pure et simple", il cède le droit d'autoriser la publication de son œuvre. Et on constate quelle hypocrisie il y aurait, pour un éditeur, un professionnel par conséquent, à obtenir de l'auteur le droit d'autoriser la publication de l'œuvre ».

¹⁶⁴ *Supra* n° 27.

¹⁶⁵ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. le BALLE, éd. LGDJ, Anthologie du droit, 2014, n° 565, p. 453.

reléguée au rang « *d'effet de plein droit* »¹⁶⁶ attaché au contrat d'édition¹⁶⁷. Une fois le contrat d'édition caractérisé, l'obligation d'exploitation s'impose légalement à l'éditeur sans qu'il soit possible d'y revenir conventionnellement¹⁶⁸.

Le risque de fraude aux règles impératives est ici trop important¹⁶⁹. Sans succomber à la tentation dirigiste, on peut tout de même émettre quelques inquiétudes lorsque la qualification appartient à la seule volonté des parties. En effet, si l'autonomie de la volonté est la règle en droit commun des contrats, on ne saurait employer des mécanismes de qualification éprouvés du droit civil dans le cadre renouvelé des contrats d'auteur. L'édification d'un régime juridique rigoureux sous-tend qu'il ne soit pas aisé de s'en affranchir. Pour autant, la qualification *de plano* n'emporte pas non plus notre conviction.

40. Critique de la qualification *de plano* : l'excès de dirigisme. On pourrait s'évertuer à tirer les conséquences des développements précédents et soutenir que la qualification de contrat d'édition s'applique *de plano* lorsque l'auteur transfère son droit de reproduction. En se rapprochant de la célèbre phrase de LACORDAIRE selon laquelle « *entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, la loi qui affranchit* »¹⁷⁰, on accorderait plus d'importance à l'institution légalement consacrée qu'à la volonté des parties. Cette méthode de qualification doit pourtant elle aussi être rejetée.

¹⁶⁶ Ch. ATIAS, « De plein droit », *D.* 2013, p. 2183, n° 4 : « *Le législateur et les juges qui emploient l'expression "de plein droit" n'entendent pas seulement donner à la règle un caractère plus impératif. Ils la dotent d'une efficacité moins conditionnée que d'autres. Ou bien la liberté d'appréciation judiciaire est restreinte ; ou bien des formalités, initiatives ou décisions, généralement requises dans des situations comparables, sont inutiles. L'expression "de plein droit" marque un degré supplémentaire dans l'efficacité de la loi* ».

¹⁶⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi "liberté de la création, architecture et patrimoine" », *RTD com.* 2016, p. 481 : « *Le défaut ou l'insuffisance d'exploitation par le co-contractant de l'auteur dépend de savoir si une obligation d'exploiter pèse sur lui, ce qui peut résulter d'une stipulation expresse, voire implicite ou d'une disposition légale, comme c'est le cas du contrat d'édition (art. L. 132-12)* ». Dans le domaine voisin des contrats de production audiovisuelle, on relèvera un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris (Paris, pôle 5, 2^e ch., 9 mars 2012, *SARL Carthago Films et al. c/ Ph. Clair et al.*, inédit chron. B. Montels, *Comm. com. électr.*, n° 6, 2012, chron. n° 6, n° 10) qui évoque « *une mission légale d'exploitation* ». Plus généralement, Monsieur Stéphane OBELLIANNE écrit : « *il est devenu irréaliste d'évoquer un contrat au sein duquel chacune des obligations aurait été désirée par la personne du débiteur. (...) Les sources des obligations connaissent ainsi une profonde mutation* » (S. OBELLIANNE, *Les sources des obligations*, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2009, n° 161, p. 169), laissant apparaître en creux l'idée selon laquelle certaines obligations peuvent être « imposées » aux parties indépendamment de leur volonté, par exemple en vertu d'un texte de loi.

¹⁶⁸ Sur ce point v. Cass. 1^{re} civ, 29 juin 1971, *Société Éditions Musicales Comtesse, Société Nouvelle Eddie Barclay, Chambre syndicale des Éditeurs de musique c/ Christian Sainturat dit Christian Sarrel et SNEP* : « *Attendu qu'il est encore fait grief à la cour d'appel d'avoir, pour prononcer la résiliation des contrats d'édition cession intervenus pour seize chansons entre Sainturat et les trois sociétés susvisées, décidé que l'éditeur graphique, qui a pris l'engagement de diffuser l'œuvre par tous procédés, notamment par disques commet une faute contractuelle s'il ne réalise pas ou ne fait pas réaliser, par une entreprise spécialisée, la diffusion par disques de chaque chanson ayant fait l'objet d'une cession, alors qu'en l'espèce, si le contrat d'édition comportait la faculté de reproduction par disques, il n'en faisait pas une obligation, d'autant que l'arrêt ne relève pas qu'il soit d'usage, pour un éditeur graphique, de réaliser obligatoirement des enregistrements mécaniques (...); mais attendu que, l'arrêt a pu estimer, au vu des contrats intervenus, qu'en l'espèce, les éditeurs avaient contracté une obligation déterminée d'assurer la diffusion des œuvres par disques, et non pas une simple obligation de moyens ; que les juges d'appel, qui n'avaient pas à se référer à un usage de la profession, du moment qu'ils relevaient que l'enregistrement sonore n'incombe pas en général, aux éditeurs graphiques, ont enfin constaté "la carence quasi totale", de ceux-ci, depuis la signature des contrats en 1964 et 1965, en relevant, sans dénaturer que "les éditeurs ne justifiaient d'aucune mise en vente, d'exemplaires graphiques destinés au public, d'aucune sorte d'effort de diffusion ou de promotion, d'aucune prise de contact avec des interprètes des impresari ou des éditeurs de disques"* » (nous précisons) *RIDA* 1971/4, n° 70, p. 136. Les magistrats n'attachent aucune force juridique à la clause de faculté d'exploitation qui annihilerait la portée du contrat d'édition.

¹⁶⁹ J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale sur la fraude, le principe « fraus omnia corrumpit »*, préc. p. 201 : « *Lorsque les parties ont faussement qualifié un acte pour échapper à certaines des conséquences attachées par la loi à sa véritable nature, il suffit de démontrer que la dénomination donnée à l'acte par ses auteurs est erronée, et de rétablir sa véritable nature pour faire apparaître une violation de la loi ou de la convention. Il y a peut-être fraude lato sensu, mais il n'est pas nécessaire de faire intervenir la notion stricte de fraude, le moyen employé n'étant pas efficace en soi* ».

¹⁷⁰ H.-D. LACORDAIRE, *52^e Conférence de Notre-Dame de Paris*, T. III, 1846-1848, p. 471.

Il ressort en effet de la loi et de la jurisprudence qu'il est possible pour les parties souhaitant conclure un contrat d'auteur d'avoir recours à des figures innommées. Or, selon un mode de qualification *de plano*, le recours aux contrats innommés ne saurait être autorisé.

Tout d'abord, le législateur valide l'existence et l'autonomie des transferts simples de droits d'auteur. D'une part, l'article L. 122-7 CPI énonce que « *le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux* » sans qu'il ne fasse de renvoi au contrat d'édition¹⁷¹. D'autre part, l'article L. 131-2 CPI depuis sa nouvelle rédaction issue de la loi du 7 juillet 2016 offre un autre argument. L'article dispose dans un premier alinéa que « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit* », puis énonce dans un deuxième alinéa que « *les contrats par lesquels sont transmis des droits d'auteur doivent être constatés par écrit* ». Sans envisager le fond de la règle édictée, la présence du second alinéa accrédite l'idée selon laquelle, outre les contrats expressément consacrés au sein du droit d'auteur, des conventions innommées visant à transférer les prérogatives du monopole d'exploitation existent. Par conséquent, la cession du droit de reproduction est possible sans que ce contrat ne soit mécaniquement qualifié de contrat d'édition.

Ensuite, les magistrats ont déjà eu l'occasion de valider la qualification de licences simples de droit de reproduction aux dépens de la qualification de contrat d'édition, par exemple dans un arrêt du 28 mai 2010 rendu par la cour d'appel de Paris. Le litige opposait un auteur à une société d'édition bénéficiaire d'une licence simple sur diverses créations musicales. Alors que l'auteur sollicitait la requalification de la convention en un contrat d'édition, la cour d'appel a repris la position du tribunal de grande instance et maintenu la qualification de licence simple¹⁷². Cet argument conduit une fois de plus au rejet de la qualification *de plano*.

Au-delà de ces arguments issus du droit positif, cette méthode trop mécanique élude radicalement toute portée attachée à la volonté contractuelle et encourt légitimement l'appellation de « dirigisme contractuel » tel que JOSSERAND a pu le formuler par le passé. Il y voyait de la part du législateur un déni de la volonté individuelle, un « *forçage du contrat* »¹⁷³. Certes, de nos jours plus personne ne remet en cause la nécessité de régulation de la sphère contractuelle par la puissance publique, comme l'atteste le pullulement des contrats spéciaux depuis les années 1950¹⁷⁴. En effet, la doctrine classique accordait une place dominante au dogme de l'autonomie de la volonté. Le climat d'antan était à la suspicion à l'endroit des interventions étatiques dans le domaine du contrat, ce qui n'est plus autant le cas aujourd'hui. Pour autant, le fait d'ôter toute liberté contractuelle aux parties serait excessif.

Pour différentes raisons, ces méthodes de qualification ne sont donc pas adaptées au contrat d'édition, soit qu'elles entrent en contrariété avec la lettre des dispositions, soit qu'elles contredisent l'esprit et la lettre des textes. La méthode à préconiser doit donc être fondée sur un principe d'attraction de la qualification.

¹⁷¹ Rappelons en effet que les cessions gratuites de droit d'auteur sont parfaitement admises par le CPI, sur ce point v.T. AZZI, « Rapport, général : mécanismes destinés à garantir une rémunération appropriée aux créateurs et artistes-interprètes », in *Remuneration for the Use of Works : Exclusivity vs. Other Approaches*, S. von LEWINSKI (dir.)ed. De Gruyter, Allemagne, 2017, p. 72, spéc. p. 73.

¹⁷² Paris Pôle 5, chambre 2, 28 mai 2010, n° 08/22927, « *Considérant que Monsieur GAULA, appelant incident, fait grief aux premiers juges de l'avoir débouté de sa demande de requalification du contrat de licence portant sur l'album intitulé « Renaissance », signé par les parties le 21 octobre 2006, en contrat de cession et d'édition musicale (...) que le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de requalification du contrat de licence* ».

¹⁷³ L. JOSSERAND, « Le contrat forcé et le contrat légal », D. 1940, chron., p. 5.

¹⁷⁴ Sur l'indérogabilité et la prééminence des régimes impératifs, v. Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, p. 117 et s. qui parle de « *statuts contractuels* ». V. également sur la notion de « *statut contractuel* » qui voit le législateur imposer une cohorte de règles impératives et les conséquences sur la volonté des parties et plus largement sur la notion de contrat, M. TOUCHAIS, *La règle impérative. Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, th. dactyl., Paris Descartes, 2019, n° 439 et s. et notamment n° 440 : « *La question qui se pose est celle de savoir s'il y a encore un sens à parler de contrat alors que celui-ci serait régi par une cohorte de règles d'ordre public. Trop de règles d'ordre public conduisent-elles à tuer la convention ? La mainmise du législateur sur l'échange réalisé par les parties altère-t-elle la nature de cet échange ?* »

b. La nécessité d'une qualification scientifico-empirique fondée sur un principe d'attraction juridique

41. Principe de l'attraction. Dans sa thèse dédiée à la technique des qualifications contractuelles, le Professeur HENRY écrit que « lorsqu'on est à proximité d'un statut contractuel impératif, (...), il se produit un phénomène d'attraction par ce dernier et la qualification en cause est attribuée de manière préférentielle aux situations voisines. La raison en est qu'on s'efforce ainsi d'éviter les fraudes à la loi qui consistent, pour les contractants, à modifier légèrement le caractère de la relation qu'ils entretiennent afin d'échapper à des règles d'ordre public susceptibles de les gêner »¹⁷⁵. Pour cause, il poursuit en soulignant que « lorsque le régime d'une qualification est impératif, la nature du contrat devient essentielle. En imposant une sanction, le législateur cristallise la qualification ». Les Professeurs HUET, DECOCQ, GRIMALDI et LECUYER enseignent quant à eux que « la méthode utilisée pour la qualification est largement intuitive »¹⁷⁶. Ils poursuivent en estimant que « lorsqu'on est à proximité d'un statut contractuel impératif [comme peut l'être le contrat d'édition] il se produit un phénomène d'attraction par ce dernier »¹⁷⁷. On retrouve fréquemment cette idée sous la plume d'auteurs qui se sont livrés à l'analyse des contrats spéciaux¹⁷⁸. Afin d'explicitier le mécanisme, ces auteurs font fréquemment référence au baux commerciaux dont on ne peut contourner le régime rigoureux en prétendant signer un contrat sous une dénomination différente¹⁷⁹. Dans l'ensemble, la jurisprudence accueille assez favorablement l'idée que la qualification de bail commercial puisse exercer une force d'attraction sur les contrats limitrophes¹⁸⁰. On peut ajouter au cas des baux commerciaux celui du contrat de fermage, qui connaît un principe d'attraction similaire en matière de baux ruraux¹⁸¹. De façon différente, le Professeur Denis MAZEAUD a mis en exergue l'attraction qu'exerçait le droit de la consommation sur le contrat en général¹⁸². Ce principe d'attraction rejoindrait le vœu de CARBONNIER, qui appelait le juriste à l'institution de règles de qualification au sein du droit des contrats spéciaux¹⁸³.

En matière de contrats d'auteur, l'attraction contractuelle exercée par le contrat d'édition doit également être mise en œuvre en ce qu'elle permet de soumettre une convention à un régime juridique réglementé avec précision. Cette approche ne consiste pas à dénier aux parties toute possibilité d'avoir recours à des créations innommées mais simplement à rappeler la pensée du Professeur TERRÉ qui estime, dans sa thèse dédiée à l'influence de la volonté sur les qualifications, que ce recours à l'innommé

¹⁷⁵ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. dact. Nancy, 1992 n° 677, p. 763.

¹⁷⁶ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *op. cit.*, n° 11, p. 25.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ V. par exemple Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 9^e éd. 2017, n° 19 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd., 2017, Domat, n° 8, p. 24.

¹⁷⁹ J.-P. BLATTER, « L'ordre public du statut des baux commerciaux, Portée et limites en matière de rédaction », *AJDI* 2003, p. 396 et s. ; V. DELAPORTE, « La liberté contractuelle et le statut des baux commerciaux », *JCP N.* 1978, p. 169 et s. ; Ch. DENIZOT, « La fraude dans les baux commerciaux », *AJDI*, 2005, p. 727.

¹⁸⁰ Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 2009, n° 07-21833, *RDC*, 2009/4, p. 1317, C. Pérès ; pour une convention d'occupation précaire requalifiée en bail commercial, v. Cass. civ. 3^e, 9 nov. 2004, *RDC* 2005/1, p. 363, J.-B. Seube ; à propos d'un prêt à usage requalifié à son tour en bail commercial, v. Cass. 3^e civ., 14 janv. 2004, *RDC* 2004/2, p. 708, obs. J.-B. Seube.

¹⁸¹ À la question de savoir s'il est possible de contourner le statut du fermage, qui est d'ordre public, le Professeur BOSSE-PLATIERE répond : « D'un côté le caractère d'ordre public du statut, ainsi qu'une définition du bail à ferme qui a vocation à qualifier de bail à ferme, toutes mises à disposition à titre onéreux pour y exercer une activité agricole (C. rur. Pêche marit., art. L. 411-1), semblent proscrire toutes possibilités pour les parties au contrat de s'échapper du statut du fermage. D'un autre côté, existent, à côté du statut, une multitude de baux ruraux qui se présentent comme autant de contrats dérogatoires au statut. Mais cette abondance de contrat est trompeuse : elle n'offre guère d'espace à la liberté contractuelle », H. BOSSE-PLATIÈRE, F. COLLARD, B. GRIMONPREZ, Th. TAURAN, B. TRAVELY, *Droit rural. Entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, LexisNexis, 2013, n° 133, p. 68.

¹⁸² D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.* 1998, p. 95.

¹⁸³ J. CARBONNIER, « L'évolution contemporaine du droit des contrats. Introduction », in *Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 29 et s.

doit demeurer subsidiaire¹⁸⁴. Afin de ne pas céder à l'excès de dirigisme, l'opération de qualification doit être un minimum sous-tendue par des considérations objectives qui doivent échapper à l'opportunité du juge. À cet égard, le parallèle avec le contrat de travail semble pertinent.

42. Inspiration du droit social. Assurément, c'est au juge que reviendra le soin de mettre en œuvre ce principe d'attraction en s'inspirant des idées de JOSSERAND¹⁸⁵. On rappellera que ce dernier voyait dans le dirigisme un moyen de correction des imperfections de l'autonomie et non un outil de substitution¹⁸⁶. Par conséquent, afin de ne pas réduire l'opération à un exercice judiciaire arbitraire et de proposer un modèle de qualification équilibré, un critère de qualification qui permette d'enclencher le régime protecteur doit être au préalable dégagé. Ce critère doit se distancier de la volonté des parties et prendre appui sur des considérations objectives. À ce titre, l'exemple du droit social est d'une aide précieuse. La comparaison se justifie d'autant plus si l'on convient avec d'autres que le droit social *lato sensu* serait en réalité un droit des inégalités¹⁸⁷ dont la logique se diffuserait au sein de tous droits spéciaux marqués par un déséquilibre entre contractants. Dans cette perspective, rien n'interdit d'exporter les logiques du droit social au droit des contrats d'auteur¹⁸⁸.

La qualification de contrat de travail apporte quelques certitudes. Comme en matière de contrat d'édition, se pose à son propos des questions de frontière avec d'autres catégories contractuelles dont les régimes juridiques sont moins rigoureux¹⁸⁹ – le contrat d'entreprise¹⁹⁰ et la prestation de services à titre gratuit¹⁹¹ –, ce qui crée inexorablement un risque de fraude à la loi¹⁹². Pour préserver la qualification, celle-ci est déduite du comportement réel des parties, lorsqu'un lien de subordination peut être caractérisé à la suite d'un contrôle empirique¹⁹³. Le Professeur Antoine MAZEAUD écrit que « *le critère*

¹⁸⁴ F. TERRÉ, th. préc., n° 565, p. 453 : « *On ne reconnaîtra par exemple à un contrat la qualification de contrat innomé que s'il est vraiment impossible de le faire rentrer dans une catégorie préexistante. Cette règle n'est affirmée nulle part, mais elle se justifie à plusieurs titres. Il serait tout d'abord inutile, du point de vue de la technique juridique, de consacrer par exemple l'existence d'un contrat innomé, lorsque le contrat considéré peut rentrer dans une catégorie connue (...). Il serait d'autre part dangereux de ne pas admettre ce caractère subsidiaire. Supposons en effet que le contrat nommé voisin soit soumis à certaines règles impératives. Il serait trop facile d'imaginer une convention innomée, dénuée d'une véritable autonomie, pour vider de son contenu la catégorie nommée préétablie et enlever toute portée à la règle impérative* ».

¹⁸⁵ S. JACQUIER, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, th. dactyl. Paris II, 2001, n° 277 et s.

¹⁸⁶ L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 30 : « *le dirigisme, envisagé en soi n'est ni une maladie ni une panacée, ni un malheur, ni un bienfait ; il est un effort tenté en vue d'adapter le droit contractuel à une situation économique et sociale nouvelle ; il répond donc à des raisons d'opportunité, à des nécessités pratiques, bien plutôt qu'à une conception a priori, à une mystique. Parmi les résultats auxquels il aboutit, deux parts sont à faire, car il en est qui sont heureux alors que d'autres sont contestables, voire détestables ; parmi les premiers, on doit ranger le développement d'ensemble de théories contractuelles, l'apparition de nouvelles catégories, l'accroissement du dynamisme contractuel et aussi des mesures prises par les pouvoirs publics pour protéger, au cours des tractations préliminaires, le plus faible contre le plus fort, et pour assurer ainsi la liberté effective du consentement (...): dirigisme, oui ; mais incohérence, partialité partisane et anarchie, non* ».

¹⁸⁷ Y. FERKANE, *L'accord collectif de travail. Étude sur la diffusion d'un modèle*, préf. M.-A. SOURIAU, Dalloz, 2017, n° 244, p. 183. V. également pour un droit commun des relations inégales, J. BARTHELEMY, F. PETIT, « Plaidoyer pour un droit social réunifié », *Dr. soc.* 2016, p. 717.

¹⁸⁸ Jean ZAY estimait que « *l'assimilation de la protection particulière prévue en sa faveur (l'auteur) à celle que le Code du travail et le Code civil octroient à l'ensemble des travailleurs doit donc être admise de plus en plus largement* », Projet de loi, 13 août 1936, Session ord., 2^e séance, annexe n° 1164.

¹⁸⁹ Voir notamment J. CARBONNIER, qui parlait volontiers de « *petits contrats* » à leur propos, *Le flexible, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 10^e éd., Dalloz, p. 339 et s.

¹⁹⁰ Sur la distinction entre les deux contrats voir C. ROY-LOUSTAUNAU, *Contrat de travail à durée déterminée : requalification-sanction et qualification*, Cass. soc. 30 oct. 2002, *Gay c/ Sté Cotra et autres*, *Dr. soc.* 2003, p. 465 ; A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt *Labbane* », *Dr. soc.*, 2003, p. 465.

¹⁹¹ Sur l'autonomie du contrat de service de gratuit, voir Ch. WILLMANN, « Le service gratuit, à la recherche de son contrat », *RDSS* 1999, p. 350 ; J. SAVATIER, « La vieille dame en tutelle et sa fidèle servante ou la novation d'un contrat de travail en service gratuit », *Dr. soc.* 1992, p. 661.

¹⁹² G. VIRASSAMY, note sous Cass. com., 4 juill. 1989, *D.* 1990, juris., 246, n° 15.

¹⁹³ Sur ce constat, voir G. PIGNARRE : « *Ancré dans une sorte d'empirisme juridique, le juriste ne transpose-t-il pas à sa manière ce mouvement de l'analyse des faits ? Songeons en effet à la solution que la Cour régulatrice a forgée*

repose ainsi sur les conditions de fait de l'exécution de la prestation »¹⁹⁴. Les Professeurs PELISSIER, SUPIOT et JEAMMAUD insistent sur le fait qu'il faille « s'attacher à ce que font les acteurs plutôt qu'à ce qu'ils disent ou ont déclaré vouloir faire, à leurs rapports de fait ou pratiques plutôt qu'aux montages juridiques »¹⁹⁵. On pourrait ainsi multiplier les références doctrinales. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation estime que la qualification ne dépend pas elle-même de la volonté des parties et qu'elle est simplement la conséquence objective des conditions d'accomplissement des tâches de travail¹⁹⁶. Ainsi, les hypothèses de requalification sont nombreuses en la matière¹⁹⁷. Le contrat d'édition, comme tous les contrats d'auteur, devrait s'inspirer de cette méthode qui privilégie le comportement réel à la volonté supposée.

43. Qualification *in favorem*. La méthode de qualification dite « scientifique » présente un certain nombre de défauts qu'il faudrait gommer sans pour autant céder à la tentation d'un mode de qualification exclusivement empirique¹⁹⁸. Si l'on récapitule, la méthode d'identification du contrat doit :

- limiter la portée de la volonté des parties qui pourrait trop aisément s'affranchir d'une qualification impérative ;
- réfuter la qualification mécanique tirée de la simple présence d'un auteur et du droit de reproduction ;
- privilégier, malgré tout, la qualification de contrat d'édition afin de protéger le cédant ;
- s'articuler autour de critères de qualification tirés du comportement réel.

Dans le silence des textes et de la jurisprudence, une voie de compromis entre ces deux tendances doit être trouvée. Sans remettre en cause la cohérence scientifique de l'opération, la méthode de qualification retenue se doit de ménager les intérêts des auteurs. Un système de qualification *in favorem* du contrat d'édition est donc à préconiser. Si l'on anticipe sur le chapitre suivant, lorsque les deux composantes du contrat d'édition sont caractérisées – le droit de reproduction et la personne de l'auteur –, une présomption de contrat d'édition pourrait être posée. Dans cet esprit, on citera un arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 avril 2006 qui estimait déjà « que l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle définit le contrat d'édition comme le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit cède à l'éditeur dans des conditions déterminées le droit de reproduction et de diffusion sur celle-ci ; que la société LES MUSES [l'exploitant] est présumée, envers la société SFG [le cédant], titulaire des droits d'auteur sur les photographies commandées »¹⁹⁹. Dans le même esprit mais avec bien moins de certitude, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir requalifié une « licence » en un contrat d'édition en estimant que « le contrat liant M. X..., auteur des œuvres, à la société Polygram, comportait la cession par l'auteur du droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion commerciale, et qu'elle en a justement déduit que cette convention devait recevoir la qualification de contrat d'édition, au sens des articles L. 132-1 et L. 132-12, du Code de la propriété intellectuelle, de sorte que pouvait être retenue à l'encontre de la société Polygram sa défaillance dans l'obligation légale

relativement à la qualification du contrat de travail. Les parties, estiment les hauts magistrats, ne peuvent disposer à leur gré de la qualification à donner au contrat qui les lie. Telle est la solution du célèbre arrêt Labbane rendu en assemblée plénière », RDC, 2015/4, p. 974.

¹⁹⁴ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Précis Domat, LGDJ, 10^e éd., n° 537, p. 340.

¹⁹⁵ J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 24^e éd., Dalloz, 2008, n° 36, p. 48.

¹⁹⁶ Ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983. 381, concl. J. Cabannes ; Cass. crim. 29 oct. 1985, Bull. crim. n° 335 ; Cass. soc. 27 oct. 1993, Dr. soc. 1993, p. 960.

¹⁹⁷ Sur la requalification d'un contrat de distribution en un contrat de travail voir (Cass. soc., 26 sept. 2007, n° 06-44.863, *JurisData* n° 2007-040579 ; C.C.C., 2007, comm. 301, obs. M. Malaurie-Vignal ; pour les gérants d'un hôtel : Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 07-40.055, *JurisData* n° 2008-042459 ; D. 2008, act. juris. p. 477).

¹⁹⁸ « la transformer [la méthode de qualification] en démarche purement empirique et reléguer au rang de caution sa dimension scientifique lui ferait perdre tout sens. Bien qu'elle puisse être teintée ponctuellement d'empirisme, la qualification doit rester un procédé à dominante scientifique », T. AZZI, art. préc, p. 1621. Plus largement sur l'adaptation des catégories juridiques à raison d'une approche empirique, voir M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. 1, Théorie générale du droit, Sirey, 1963, p. 359.

¹⁹⁹ Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avr. 2006, n° 04/22132.

d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale »²⁰⁰.

44. Mise en application. Aux termes de cette présomption, le présumé éditeur doit prouver que son comportement réel ne relève pas du contrat d'édition. Ce sera le cas lorsque, en pratique, l'opération ne remplit pas les modalités de la fonction d'exploitation, modalités présentées au paragraphe suivant²⁰¹. On verra dans les prochains développements que l'éditeur doit mener une exploitation « intéressée » et que la qualification du contrat d'édition doit être évincée lorsque, dès la conclusion du contrat, les parties conviennent que l'éditeur agira dans une intention purement libérale²⁰². Dans cette hypothèse, la dimension lucrative faisant défaut, il ne serait pas juste d'imposer à l'exploitant le régime du contrat d'édition alors que celui-ci agit par seule volonté altruiste. De la même façon, la qualification doit être écartée si le contrat de cession de droit porte sur la reproduction d'un exemplaire unique alors que le contrat d'édition doit conduire à la réalisation d'une pluralité d'exemplaires²⁰³ ou lorsque l'exploitation est poursuivie par l'auteur et non par l'éditeur comme l'a rappelé un arrêt du 5 avril 2012 rendu par la Cour de cassation aux termes duquel : « *attendu qu'appréciant souverainement la portée des éléments de preuve qui leur étaient soumis, les juges du fond ont relevé que l'attestation de M. Y..., coauteur de l'ouvrage litigieux, relatant que l'éditeur avait accepté de prendre en charge les frais de préparation et de fabrication de l'ouvrage, de leur remettre une dizaine d'exemplaires, à charge de lui en reverser le prix pour le dédommager de ses frais, et de vendre lui-même auprès du secteur classique des libraires et des grandes surfaces quelques exemplaires, n'était contredite par aucun élément ; qu'ils ont en outre retenu, par motifs propres et adoptés, que les coauteurs avaient eux-mêmes participé à la diffusion de leur ouvrage ; que la cour d'appel, qui a ainsi procédé à la recherche prétendument omise et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, en a exactement déduit que le contrat liant M. X... et la société ne pouvait recevoir la qualification de contrat d'édition* »²⁰⁴. On pense ici à la reproduction sur plan d'une œuvre architecturale comme un bâtiment. Dans ce cas, le contrat de cession des droits ne sera pas qualifié de contrat d'édition. Une fois cette preuve apportée, l'autonomie de la volonté doit retrouver son plein empire et les qualifications autonomes déliées de tout régime impératif seront de nouveau disponibles.

§ 2. LA FONCTION D'EXPLOITATION DE L'ŒUVRE

45. Spécificité. Plan. Le contrat d'édition débouche sur l'exploitation de l'œuvre. Il s'agit de son économie, « *son but défini* »²⁰⁵. Avant la grande loi de 1957, on retrouvait cette idée dans divers textes anciens²⁰⁶ ainsi que dans la jurisprudence établie²⁰⁷. Depuis la réforme de 1957, le contrat d'édition est

²⁰⁰ A. Kéréver, *RIDA* n° 164, 1995/2, p. 267, note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, n° 92-15.112, Bull. civ. I, n° 292 : « *par la licence l'auteur se borne à autoriser un utilisateur à accomplir certains actes d'exploitation alors que par le contrat d'édition l'éditeur se fait céder le droit de fabriquer des exemplaires* ». On inversera la perspective proposée par l'annotateur en considérant que le transfert du droit de reproduction doit être qualifié de contrat d'édition sauf s'il apparaît que l'acte d'exploitation ne relève pas de la définition de l'article L. 132-1 CPI.

²⁰¹ Une présomption similaire a été consacrée par la jurisprudence en matière de baux ruraux afin d'éviter que la liberté contractuelle ne tienne en échec le statut impératif du fermage, v. Cass. 3^e civ., 16 juill. 1997, 96-10223, Inédit ; Cass. 3^e civ., 6 fév. 2007, n° 06-10312, Inédit.

²⁰² *Infra* n° 57.

²⁰³ *Infra* n° 51-52.

²⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, 11-14.788, Inédit

²⁰⁵ H.-P. SCHWINTOWSKI, « Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : conceptions et limites », *RRJ*, 1993, p. 757, spéc. p. 758.

²⁰⁶ V. par exemple, Conseil du Roi, arrêt du 30 juillet 1778, art. 2 : « *Tout Auteur qui aura obtenu en son nom, le privilège de son Ouvrage, non-seulement aura le droit de le faire chez lui, mais il pourra encore, autant de fois qu'il le voudra, faire imprimer, pour son compte, son Ouvrage par tel Imprimeur, & le faire vendre aussi pour son compte par tel Libraire qu'il aura choisi* », laissant ainsi apparaître en creux un contrat d'impression de l'ouvrage conclu avec les libraires de l'époque, préfigurant du futur contrat d'édition déjà articulé autour de l'idée d'exploitation.

²⁰⁷ Trib. Civ., Seine, 16 déc. 1953, qui énonçait déjà que « *l'éditeur lié à l'auteur par un contrat d'édition a l'obligation d'éditer l'œuvre qui lui est remise, à cet effet, par ledit auteur, sans pouvoir se récuser en raison d'un risque pécuniaire si, par ailleurs, l'œuvre présente les qualités requises en vue de l'édition* », *Rev. dr. ant.* 1955, p. 25 ; V.

un contrat dont la fonction première est d'assurer une exploitation de l'œuvre, conformément à l'appellation générique donnée aux contrats d'auteur par le CPI²⁰⁸. L'exploitation éditoriale recouvre une réalité économique et juridique qui lui est propre. Une fois celle-ci définie (A), on en présentera les modalités (B).

A. LE PRINCIPE DE L'EXPLOITATION ÉDITORIALE

46. Présentation : « obligation essentielle d'édition et d'exploitation ». Étant intrinsèque à la définition du contrat d'édition, l'exploitation de l'œuvre s'incarne sous les traits d'une obligation essentielle. Sur ce point, la jurisprudence est constante²⁰⁹. Dans un arrêt signalé en date du 13 juin 2006, la Cour de cassation a rappelé cette nature en considérant que la dispense faite à propos d'un mode d'exploitation secondaire « ne contrevient pas aux dispositions légales susvisées et ne dispense pas l'éditeur de son obligation essentielle d'édition et d'exploitation de l'œuvre »²¹⁰. La Cour de cassation prend ici le soin de distinguer l'édition et l'exploitation de l'œuvre. Cette distinction apparaît incertaine. En effet, l'obligation d'éditer se conçoit traditionnellement comme une déclinaison de l'obligation d'exploiter. Toute édition est une exploitation mais toute exploitation n'est pas nécessairement une édition. Dès lors, l'analyse conduit à ne pas attacher trop de conséquences à cette présentation binaire des obligations essentielles qui incombent à l'éditeur. Pour dissiper tout malentendu, les notions d'« édition », d'« exploitation de l'œuvre » ou d'« exploitation éditoriale » seront indifféremment employées. Ces précisions terminologiques apportées, ces notions doivent être définies afin de déterminer le champ d'application du contrat d'édition.

47. Définition doctrinale de l'exploitation. Au sens courant, l'exploitation est définie comme l'« action de mettre en valeur quelque chose en vue d'en tirer un profit »²¹¹. On retrouve la notion dans différentes législations de droit interne, parfois assortie d'une obligation comme c'est le cas en droit d'auteur²¹². Malgré cette présence significative dans le droit positif, peu de choses transparaissent de la notion en

également en droit suisse, Tribunal fédéral, 1943, *Rev. dr. aut.*, 1944, p. 30 : « Un contrat d'édition comporte essentiellement et nécessairement l'obligation de la part de l'éditeur de reproduire et de diffuser l'œuvre pour son propre compte ».

²⁰⁸ CPI, Titre III, Livre 1^{er}, Première partie : « Exploitation des droits ».

²⁰⁹ Pour traduire cette tendance de fond, plusieurs arrêts d'appel peuvent être cités : Paris, Pôle 5, ch. 1, 27 juin 2012, n° 11/00651 « *Qu'en tout état de cause, l'obligation d'exploitation constitue pour l'éditeur une obligation essentielle* » ; Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 18 janv. 2007, n° 05/08487, qui relève que l'éditeur n'a « jamais procédé au moindre commencement d'exécution de son obligation essentielle de diffusion de l'œuvre » (nous verrons plus loin que la diffusion est une composante de l'exploitation au sens éditorial) ; Paris 4^e ch., sect. A, 11 juin 1997, 1997-023239, qui, bien que portant sur un contrat d'édition antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, estime qu'il « demeure que la règle énoncée par l'article 57 de cette loi selon laquelle l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale conformément aux usages de la profession est une règle traditionnelle à laquelle les éditeurs étaient tenus même avant 1957 » ; Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 23 janv. 2013, n° 11/11333 : « *Considérant que le tribunal a procédé à une juste et pertinente appréciation des circonstances de la cause en relevant que la société 15-30 PUBLISHING avait assuré aux œuvres une exploitation permanente et suivie qui a généré au bénéfice des auteurs des droits très importants et que l'éditeur avait ainsi rempli son obligation essentielle à savoir l'obligation d'exploiter l'œuvre et de la faire fructifier* ».

²¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, F-P+B, *Sté Kapagama c/ Poulet*, *JurisData* n° 2006-034001 : « *ne contrevient 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* », *Comm. com. électr.*, n° 2, fév. 2007, n° 20, C. Caron ; *RTD com.* 2006, p. 593, F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2006, AJ p. 1819, obs. J. Daleau ; *RLDI.* sept. 2006, n° 19, p. 30, A. Valette.

²¹¹ Larousse sous l'occurrence « Exploitation ».

²¹² Par exemple en matière agricole, pour les contrats de fermage pour lesquels il est posé à la charge du preneur une obligation d'exploitation prévue à l'article 1766 du Code civil. Sur ce point v. H. BOSSE-PLATIÈRE, B. COLLARD, B. TRAVELY, T. TAURAN, B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, n° 288, p. 115.

elle-même. Tout au plus, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 janvier 2013 évoque en matière de contrat d'édition une obligation de « faire fructifier » l'œuvre²¹³.

À défaut de définition synthétique claire, des définitions posées en doctrine peuvent servir de point de départ à la réflexion. Dans le vocabulaire juridique de l'association Capitant, l'exploitation est définie comme la « mise en valeur d'une source de richesse »²¹⁴ et serait « plus généralement, une activité consistant à faire valoir un bien, à accomplir les actes nécessaires, selon sa nature et sa destination, à sa mise en valeur : cultiver, louer, placer, etc ».²¹⁵ Pour le Professeur DELMAS-SAINT-HILAIRE, l'exploitation consiste en « la jouissance exercée par celui qui dirige et assume la charge de travail nécessaire à transformer un bien en une source permanente de revenus professionnels »²¹⁶. Développant un argument davantage téléologique, le Professeur LE FUR, met l'accent sur la richesse générée par l'exploitation en estimant que « l'existence d'un contrat translatif d'usage ou d'un démembrement de propriété est une condition nécessaire mais insuffisante pour caractériser la situation d'exploitation de la chose d'autrui. Il faut que la chose soit le support d'une activité créatrice de richesses »²¹⁷. Quant aux Professeurs CARON et LECUYER, ils écrivent plus généralement que « l'exploitation, ou fructus (mais aussi jus fruendi), est une utilité fondamentale que le pouvoir sur la chose est susceptible de conférer au propriétaire. [Le] fructus, ce sont tous les actes qui ont pour but de retirer de la chose tout le profit, toute l'utilité qu'elle peut procurer (...). Le fructus est donc une traduction économique de la propriété »²¹⁸. On a pu alors mettre l'accent sur la propension qu'auraient certains biens, en raison de leur « dynamisme » légalement exprimé²¹⁹, à faire l'objet d'une exploitation. C'est là le sens de la phrase de Monsieur Benjamin MONTELS, pour qui repose sur l'éditeur une obligation de « mise en valeur optimum »²²⁰. Le Professeur GAUDRAT exprime cette spécificité lorsqu'il écrit que « l'exploitation de la création se conclut par l'exploitation de la forme interne (jouissance intellectuelle sur le fondement d'une reconstitution dans l'esprit de l'amateur) ; laquelle n'est possible que sur la base d'une exploitation de la forme externe (acheminement et délivrance de la forme externe). L'exploitation de la forme interne n'entre pas dans le champ de ce que contrôle le "droit d'exploitation", même si, bien sûr, elle finalise l'opération. L'exploitation du pouvoir propriétaire va donc se recentrer sur la détermination des paramètres encadrant la délivrance de la forme externe. Quels sont ces paramètres devant être spécifiés et quantifiés pour que l'exploitation soit déterminée ? Le procédé de délivrance de la forme externe (autrement appelé procédé de communication au public) est, évidemment, le premier paramètre impliqué. Il renvoie à la classification universelle des droits de représentation et de reproduction, laquelle doit être encore précisée vue la prolifération des moyens modernes à l'intérieur de chaque mode universel »²²¹. À titre de synthèse, on s'en tiendra à l'énoncé d'HUGUET, qui estimait qu'en droit d'auteur, le contrat

²¹³ Paris, Pôle 5, ch. 1, 23 janv. 2013, n° 11/11333 : « Considérant que le tribunal a procédé à une juste et pertinente appréciation des circonstances de la cause en relevant que la société 15-30 PUBLISHING avait assuré aux œuvres une exploitation permanente et suivie qui a généré au bénéfice des auteurs des droits très importants et que l'éditeur avait ainsi rempli son obligation essentielle à savoir l'obligation d'exploiter l'œuvre et de la faire fructifier ».

²¹⁴ Vocabulaire juridique, CAPITANT, préc. sous l'occurrence « Exploitation », 1^{ère} déf.

²¹⁵ Ibid. occurrence n° 3.

²¹⁶ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *La notion juridique d'exploitation*, Th. dact. Paris, 1955, n° 299.

²¹⁷ A.-V. le FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », RTD civ. 2004, p. 429.

²¹⁸ Ch. CARON et H. LECUYER, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, éd. 2002, p. 55 et s.

²¹⁹ Ch. ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », RTD civ. 2014, n° 6 p. 795 : « L'impératif de faire fructifier un bien s'impose en raison de la nature même du bien qualifié de dynamique car il suppose une activité, son exploitation, qui apparaît consubstantielle à sa propre existence. Cette même obligation résulte également d'initiatives du législateur, ce qui impose un comportement actif à certaines personnes, consacrant par là-même une dynamisation des biens par détermination de la loi ». Sur la dimension politique que peut recouvrir l'obligation d'exploitation, voir J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique, ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », RTD. civ. 2014, p. 763 : « On comprend bien que pour certaines choses et dans certaines situations, il est politiquement souhaitable de limiter les pouvoirs du propriétaire dans un but d'intérêt général, voire de l'obliger à exploiter son bien ».

²²⁰ B. MONTEL, « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr.*, n° 6 2001, chron. 17, n° 25.

²²¹ Ph. GAUDRAT, « Exploitation des droits » *Répertoire PLA.*, Dalloz n° 12 ; v. également du même auteur, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTD com. 2009, p. 323.

d'exploitation est celui par lequel « l'auteur met directement ou indirectement en valeur son œuvre ou son activité créatrice »²²².

Au regard de cette définition, on peut admettre deux façons de procéder à l'exploitation d'une œuvre. La première, que nous qualifions de « matérielle », consiste à exploiter un bien *via* des actes matériels. Ainsi, l'éditeur *use* du droit de reproduction afin de réaliser matériellement des exemplaires de l'œuvre qu'il commercialise. La seconde se veut juridique ; selon cette acceptation, l'éditeur exploite l'œuvre uniquement en prenant des actes juridiques. Autrement dit, il *cède* ou *concède* le droit de reproduction moyennant rémunération, ce qui revient bien à valoriser l'œuvre. La définition légale de l'édition, qu'il convient maintenant d'analyser, renvoie clairement à la première acception.

48. Définition légale de l'édition. L'article L. 132-1 CPI définit le contrat d'édition comme étant celui « 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 ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion ». L'exploitation éditoriale se décompose de la sorte : tout d'abord la réalisation matérielle ou numérique d'exemplaires de l'œuvre, puis la publication et la diffusion. L'édition repose donc sur une exploitation matérielle et non juridique. En droit civil des biens, les exemplaires ainsi réalisés doivent être qualifiés de fruits industriels en raison du travail fourni par l'éditeur²²³. Ensuite, l'éditeur tire profit des exemplaires confectionnés soit en les vendant soit en les louant. Dès lors, les contrats qui se contentent d'organiser une exploitation juridique du droit d'auteur ne peuvent être qualifiés de contrat d'édition, le CPI imposant un usage matériel du monopole d'exploitation²²⁴. De ce constat s'évince une *summa divisio* parfois critiquée entre le contrat d'édition et la cession du droit d'autoriser la reproduction, qui relèverait de la simple exploitation juridique²²⁵. Au titre de la seconde catégorie de conventions, on citera par exemple le contrat de production audiovisuelle²²⁶. À la suite de la conclusion de ce contrat, « le producteur est tenu de rechercher une exploitation suivie de l'œuvre audiovisuelle », conformément à l'article L. 132-27 al. 1

²²² A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur (études sur la loi du 11 mars 1957*, préf. R. SAVATIER, coll. Bibl. de droit privé, tome 30, LGDJ, 1962, n° 30 sq., p. 22

²²³ Art. 583 al. 2 du Code civil : « Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture ». Pour un rapprochement entre la notion de fruits industriels et d'exemplaires de l'œuvre, v. S. RAIMOND qui estime que les exemplaires sont des fruits qui émergent de l'œuvre par le travail de l'éditeur comme les fruits émergent de la terre, th. préc. n° 466 et s., p. 319 et s.

²²⁴ Nous verrons toutefois que la fonction complémentaire d'intermédiation relève pour l'essentiel d'une exploitation juridique, *infra* n° 510 et s.

²²⁵ S. RAIMOND, th. préc. n° 135, p. 188 : « Une distinction a pu être tentée entre, d'une part, le contrat d'édition, qui emporte cession du droit de reproduire l'œuvre et, d'autre part, la cession pure et simple, qui serait en réalité une cession du droit d'autoriser la publication de l'œuvre. La conséquence qu'il convient d'en tirer reste pourtant dans les brumes de l'incertitude ».

²²⁶ La loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (1) est venue sur ce point entériner la position prétorienne en modifiant le premier alinéa de l'article L. 132-27 CPI qui énonce désormais que « le producteur est tenu de rechercher une exploitation suivie de l'œuvre audiovisuelle, conforme aux usages de la profession ». Dès lors, il y aura exploitation lorsque le producteur contractera avec les diverses personnes qui s'assureront de la communication effective de l'œuvre en prenant des actes matériels (salle de cinéma, plateforme VOD, éditeurs de DVD, etc.). Certains auteurs estiment que la tournure nouvelle de l'article L. 132-18 CPI instaure une obligation de moyens qui se rapproche de l'obligation d'exploitation inhérente au contrat d'édition et prévue à l'article L. 132-12 CPI, bien que cette seconde demeure, quant à elle, une obligation de résultat (en ce sens, voir F. POLLAUD-DULIAN, « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi "liberté de la création, architecture et patrimoine" », RTD com. 2016. 481 : « l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle disposait jusqu'à présent que le producteur d'une œuvre audiovisuelle était tenu d'une obligation d'assurer une exploitation "conforme aux usages de la profession". Dans sa nouvelle rédaction, il parle d'une obligation de "rechercher une exploitation suivie de l'œuvre audiovisuelle, conforme aux usages de la profession", ce qui se rapproche de l'article L. 132-12, qui pose l'obligation d'assurer l'exploitation "permanente et suivie (...) conformément aux usages de la profession" à la charge de l'éditeur. L'obligation – "suivie", mais pas "permanente" – resterait une obligation de moyens selon le rapport du Sénat ; toutefois, le rapprochement avec l'article L. 132-12 pourrait incliner vers une obligation de résultat et, en tout cas, l'objectif est de renforcer l'obligation du producteur »).

CPI. Il n'a pas à prendre part à cette exploitation. Dans les faits, le producteur d'une œuvre cinématographique s'acquittera de son obligation en cédant ses droits à des exploitants de salles de projection, à des télédiffuseurs ou à des sociétés éditrices de DVD. L'exploitation est ici exclusivement juridique.

B. LES MODALITÉS DE L'EXPLOITATION ÉDITORIALE

49. Problématique. Toute exploitation du droit de reproduction ne relève pas nécessairement du contrat d'édition. Pour cela, cette exploitation doit recouper un certain nombre de modalités.

Tel que cela résulte de l'état du droit positif, plusieurs conditions cumulatives sont nécessaires pour prétendre à la qualification. Tout d'abord, au sens de la loi, l'exploitation doit présenter un caractère public (1). Ensuite, compte tenu de la nature de l'activité éditoriale, la jurisprudence concède qu'elle doit recouvrir un caractère commercial pour l'éditeur (2). Ainsi, la jurisprudence articule généralement la qualification du contrat d'édition autour de ces deux points²²⁷. Enfin, la Cour de cassation a ajouté – de façon contestable – un principe « *d'exploitation à titre principal* » (3).

1. Le caractère public de l'exploitation

50. Présentation. Plan. Le caractère public se déduit naturellement de la lecture de l'article L. 132-1 CPI qui prévoit d'une part la fabrication d'exemplaires en nombre de l'œuvre ou sa réalisation numérique, et d'autre part la diffusion de cette œuvre auprès du public. Deux occurrences peuvent être dégagées : la réalisation d'exemplaires en nombre (a) et la diffusion publique de l'œuvre (b).

a. La réalisation d'exemplaires en nombre

51. Présentation. L'exemplaire est défini comme étant « *chacun des objets formés d'après un type unique reproduit* »²²⁸. DESBOIS spécifiait que l'exercice du droit de reproduction par l'éditeur impliquait une « *interposition d'une copie entre l'original et les usagers* »²²⁹. L'exemplaire permet donc de distinguer entre ce qui relève de la communication indirecte – droit de reproduction – et ce qui relève de la communication directe – droit de représentation²³⁰. L'article L. 132-1 CPI ajoute que la réalisation d'exemplaires doit être faite en nombre. Compte tenu de cette définition, rien n'interdit de considérer un fichier numérique comme un exemplaire à partir du moment où il renferme une copie de l'œuvre qui permet l'interposition décrite par DESBOIS. C'est d'ailleurs le sens de la modification légale dont a fait l'objet

²²⁷ V. par exemple, Paris, 4^e ch., sect. B, 28 avr. 2000, *Havas Interactive c/ Césaril* : « *Considérant que selon l'analyse ci-dessus retenue sur la qualification d'œuvre non collective, les contrats signés entre M. Casaril et Arborescence (dans lesquels cette dernière était dite "titulaire des droits d'auteur") doivent nécessairement être interprétés en se référant à la volonté des parties ; qu'il résulte tant du contenu de ces contrats complétés par la lettre d'intention à l'origine de leurs conventions et par des fax échangés entre les parties que M. Casaril créateur a cédé à Arborescence le droit de fabriquer des exemplaires de son œuvre sur CD Roms à charge pour cette société d'en assurer la publication et la diffusion (1^{re} condition, nous précisons) ; qu'il est sur ce dernier point clairement dit dans les contrats que Arborescence assume tous les frais de préparation, de production et de commercialisation de l'œuvre ; qu'il s'ensuit que M. Casaril a cédé ses droits d'auteur à Arborescence qui devait fabriquer des exemplaires de son œuvre afin de les commercialiser (2^e condition, nous précisons) ; que ces contrats répondent à la définition de l'article L. 132-1 du CPI ; que le fait que les contrats signés ne respectent pas les dispositions légales ne leur enlève pas pour autant la nature de contrat d'édition ; que le jugement sera de ce chef réformé* ». On constatera par ailleurs que les magistrats prennent le soin de ne pas contredire le dogme autonomiste en rattachant ces critères très concrets à la volonté des parties.

²²⁸ Larousse, sous l'occurrence « *Exemplaire* ».

²²⁹ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 257, p. 294.

²³⁰ Cette distinction doit être affinée lorsque la représentation d'une œuvre est réalisée par l'intermédiaire d'un support – par exemple lorsqu'un DVD est visionné en public. Dans cette hypothèse, l'exemplaire n'est qu'un accessoire dans le processus de diffusion. La prérogative convoquée sera donc le droit de représentation en dépôt de l'usage d'un exemplaire.

l'article L. 132-1 CPI, qui prévoit, outre la fabrication des exemplaires, la réalisation de l'œuvre « sous une forme numérique »²³¹.

52. Portée. L'éditeur ayant pour mission de confectionner en nombre des exemplaires de l'œuvre, l'exploitation doit atteindre un volume d'exemplaires commercialement raisonnable. La qualification de contrat d'édition perdra de sa pertinence lorsque la reproduction sera unique ou quantitativement très limitée. Tel est le cas lorsque est reproduite la maquette d'une œuvre architecturale²³² ou encore lorsqu'un peintre est engagé afin de reproduire une œuvre en un seul exemplaire²³³. De la même manière, la réalisation d'un seul fichier numérique ne devrait pas permettre de retenir la qualification de contrat d'édition. On retiendra donc la qualification de reproduction en nombre lorsque la possibilité de télécharger un fichier ne bénéficiera pas uniquement à un destinataire isolé et prédéterminé mais à un public indifférencié ou à tout le moins à plusieurs personnes.

Les possibilités offertes par l'impression tridimensionnelle (3D) pourraient offrir un éclairage nouveau à cette question²³⁴. Rappelons qu'il s'agit d'un procédé de reproduction d'objets tangibles par « fabrication additive »²³⁵. Présentée comme un élément de rupture dans l'appréhension classique de la propriété intellectuelle²³⁶, l'impression 3D devrait permettre à certains objets complexes jusque-là difficilement reproductibles en quantité d'être dupliqués à l'échelle commerciale. Les prestataires de service d'impression 3D doivent ainsi conserver à l'esprit le champ d'application du contrat d'édition qui se veut des plus larges²³⁷. En effet, dès lors qu'un prestataire s'engage à reproduire en quantité puis

²³¹ *Infra* n° 170.

²³² Sur la reproduction d'une œuvre architecturale, voir notamment TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 16 déc. 2008, n° 07/04013, *SARL VDDT Architecte et a. c/ SARL Brion Immo France* ; Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-86.634, *Hubert X. c/ Sté Sud Réalisations*, *JurisData* n° 2006-034827 : « l'immeuble constitue la réalisation en volume de la conception de l'architecte qui a établi les plans » ; Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1980, n° 78-12.998, *Dubuffet*, *JurisData* n° 1980-700017 ; Bull. civ. 1980, n° 17, *JCP G.* 1980, II, 19336, note Lindon ; *D.* 1980, juris. p. 83, note B. Edelman ; *RIDA* 1980/2, p. 154, note A. Françon. L'article L. 122-3 al. 3 CPI, indique d'ailleurs que « pour les œuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type ». La précision finale de l'article L. 122-3 al. CPI a pour but de soumettre à l'autorisation de l'architecte chaque construction réalisée d'après ses plans. Cette interprétation peut se recommander des travaux préparatoires, notamment d'une explication d'ISORNI (5^e Doc. AN. annexé au PV, 16 févr. 1956, n° 553, p. 5 ; v. également H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 299). On pourrait ainsi s'interroger à propos de la qualification d'un contrat de grands travaux, qui prévoirait effectivement l'exécution répétée d'un projet type. *Stricto sensu*, l'opération ne devrait pas échapper à la qualification de contrat d'édition.

²³³ À ce titre, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé que la simple reproduction sur céramique d'une œuvre de Picasso ne permettait pas la reconnaissance d'un contrat d'édition (Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, n° 98-19.990, *Société Éditions Cercle d'Art/Pierrel, aff. Picasso* *JurisData* n° 2001-007865 ; Bull. civ. 2001, I, n° 13, qui qualifie l'opération de simple « cession de droits d'auteur » ; *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 34 ; *RIDA* 2001/3, n° 189, p. 327 ;). En revanche, lorsque la reproduction céramique est réalisée en plusieurs exemplaires, le contrat d'édition retrouve naturellement son empire (en ce sens v. Cass. 1^{er} civ., 24 mai 2017, n° 16-13087).

²³⁴ T. AZZI, « L'impression 3D : enjeux et perspectives », in *L'impression 3D : regards de droit privé*, in *Les matinales de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS) et du réseau d'avocats GESICA*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 15 oct. 2015 ; A. BLOCH, « Comment la 3D et la réalité augmentée bouleversent la distribution ? », *Harv. Bus. Rev.*, juin 2014, <https://www.hbrfrance.fr/chroniques-experts/2014/06/2415-comment-la-3-d-et-la-realite-augmentee-bouleversent-la-distribution/>.

²³⁵ R. d'AVENI, « The 3-D printing revolution », *Harv. Bus. Rev.*, may 2015, p. 40.

²³⁶ C. VIGUIE, « La démocratisation des imprimantes 3D et le droit d'auteur », *RIDA* 2014/4, p. 242 ; voir à l'égard des conflits pouvant subvenir avec le droit des brevets, D. DOHERTY, « Downloading infringement : patent law as a roadblock to the 3D printing revolution », *Harv. Jour. Law & Tech.*, V. 26, n° 1 Fall 2012.

²³⁷ Bien que la doctrine évoque parfois la question du contrat conclu entre l'auteur et la société d'impression 3D, l'applicabilité du contrat d'édition ne retient pas son attention. À titre indicatif, on relèvera par exemple que le CSPLA n'envisage à cet effet que l'applicabilité du droit commun des contrats d'auteur sans évoquer les contrats spéciaux (v. O. JAPIOT et B. LIGNEREUX, *Rapport sur L'impression 3D et le droit d'auteur : des menaces à prévenir, des opportunités à saisir* : « Il serait opportun que, dans les

à commercialiser un objet protégé par le droit d'auteur, il serait possible d'y voir un contrat d'édition *stricto sensu*. Si la reproduction prend appui sur un schéma ou un dessin et donne lieu à un changement du mode d'expression, l'opération sera, en sus, envisagée sous l'angle du droit d'adaptation²³⁸.

b. La diffusion publique

53. Tentative de définition. Une fois conçus, les exemplaires doivent être diffusés auprès du public. Or, la notion de « public » n'est pas définie en droit interne. En dehors du domaine du contrat d'édition, la CJCE apporte plusieurs éléments de définition qu'il convient donc de manipuler avec prudence. En effet, elle a été sollicitée à plusieurs reprises afin de savoir ce qu'il faut entendre par « *acte de communication au public* ». Ce faisant, elle a livré une définition originale de la notion de « public ». En l'absence de définition en droit interne, on peut s'inspirer des qualifications européennes sous réserve de conserver à l'esprit la spécificité du droit européen. Selon l'arrêt *SGAE*, la notion de public vise un nombre indéterminé de destinataires, dans la mesure où ceux-ci sont en nombre relativement important²³⁹. Si l'on applique *mutatis mutandis* cette idée à notre domaine, l'argument devrait conduire au rejet de la qualification de contrat d'édition lorsque les exemplaires sont adressés à une seule personne déterminée²⁴⁰. Précisons tout de même que cette appréciation se fait au regard du nombre de personnes ayant accès à l'œuvre de façon parallèle mais aussi de façon successive, ce qui dans notre cas renvoie à la situation où un exemplaire de l'œuvre serait réutilisé.

54. Réutilisation des exemplaires. La question doit être posée à propos de la réutilisation des exemplaires simplement mis à disposition et non définitivement cédés. Supposons qu'un cessionnaire de droits de reproduction exploite des œuvres audiovisuelles en ouvrant une boutique de location de DVD. L'exploitant ne réalisera qu'un seul exemplaire de l'œuvre qu'il communiquera au fur et à mesure à un public indéterminé plus ou moins nombreux. À l'adresse d'une forme archaïque de ces commerçants, BALZAC écrit « *ce millier de misérables cabinets de lecture, qui tuent notre littérature* »²⁴¹. DESBOIS, qui observait déjà qu'il « *n'est pas nécessaire que les exemplaires de l'édition soient aliénés pour que le*

*contrats conclus entre les auteurs (ou leurs représentants) et les plateformes, les conditions d'utilisation et de cession de l'œuvre assurent une protection suffisante de leurs droits. Les auteurs doivent donc prendre garde aux conditions générales qui accordent une licence générale permettant par exemple d'adapter l'œuvre par tout procédé. L'article L. 131-6 du CPI permet en effet que soit stipulée une clause de cession du droit d'exploitation de l'œuvre sous une forme "non prévisible ou non prévue à la date du contrat", à condition qu'elle soit expresse et stipule "une participation corrélative aux profits d'exploitation" », p. 37). D'autres auteurs se contentent d'une analogie à la marge avec le contrat d'édition sans jamais affirmer son applicabilité (v. f. C. le GOFFIC et A. VIVÈS-ALBERTINI, « L'impression 3D et les droits de propriété intellectuelle », *Propriété intell.*, n° 50, janv. 2014, p. 24 et plus spécifiquement sur l'analogie avec le contrat d'édition en matière de protection du droit de divulgation, p. 30).*

²³⁸ T. AZZI, « L'imprimeur 3D : créateur ou contrefacteur ? », *conf. annuelle du Master 2 Droit du commerce électronique et de l'économie numérique*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 4 juin 2015.

²³⁹ Arrêt *SGAE*, 7 déc. 2006, C-306/05, pts 37 et 38 ainsi que jurisprudence citée.

²⁴⁰ V. ainsi une commande d'œuvre exclusivement destinée à des fins internes à une entreprise qui au sens de la cour d'appel de Paris ne constitue pas un contrat d'édition : Paris, 4 mars 1980, *Garç. Pal.* 1980. 2, p. 536. V. *contra*, Paris, 4^e ch., 16 juin 2000 *Digisoft music/Frederic s.*, *JurisData* n° 2000-124085, qui qualifie de contrat d'édition la convention par laquelle une société s'était engagée à fournir à une autre société des phonogrammes musicaux contre rémunération sur la base des ventes effectuées alors même que lesdits phonogrammes ne sont pas adressés à des personnes indéterminées. Dans cette dernière affaire, on notera que le contrat est annulé sur la base d'un moyen qui relève du régime du contrat d'édition, *Expertises* 2000 n° 241 p. 319, note V. Lagorce.

²⁴¹ H. BALZAC, *Lettre adressée aux écrivains français du XIX^e siècle*, *Revue de Paris*, Bruxelles, H. Dumont, novembre 1834, tome 11, p. 68 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Balzac et la propriété littéraire », *L'Année balzacienne*, 2003/1 (n° 4), p. 197, spéc. p. 216 : « *En effet, un seul exemplaire peut être loué à des dizaines de lecteurs et c'est autant de manque à gagner pour les auteurs et les éditeurs, qui ne touchent rien sur ces locations, alors même que la clientèle des cabinets est essentiellement bourgeoise* ».

droit de reproduction entre en jeu »²⁴², ajoutait que « l'éditeur, qui loue ou prête, dans l'exercice de son activité professionnelle les volumes qu'il a fait imprimer, doit se prémunir du consentement des ayants droit, et même l'autorisation de louer ou de prêter doit, pensons-nous, faire l'objet d'une autorisation distincte de celle de vendre »²⁴³. C'est d'ailleurs le sens donné dans certaines législations étrangères, notamment en Allemagne où la loi traite la réutilisation d'exemplaires de la même façon que la reproduction classique²⁴⁴. Dans cette hypothèse, la qualification de contrat d'édition devrait pouvoir prospérer. La doctrine²⁴⁵ et la jurisprudence admettent ainsi l'idée selon laquelle « le droit de location, qui procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation »²⁴⁶.

Pour aller plus loin, un exploitant qui diffuse continuellement une œuvre en offrant au public un rapport individuel par l'intermédiaire d'un seul exemplaire, doit être qualifié d'éditeur. Pour ces raisons, la cession du droit de location des exemplaires doit entraîner la qualification de contrat d'édition. Pour les mêmes raisons, on doit être en mesure de qualifier l'opération de mise à disposition d'un logiciel – la « licence de logiciel » – de contrat d'édition. On relira Messieurs CROZE et BISMUTH, pour qui « il est préférable de retenir la qualification de contrat d'édition en considérant simplement que, chaque fois que le logiciel-service est mis à la disposition d'une nouvelle personne, il y a production et distribution d'un "exemplaire" de plus »²⁴⁷.

2. Le caractère commercial de l'exploitation

55. Présentation du caractère commercial. Plan. Avant même que le contrat d'édition soit définitivement entré dans le giron des contrats nommés, la Cour de cassation a eu l'occasion d'énoncer l'idée selon laquelle le contrat d'édition a pour objet un « *privilège exclusif d'une exploitation commerciale* »²⁴⁸. Après la réforme de 1957, le caractère commercial du contrat d'édition a été maintenu par la Cour de cassation. À titre d'exemple, on citera un arrêt du 9 novembre 1970. Au visa de l'article L. 110-1 du Code de commerce, qui liste les différentes activités de nature commerciale, la Cour de cassation a considéré que l'éditeur accomplit une activité commerciale²⁴⁹. Pour ce qui nous intéresse, s'infèrent deux éléments de ce principe de commercialité sans lesquels la qualification de contrat d'édition ne pourra pas être retenue : l'intention lucrative de l'éditeur (a) et la présence d'un modèle économique au profit des parties (b).

a. L'intention lucrative

56. Intention lucrative. L'activité éditoriale étant rattachée aux activités commerciales au sens de l'article L. 110-1 6° du Code de commerce²⁵⁰, elle est par essence de nature commerciale²⁵¹. KESSLER considérait à cette fin que l'exploitant réalise des « *produits culturels* » et fournit des « *services* »

²⁴² H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 240. V. également, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, préf. A. FRANÇON, LGDJ, Paris, 1989 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de prêt, une revendication légitime des auteurs*, JCP G., 2000, p. 891.

²⁴³ H. DESBOIS, *ibid.*

²⁴⁴ Art. 27 al. 1 loi sur le droit d'auteur et sur les droits connexes, 1965 : « *Si des exemplaires d'une œuvre, dont la mise en circulation successive est autorisée conformément à l'article 17 al. 2, sont donnés en location et si la personne qui les donne en location le fait dans un but commercial, celle-ci est tenue de verser à l'auteur une rémunération équitable* ».

²⁴⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *ib. préc.*, n° 274, p. 246.

²⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 2004, n° 99-18.464 : *JurisData* n° 2004-023436 ; *Bull. civ.* 2004, I, n° 117 ; *Comm. com. électr.*, 2004, comm. 84, obs. Ch. Caron ; *Prop. intell.*, 2004/3, n° 12, p. 770, obs. P. Sirinelli. V. également Cass. crim., 23 nov. 1999, n° 98-81719. T. corr. Paris, 25 juin 1979 : *Gaz. Pal.* 1979, 2, p. 507 ; Paris, 4^e ch., 4 juin 1999, n° 1998/19978, *JurisData* n° 1999-024163.

²⁴⁷ H. CROZE et Y. BISMUTH, « Le contrat dit de licence de logiciel », *JCP E.*, 1986, II, n° 14659, spéc. n° 37.

²⁴⁸ Cass. civ. 25 juill. 1887, *DP* 1888, 1, 5, note Sarrut, rapp. Lepelletier ; *S.* 1888, 1, 17, note Lyon-Caen.

²⁴⁹ Cass. com., 9 nov. 1970, *JurisData* n° 1970-097298, *Bull. civ.* IV, n° 298 *D.* 1970, p. 734, B. Edelman ; Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 1976, *Bull. civ.* I, p. 123 ; *D.* 1976, IR. p. 195 ; *RIDA* 1976, n° 90, p. 164. V. également Paris, 27 févr. 1968 : *D.* 1968, p. 375.

²⁵⁰ V. P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, T. 1, Economica, 2005, n° 234, pp. 218-219.

²⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1970, préc.

à des « consommateurs » et à des « utilisateurs »²⁵². Alors que THALLER voyait dans la « circulation » de la marchandise l'alpha et l'oméga de l'activité commerciale²⁵³, d'autres y ajoutaient une dimension nécessairement lucrative, voire spéculative²⁵⁴ que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de consacrer²⁵⁵. L'intention lucrative est donc fondamentale, à défaut de quoi l'acte en question ne sera pas commercial²⁵⁶.

Cette règle rejoint les arrêts européens *Premier League*²⁵⁷ et surtout *PPL*²⁵⁸. Ces arrêts énoncent entre autres choses que l'acte de communication au public, au sens du droit européen, doit être soutenu par une intention lucrative²⁵⁹. Certes, en droit français ce critère du caractère lucratif fait l'objet d'une réprobation en doctrine²⁶⁰. Néanmoins, au stade de la qualification du contrat d'édition, le critère semble pertinent.

57. Exclusion de la qualification pour défaut d'intention lucrative de l'éditeur. Au cours des débats parlementaires, NAEGELEN s'exprimait ainsi : « l'éditeur est après tout un commerçant. C'est un commerçant respectable, certes, mais qui, comme tous les commerçants, court certains risques »²⁶¹. En l'absence de dimensions lucrative et spéculative, la notion d'exploitation perdrait son sens et il n'y aurait pas lieu d'astreindre le cocontractant au rigoureux régime du contrat d'édition²⁶². À cet égard, notons qu'il est l'un des rares contrats commerciaux qui intègre pleinement le fonds de commerce de l'exploitant²⁶³.

On imagine ainsi une personne qui, à titre de bienfaisance, accepte de communiquer et de commercialiser l'œuvre auprès du public. Les stipulations de l'accord entre l'auteur et l'exploitant prévoient que l'intégralité du produit d'exploitation sera reversée à l'auteur. Cette hypothèse d'école constituerait une activité à perte pour l'exploitant. Le cas échéant, celui-ci sera dans l'impossibilité d'en escompter le moindre bénéfice. Perdant sa vocation lucrative pour l'éditeur, la convention ne pourrait

²⁵² F. KESSLER, « Un droit de protection économique : le droit d'auteur », *Expertises*, 1989, n° 118, p. 215.

²⁵³ E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Arthur Rousseau édition, 1898, n° 4, p. 4.

²⁵⁴ Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. 1, Pichon et Durand-Auzias, 1916, n° 5, p. 3 ; J. CUISENIER, « Risque, incertitude et choix économique », *Esprit*, 1965, 1-3, p. 34 ; V. LASSERRE-KIESOW, « L'aléa », *JCP G.* n° 31, 27 juillet 2009, étude n° 182, n° 7.

²⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1968 : *D.* 1968, jurispr. p. 82 ; Cass. com., 2 oct. 1985 : Bull. civ. IV, n° 227. Sur la notion de spéculation v. notamment, D. PONTON-GRILLET, « La spéculation en droit privé », *D.* 1990. p. 157 n° 5 : « Le critère de la spéculation s'est cristallisé, en droit commercial, autour de la notion "d'achat en vue de la revente", visée dans l'énumération des actes de commerce par l'art. 632 c. com., au titre des biens mobiliers (al. 1^{er}) ou immobiliers (al. 2). Si les rédacteurs du texte n'ont fait qu'implicitement référence à l'intention spéculative des auteurs de l'achat, les premiers commentateurs ont systématisé l'usage de ce critère pour toutes les opérations non visées par l'art. 632 ».

²⁵⁶ Rappelons que la vente à prix coûtant est sanctionnée sur le terrain du droit de la concurrence *via* l'article L. 442-2 du Code de commerce, qui énonce que « le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif » est formellement prohibé.

²⁵⁷ CJUE, 4 oct. 2011, n° C-403/08, *Football Premier League Association*, *AJDA* 2011, p. 2339, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *D.* 2011, p. 2474 ; *D.* 2012, p. 704 ; *RTD. com.* 2011 p. 744, F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011, p. 855, obs. E. Treppoz ; *ibid.* 2012 p. 229, obs. A.-L. Sibony.

²⁵⁸ CJUE, 15 mars 2012, n° C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited (Sté) c/ Irlande*, *D.* 2012, p. 810 ; *RTD. com.* p. 322, F. Pollaud-Dulian.

²⁵⁹ Aff. *Premier League*, pt. 204) : « un caractère lucratif d'une communication, au sens de l'article 3, paragraphe 1 de la directive sur le droit d'auteur, n'est pas dénué de pertinence » ; v. également pt. 36) : « En troisième lieu, la Cour a jugé que, si le caractère lucratif d'une "communication au public", au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, n'est pas dénué de pertinence ».

²⁶⁰ E. POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal, Billars et C., 1879, n° 810, p. 607 : « Que décider si la représentation est gratuite, ou si elle a lieu dans un esprit de charité, de telle sorte que le produit de la recette soit destiné à soulager une infortune ? ».

²⁶¹ M.-E. NAEGELEN, Discussion et adoption, séance 20 avril 1956, *JO AN*, 21 avril 1956, p. 1432.

²⁶² Sur la notion d'exploitation, voir *infra* n° 503 et s.

²⁶³ M. FILIOL de RAIMOND, « Un 105^e Congrès des notaires sous le signe de l'audace et de la simplicité », *RLDA*, juill. 2009, n° 40.

pas être qualifiée de contrat d'édition dans la mesure où elle n'est plus une activité commerciale²⁶⁴. Bien que cette situation soit volontairement caricaturale dans son énoncé, la question ne manque pas de se poser en des termes quasiment similaires à l'ère de l'édition 2.0, lorsque certains sites internet promettent une exploitation de l'œuvre « gratuite » pour l'auteur²⁶⁵. L'intention lucrative est donc essentielle et doit s'inscrire dans un modèle économique.

b. Le modèle économique

58. Appréhension large du modèle économique. Il existe une multitude de modèles économiques qui, en dernier lieu, aboutissent à la rémunération de l'exploitant. Il n'y a pas lieu ici de les distinguer, l'essentiel étant de corrélérer directement ou indirectement le profit réalisé à la diffusion de l'œuvre. Si la vente ou la location d'exemplaires de l'œuvre ne pose aucun problème, on aurait pu douter d'une telle corrélation lorsque la rémunération de l'exploitant ne passe pas par la simple consultation d'exemplaires. Tel est le cas par exemple lorsque l'éditeur se voit rémunéré indirectement non pas au nombre de fichiers numériques téléchargés mais grâce aux redevances versées par les annonceurs publicitaires qui rémunèrent l'exploitant au nombre de clics²⁶⁶. C'est d'ailleurs le sens de l'article L. 132-17-6 al. 3 CPI, consacré à la suite de la réforme de 2014, qui énonce que « *dans les cas où le modèle économique mis en œuvre par l'éditeur pour l'exploitation de l'édition sous une forme numérique repose en tout ou en partie sur la publicité ou sur toutes autres recettes liées indirectement au livre, une rémunération est due à l'auteur de ce titre* ». Dans cette hypothèse, la communication de l'œuvre est faussement désintéressée²⁶⁷ dans la mesure où les revenus d'exploitation demeurent tributaires de l'attractivité de l'œuvre qui draine les clics des internautes. Pour cette raison, l'hypothèse doit être analysée comme empreinte de commercialité.

Pour exprimer davantage la multitude de schémas économiques auxquels peut donner lieu le contrat d'édition, on sollicitera une décision de justice rendue par le Tribunal des conflits du 7 avril 2014²⁶⁸. Dans cette affaire, dont le point sensible portait naturellement sur la compétence juridictionnelle, la question était de savoir si le modèle économique adopté au sein d'un contrat d'édition soumet ce dernier à tel ou tel ordre de juridiction. En l'espèce, une collectivité territoriale a fait appel à une société d'exploitation afin d'éditer un guide touristique. Aux termes du contrat, l'exploitant tirait sa rémunération non pas du produit d'exploitation – le guide étant mis à disposition gratuitement – mais d'espaces publicitaires au sein dudit guide que l'exploitant pouvait vendre aux annonceurs. Sans être

²⁶⁴ V. toutefois, A.-Ch. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 1839, T. II, p. 65 : « *un théâtre, lorsqu'il juge à propos, soit de donner des représentations gratuites, soit de consacrer sa recette à tel ou tel emploi déterminé, ne cesse pas d'être une entreprise commerciale, dont tous les actes sont présumés faits dans une intention de profit actuel ou ultérieur, et dans des vues de spéculation* ». On notera tout de même que le célèbre avocat n'envisageait qu'une présomption.

²⁶⁵ *Infra* n° 547-548.

²⁶⁶ D. ATTIAS, « Quel modèle économique pour la presse sur Internet ? », *Rev. temps des méd.*, 2006, n° 1, p. 143 ; J. HAGEL III, A. G. ARMSTRONG, *Net Gain Expanding markets through virtual communities* The McKin. Quart., 1997 n° 1, p. 140. Sur l'essence du modèle économique des contrats d'auteur, v. Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTD com. 2009, p. 323, spéc. n° 20 ; A. HAYEK, *Les business models de l'Internet pour réussir*, Mines ParisTech-HEC, 2009 ; D. LEFRANC, *Le droit des applications connectées, Applications – Réseau – Interfaces*, préf. A. LUCAS, LGDJ, Larcier, 2017, sur les modèles d'exploitation envisageables, voir spéc. p. 149 et s. ; F. LATRIVE, « Les Barbares du Bazar. Une introduction aux faubourgs de la nouvelle économie », in *Libres enfants du savoir numérique*, O. BLONDEAU (dir.), Éditions de l'Éclat « Hors collection », 2000, p. 11.

²⁶⁷ Sur le concept de gratuité marchande, v. J. FARCHY, « La gratuité n'est plus ce qu'elle était... », *JAC*, 2016, n° 35, p. 23 ; J. FARCHY, « The Internet : Culture for Free », in *Handbook of Cultural Economics*, R. TOWSE dir., Edward Elgar, 2011. Plus inquiétante serait la rémunération en données numériques, A. ANCIAUX, J. FARCHY, « Données personnelles et droits de propriété, quatre chantiers et un enterrement », *Rev. Int. Dr. Eco.*, n° 3/2015, p. 307.

²⁶⁸ T. C. 7 avr. 2014, *Société Services d'édition et de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet et société Axiom-Graphic*, n° C3949, Rec. CE, n° 3949, Lebon ; *AJDA* 2014, p. 766 ; *AJCT* 2014, p. 394, obs. E. Royer ; *RJEP* 2014, n° 725, comm. 51, C. Maugué.

totallement original, le modèle n'est pas fréquent et aurait pu susciter quelques réserves au moment de qualifier le contrat. La juridiction a validé la qualification de contrat d'édition et a estimé qu'en « *contrepartie de cette prestation de services, le contrat concède à la société SEVP l'exploitation, à titre exclusif, de la publicité dans ce guide et que la société tirera sa rémunération de l'exercice de cette activité économique, en vendant des espaces aux annonceurs publicitaires* »²⁶⁹. Dans cette hypothèse, la rémunération de l'exploitant provient de la vente d'espaces publicitaires aux annonceurs, ce qui a par ailleurs valu l'appellation de contrat « *à prix négatif* »²⁷⁰, mettant ainsi l'accent sur l'originalité du modèle économique suivi. Sans se projeter sur la compétence de l'ordre finalement saisi, on approuvera la qualification retenue.

D'autres entités éditoriales ont fait le choix d'un modèle intermédiaire articulé autour d'une semi-gratuité. C'est le cas des éditions de l'Éclat, qui proposaient de mettre en ligne gratuitement la version numérique des œuvres éditées tout en faisant payer la version papier²⁷¹. Ce système est largement repris sur les réseaux numériques en matière musicale²⁷².

59. Distinction entre modèle économique et montant de la rémunération proportionnelle.

Si la rémunération proportionnelle des parties s'inscrit dans le cadre d'un modèle économique, il faut en revanche se garder d'apprécier la validité d'un modèle économique à la lumière de la rémunération proportionnelle arrêtée par les parties. Le fait que l'auteur perçoive 15% ou 60% du produit d'exploitation est sans influence sur la pertinence du modèle économique et, partant, la qualification du contrat d'édition. Pourtant, les juridictions du fond ont parfois recours à une méthode de qualification exclusivement fondée sur l'étendue de la prestation monétaire. Ainsi, la cour d'appel de Limoges a pu estimer que :

*« en l'état d'un contrat d'édition prévoyant que l'auteur percevrait dix pour cent sur le prix de vente non encore fixé de chaque exemplaire vendu, suivi d'un avenant prévoyant l'avance par l'auteur d'une certaine somme remboursable à concurrence de cinquante pour cent sur le prix de vente de chaque exemplaire fixé à une somme déterminée, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu l'existence d'une novation dans les obligations respectives des parties. (...) L'auteur n'est donc fondé qu'à poursuivre l'exécution du second contrat à compte d'auteur qui a éteint sa vocation à percevoir un pourcentage sur chaque exemplaire vendu »*²⁷³.

Pour les magistrats, la rémunération de l'auteur étant passé de 10% à 50% du produit d'exploitation, le nouveau modèle économique ne correspond plus à un contrat d'édition. Ce changement conduit à une novation du contrat d'édition en un contrat à compte d'auteur. Cette position n'emporte pas l'approbation²⁷⁴. En effet, cette décision méprend une règle fondamentale du régime général des obligations issue d'un arrêt de principe rendu en 1875 par la Cour de cassation, aux termes duquel il ne suffit pas, pour opérer novation, « *d'augmenter ou de diminuer la dette* »²⁷⁵. Aussi, augmenter le montant de la rémunération de l'auteur ne doit pas conduire à novation. Au titre de cette jurisprudence bien établie, l'arrêt de la cour d'appel de Limoges aurait été en toute vraisemblance censuré par la Cour de cassation s'il avait fait l'objet d'un pourvoi. L'opération n'est donc pas une novation mais une simple convention modificative qui n'aurait pas remis en cause la qualification de contrat d'édition²⁷⁶. Le seul cas vraisemblable dans lequel la modification de la rémunération donnerait lieu à novation serait le cas où la clé de répartition permettrait à l'éditeur, au mieux, de rentrer dans ses

²⁶⁹ Déc. préc.

²⁷⁰ M. MORALES, « Le prix négatif dans les marchés publics », *AJDA*, 2015, p. 1527.

²⁷¹ CSPLA, *Rapport sur la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, juin 2007, n° 37, pp. 17-18.

²⁷² *Ibid.*, n° 38, p. 18.

²⁷³ Limoges, Ch. civ. sect. 1, 15 mai 1997 *Chambroux/Borzeix*, *JurisData* n° 1997-042444.

²⁷⁴ V. Ph. SIMLER, « Opérations sur obligation – Novation – Modes particuliers – Novation par changement de l'obligation », *J.-Cl., Régime général des obligations*, Fasc. 20, n° 77, qui parle de « *décisions dissidentes* ».

²⁷⁵ Cass. civ. 8 nov. 1875, *DP* 1876, 1, p. 438 ; *S.* 1876, 1, p. 102.

²⁷⁶ Sur la distinction entre novation et convention modificative, v. J. FRANÇOIS, *Les obligations. Régime général*, Economica, 6^e éd., 2022, n° 131-132, p. 119-123.

frais et de ne pas perdre d'argent à la suite de la communication de l'œuvre. Ici la rémunération de l'éditeur relèverait moins d'une intention lucrative que d'une volonté de ne pas encaisser de perte.

3. Le caractère principal de l'exploitation

60. Plan. Une fois présentés les tenants et les aboutissants du caractère principal de l'exploitation (a), sa critique sera formulée (b).

a. La présentation du caractère principal

61. Exclusion de la qualification de contrat d'édition : la reproduction auxiliaire. Rare en pratique, la disqualification d'un prétendu contrat d'édition a été prononcée par un arrêt du 2 juillet 2014 rendu par la Cour de cassation à propos d'une cession de droits de reproduction portant sur des illustrations. En l'espèce, un photographe avait cédé ses droits à un éditeur. Cette cession présentait la spécificité d'accompagner un contrat d'exploitation d'une œuvre littéraire. Le photographe souhaitait se prévaloir du défaut d'exploitation de son œuvre sur le fondement des articles L. 132-11 et L. 132-12 CPI afin de solliciter la résiliation du contrat. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que, les photographies ayant vocation à illustrer de façon accessoire un roman, le contrat conclu avec l'éditeur n'était qu'une simple cession de droit de reproduction dépourvue d'obligation d'exploitation. Le cocontractant de l'auteur n'était donc pas tenu d'exploiter l'œuvre. Cette décision se fonde sur le caractère accessoire de son œuvre, qui serait exclusif d'un contrat d'édition²⁷⁷. Bien que la demande de l'illustrateur ait été rejetée, on relèvera tout de même que celle-ci était fondée sur le caractère impératif de la qualification de contrat d'édition supposant que les parties ne peuvent pas avoir recours à un contrat innomé lorsque l'objet de la convention entre dans le cadre de l'article L. 132-1 CPI²⁷⁸.

En rejetant les prétentions de l'illustrateur, la Cour de cassation distingue entre contrat d'édition et simple contrat de cession en fonction du caractère accessoire ou principal attribué à l'œuvre. Seule l'œuvre destinée à une exploitation principale serait digne d'un contrat d'édition.

62. Difficultés méthodologiques. Cette solution n'est pourtant pas à l'abri des critiques. On observe que la coordination entre principal et accessoire n'a ici rien de simple²⁷⁹. Pourquoi une œuvre serait-elle réputée « accessoire » d'une autre, justifiant par la même que le régime de son exploitation soit moins rigoureux ? À quel moment l'exploitation d'une œuvre cesse-t-elle d'être accessoire pour devenir principale, et inversement ? Plusieurs méthodes d'identification du caractère accessoire peuvent être proposées mais aucune d'entre elles n'emporte l'approbation.

²⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2014, n° 13-24.359, *Propriété intell.* 2014, n° 53, p. 397, comm. J.-M. Bruguière ; *Comm. com. électr.*, 2015, ét. n° 5 ; *Légipresse* 2014, n° 321, p. 617, note V. Varet ; *JAC* 2014, n° 18, p. 12.

²⁷⁸ Arrêt préc. : « la cession du droit d'exploiter en nombre des exemplaires d'une œuvre de l'esprit constitue l'objet spécifique du contrat d'édition ; que ce contrat est réglementé de manière spécifique par des règles impératives du Code de la propriété intellectuelle, protectrices de l'auteur ; que la cession du droit d'exploiter ne peut donc être réalisée que par un contrat d'édition et ne saurait faire l'objet d'une convention innomée qui aurait pour effet de contourner lesdites règles protectrices de l'auteur ».

²⁷⁹ V. G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1969, qui place l'accessoire entre l'indépendance totale et l'assimilation parfaite et qui distingue, sur la base des écrits de VOIRIN, deux grandes catégories en droit privé : accessoire en tant qu'élément secondaire et accessoire en tant qu'élément dépendant (n° 18 et s.). Selon cet auteur, l'accessoire en droit d'auteur relèverait de la première approche. Outre l'éminent auteur, les rares auteurs à s'être penchés sur la question se sont davantage concentrés sur la notion « d'accessoire de la créance », v. M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz, 1983, p. 107, et plus précisément n° 20 p. 115, où le Professeur donne les critères permettant la qualification d'accessoire, à savoir le service exclusif d'une créance et sa vocation à être exécutée à son service. Il en va de même pour la thèse de C. JUILLET, qui retient une approche fonctionnelle de la notion d'accessoire de la créance, le premier ayant pour fonction de prévenir la défaillance et de réparer l'éventuelle défaillance (C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. LARROUMET, Defrénois, 2009, n° 305, p. 186). Pour ces raisons, les conclusions de ces auteurs sont difficilement transposables à la question de la propriété intellectuelle.

63. Problème de l'approche quantitative. On pourrait justifier la position jurisprudentielle à partir de considérations purement quantitatives. La contribution la moins importante – par exemple l'œuvre qui occuperait le moins d'espace sur une photo, sur une peinture, sur une composition musicale – serait l'accessoire de l'autre. Trop caricaturale car peu en phase avec le domaine des arts naturellement réfractaire aux approches quantitatives²⁸⁰, cette mesure de l'accessoire n'emporte pas notre adhésion.

Certes, dans d'autres domaines du droit d'auteur, cette approche quantitative de l'accessoire a été retenue. C'est le cas de la théorie dite « *de l'arrière-plan* ». Celle-ci concerne l'hypothèse suivante : un titulaire de droits d'auteur décide de communiquer une œuvre et, de façon très limitée et très accessoire, procède à la communication fortuite d'une autre œuvre dont il n'a pas acquis les droits – par exemple avec un spot publicitaire pour un parfum qui montrerait brièvement un bâtiment reconnaissable sans l'autorisation de son architecte. Dès lors que ce bâtiment apparaît peu de temps à l'écran, l'auteur de la communication ne doit pas être condamné au nom de la théorie « *de l'arrière-plan* »²⁸¹. Ici, le recours à une approche quantitative de l'accessoire obéit à un impératif clairement déterminé : celui de ne pas trop entraver la communication. Il n'y a donc pas lieu de procéder par analogie.

64. Problème de l'approche volontariste. On pourrait soutenir que la distinction s'établit en fonction de la volonté des parties. Serait principale la contribution choisie par les parties à la conclusion du contrat. Cette approche est impropre à la matière en ce qu'elle conditionne finalement la qualification du contrat d'édition à la volonté des parties. Or, notre démarche dans le présent chapitre consiste précisément à éviter le recours à la volonté des parties afin de protéger l'auteur. Cette solution sera donc rejetée.

65. Problème de l'approche qualitative. La dernière manière de penser la distinction entre principal et accessoire, et qui semble avoir été retenue en l'espèce, est qualitative. Dans cette hypothèse, le juge apprécie la nature des contributions – abstraction faite, espère-t-on, des mérites reconnus à

²⁸⁰ Ainsi, en matière d'œuvre de collaboration, il est acquis en jurisprudence qu'il est indifférent que les contributions soient d'importance quantitative inégale (Paris, 1^{re} ch., 18 avr. 1956, *D.* 1957, p. 108, note H. Desbois). La Cour de cassation met en échec ce principe uniquement lorsque la contribution de l'un des prétendus coauteurs est trop modeste et donc trop accessoire (v. Cass. 1^{re} civ., 5 mars 1968, *JurisData* n° 1968-000087, où le demandeur sollicite la qualité de coauteur à la réalisation d'un ballet pour avoir apporté du matériel et des costumes). Plus largement, v. R. BEUDANT et P. LERBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, T. XII, par R. RODIÈRE, 1947, n° 182, qui voient dans cette mesure de l'accessoire les vestiges de « *la règle d'une civilisation grossière et primitive* ».

²⁸¹ Cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, *Affaire Place des Terreaux*, n° 03-14820, *Bull. civ I* 2005, n° 134, p. 115, *RIDA* 2005/3, p. 459 : « *l'œuvre de MM. X... et Y... se fondait dans l'ensemble architectural de la place des Terreaux dont elle constituait un simple élément, la cour d'appel en a exactement déduit qu'une telle présentation de l'œuvre litigieuse était accessoire au sujet traité, résidant dans la représentation de la place, de sorte qu'elle ne réalisait pas la communication de cette œuvre au public* ». V. également les différentes décisions ayant trait à la jurisprudence « Être et avoir » (TGI Paris, 20 déc. 2006, note A. Ratovo ; *RLDI* avr. 2007, n° 838, note A. Defaux et Z. Azzabi ; *RIDA* 2008, n° 215, p. 370, note P. Sirinelli ; Paris, 4^e ch., sect. B, 12 sept. 2008, *JurisData* n° 2008-370395 ; *JCP* 2009, doct. 30, § 9, chron. Ch. Caron ; *Propr. intell.* 2009, n° 30, p. 53, note A. Lucas et J.-M. Bruguière [deux notes] ; *RIDA* 2009, n° 219, p. 384, note P. Sirinelli ; *RTD com.* 2009, p. 137, note F. Pollaud-Dulian ; P.-Y. Gautier, « Le triomphe de l'arrière-plan », *Comm. com. électr.*, 2008, étude 23 ; Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n° 08-20.651, FS P.B. R. + I., *JurisData* n° 2011-008403, note M. Vivant ; *Comm. com. électr.*, n° 7-8, juillet 2011, comm. 62, note Ch. Caron). L'arrêt de la cour d'appel de Paris, qui sera confirmé par la suite par la Cour de cassation, avait présenté cette théorie de l'accessoire ou de l'arrière-plan « *comme [une] limite externe au monopole du droit d'auteur, qui n'entre donc pas dans le champ d'application de celui-ci* » (C. DILLANGE, « La "théorie de l'accessoire" en droit d'auteur : une limite aux contours incertains depuis l'adoption de la loi dite DADVSI du 1^{er} août 2006 », *Comm. com. électr.*, n° 5, mai 2009, alerte 63). L'idée était d'exclure du champ de la protection du droit d'auteur les communications d'œuvre existant en arrière-plan. Néanmoins, cette théorie trouverait sa limite dans les dessins et modèles, la jurisprudence ayant refusé de l'étendre lorsqu'une œuvre bénéficiait d'un tel cumul des protections (v. affaire *Shalimar*, Paris 18 nov. 2016, *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2017, chron. 10, n° 15, A.-E. Kahn).

l'auteur²⁸² – et détermine, en fonction de la prestation globale, ce qui relève du principal et de l'accessoire. Or, selon l'illustrateur, le dessin et le texte faisaient corps et constituaient une seule et même œuvre de collaboration. Un second argument doit être ajouté : si les contributions font corps, aucune différence de traitement ne saurait être tolérée entre les auteurs qui auraient dû bénéficier tous deux du contrat d'édition. Par conséquent, les coauteurs auraient dû conclure un contrat d'édition avec l'éditeur. La Cour de cassation rejette cet argument en estimant qu'il ne s'agit pas d'une œuvre de collaboration. Elle y voit donc deux œuvres parfaitement distinctes mais exploitées sur un même support selon des modalités contractuelles bien différentes. Le critère s'avère délicat à manipuler. On notera par ailleurs que cette jurisprudence traduit une défiance – ou du moins une réserve – peu justifiable à l'idée de traiter de manière similaire l'œuvre d'illustration et l'œuvre illustrée.

En sus, on rappellera que la situation n'est pas inconnue en droit d'auteur. À titre d'exemple, le dernier alinéa du paragraphe 39 de la loi norvégienne sur le droit d'auteur exclut formellement du champ d'application de « l'accord d'édition » les illustrations accessoires venant au support de l'œuvre principale²⁸³.

b. La critique du caractère principal

66. Annonce. Cette jurisprudence pose trop de difficultés. Elle entre en contradiction d'une part avec d'autres arrêts de Cour de cassation et d'autre part avec certaines dispositions du CPI.

67. Contradiction jurisprudentielle. On note tout d'abord que, pour des faits similaires, la jurisprudence s'est à plusieurs reprises accommodée de la qualification de contrat d'édition. Aussi, dans un arrêt du 19 décembre 2013, la Cour de cassation a-t-elle rejeté les prétentions d'un auteur qui a demandé aux juges de constater l'inexistence d'un contrat d'édition portant sur des œuvres picturales dont la vocation était d'illustrer des œuvres littéraires. Alors même que le caractère « accessoire » était constaté, la Cour de cassation a considéré que le contrat d'édition était bien valable²⁸⁴. Dans cette affaire, le caractère accessoire n'est pas exclusif du contrat d'édition.

On citera encore un arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 septembre 2011 rendu dans une affaire qui a également opposé un illustrateur à son éditeur. Dans cette affaire, l'éditeur considérait entre autres choses que le contrat conclu devait, au regard de la nature particulière des illustrations, non pas être qualifié de contrat d'édition, mais de cession simple du droit de reproduction. La cour d'appel de Paris a rejeté cette argumentation et estimé que le défendeur « *est l'auteur des illustrations et l'éditeur n'explique pas en quoi un illustrateur ne pourrait souscrire, en tant qu'auteur, un contrat d'édition ; que le tribunal a exactement retenu qu'il s'agissait de contrat d'édition* »²⁸⁵. La contradiction avec l'arrêt du 2 juillet 2014 est donc évidente.

Évoquons enfin une autre contradiction de nature jurisprudentielle : dans l'affaire *Kapagama* du 13 juin 2006, les magistrats ont retenu la qualification de contrat d'édition pour des œuvres musicales dont la fonction était d'illustrer des spots publicitaires²⁸⁶. Le simple fait qu'un tel contrat soit qualifié de contrat d'édition suffit à entretenir des réticences sur la pertinence du caractère principal.

68. Contradiction avec le CPI. Cette jurisprudence suscite encore des réserves quant à sa cohérence avec les dispositions du CPI.

²⁸² Art. 112 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 » ; C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1981 ; C. CARREAU, « L'œuvre de l'esprit, indifférence du genre et du mérite ? », in *L'œuvre de l'esprit en question(s). Un exercice de qualification*, A. BENSAMOUN, F. LABARTHE et A. TRICOIRE (dir.), Mare Martin, 2015, p. 125.

²⁸³ « Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke (...) avtaler om bidrag som skal brukes som illustrasjon til verk som utgis », (« Les dispositions de la présente section ne s'appliquent pas (...) aux conventions portant sur des contributions à utiliser comme illustration pour les œuvres publiées ».)

²⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2013, n° 12-28.912, F-D, RTD com. 2014. p. 118, F. Pollaud-Dulian.

²⁸⁵ Paris, Pôle 5, ch. 2, 2 sept. 2011, n° 09/17372.

²⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, *Sté Kapagama c/ Poulet*, préc.

D'une part, elle méconnaît la lettre de l'article L. 132-6 CPI qui prévoit que lorsque le contrat d'édition porte sur une œuvre d'illustration, le paiement est forfaitaire²⁸⁷. Cette disposition suppose ainsi que le contrat conclu entre les illustrateurs et les exploitants soit un contrat d'édition. Or, l'arrêt du 2 juillet 2014 postule le contraire.

D'autre part, elle entretient une contradiction avec l'article L. 132-17-6 CPI, introduit par la réforme du 12 novembre 2014. En vertu de son alinéa 4, la disposition entérine la possibilité de conclure un contrat d'édition pour « *les contributions à caractère accessoire* ». À moins de considérer qu'il s'agit d'une spécificité issue du droit du numérique, la disposition invalide l'idée d'une distinction entre exploitation à titre principal et exploitation à titre accessoire.

69. Conclusion de section. Cette première section a donné l'occasion de dégager et d'analyser les deux fonctions *positives* du contrat d'édition. L'observation des travaux préparatoires de la loi de 1957 a pu conduire au constat selon lequel le législateur a manifestement souhaité protéger l'auteur qu'il a supposé partie faible. De cette fonction de protection de l'auteur, nous avons vu qu'il était possible d'inférer une règle de qualification en adéquation avec les aspirations du législateur. La qualification est finalement subordonnée au respect de la seconde fonction positive propre au contrat d'édition, celle de l'exploitation de l'œuvre organisée selon des modalités particulières. À suivre les textes et la jurisprudence applicables, pour que l'exploitation d'une œuvre soit réputée « éditoriale », elle doit être publique, commerciale et principale. L'étude a toutefois livré les limites de ce troisième critère qu'il semble préférable d'abandonner.

Ces deux fonctions positives sont donc complémentaires au moment de qualifier le contrat d'édition. Malgré tout, l'analyse de la pratique de l'édition permet de dégager un second socle de fonctions au contrat d'édition, qualifiées ici « d'émergentes ».

Section II

LES FONCTIONS ÉMERGENTES

70. Facteurs d'émergence et difficultés d'analyse. « *Le métier d'éditeur est un métier ancien, qui a derrière lui une histoire assez longue, qui a permis de fixer des usages précis pour la rédaction des contrats d'édition (...). Toutefois, rien n'interdit qu'un contrat s'éloigne de cette pratique, soit dans le sens de l'extension des droits transmis à l'éditeur, soit dans le sens d'une cession plus étroite, à la condition que les conditions posées par la loi soient respectées* ». ²⁸⁸
Dans son rapport, relatif au financement de l'industrie du disque remis au ministère de la Culture, Monsieur COCQUEBERT estimait dès 2004 que l'on « *s'oriente rapidement d'une "économie de hit" à une économie de "gestion de catalogues", dans laquelle les fonctions de producteur, éditeur et manager devront en particulier s'imbriquer davantage, la valeur produite étant principalement issue de la capacité à développer et porter à la connaissance du public les talents artistiques* » ²⁸⁹.

Il apparaît de plus en plus qu'artistes et éditeurs ont besoin de projections à plus long terme dans un environnement toujours plus mondialisé et compétitif. Les auteurs doivent s'assurer une source de

²⁸⁷ Art. L. 132-6 CPI : « *En ce qui concerne l'édition de librairie, la rémunération de l'auteur peut faire l'objet d'une rémunération forfaitaire pour la première édition, avec l'accord formellement exprimé de l'auteur, dans les cas suivants : (...); 4° Illustration d'un ouvrage* ».

²⁸⁸ RLMC, 2005/11, ét. 245, *La pratique des contrats d'édition*. Les interventions annexes de l'éditeur correspondent à l'activité éditoriale proprement dite et constituent la véritable valeur ajoutée de l'éditeur et une grande part de ce que l'auteur est en droit d'attendre. Le rôle de conseil a même été considéré comme une obligation dans le cadre d'un contrat à compte d'auteur (Paris, 14 avr. 1976, *RIDA* 1977/03, p. 152 ; *Gaz. Pal.* 1976, 2, jur., p. 706). R. MARBOT, « Les usages de la profession d'éditeur de musique dans le domaine de la chanson », *RIDA* 1969/3, n° 61, p. 49 : « *L'éditeur de musique est celui qui prend la suite de l'auteur à partir du moment où la création intellectuelle de l'œuvre est terminée, pour assurer la vie et le développement de celle-ci, dans la limite de l'objet du contrat de cession* ».

²⁸⁹ A. COCQUEBERT, *Rapport sur Le financement de l'industrie du disque*, ministère de la Culture, 2004, 60 p. 52.

revenus aussi pérenne que possible tandis que les éditeurs souhaitent sécuriser davantage leurs engagements commerciaux, ce qui les pousse à intervenir toujours plus en amont mais aussi en aval de l'exploitation²⁹⁰. Le contrat d'édition peut être alors instrumentalisé par les parties dans un but nouveau, altérant sa vocation première et laissant apparaître en creux des fonctions jusqu'alors supposées en dehors du champ contractuel.

L'étude des fonctions peut néanmoins s'avérer très subjective, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'apprécier des fonctions économiques et sociales qui ne sont pas encore entérinées par le droit positif. Dans cette mesure, afin que notre analyse n'encoure pas le grief d'être divinatoire, on s'appuiera dans une large mesure sur les aspirations des praticiens que l'on retrouve dans les contrats-types qui lient l'auteur et l'éditeur. Si l'on peut sans trop prendre de risque estimer que ces conventions-types sont dénuées de portée normative, on ne peut nier qu'elles traduisent un infléchissement de la pratique dicté par l'émergence de fonctions nouvelles²⁹¹. Pour rappel, ROUBIER notait déjà que « *les projets de loi sur le contrat d'édition ont été dressés sur la base des indications fournies par les contrats-types des grandes firmes d'édition* »²⁹². Ensuite, rappelons que le domaine de la propriété littéraire et artistique est tentaculaire, si bien que l'édification d'un contrat-type a été parfois présentée par le législateur lui-même comme une alternative crédible à des réformes jugées trop complexes à piloter²⁹³. Or, on constate aujourd'hui que les contrats d'édition sont bien plus fournis qu'autrefois, à tel point qu'il est permis de les comparer aux « *contrats 360°* » récemment consacrés à propos des artistes-interprètes par la loi de 2016²⁹⁴ et dont l'appellation indique qu'ils couvrent l'ensemble des facettes des artistes²⁹⁵. Est-ce à dire que ces contrats 360° sont des contrats d'édition ? Certains y voient effectivement une mouture contemporaine de ce modèle contractuel²⁹⁶.

71. Fonction de gestion et fonction de placement. L'étude des contrats-types et, dans une moindre mesure, l'examen de la jurisprudence autorisent à découvrir les fonctions suivantes :

²⁹⁰ X. DAVERAT, pour qui « *un éditeur musical efficace est donc celui qui participe pleinement d'une exploitation commerciale d'ensemble de l'œuvre, accompagnant toute la carrière de son auteur par des stratégies de marketing et des investissements* », « *Édition musicale* », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1325, n° 43.

²⁹¹ J.-M. LELOUP, « *La création des contrats par la pratique commerciale* », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1985, p. 167.

²⁹² P. ROUBIER, « *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit* », *Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, T. 1, 1950, p. 9 et spéc. p. 19 ; V. également R. SAVATIER, « *Loi du 1^{er} mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique* », *JCP* 1957, I, 1398, n° 68 et s. ; H. DESBOIS, « *Commentaire de la loi du 11 mars 1957* », *D.* 1957, L., p. 350.

²⁹³ Ainsi, POUILLET, qui présidait le congrès de Berne de 1896 de l'Association littéraire et artistique internationale, a consacré une partie de ses recherches à l'élaboration d'un contrat-type d'édition international et à la détermination de « *Principes d'une législation sur le contrat d'édition* ». Ses travaux ont été en partie repris au niveau européen, sur ce point v. *Rev. dr. Aut.* 1942, n° 55 p. 13. La tendance n'est pas qu'européenne, on la retrouve dans d'autres systèmes juridiques, v. par exemple aux États-Unis, Contrat d'édition-type approuvé par la Ligue des auteurs (*Dr. Aut.* 1920, n° 33, p. 91) ou encore en Argentine, Le Contrat-type d'édition (*Dr. Aut.* 1942, n° 55, p. 23).

²⁹⁴ T. AZZI, « *Les apports de la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine en matière de droits voisins du droit d'auteur* », *D. IP/IT* 2017. 206.

²⁹⁵ V. JURILIB (Collectif d'avocats), « *Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats "360°"*. Part. 1 », *RLDI* août 2012, ét. n° 2873 p. 96 et « *Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats "360°"*. Part. 2 », sept. 2012, ét. n° 2902, p. 73. Il convient toutefois que le contrat soit détaillé et qu'il ne se borne pas à contenir une clause type « *tous droits cédés* » dont la Cour de cassation a pu rappeler le caractère illicite (Civ. 1^{re} 9 oct. 1991, *Robert c/ Joker*, *RIDA* n° 151, 1992/1 p. 292). Il en va de même pour la clause suivante : « *tous droits cédés : publicité, presse, édition, affichage, télévision, prix total 2 500 euros HT* » (Paris 24 mai 2000, *Légipresse* 2000 n° 173, I, p. 88).

²⁹⁶ N. GEORGES, *La genèse du nouveau régime et l'encadrement administratif et législatif*, p. 11, spéc. p. 16, in *Le nouveau contrat d'édition à l'ère numérique*, 5 fév. 2015, http://www.la-sofia.org/sofia/webdav/site/Sofia/shared/Kiosque/SOFIA_Nouveau_Contrat_Edition_Numerique.pdf

- la première, qui sera qualifiée de « gestion », exige de l'éditeur qu'il dépasse le simple cadre de l'exploitation pour s'intéresser à la carrière de l'auteur, l'éditeur se muant alors en impresario ;
- la seconde, qui sera qualifiée de « placement », consiste à donner une nouvelle dimension aux œuvres en les plaçant auprès de personnes physiques ou morales en vue d'une exploitation dérivée.

72. Fonctions émergentes et qualification contractuelle. À la différence des fonctions positives dont il est acquis qu'elles participent à l'identification du contrat d'édition, les fonctions émergentes connaissent une fortune mitigée. Bien que ces fonctions s'inscrivent très fréquemment au sein d'un contrat d'édition, on pourrait considérer *prima facie* que cette inscription n'a qu'une valeur instrumentaire²⁹⁷. L'*instrumentum* contiendrait plusieurs *negotia*, à savoir le contrat d'édition au sens strict et une série de sous-contrats pouvant répondre à des qualifications contractuelles autonomes²⁹⁸. Certains auteurs n'ont pas manqué de faire valoir que l'appellation « éditeur » se trouvait de plus en plus galvaudée, contribuant ainsi à la mauvaise compréhension des notions juridiques²⁹⁹.

On nuancera toutefois ce constat en rappelant que la réalisation de ces fonctions émergentes n'est pas sans lien avec les fonctions positives qu'elles viennent en réalité compléter. Leur émergence s'appuie par ailleurs sur une pratique professionnelle conséquente et une standardisation des contrats qui envisagent indistinctement la réalisation de ces différentes fonctions. De la même manière qu'un usage ou une coutume peuvent devenir une loi³⁰⁰, une fonction *a priori* extracontractuelle peut se trouver, *secundo negotium*, dans le giron du contrat en question. En somme, les fonctions émergentes – managériales et de placement – peuvent parfaitement entrer dans le champ contractuel de l'édition à l'occasion d'une décision de justice³⁰¹. Dans ce processus de normalisation, la pratique professionnelle et les contrats-types jouent un rôle déterminant. Tout au long de cette section, on s'efforcera de démontrer que ces fonctions nouvelles participent pleinement du renouveau du contrat d'édition.

73. Autonomie des fonctions. Plan. Bien que ces fonctions s'inscrivent dans le droit fil des fonctions de protection et d'exploitation, elles s'éloignent par trop d'aspects de leur modèle originaire, ce qui justifie qu'elles fassent l'objet d'un traitement indépendant. Cette objection écartée, nous examinerons dans un premier temps la fonction de gestion (§ 1) et dans un second temps la fonction d'intermédiation (§ 2).

²⁹⁷ Sur les conséquences de la distinction entre *negotium* et *instrumentum*, v. notamment R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon 1909, p. 238.

²⁹⁸ M. CHAGNY, « Difficulté de qualification : contrats complexes, hybrides, ensemble contractuel », *Lamy Droit économique*, n° 3323 : « En effet, l'existence d'un **instrumentum unique** (document contractuel unique) n'exclut pas une pluralité de **negotium** (plusieurs accords de volontés formant autant de contrats). Plusieurs contrats distincts seront alors identifiés avec des qualifications distinctes et, par suite, des régimes différents. Cependant, si ces contrats concourent à une même opération économique, cette distinction paraît artificielle ».

²⁹⁹ D. LEFRANC, « Brèves réflexions sur l'édition musicale », *D.* 2001. p. 1082, n° 3 : « Il faut commencer par relever l'usage abusif du terme d'"édition", puisqu'il a fait l'objet d'emplois multiples. Certains producteurs se présentent comme des "éditeurs phonographiques", au prétexte qu'ils fabriquent en nombre les disques. Une lecture superficielle de l'art. L. 132-1 c. Propr. intell. permettrait de valider un tel usage, alors qu'il est trompeur. En effet, seul l'éditeur "graphique" est bénéficiaire d'une cession des droits patrimoniaux de l'auteur. En principe, dans le paysage musical, ni les sociétés de gestion collective, ni les producteurs, ni les "managers" ne sont propriétaires du monopole d'exploitation ».

³⁰⁰ S. MAUCLAIR, « La densification normative d'une pratique. L'exemple des garanties autonomes », in *La densification normative*, C. THIBIERGE dir., 2013, Mare et Martin, p. 707.

³⁰¹ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090, *SNC Hachette Filipacchi c/ Sté Sygma*, *JurisData* n° 2002-014336 : « indépendamment de la qualification collective ou composite de l'œuvre finalement réalisée, 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, la cour d'appel a violé les textes visés au moyen », *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 94 note C. Caron ; *Propr. intell.* 2002, n° 4, p. 58, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2002, n° 194, III, p. 139, note Ch. Bigot.

§ 1. LA FONCTION DE GESTION DE L'AUTEUR

74. Plan. Une fois présentés et analysés les grands principes du management de l'auteur (A), ses modalités concrètes seront envisagées (B).

A. LE PRINCIPE DE LA GESTION

75. Définition : la gestion des intérêts pécuniaires de l'auteur. L'émergence de la fonction managériale est intrinsèquement liée d'une part à l'apparition de nouveaux modes de communication des œuvres et d'autre part à la professionnalisation des métiers artistiques, ce qui implique une multitude de protagonistes dans la chaîne d'exploitation³⁰². « *L'éditeur est alors devenu un véritable manager des œuvres* »³⁰³. Le contrat d'édition s'est donc progressivement mué en un terrain d'entente où l'éditeur a pour mission d'accompagner l'auteur tout au long de sa vie professionnelle³⁰⁴. Les exemples les plus significatifs demeurent le cas des œuvres musicales et des œuvres audiovisuelles dont l'exploitation reste difficilement sous le commandement unique de l'éditeur. Des acteurs puissants comme les organismes de gestion collective ou encore les producteurs de vidéogrammes (images) ou phonogrammes (sons) viennent s'ajouter à la chaîne d'exploitation. L'interface juridique entre l'auteur et ces « nouveaux » acteurs est alors assurée par l'éditeur. Incidemment, la gestion des intérêts pécuniaires de l'auteur permet à l'éditeur d'augmenter la rentabilité de son investissement.

76. Financement et promotion de la création. Les enjeux économiques liés à l'édition poussent en effet les éditeurs à accroître leurs activités de soutien à la création en s'inscrivant dans une logique marchande et concurrentielle³⁰⁵, sans délaissier pour autant leur « rôle culturel »³⁰⁶. Leur fonction n'est plus d'achalander seulement les consommateurs de biens culturels, mais aussi les créateurs susceptibles de les solliciter pour envisager une édition. Ils n'investissent plus seulement sur les œuvres qu'ils exploitent mais aussi sur les auteurs qu'ils financent tels des bailleurs de fonds. La tendance est tellement ancrée que le rapport *Ernst & Young* a pu qualifier les éditeurs de « *nouveaux banquiers* »³⁰⁷.

³⁰² A. ABBOTT, *The system of professions. An essay on the division of expert labor*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, spéc. p. 125 et s.

³⁰³ J.-F. BERT, http://www.irma.asso.fr/L-EDITION-MUSICALE-UN-METIER-A-LA-qui_poursuit_en_soulignant_qu'avec_celui_de_manager_le_metier_d_edeiteur_a_toujours_ete_un_des_plus_riches_et_varies_de_la_filiere.

³⁰⁴ En ce sens v. X. DAVERAT, J.-Cl. PLA préc. n° 2 : « *Dans le domaine de la musique, le rôle de l'éditeur ne se limite pas, comme dans l'édition littéraire, à fabriquer des exemplaires destinés à la vente, à assurer leur commercialisation et leur promotion. L'éditeur accompagne de façon spécifique les auteurs. Il assure la promotion des œuvres auprès des artistes-interprètes susceptibles de les interpréter, soit en les mettant à leur répertoire en concert, soit en les enregistrant ; dans ce second cas, l'éditeur est donc le promoteur des œuvres qu'il édite auprès des producteurs de phonogrammes, qui décident du potentiel artistique des disques. Il recherche également à faire exploiter les créations qu'il publie à d'autres fins, notamment dans des œuvres audiovisuelles et publicitaires, qui constituent aujourd'hui des modes d'exploitation importants sur le plan économique. L'éditeur de musique intervient également pour participer financièrement à la réalisation des enregistrements des œuvres, à l'organisation de concerts ou tournées, devenant un partenaire des producteurs de phonogrammes et des tourneurs* ».

³⁰⁵ F. GÈZE, « *Où va l'édition française ?* », *Esprit*, n° 9, 1989 ; Pour un historique voir F. BARBIER, concluant que le XIX^e siècle est une « *période essentielle de transition, marquée par l'irruption dans le monde du livre, de ce que deviendra la société de consommation* », « *L'économie éditoriale* », chap. « *Histoire de l'édition française* », in *Le livre triomphant, Tome II*, R. CHARTIER, H.-J. MARTIN (dir.), Fayard, 1990 p. 754 ; J. TEBBEL, « *The rise of modern publishing* », in *A History of Book Publishing in the United States*, Vol. I, Xerox, 1972, p. 203 ; SNE, *Poids et évolution des circuits de vente*, <http://www.sne.fr/editeurs/vendre-un-livre/poids-et-evolution-des-circuits-de-vente.html>.

³⁰⁶ Sur la persistance du modèle classique de l'édition, devenu aujourd'hui alternatif, v. S. NOËL, « *La petite édition indépendante face à la globalisation du marché du livre : le cas des éditeurs d'essais "critiques"* », in *Les contradictions de la globalisation éditoriale*, G. SAPIRO dir., Nouveau monde édition, 2009 ; A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 815, p. 678.

³⁰⁷ Ernst & Young, *Baromètre de l'édition musicale 2006-2007, Résultats de l'enquête auprès des adhérents de la CSDEM et de la SEMF*, 17 déc. 2008 : www.csdem.org/IMG/pdf/Barometre_CSDEM_CEMF_juillet_2009_Mode_de_compatibilite_.pdf

Passant de l'entreprise à l'entrepreneuriat, ceux-ci suscitent et développent eux-mêmes certains projets artistiques et relèguent parfois au rang d'auxiliaire l'empreinte de la personnalité de l'auteur³⁰⁸. Cela n'est pas sans conséquences au stade de l'évolution des rapports juridiques entre auteurs et éditeurs, le contrat d'édition s'accompagnant d'un contrat de commande d'œuvre dont il reviendra d'éprouver la distinction³⁰⁹. En outre, l'investissement des éditeurs dépasse le cadre strict de la création et de l'exploitation et ceux-ci s'emploient dorénavant à communiquer massivement autour des œuvres et des auteurs qu'ils promeuvent. Du célèbre éditeur LADVOCAT – qui est le premier à avoir investi massivement dans la publicité des œuvres dont il assurait l'édition³¹⁰ – aux grandes maisons d'édition actuelles, la promotion et la communication prennent une place non négligeable dans l'activité éditoriale³¹¹, bien qu'il faille admettre que certaines branches comme l'industrie du livre présentent des budgets promotionnels relativement plafonnés³¹². En effet, la Cour de cassation a finalement considéré qu'il pesait à la charge des éditeurs une véritable obligation de promotion concourant à l'obligation d'exploitation sans qu'il soit possible pour eux d'en répercuter les frais sur la rémunération de l'auteur³¹³. Elle est allée encore plus loin en considérant sur le fondement de la bonne foi et des suites contractuelles imposées par l'usage et l'équité, que la clause insérée dans un contrat d'édition qui prévoit la prohibition des représentations publicitaires de l'œuvre doit être privée d'effet lorsque l'éditeur souhaite promouvoir ladite œuvre³¹⁴. Tout ceci génère par ailleurs des surcoûts d'investissement qu'il faudra amortir et surtout protéger.

77. Optimisation de l'investissement. L'optimisation des investissements de l'éditeur n'est pas un phénomène récent. Déjà, au milieu du XIX^e siècle, la pénurie de crédit qui frappait les éditeurs sous

p. 41.

³⁰⁸ P. SCHUWER, *Traité pratique d'édition*, Édition du Cercle de la Librairie, 3^e éd., 2002, p. 57.

³⁰⁹ *Infra* n° 218-221.

³¹⁰ F. BARBIER, *ibid.*

³¹¹ Ministère de la Culture, *Rapport Promouvoir les œuvres culturelles*, 2012, notamment J.-S. BEUSCART, K. MELLET, Chap. II *Investissements publicitaires du secteur culturel*, pp. 43-55. Pour une approche psychologique de la promotion, v. E. KESSOUS, K. MELLET, M. ZOUINAR, « L'économie de l'attention : Entre protection des ressources cognitives et extraction de la valeur », *Sociologie du travail*, 3/2010, n° 52, pp. 359-373, notamment p. 364, pour une analyse portant sur les industries culturelles.

³¹² Le SNE fait état d'un budget plafonné à 5 % du prix de vente du livre rendant délicate la création de grandes campagnes promotionnelles, v. <https://www.sne.fr/vendre-un-livre/promotion-du-livre/>.

³¹³ Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2018, n° 15-14.023 : « Vu l'article 1134 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ; Attendu que, pour rejeter la demande de M. X... et de la société Éditions Adèle en paiement d'une certaine somme au titre des ouvrages distribués gratuitement, l'arrêt retient que cette distribution ne saurait être assimilée à une vente ouvrant droit à une rémunération pour l'auteur et que le nombre d'exemplaires en cause, mentionné au contrat, s'est révélé insuffisant tant pour l'auteur que pour l'éditeur ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que le contrat mettait à la charge de l'éditeur, à ses frais exclusifs, la publicité et la promotion de l'ouvrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé », *Ess. propr. intell.*, oct. 2018, n° 9, p. 3, S. Carre (v. également l'arrêt postérieur et confirmatif, Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2018, n° 15-14.023). TGI de Paris, 30 nov. 1994, inédit, D. 1998, p. 193 ; Paris 6 juin 1997, D. 1998, p. 193 ; Paris 2 fév. 1993, D. 1994, p. 93. Toutefois, cette obligation à la charge des éditeurs n'impose pas une obligation de succès commercial (Aix, 2^e ch. 13 nov. 2008, *Foussard c/ France Europe*, *JurisData* n° 004619 : « L'éditeur ayant produit 2 000 exemplaires d'un ouvrage et ayant engagé des actions commerciales en qualité et en nombre suffisants pour promouvoir celui-ci, lequel a bénéficié depuis sa parution d'une diffusion au travers de la presse écrite, régionale et nationale, et parlée, d'une inscription dans un catalogue à destination des librairies et d'une indication au sein des fichiers Electre et Dilicom "Le Réseau du Livre", a satisfait à ses obligations contractuelles et légales et a agi conformément aux usages de la profession, même si l'ouvrage n'a pas connu le succès escompté par l'auteur », v. *infra* n° 513.

³¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *SNC Hachette Filipacchi*, *JurisData* n° 2002-014336 ; Bull. civ. n° 130 : « 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 » ; *JCP E* 2004, 561, § 5, obs. M.-E. Laporte-Legeais ; *Propr. intell.* 2002, n° 4, p. 58, obs. P. Sirinelli ; *RIDA* 2003, n° 195, p. 333, obs. A. Kéréver ; *Légipresse* 2002, n° 194, III, p. 139, note Bigot.

la Restauration a grandement fragilisé le milieu qui n'a pas su s'adapter aux évolutions sociales³¹⁵. Beaucoup d'entre eux parmi les plus célèbres ont été contraints de déposer le bilan³¹⁶ et une loi d'exception a été prise afin que l'État contribue à l'assainissement de leurs comptes en irriguant le marché de l'édition d'argent frais³¹⁷. Actuellement, le besoin d'optimiser au mieux les investissements des éditeurs ne passe plus par des lois d'exception mais par une instrumentalisation du contrat d'édition. On constate par exemple au sein des contrat d'édition un recours massif aux pactes de préférence sur les créations futures et aux clauses d'à-valoir s'imputant sur le produit d'exploitation.

B. LES MODALITÉS DE LA GESTION

78. Annonce. Les modalités de réalisation de cette fonction sont multiples et hétérogènes. Elles ont pour objectif d'inscrire les intérêts pécuniaires de l'auteur dans la durée et de maximiser les investissements des éditeurs. Pour rendre compte de cette évolution, on s'appuiera dans une large mesure sur l'édition musicale, qui est le secteur ayant présenté les premiers signes de réaction face à cette nouvelle tendance³¹⁸. La gestion des droits de l'auteur peut être classée de la sorte : les rapports avec les organismes de gestion collective, la gestion avec les promoteurs de spectacle et la gestion avec les auxiliaires techniques.

79. Gestion des rapports avec les organismes de gestion collective. Dans certains domaines, l'auteur adhère presque systématiquement, pour ne pas dire automatiquement, à une société de gestion. En matière musicale, il est aujourd'hui difficile d'envisager la vie d'une œuvre sans l'inscrire dans le répertoire de la Société des auteurs, des compositeurs et des éditeurs (SACEM). De la même manière, le recours à la Société des auteurs compositeurs dramatiques (SACD) est incontournable dans le domaine audiovisuel. En droit d'auteur, ce lien se matérialise par un apport des droits à la société de gestion en question. Selon la nature des droits, cet apport sera plus ou moins forcé. Ainsi, le droit de reproduction par reprographie est légalement transmis au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC). Dans d'autres cas, l'apport sera conventionnel. Lorsque l'auteur contracte avec son éditeur, il est fréquent que celui-ci ait déjà souscrit un contrat d'apport – on verra que le terme est parfois impropre – avec un organisme de gestion collective³¹⁹. Les conventions respectives doivent alors ménager les droits de chacun en fonction des conventions passées ou à venir³²⁰, la gestion des

³¹⁵ V. *Histoire de l'édition française, Le temps des éditeurs*, Tome III, R. CHARTIER, H.-J. MARTIN (dir.), Fayard, p. 195 et s.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Sur ce constat v. entre autres A. VALETTE, *L'emprunt musical*, th. dactyl. Montpellier, 2002, M. VIVANT ; X. DAVERAT, « édition musicale », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1325 ; D. LEFRANC, art. préc. ; Ph. BOURE, *L'édition du disque : la fin d'un monde*, *LPA*, 21 sept. 2004, n° 189, p. 15. Sur la plasticité offerte par le droit des contrats afin d'épouser au mieux les évolutions de l'édition musicale, v. M. COULAUD, « Industrie musicale, propriété littéraire et artistique et droit des contrats », *Lamy droit média communication.*, n° 270-14.

³¹⁹ Conceptuellement, l'hypothèse pose des difficultés. Comment justifier un quelconque transfert par contrat d'édition, lorsque le droit de reproduction est déjà transmis à un Organisme de gestion de droits ? Le Professeur GAUTIER propose d'y voir une cession de créance assortie d'une cession de droit virtuel (P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 11^e éd., 2019, n° 562, p. 607), nous y reviendrons ultérieurement, *infra* n° 339-343 et n° 478-481.

³²⁰ Sur la complexité des rapports tissés entre les auteurs, les éditeurs et les Organismes de gestion de droits, v. S. NERISSON, *La gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne : quelle légitimité ?*, préf. F. POLLAUD-DULIAN, IRJS, 2013 n° 59 et s., p. 46 et s. et spéc. n° 160, p. 103. L'étude de la pratique de l'édition révèle que les syndicats représentatifs prennent généralement les devants en prévoyant au sein de leur contrat-type des clauses de transfert des droits à l'éditeur sous réserve des droits préalablement apportés aux sociétés de gestion, v. contrat-type d'édition CSDEM, I. 1° : « sans préjudice, le cas échéant, des droits apportés par lui aux organismes de gestion collective », ou SNAC, I 1° : « sous réserve des droits antérieurement consentis par lui [l'auteur] aux sociétés d'auteurs » ou encore le contrat-type de la SACEM, art. 1^{er} : « l'auteur cède à l'éditeur qui l'accepte, selon les modalités et conditions ci-après définies, sous réserve

droits pouvant parfois être individualisée³²¹. Dans ce dernier cas, la perception et la répartition des redevances seront toujours mises à la charge de la société de gestion mais il appartiendra aux seuls éditeurs de négocier en propre les autorisations avec les potentiels exploitants.

A contrario, lorsque l'auteur n'est pas lié à une société de gestion, les contrats-types prévoient systématiquement que le droit d'exécution publique et le droit de reproduction mécanique seront transmis à l'éditeur³²². S'il décide de souscrire à la SACEM, l'éditeur musical apportera lui-même les droits en question. L'éditeur assure donc en grande partie l'interface avec les différentes sociétés de gestion de droits. L'interférence de la gestion collective dans le cadre de l'édition musicale oblige à séparer les finances qui relèvent à la fois d'une administration individuelle et de l'activité des sociétés de perception et de distribution des droits³²³.

80. Gestion des rapports avec les auxiliaires techniques. L'édition passant par la réalisation d'exemplaires, l'exploitation d'une œuvre musicale ou audiovisuelle impose de fait le recours à un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes lorsque l'éditeur ne cumule pas lui-même ces fonctions³²⁴. Ces auxiliaires techniques de la création et de l'exploitation prennent l'initiative et la responsabilité de la fixation d'une séquence de sons ou d'images et se voient reconnaître un droit voisin sur la séquence fixée³²⁵. L'identification de ce producteur est importante car toute reproduction ou, plus largement, toute exploitation de la séquence fixée supposera son consentement. Ainsi, à titre d'illustration, l'édition en DVD d'une œuvre audiovisuelle ne pourra se faire sans l'accord du producteur du vidéogramme³²⁶. Par extension, le producteur de phonogrammes qui investit dans l'enregistrement en studio réalise la maquette et confectionne les exemplaires qu'il commercialise, et devient par là même éditeur phonographique³²⁷. Cette dualité s'explique par le remaniement du paysage de l'industrie musicale, notamment à la fin des années 1980, lorsque les producteurs se sont engagés dans un mouvement massif d'absorption de leurs éditeurs musicaux, créant alors les grandes majors que l'on connaît aujourd'hui³²⁸.

Quoi qu'il en soit, lorsque éditeur et producteur sont des personnes distinctes, la chaîne éditoriale comptera un autre protagoniste qui prétendra lui aussi à une rémunération issue de l'édition au titre de son droit voisin³²⁹.

en particulier des droits antérieurement consentis par lui et à l'exception des attributs d'ordre intellectuel et moral attachés à sa personne, son droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

³²¹ S. NERISSON, th. préc. n° 201, p. 221.

³²² X. DAVERAT, J.-Cl. *PLA* préc. n° 24

³²³ Le Baromètre 2010-2014 révèle que 64 % du chiffre d'affaires de l'édition musicale revient aux ayants droit, auteurs et compositeurs, le reste se partageant entre fabrication et distribution (20 %), frais de structure et provisions (2 %) et investissements non récupérables (1 %) pour parvenir à un résultat courant avant impôts de 12 % (préc., p. 21).

³²⁴ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^e éd. 2019, n° 576.

³²⁵ Art. L. 215-1 CPI : « Le producteur de vidéogrammes est la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisée ou non. L'autorisation du producteur de vidéogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son vidéogramme. 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 ». Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n° 11-13.875, *Ess. propr. intell.* n° 8, sept. 2012, obs. C. Bernault.

³²⁶ Sur la validité de l'action en contrefaçon d'un producteur de vidéogrammes pour défaut d'autorisation d'une édition portant sur une œuvre dont il avait assuré la première fixation, v. Trib. de comm. Paris, 8^e ch., 20 fév. 2008, RG n° 2006080166.

³²⁷ Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, 92-15.112, Bull. civ. 1994, I, n° 296, *D.* 1994, p. 249.

³²⁸ M. HUYGENS, C. BADEN-FULLER, F. A.J. VAN DEN BOSCH, H. W. VOLBERDA, « Coevolution of Firm Capabilities and Industry Competition : Investigating the Music Industry 1877-1997 », *ERIM Report Series Reference*, feb. 2001, p. 61.

³²⁹ À noter qu'en matière musicale, la licence légale instaurée aux articles L. 214-1 et s. du CPI ne concerne pas la reproduction sur un support de la séquence de son dont le producteur aurait assuré la première fixation. Ainsi, en matière de contrat d'édition, l'accord de celui-ci sera nécessaire conformément à l'article L. 213-1 al. 2 CPI et il bénéficiera à ce titre d'une rémunération.

81. Gestion de la carrière de l'auteur. La carrière de l'auteur est une composante que l'éditeur ne saurait négliger³³⁰. Cette dimension proprement managériale s'exprime en premier lieu au détour de la clause dite de « *participation financière au développement de la carrière* » que l'on retrouve fréquemment dans les contrats d'édition musicale³³¹. On ne manquera pas de rapprocher ce type de clause des stipulations présentes dans les contrats de 360° en matière de droits voisins des artistes-interprètes³³². Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà pu considérer qu'en vertu d'un contrat d'édition, le comportement d'un éditeur puisse être à l'origine d'un « *préjudice de carrière* » subi par l'auteur³³³. En ce sens, le nouveau Code des usages d'octobre 2017 formalise en matière musicale une véritable obligation de gestion de la carrière et de l'image de l'auteur cocontractant³³⁴.

L'éditeur étant de plus en plus investi de l'ensemble des droits d'exploitation, il apparaît que la moindre initiative artistique concernant l'œuvre sur laquelle les droits ont été cédés doit recevoir la validation de l'éditeur comme lorsque l'auteur d'une composition musicale souhaite représenter son œuvre à l'occasion d'un concert ou de toute autre représentation³³⁵. Lorsque l'auteur et l'éditeur optent pour une gestion individuelle des droits, son consentement s'avère nécessaire dans les cas où un tiers souhaite exécuter une œuvre en public par l'entremise d'un exemplaire³³⁶. Dans la mesure où la représentation passe par la reproduction de l'œuvre sur un support, il faudra au préalable recueillir son autorisation et verser une rémunération complémentaire au titre du droit de reproduction mécanique.

82. Gestion des créations futures. Enfin, la sécurisation des rapports entre l'auteur et son éditeur passe de plus en plus par une gestion prévisionnelle au long cours. « *Après avoir repéré le talent du créateur, l'éditeur accompagne ce dernier dans la création de son répertoire* »³³⁷. Afin de sécuriser au mieux son

³³⁰ C. CUNY, *Rapport Ernst and Young, Création sous tension 2^e Panorama de l'économie de la culture et de la création en France*, oct. 2015, p. 33 : « *Son rôle est pourtant déterminant dans la carrière d'une œuvre et de son créateur et ce, bien en amont dans la chaîne musicale* » [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2e-panorama-de-l-economie-de-la-culture-et-de-la-creation-en-France/\\$FILE/EY-2e-panorama-de-l-economie-de-la-culture-et-de-la-creation-en-France.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2e-panorama-de-l-economie-de-la-culture-et-de-la-creation-en-France/$FILE/EY-2e-panorama-de-l-economie-de-la-culture-et-de-la-creation-en-France.pdf).

³³¹ P.-M. BOUVERY, *Les contrats de la musique* 5^e éd. n° 219, p. 85.

³³² V. JURILIB (Collectif d'avocats), art. préc. (2^e partie), qui reproduit l'une des clauses émanant d'un contrat réalisé par une major : « *En considération du soutien apporté par la société au développement de la carrière de l'artiste et du travail de promotion et de publicité de cette dernière, l'artiste fera ses meilleurs efforts pour que la société obtienne de la part du producteur de spectacles (tourneur) de l'artiste les engagements définis ci-après* ».

³³³ V. à propos d'un recours pénal jugé abusif de l'éditeur contre l'auteur dont il assurait l'exploitation de l'œuvre, Cass. 2^e civ., 20 nov. 2014, n° 13-22.826 : « *Mais attendu, en premier lieu, que c'est sans méconnaître l'autorité de chose jugée attachée à son arrêt du 20 mars 2008 que la cour d'appel, ayant rappelé qu'elle avait, dans cette précédente décision, constaté qu'était rapportée par le courrier de M. A..., gérant de la société Sport Elec la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre les préjudices que M. X... faisait valoir et la plainte contre X déposée par la société Sony le 18 juin 2002, puis jugé qu'en déposant cette plainte cette société avait agi de façon imprudente, avec témérité, en faisant preuve d'une légèreté blâmable constitutive d'une faute qui avait causé directement un préjudice à M. X... tenant à l'arrêt définitif de l'exploitation de sa comédie musicale et à l'origine d'un préjudice de carrière* » ; v. également Versailles, 7 juill. 2016, n° 14/02968.

³³⁴ Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales du 4 oct. 2017, art. 3-4-1 2°) : « *l'exploitation permanente et suivie est parallèlement réalisée notamment à travers : la participation au financement, de vidéoclip, de documentaire ou de biopic ou de tournée ou de sites internet dédiés à l'auteur de l'œuvre et à ses interprètes* ».

³³⁵ Sur le rôle des éditeurs en tant qu'intermédiaires dans la démocratisation des concerts v. A. DAVID-GUILLOU, « L'organisation des musiciens dans la Grande-Bretagne du XIX^e siècle : vers une nouvelle définition de la profession », *Le Mouvement social*, 2013/2, n° 243, p. 9, spéc. 11.

³³⁶ La Cour de cassation a rappelé ainsi que le droit de reproduction mécanique était une émanation du droit de reproduction dont l'usage suppose l'accord de l'ayant droit (Cass. civ., 10 nov. 1930, S. 1931, 1, p. 161, note G. Lagarde ; DP 1932, juris. p. 29, note M. Nast ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988 et 22 mars 1988, JCP G 1998, II, 21120, note A. Françon ; RIDA n° 138, 1988/4, p. 295 ; RTD com. 1988, p. 444, obs. A. Françon ; D. 1989, somm. p. 47, obs. C. Colombet).

³³⁷ V. C. CUNY, préc.

investissement, l'éditeur impose généralement des clauses d'option³³⁸ ou des pactes de préférence³³⁹ sur les œuvres futures de l'auteur dont il assure la première édition. Ces conventions sont des avant-contrats présents dans les contrats d'édition qui permettent aux éditeurs d'obtenir une option sur les droits des œuvres futures. Ces options sont attribuées aux éditeurs moyennant généralement un à-valoir plus ou moins conséquent³⁴⁰.

Il n'est donc pas excessif d'associer définitivement un auteur à un éditeur en particulier, tant il est fréquent que la relation éditoriale perdure au fil des œuvres. On conclura que l'éditeur n'investit plus sur une œuvre isolée mais sur la valeur marchande qu'elle représente.

§ 2. LA FONCTION D'INTERMÉDIATION DE L'ŒUVRE

83. Plan. Formant le quatrième et dernier temps de ce chapitre dédié à l'étude fonctionnelle du contrat d'édition, les prochains développements traiteront de la fonction d'intermédiation. Conformément au schéma jusque-là employé, seront analysées la fonction d'intermédiation (A) puis les modalités de cette intermédiation (B).

A. LE PRINCIPE DE LA FONCTION D'INTERMÉDIATION

84. Définition : placement de l'œuvre, droit dérivé et création dérivée. Pour Corinne CUNY, « le rôle de l'éditeur est également de rechercher les moyens de faire connaître les œuvres par l'intermédiaire d'un artiste-interprète (placement de texte et/ou musique), d'un label, d'un producteur de spectacle, selon le profil de l'auteur (auteur-compositeur, interprète ou non). Il crée la stratégie qui permettra de mettre en valeur l'œuvre ». Celle-ci ajoute que « l'éditeur est également chargé de faire fructifier l'œuvre en lui trouvant des exploitations secondaires : synchronisations dans des films publicitaires, œuvres audiovisuelles, exploitations graphiques des paroles en ligne »³⁴¹.

L'intermédiation d'une œuvre consiste ainsi à la placer auprès de nouveaux créateurs, ceci donnant lieu à des créations et exploitations dérivées. L'exposé des motifs de la loi de 1957 rappelle ainsi « que l'auteur ne cède à l'exploitant que les droits afférents au mode d'exploitation strictement prévu. Par exemple, le contrat par lequel un écrivain autorise son éditeur à publier son roman ne lie cet écrivain que pour l'édition graphique. Il ne saurait être question pour l'éditeur de traiter ensuite, sans consulter l'auteur, en vue d'une adaptation radiophonique ou cinématographique de l'ouvrage qui fait l'objet du contrat »³⁴². De prime abord donc, la conclusion d'un contrat d'édition n'autorise pas l'éditeur à mettre l'œuvre à disposition de tiers en vue d'une adaptation, traduction ou autre. Malgré tout, les instances représentatives des auteurs et éditeurs ont rapidement pris la mesure de la situation en adaptant systématiquement leur contrat-type d'édition³⁴³. Juridiquement, la fonction d'intermédiation prend la forme d'un contrat en vertu duquel l'éditeur autorise une tierce personne à utiliser l'œuvre à des fins de création.

³³⁸ TGI Paris, 10 févr. 2004, *E. Bataille et A. Chaufour c/ Stés ARP, J.-P. Denis et M. Halberstadt*, inédit), RTD. com. 2005 p. 501, F. Pollaud-Dulian. Sur ce point, voir C. POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, Avignon, 2011, n° 691, p. 381.

³³⁹ Paris, 22 janv. 1992 : « Considérant que le droit de préférence étant destiné à limiter les risques financiers pris par un éditeur en publiant un auteur encore peu connu, celui-ci ne peut se libérer des obligations contractées par lui en ce sens en lui adressant un manuscrit qu'il sait insusceptible d'être publié », LPA, 20 mars 1995, n° 34, p. 13, obs. H. GAUMONT-PRAT. V. également P.-Y. GAUTIER, qui voit dans le pacte de préférence au sein du contrat d'édition un mode « d'amortissement de ses mises de fond », *op. cit.*, n° 507, p. 548 ; M.-A. ROUX, « La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale », *Légipresse*, n° 233, 2006, II, p. 84 ; H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, Paris-Assas, 1993, p. 38 ; C. POITEVIN, *th. préc.*, n° 586 p. 318.

³⁴⁰ Sur le régime particulier de l'à-valoir v. *infra* n° 608-610.

³⁴¹ C. CUNY, *ibid.*

³⁴² *Ibid.* p. 7.

³⁴³ *Infra* n° 491.

85. Contrats-types, standardisation et usages. Les contrats-types étant en principe dépourvus de portée juridique contraignante³⁴⁴, leur dimension normative doit être modérée³⁴⁵. Malgré tout, le poids de la standardisation des relations juridiques qu'imposent ces modèles ne doit pas être passé sous silence au vu de son importance, surtout lorsque ces modèles peuvent transcrire l'émergence d'usages commerciaux qui, eux, sont dotés d'une véritable force contraignante³⁴⁶. En droit de la propriété littéraire et artistique, ce poids s'incarne sous diverses sociétés de gestion qui utilisent leur position pour mettre à disposition des modèles contractuels qui seront largement repris par la pratique. On peut citer les modèles de la SACEM³⁴⁷, de la Société civile des auteurs du multimédia³⁴⁸ (SCAM), de la SACD³⁴⁹

³⁴⁴ J. LÉAUTÉ, « Les contrats-types », *RTD civ.*, 1953, n° 1, p. 430 ; G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009/3, p. 1233 et s., spéc. p. 1237 : « Conformément à son mode d'élaboration, le contrat-type proposé par des acteurs privés ne dispose pas d'une valeur juridique autonome » ; E. NICOLAS, « Le modèle-type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier », *LPA*, 23 oct. 2012, n° 212, p. 3 ; T. REVET, « La clause légale », in *Mélanges en l'honneur de Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277 ; F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994, nos 82 et s., J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2001, 3^e éd., n° 11703, p. 578.

³⁴⁵ Ainsi, la Cour de cassation a rappelé qu'un auteur, partie à un contrat d'édition, ne pouvait se prévaloir de l'annulation d'une clause prononcée à l'issue d'un autre litige pour prétendre à l'annulation de son contrat en raison du simple fait qu'il partagé le même contrat-type (Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 05-16922 : « Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit prescrite la demande en nullité du contrat d'édition du 11 mars 1994, alors, selon le moyen, que le délai de l'action en nullité pour erreur ne court que du jour où cette erreur a été découverte ; qu'en l'espèce M. X... prétendait avoir eu connaissance de l'erreur commise sur sa rémunération, à savoir l'illicéité des clauses du contrat d'édition, seulement au mois de février 2001 lors de la publication d'un jugement rendu dans une affaire sur le même contrat-type ; qu'en estimant néanmoins que l'erreur commise ne saurait résulter d'une décision qui n'a d'autorité qu'entre les parties et que l'action de M. X... était prescrite, la cour d'appel, qui a refusé à tort de prendre en considération la date à laquelle M. X... avait découvert son erreur, a violé l'article 1304 du Code civil ; Mais attendu qu'une décision judiciaire rendue entre d'autres parties ne pouvant être invoquée comme cause d'une erreur de droit susceptible de justifier la nullité d'un contrat, la cour d'appel a décidé à bon droit que M. X... n'était pas fondé à se prévaloir d'un jugement rendu entre d'autres parties, le 30 novembre 1999, pour prétendre n'avoir eu connaissance de l'erreur commise qu'à compter de cette date et en a exactement déduit que l'action en nullité exercée plus de cinq ans après la signature du contrat était prescrite ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé »). On citera malgré tout un arrêt rendu par la chambre commerciale faisant droit à une action en suppression d'une clause abusive diligente par une association de consommateurs à l'encontre d'un contrat-type, ce qui laisse entendre que ces formules contractuelles sont pourvues d'une essence juridique (Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 2011 n° 08-14.402, n° 109 FS-PBRI, *Association UFC de l'Isère - Que Choisir c/ Association Clévacances Isère départementale des locations de vacances de l'Isère*, D. 2011, act., p. 510 ; *JCPG* 2011, p. 414, G. Paissant ; *JCPE* 2011, p. 1285, N. Dupont ; *NLEDC* mars 2011, p. 1, n° 39, Sauphanor-Brouillaud ; *LPA* 11 mai 2011, p. 3, M. Falaise). De plus, ces modèles-types contribueraient à une forme d'autorégulation dont l'outil informatique permettrait le plein essor (v. J. ROCHFELD, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC*, 2004/4, p. 915).

³⁴⁶ V. Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1993, n° 91-11241 : « Attendu ensuite que la cour d'appel a souverainement retenu que la commune intention des parties avait été de se soumettre au contrat-type qui ne faisait que traduire les usages commerciaux qui s'étaient instaurés dans le domaine de la publicité ». Sur ce point, voir C. CARON, « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Propri. intell.* 2003, p. 127 ; G. CORDIER, « Les contrats-types en droit de la propriété intellectuelle : du bon usage des usages », *Cab. Dr. de l'Entr.*, n° 4 juill. 2008, p. 35 : « Ces usages peuvent prendre la forme de pratiques contractuelles répandues dans tel ou tel secteur d'industrie (édition, mode, audiovisuel, etc.) que l'on peut ainsi qualifier de contrats-types. Les contrats-types peuvent donc être le résultat de pratiques professionnelles qui, à ce point établies, sont devenues une norme ou, à tout le moins, sont dotées d'une "certaine portée normative" ».

³⁴⁷ https://www.snac.fr/pdf/contrat_edition_musicale.pdf

³⁴⁸ http://www.scam.fr/Portals/0/Contenus/documents/contrats_modeles/Litteraires/ContratEditioncommenteCPE2014.pdf

³⁴⁹ http://www.sacd-scam.be/IMG/pdf/107_Contrat_Edition-3.pdf

mais aussi celui de la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM)³⁵⁰, de l'*American Society of Composer, Authors, and Publishers*³⁵¹ ou encore de la *Gesellschaft für musikalische Aufführung*³⁵².

Les syndicats d'artistes ne sont pas en reste ; eux non plus n'hésitent pas à mettre des contrats-types à disposition des praticiens. On relèvera le modèle de la Société des gens de lettres (SGDL) ou encore celui de l'*Authors Guild*³⁵³ par lesquels l'auteur ou son ayant cause transfèrent à l'éditeur les droits dérivés par le biais d'un contrat d'édition. Ces syndicats sont parfois des groupements présents au sein des sociétés de gestion, comme peut l'être par exemple le Groupement des auteurs de bandes dessinées³⁵⁴. À partir des différents modèles contractuels mis à disposition par ces syndicats, on peut constater une réelle évolution des usages en la matière³⁵⁵.

Cette standardisation des rapports noués entre l'auteur et son éditeur peut avoir des répercussions sur la façon dont les tribunaux appréhendent le régime juridique du contrat d'édition. Ainsi, à l'occasion d'un contentieux porté devant la cour d'appel de Paris opposant un auteur à son éditeur, le premier reproche au second de ne pas avoir respecté son obligation d'exploitation, à défaut de placement de l'œuvre auprès de tiers exploitants. L'éditeur aurait « *failli à ses obligations dans l'exploitation des droits de l'auteur en ne suscitant pas d'adaptations cinématographiques, télévisuelles, théâtrales, etc.* » sur le seul fondement de l'article L. 132-12 CPI. Finalement, la cour d'appel rejette la demande en rappelant « *que la société ÉDITIONS A. M. verse aux débats toutes les pièces justifiant de l'exercice du droit de traduction (treize contrats), les droits d'adaptation cinématographique et télévisuelle (deux contrats et un projet de contrat), les droits de représentation (huit documents)* »³⁵⁶. Si l'on ne peut, sur cette base prétorienne fragile, estimer que les magistrats ont définitivement entériné les fonctions complémentaires du contrat d'édition, on admettra que ceux-ci semblent favorables à leur reconnaissance.

B. LES MODALITÉS DE L'INTERMÉDIATION

86. Plan. Contrairement à l'édition au sens strict, l'intermédiation consiste à chercher de nouveaux exploitants pour assurer des fonctions qui ne sont pas éditoriales ou alors qui le sont de manière très indirecte. L'intermédiation est davantage qu'une exploitation juridique en ce qu'elle ne consiste pas simplement à trouver de nouveaux exploitants mais également à donner un second souffle à une œuvre en permettant des créations et des exploitations dérivées³⁵⁷. Elle s'inscrit par essence dans le prolongement de l'article L. 122-4 CPI qui prévoit une liste indicative des droits dérivés usités par la pratique³⁵⁸. Ayant toujours en trame de fond l'exemple de l'édition musicale, nous verrons que le Code des usages d'octobre 2017 prévoit une série d'obligations à la charge des éditeurs, dont le lien avec l'esprit originel de l'édition paraît bien lointain, et qui suppose la positivité de la fonction ici étudiée. Pour marquer cette originalité, le Code qualifie ces exploitations de « *parallèles* » à l'exploitation de

³⁵⁰ http://www.sabam.be/sites/default/files/contrat_dedition.pdf

³⁵¹ <https://www.ascap.com/mylicense/LicenseAgreement/glsInteractive913.pdf>

³⁵² https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Musikurheber/Informationen/Berechtigungsvertrag.pdf

³⁵³ <https://www.authorsguild.org/member-services/writers-resource-library/publishing-contracts/>

³⁵⁴ <https://www.adagp.fr/sites/default/files/contrat-commentaire.pdf>

³⁵⁵ V. sur ce point, J. JOSTE, *L'agent littéraire en France réalités et perspectives*, étude pour le MOTif, juin 2010, pp. 6-7 : « *L'usage courant tend, par extension, à rassembler tous les droits qui ne sont pas premiers sous ces divers libellés. L'essentiel est de distinguer les droits premiers des autres qui, intégrés au contrat d'édition et précisément listés, concernent les exploitations d'autres éditions que l'édition d'origine. Ils couvrent pour l'essentiel : — Droits de traduction (ou "droits étrangers") — Droits d'adaptation et de traduction (...) — Droits de représentation, notamment théâtrale, et de "reproduction sonore" (exemple : lectures publiques) — Droits numériques : aujourd'hui souvent inclus aux contrats au titre de droits seconds, il y a toutefois discussion au sujet de savoir s'ils ne doivent pas être considérés comme des droits premiers* ».

³⁵⁶ Paris, Pôle 5, ch. 2, 27 nov. 2009, 08/07454.

³⁵⁷ Sur l'adaptation de l'obligation d'exploitation en matière de droits dérivés, v. *infra* n° 520-521.

³⁵⁸ 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* ».

principe³⁵⁹. L'intermédiation peut être répartie en deux catégories : l'intermédiation par représentation (1) et l'intermédiation par création (2).

1. L'intermédiation par représentation

87. Diversité des hypothèses. Annonce. En fonction de la nature de l'œuvre, le champ d'intervention de l'éditeur sera plus ou moins étendu. Naturellement, il n'est pas possible de dresser un tableau exhaustif de tous les modes d'intermédiation par interprétation. On se contentera d'en présenter trois : l'interprétation musicale, l'interprétation orchestrale et la représentation par communication.

88. Représentation par interprétation musicale. Dans le domaine de l'édition musicale, le compositeur pourrait être intéressé par une éventuelle interprétation de son œuvre. De façon générale, l'éditeur bénéficiera du droit d'autoriser ou non l'interprétation³⁶⁰. Lorsqu'un artiste souhaitera exploiter sous forme d'exemplaires son interprétation d'une composition dont il n'est pas l'auteur, l'éditeur devra consentir à l'opération. En effet, la fixation sur CD de l'interprétation s'analyse aussi comme une reproduction de l'œuvre initiale³⁶¹.

Une place à part doit être faite à l'exploitation d'une œuvre musicale par voie de karaoké. Consistant à associer une œuvre musicale à une œuvre audiovisuelle, le karaoké peut recevoir la qualification d'œuvre composite dont l'exploitation nécessite l'accord de l'éditeur de l'œuvre musicale³⁶². Quoi qu'il en soit, la cour d'appel de Paris a déjà eu l'occasion de condamner un éditeur pour ne pas avoir suffisamment soutenu l'interprétation d'une œuvre dont il était chargé d'assurer l'édition³⁶³.

89. Représentation par interprétation orchestrale. Ainsi encore, un exploitant qui souhaitera exécuter une œuvre orchestrale, incarnée dans une partition, sera tenu de conclure plusieurs contrats avec l'éditeur. L'interprétation orchestrale diffère en partie de l'interprétation musicale classique. Tout d'abord, l'exécution passera par une transmission de l'exemplaire de la partition, ce qui exigera un droit complémentaire de reproduction. Ensuite, l'éditeur sera en mesure d'imposer le matériel à l'exploitant du théâtre qu'il mettra à disposition par la voie d'un contrat de dépôt³⁶⁴. Le Code des usages et bonnes pratiques est encore en ce sens, prévoyant expressément l'obligation de location du matériel nécessaire

³⁵⁹ Art. 3-4-1 2°) Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales du 4 oct. 2017 qui énonce que pour les œuvres musicales de « droit commun », outre l'exploitation sous la forme d'exemplaires, « l'exploitation permanente et suivie est parallèlement réalisée notamment à travers » diverses formes de placement. Il en va de même pour les œuvres relevant d'une librairie musicale, v. art. 3-4-2 2°) Code des usages et des bonnes pratiques préc., en vertu duquel « l'exploitation permanente et suivie de l'œuvre est assurée si, parallèlement, toutes les actions suivantes sont réalisées », à savoir notamment « le placement de l'œuvre dans des œuvres audiovisuelles, publicitaires ou multimédia ».

³⁶⁰ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 576.

³⁶¹ La reproduction sera totale par exemple lorsque l'interprète chantera sur une musique originale et sera partielle lorsque l'interprète ne reprend pas toutes les composantes de la composition initiale, par exemple en reprenant le thème musical de l'œuvre initiale sans reprendre les paroles originales. Enfin, précisons que si l'œuvre a été apportée en pleine gestion à la SDRM, l'éditeur conservera uniquement la gestion des droits pour le texte (pour un énoncé de cette distinction voir par exemple : Paris, 4^e ch. A, 29 mai 2002, *JurisData* n° 2002-191048).

³⁶² *Infra* n° v. 120 et s.

³⁶³ Paris, 13 mars 2002, 4^e ch. sec. A, *H. Aufray c/Kobler*, *JurisData* n° 2002-174174, *D.* 2002, p. 2054 ; v. également Paris, 2 févr. 1993, *D.* 1994, *Somm.* p. 93, obs. C. Colombet, où il était certes reproché à l'éditeur de ne pas avoir cherché à promouvoir les œuvres, néanmoins cette obligation résultait expressément d'une stipulation contractuelle, ce qui atténuerait en partie l'idée selon laquelle il existerait de nouvelles fonctions consubstantielles au contrat d'édition.

³⁶⁴ N. ROUART, *Le contrat d'édition musicale*, th. dact. Paris, 1967, p. 239 et s. ; V. Paris, 4^e ch. B, 18 avr. 1991, *RJDA* 1991, n° 671 : « Considérant que si l'éditeur a fait assurer, ainsi que le reconnaît J. Rodrigo, la vente de partitions, la location de matériel d'orchestre et la distribution de catalogues généraux dont l'édition avait déjà été réalisée en grande partie lors du contrat avec les Éditions Pierre Noël, en revanche il ne se prévaut d'aucune initiative dans le domaine phonographique et dans le domaine audiovisuel ».

à l'interprétation orchestrale³⁶⁵. Ici, l'interprétation pourra certes donner lieu à un enregistrement commercialisé, mais elle pourra déboucher par ailleurs sur une représentation.

90. Représentations par communication. Au titre de l'exploitation permanente et suivie, une autre forme d'intermédiation consiste à permettre la communication de l'œuvre. Là encore, le Code des usages et des bonnes pratiques offre un panel déconcertant de ce type d'intermédiation entrant dans le champ du contrat d'édition. Pour simplifier, on peut distinguer les communications passant par un outil de retransmission tel que la télédiffusion ou la radiodiffusion et celles ne nécessitant pas d'outil particulier de retransmission. Dans le domaine littéraire, on rappellera que le contrat-type de la SGDL et du CPE prévoit expressément la possibilité pour l'éditeur d'autoriser « *récitation publique, représentation dramatique, exécution lyrique, transmission radiophonique ou télévisuelle* »³⁶⁶, qui en réalité relèvent entièrement du droit de représentation.

2. L'intermédiation par création

91. Créations dérivées : adaptation de l'œuvre. L'adaptation d'une œuvre est un concept relativement vague qui recoupe une multitude d'hypothèses. Juridiquement, en droit français une adaptation demeure une reproduction. Mais contrairement à la reproduction *stricto sensu*, elle ne donne pas lieu à la création d'exemplaires, elle emporte création d'une œuvre nouvelle dite « dérivée ». À ce titre, lorsque le droit de reproduction est mis en œuvre dans le cadre d'une création dérivée, on parlera de droit d'adaptation par opposition au droit de reproduction *stricto sensu* sans pour autant nier leur parenté évidente. Actuellement, le droit d'adaptation ne fait pas l'objet d'une pure consécration au sein de la législation française. On le retrouve néanmoins à l'article 12 de la Convention de Berne³⁶⁷, dans plusieurs arrêts de cours d'appel³⁶⁸ et au sein d'arrêts rendus par la Cour de cassation, notamment l'arrêt *les Misérables*³⁶⁹. Par ailleurs, la CJUE a reconnu les spécificités de l'adaptation tout en la maintenant clairement dans le giron des droits d'exploitation classiques³⁷⁰. Dès lors, la distinction entre le droit d'adaptation et le droit de reproduction est avant tout d'ordre sémantique. Le droit d'adaptation demeure un fragment du droit de reproduction comme l'étude le démontrera ultérieurement³⁷¹. Toutefois, pour les besoins de la présente étude nous parlerons volontiers de droit d'adaptation pour mettre en évidence la spécificité de ces fragments du monopole d'exploitation. Selon l'Assemblée

³⁶⁵ Art. 3-4-3 Code des usages et des bonnes pratiques préc.

³⁶⁶ Contrat-type Modèle SGDL – CPE, du 2 février 2015, Art. 7. 3. b)

³⁶⁷ Article 12 Droit d'adaptation, d'arrangement et d'autres transformations : « *Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres* ».

³⁶⁸ V. entre autres, Paris, Pôle 05 ch. 01, 28 mai 2014, n° 12/21371, RTD com 2014, p. 806, obs. F. Pollaud-Dulian ; Paris 4^e ch., sect. B, 16 juin 2000, 1999/06719 *Digisoft Music c/ Frédéric S* ; Paris 4^e ch., sect. B, 27 sept. 1996, *Centre culturel Aragon Triolet c/ Instant Théâtre*.

³⁶⁹ Affaire de la suite *des Misérables*, Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, n° 04-15.543, *JurisData* n° 2007-037150 : « *Vu les articles L. 121-1 et L. 123-1 du code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Attendu que la "suite" d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation* », *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 34, C. Caron ; *JCP G* 2007, II, 10025, note C. Caron ; *Propri. intell.* 2007/2, p. 207, obs. A. Lucas ; *RIDA* 2007/2, p. 249, obs. P. Sirinelli ; *D.* 2007, p. 497, obs. F. Pollaud-Dulian.

³⁷⁰ CJUE, 22 janvier 2015 *Art & Allposters International BV c/ Stichting Pictoright*, pt. 26 et pt. 27 : « *S'agissant du droit d'adaptation, il est vrai que l'article 12 de la convention de Berne confère aux auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques un droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres et qu'aucune disposition équivalente ne figure dans ladite directive. Toutefois, sans qu'il soit nécessaire d'interpréter la notion d'« adaptation », au sens de cet article 12, il suffit de constater que tant l'affiche en papier que le transfert sur toile contiennent l'image d'une œuvre artistique protégée et relèvent donc du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29 en tant que copies d'une œuvre protégée commercialisées dans l'Union. Or, cette disposition consacre le droit exclusif des auteurs 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* ».

³⁷¹ *Infra* n° 120 et s.

plénière de la Cour de cassation, la création dérivée est une altération du mode d'expression de l'œuvre primaire alors que sa composition demeure plus ou moins similaire³⁷², préservant ainsi une filiation entre les différentes œuvres³⁷³. Au regard de ce « lien » entre l'œuvre nouvelle et l'œuvre initiale, Madame LÉGER parle volontiers d'œuvre transformative³⁷⁴. Ainsi, une traduction serait une adaptation de l'œuvre. Si l'on s'en tient à l'existence d'un lien de filiation entre l'œuvre initiale et la création dérivée, l'appellation n'est pas galvaudée.

Compte tenu de cette définition relativement vague, dresser une liste exhaustive des droits dérivés s'avère impossible. Il en existe autant que le permettent l'intellect et l'ingéniosité des juristes et des créateurs. Dans la pratique, l'intermédiation prend généralement la forme de quatre procédés – adaptation du genre, traduction, synchronisation et *merchandising* – dont le régime contractuel doit être présenté.

92. Adaptation du genre. L'adaptation du genre consiste à reprendre une œuvre et à en adapter le *medium* d'expression³⁷⁵. Tel est le cas par exemple de l'adaptation d'un roman en film, d'un film sous la forme d'une pièce chorégraphique³⁷⁶, de l'adaptation d'un livre pour le théâtre³⁷⁷, d'un film en bande dessinée, etc. Bien qu'elle porte sur le mode d'expression, elle entraîne une altération – même légère – de la substance de l'œuvre³⁷⁸. Le travail d'adaptation est souvent un travail artistique qui aboutit à la création d'une œuvre nouvelle. Ainsi, l'auteur de l'œuvre initiale ne peut se montrer trop véhément à propos d'une adaptation de son œuvre qu'il a autorisée, notamment quant à l'opposabilité de son droit moral. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans la première affaire « *dialogue des Carmélites* » en reconnaissant « *une certaine liberté (...) à l'adaptateur cinématographique, dont le rôle consiste à trouver, sans en dénaturer le caractère, une expression nouvelle de la substance de l'œuvre* »³⁷⁹.

On retrouve plusieurs propositions de clauses d'adaptation de genre au sein des contrats-types d'édition. On notera tout de même que depuis la loi de 1985, le contrat d'adaptation audiovisuelle est un contrat nommé du CPI³⁸⁰. Son régime juridique est certes embryonnaire – le CPI ne lui réservant que le dernier alinéa de l'article L. 131-3 CPI – mais il n'en demeure pas moins un contrat formellement disjoint des autres contrats d'exploitation et notamment du contrat d'édition³⁸¹. Dès lors, l'adaptation

³⁷² Cass. Ass. Plén., 7 mars 1966, Bull. n° 3, p. 5, F. POLLAUD-DULIAN *op. cit.*, n° 229, p. 203.

³⁷³ V. V. SERFATY, *Droits dérivés et œuvre audiovisuelle*, préf. P.-Y. GAUTIER, IRPI, 2015, qui met en avant « le lien assurant le maintien de la substance » entre l'œuvre mère et l'œuvre nouvelle, n° 214, p. 183.

³⁷⁴ P. LÉGER, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, préf. P. SIRINELLI, LGDJ, n° 245, p. 180.

³⁷⁵ V. V. SERFATY, th. préc. n° 218, p. 187.

³⁷⁶ Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 28 mai 2014, n° 12/21371, *JurisData* n° 2014-012529.

³⁷⁷ Paris, 9 sept. 2011, *Agnès Arnau c/ Bourcier et a.*, n° 10/04678.

³⁷⁸ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 585 ; H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 122 et 123.

³⁷⁹ Cass. Civ. 1^{re} 22 nov. 1986. Voir également, TGI Paris 8 mars 1968, *D.* 1968. 742, à propos du film *Le Saint* (« par le contrat d'adaptation l'auteur du roman ou le cédant acceptent, implicitement ou explicitement, les aménagements nécessités par la transposition de l'œuvre originale dans un genre nouveau ») ; Paris 1^{re} ch. 31 mai 1988 *Bruckberger c/ Agostini*, *D.* 1988 IR, p. 199 ; T. civ. Seine, 26 juill. 1933, *DA* 1933, p. 105. Notons que depuis peu la question doit aussi s'apprécier à la lumière de l'article 10 de la CEDH. Sur ce point, voir notamment l'arrêt *Klasen*, Cass. 1^{er} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, *D.* 2015. 1094, obs. T. Azzi ; *D.* 2015, p. 1672 note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; *RTD com.* 2015, p. 509, obs. F. Pollaud-Dulian et plus largement sur le caractère proportionné que doit revêtir l'atteinte au droit moral, voir A. LATIL, « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *JAC*, 2016, n° 39, p. 18 ; A.-E. KAHN, « Dialogues des Carmélites : atteinte disproportionnée au droit moral », *JAC*, 2016, n° 39, p. 32.

³⁸⁰ Sur la question de savoir si le contrat d'adaptation audiovisuelle est bien un contrat nommé à part entière, v. N. BLANC, th. préc. n° 72, p. 70.

³⁸¹ E. FAURE, séance 3 avril 1985 : *JO Déb. Sénat*, p. 108 à 110 : « les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat d'édition ». La jurisprudence a tiré les conséquences de cette autonomie en précisant que la nullité de la cession constatée dans le contrat d'édition ne rejaillit pas sur celui-ci (Paris, 4^e ch., 14 mai 1997, *D.* 1998, somm. p. 194, obs. C. Colombet). Voir également en ce sens D. BÉCOURT, « Réflexions sur la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins », *JCP E.* n° 21, 22 mai 1986, 14722. Toutefois certains ont pu douter de cette disjonction : voir ainsi C. BAUER, « Les adaptations

audiovisuelle cesse d'être dans la dépendance du contrat d'édition. De simple fonction émergente du contrat d'édition, cette forme d'adaptation est devenue totalement autonome de celui-ci.

93. Prequel, sequel, reboot, etc. Parfois, la prise de distance avec l'œuvre initiale est telle que l'on pourrait contester la qualification d'adaptation. C'est le cas des *remakes*³⁸², *prequels*³⁸³, *sequels*³⁸⁴ ou *spin-off*³⁸⁵ qui consistent à prolonger l'œuvre initiale *via* de nouvelles créations³⁸⁶. Néanmoins, ces hypothèses constituent bien des adaptations au sens de la jurisprudence³⁸⁷ ou des « transformations » de l'œuvre pour reprendre le terme de la Convention de Berne³⁸⁸. Dans l'affaire concernant la suite donnée aux *Misérables*, les magistrats saisis ont estimé que « la "suite" d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation »³⁸⁹ et ce en dépit des réticences parfois exprimées en doctrine³⁹⁰. Cette jurisprudence s'étend logiquement aux œuvres audiovisuelles ou aux œuvres complexes comme les jeux vidéo. Ces droits sont souvent transférés à l'éditeur, comme l'atteste là encore l'examen des conventions-types.

94. Traduction. Comme son nom l'indique, la traduction d'une œuvre consiste pour le traducteur à en changer la langue, opérant ainsi une modification importante de son mode d'expression. La traduction entre dans le champ de l'adaptation au sens large du terme, le traducteur adaptant l'œuvre à un langage particulier. Néanmoins, la traduction n'entraîne pas d'altération du *medium* d'expression, contrairement à l'adaptation au sens strict.

En matière littéraire, le transfert de ce droit au profit de l'éditeur est extrêmement courant. On retrouve encore ce transfert dans les contrats-types d'édition proposés par plusieurs groupements³⁹¹. En règle générale, l'œuvre traduite est exploitée par un éditeur étranger, ce qui n'est pas sans générer des conflits fondés sur le droit moral, en raison des divergences de vue entre les différentes parties contractantes³⁹². La traduction n'est pas cantonnée au seul langage humain. Elle peut également concerner le langage informatique, comme le rappelle un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu à la suite d'une affaire portant sur la traduction d'un logiciel sous un autre format informatique et qui

audiovisuelles de livres », *Légicom*, 2001/1, n° 24, p. 65, spéc. p. 67 : « La nécessité de conclure un contrat pèse sur l'éditeur et le producteur : l'auteur cède à l'éditeur ses droits d'adaptation audiovisuelle sur l'ouvrage, qui pourront ainsi être cédés par ce dernier au producteur. La nécessité de conclure un contrat apparaît d'autant plus évidente que le droit d'auteur a réservé un sort spécifique à la cession des droits d'adaptation audiovisuelle. En effet, le Code de la propriété intellectuelle en son article L. 131-3 impose que cette cession soit constatée par un "contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée" ».

³⁸² Un *remake*, littéralement « refaire » est une reprise d'une œuvre, une nouvelle version de celle-ci.

³⁸³ Les *prequels* sont des œuvres dont l'histoire se déroule avant celle d'une autre œuvre antérieurement créée.

³⁸⁴ Les *sequels* sont des œuvres dont l'histoire se déroule après celle d'une œuvre déjà créée. Il s'agit tout simplement d'une suite.

³⁸⁵ Un *spin-off* est une œuvre dont l'histoire porte sur des personnages secondaires d'une autre œuvre. Le *spin-off* reprend généralement le même environnement que l'œuvre originale.

³⁸⁶ C. BERNAULT, « Remake, sequel, prequel, spin off : regard sur le droit d'auteur et les exploitations "secondaires" des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr.*, 2014, étude 19, p. 14 : « prolonger une œuvre, c'est encore l'adapter ».

³⁸⁷ Voir notamment l'affaire de la suite des *Misérables*, Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, n° 04-15.543, *JurisData* n° 2007-037150 ; *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 34, C. Caron ; *JCP G* 2007, II, 10025, note C. Caron ; *Prop. intell.* 2007/2, p. 207, obs. A. Lucas ; *RIDA* 2007/2, p. 249, obs. P. Sirinelli ; *D.* 2007, p. 497, obs. F. Pollaud-Dulian.

³⁸⁸ Conv. Berne, art. 2, 3° et art. 12.

³⁸⁹ Arrêt préc.

³⁹⁰ R. PRADES, « Suite de film : œuvre dérivée ou autonome ? Réflexions sur la nature juridique des droits dits de "sequel" », *Comm. com. électr.*, n° 12, déc. 2004, étude 41.

³⁹¹ Article 19 SGDL : « Droit de traduction – Groupement des Auteurs de bande dessinée du Syndicat national des Auteurs et des Compositeurs 1. L'auteur cède également à l'éditeur le droit de traduire en toutes langues tout ou partie de l'œuvre, et de reproduire ces traductions sur tous supports d'enregistrement numérique ». b) les Droits Dérivés y compris les droits de licensing de l'Ouvrage ; c) les droits d'Adaptation(s) et d'Exploitation(s) Multimédia dudit Ouvrage. 2. La cession des droits est faite à titre exclusif, pour tous pays et en toutes langues ».

³⁹² Sur ce point, voir l'affaire *Camus*, *infra* n° 419.

supposait au préalable le transfert du droit de traduire sous le langage MIDI³⁹³.

95. Synchronisation. La synchronisation étant l'action de coordonner plusieurs éléments, elle peut être définie en droit d'auteur comme un procédé permettant d'apposer une œuvre sur une opération particulière, pouvant elle-même être une œuvre. Pour l'essentiel, on retrouve ce procédé lorsqu'une œuvre musicale existante servira soit à l'accompagnement d'une œuvre cinématographique³⁹⁴, soit à la réalisation de vidéoclips ayant vocation à être reproduits ou représentés sur les chaînes de télévision, sur Internet ou à des fins publicitaires. Les éditeurs réclament de plus en plus souvent le transfert de ce droit afin de compléter l'exploitation des œuvres musicales dont ils ont acquis le droit de reproduction³⁹⁵. Malgré cela, le contrat-type proposé par la SACEM et la SNAC écarte le droit de synchronisation de son champ d'application³⁹⁶. Les plus suspicieux pourront toujours soutenir que le simple fait de mentionner sa présence pour l'écartier du champ d'application, constitue un appel à négociation entre l'auteur et l'éditeur³⁹⁷.

La jurisprudence considère que le droit de synchronisation relève exclusivement du droit de reproduction³⁹⁸. Cette qualification est juridiquement juste mais elle doit être précisée tant elle correspond aux spécificités déjà présentées de l'adaptation qui se distingue de la reproduction par réalisation d'exemplaires. Dans l'exemple classique du vidéoclip, son usage permet de coordonner la création sonore initiale avec une création visuelle. Cette réunion justifie en principe que le régime des œuvres composites lui soit appliqué³⁹⁹. Dans l'affaire *Hugues Auffray*, la cour d'appel de Paris, suivie par la Cour de cassation, avait retenu la responsabilité de l'éditeur en soulignant, entre autres, que « l'exploitation publicitaire de l'œuvre, particulièrement limitée et ponctuelle, ne résulte pas d'une initiative des sociétés d'édition, mais leur a simplement été proposée »⁴⁰⁰. Ainsi, non seulement l'éditeur a un rôle d'intermédiation mais ce rôle doit être rempli de façon active, à défaut de quoi sa responsabilité pourrait être engagée.

³⁹³ Paris, 4^e ch., sect. B, 16 juin 2000, *Sté Digisoft Music c/ Socha*, *JurisData* n° 124085, *Comm. com. électr.*, 2000, comm. n° 126, note C. Caron.

³⁹⁴ C. CHAMAGNE, « L'utilisation de musiques préexistantes dans une œuvre audiovisuelle : les limites au droit exclusif d'autorisation préalable des producteurs et éditeurs de musique (1) », *Légipresse*, n° 158, janv. 1999, C. BESSE-GUENNETEAU, « La musique dans les œuvres audiovisuelles », *Légicom*, janv. 1997, n° 13, p. 117.

³⁹⁵ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 260, pp. 284-285. À noter que l'accord entre la SACEM et la SDRM permet aux utilisateurs, si tant est que les droits de l'œuvre aient été apportés à la SACEM, de solliciter directement une autorisation à ces sociétés de gestion mais uniquement dans le cadre restreint de la télédiffusion. *A contrario*, les producteurs d'œuvres cinématographiques devront se tourner vers les ayants droit – généralement les éditeurs – pour toute projection en salle.

³⁹⁶ SACEM et SNAC, Contrat d'adaptation audiovisuelle : « L'adaptation audiovisuelle d'une ŒUVRE musicale doit être la transposition en images de la musique, avec ou sans paroles, et non le simple fait de poser la musique, avec ou sans paroles, sur des images. Lorsque la musique est utilisée pour illustrer des images, c'est le droit dit dans les usages professionnels de "synchronisation", distinct du droit d'adaptation audiovisuelle, qui doit s'appliquer. En cas d'adaptation audiovisuelle ou de "synchronisation", l'ÉDITEUR ne pourra pas utiliser cette cession pour autoriser l'adaptation ou la synchronisation sans soumettre, au cas par cas, le projet à l'AUTEUR. Cette disposition exprime la limitation du droit accordé par l'AUTEUR, qui certes ne dispose plus du droit d'adapter lui-même ou d'autoriser un tiers à adapter, mais qui pour autant reste titulaire du droit inaliénable de contrôler la mise en œuvre de l'adaptation et de s'y opposer le cas échéant ».

³⁹⁷ P.-Y. GAUTIER, *ibid.*

³⁹⁸ V. à propos d'une œuvre karaoké, Paris 4^e ch. A 14 mars 2001, *D.* 2001, p. 2556, P. Sirinelli. En ce sens également pour un spot télévisé, Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 oct. 2009, n° 08/02791, *SA Canal + c/ Ch. syndicale de l'édition musicale et a.*, *JurisData* n° 2009-021052. *Contra*, v. Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 mai 2008, *TPS Sport c/ Mirvais* : « Considérant qu'il sera rappelé encore que le droit de synchronisation invoqué par les intimés, n'a pas de reconnaissance légale en France et ne se distingue pas du droit de reproduction ; qu'il en est de même d'un prétendu droit spécifique d'incorporation, la licéité de l'acte d'incorporation étant appréciée au regard du droit de reproduction ».

³⁹⁹ V. art. L. 113-2 al. 2 CPI : « Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière » et art. L. 113-4 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 ».

⁴⁰⁰ Paris, 13 mars 2002, n° 1999/23037, *H. Auffray c/ Kober*, *JurisData*, 2002-174174.

96. Merchandising. Le *merchandising* consiste à prendre un élément protégé par le droit d'auteur pour en faire des produits dérivés, l'exemple-type étant celui de la création de figurines à partir d'un personnage tiré d'un film. Le droit de *merchandising* peut aussi porter sur le titre d'une œuvre, et plus largement sur tout élément qui sera considéré comme secondaire. En fonction de la nature de la création et de son degré d'originalité, l'exercice de ce droit entraînera ou non la création d'une œuvre nouvelle⁴⁰¹. Du point de vue du contrat d'édition, on verra toutefois que le *merchandising* peut être davantage rattaché au droit de reproduction par réalisation d'exemplaires plutôt qu'au droit de reproduction par adaptation⁴⁰², bien qu'en l'état actuel, la jurisprudence n'offre aucune certitude⁴⁰³. En matière musicale, le *merchandising* est expressément qualifié d'exploitation parallèle au sein du Code des usages de 2017⁴⁰⁴.

97. Conclusion de section. Il ressort de cette seconde section que les orientations de la pratique éditoriale traduisent l'émergence de deux fonctions nouvelles, l'une adressée directement à la personne de l'auteur, l'autre centrée sur de nouvelles formes d'exploitation de l'œuvre. La première fonction présentée, la fonction de *gestion*, vise d'une part à gérer la carrière de l'auteur et d'autre part à pérenniser les relations qu'il serait amené à tisser avec les intervenants de l'industrie culturelle. La fonction d'*intermédiation* consiste quant à elle à déceler de nouvelles potentialités de l'œuvre. Le déploiement de ces fonctions nouvelles est pour l'essentiel le fruit des efforts de la pratique, parfois avec l'approbation de la jurisprudence. Notons que la rédaction peut-être trop étroite de l'article L. 132-1 CPI ne permet pas, à l'heure actuelle, le plein essor de ces fonctions nouvelles.

98. Conclusion de chapitre. L'étude menée au sein de ce premier chapitre a permis de mettre en lumière les différentes fonctions du contrat d'édition. Ce dernier est ainsi tiraillé entre la présence de fonctions traditionnelles conformes aux dispositions du CPI, d'une part, et l'émergence de fonctions nouvelles résultant de son instrumentalisation originale par la pratique, d'autre part. Seules les premières concourent à la qualification contractuelle. Par essence complémentaires et émergentes, les autres fonctions ne peuvent en l'état actuel du droit être prises en compte au stade de l'identification de la convention. Néanmoins, il n'est pas exclu qu'elles puissent jouer un rôle secondaire, à la manière d'un faisceau d'indices.

Si les différentes fonctions du contrat d'édition semblent difficilement contestables dans leur principe, leur mise en œuvre suscite encore de nombreuses incertitudes qu'il conviendra de dissiper. La faute en revient peut-être à l'article L. 132-1 CPI, dont la rédaction souffre de quelques imprécisions quant à son domaine d'application.

⁴⁰¹ *Infra* n° 120 et s.

⁴⁰² À rapp. V. SERFATY, qui estime que « la reprise des éléments de l'œuvre source, tels que ses personnages, n'est pas systématiquement constitutive d'une adaptation même s'il en est ainsi de la majorité des cas », th. préc., n° 215, p. 185.

⁴⁰³ *Infra* n° 120 et s.

⁴⁰⁴ Art. 3-4-1 2°) Code des usages préc.

LA CARACTÉRISATION DU CONTRAT D'ÉDITION

99. Méthodologie. Quelle que soit la convention étudiée, la caractérisation d'un contrat passe par l'examen de ses traits essentiels, ce que POTHIER appelait les éléments naturels d'une convention⁴⁰⁵. Sans prendre trop de risques, on peut tout d'abord estimer que « *certaines qualifications spéciales sont liées à la nature de l'objet du transfert* »⁴⁰⁶, ce qui est le cas du contrat d'édition, qui repose en principe sur le transfert du droit de reproduction d'une création. Ce droit constitue son objet caractéristique. Un second critère d'identification surgit, celui de la présence d'un auteur à la convention⁴⁰⁷. Au contraire, la présence d'un éditeur n'est pas un préalable nécessaire dans la mesure où cette qualité est attribuée au partenaire de l'auteur à la conclusion du contrat d'édition. La qualité d'éditeur n'est donc qu'une conséquence du contrat et non un prérequis.

100. Plan. L'analyse proposée sera donc binaire. On procédera à une analyse du domaine d'application *ratione materiae* du contrat d'édition, mettant ainsi l'accent sur le contenu du contrat (Section 1), et une analyse *ratione personae*, qui portera sur la personne de l'auteur (Section 2).

Section 1. Le domaine *ratione materiae* du contrat d'édition

Section 2. Le domaine *ratione personae* du contrat d'édition

Section I

LE DOMAINE RATIONE MATERIAE DU CONTRAT D'ÉDITION

101. Problématique et plan. Schématiquement, le monopole d'exploitation accordé légalement à l'auteur est composé de deux grandes prérogatives au sens de l'article L. 122-1 CPI : le droit de reproduction et le droit de représentation⁴⁰⁸. Ces deux prérogatives sont censées porter en elles l'ensemble des exploitations possibles et imaginables que l'on pourrait faire d'une œuvre. Le Code de la propriété intellectuelle accorde une place particulière au droit de suite qui n'est pas un droit exclusif d'exploitation⁴⁰⁹.

Généralement qualifiée de synthétique, cette approche est marquée par la volonté de soumettre l'exercice du droit d'exploitation à deux figures tutélaires : le contrat d'édition et le contrat de représentation. Pris au sens *ratione materiae*, le contrat d'édition se rattache donc à un domaine d'application relativement large, dans la mesure où il embrasse l'ensemble du droit de reproduction et même davantage, compte tenu des tendances jurisprudentielles actuelles (§ 1). Néanmoins, il connaît dans les faits une lente mais inexorable restriction de son domaine d'application (§ 2).

⁴⁰⁵ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011, n° 5 et s., p. 6 et s.

⁴⁰⁶ S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. Ch. CARON, INPI, 2009, n° 196 p. 255

⁴⁰⁷ Cette dualité rejoint la polysémie de l'expression consacrée de « *contrat d'auteur* ». S'agit-il d'un contrat auquel l'auteur est partie ou d'un contrat portant sur le droit d'auteur ? Le pouvoir évocateur de la langue française autorise à se prévaloir de l'une ou l'autre de ces acceptions.

⁴⁰⁸ V. entre autres, T. AZZI, « L'exercice du droit d'exposition des œuvres d'art », in *Mélanges en l'honneur d'A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 1 ; S. DUSSOLLIER, *L'exploitation des œuvres : une notion de contrôle en droit d'auteur*, *ibid.*, LexisNexis, 2014, p. 263.

Fisher WILLIAM. « Theories of Intellectual Property » in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, S. R. MUNZER (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2001

⁴⁰⁹ T. AZZI, « La circulation de l'œuvre : le droit de suite », in *L'art en mouvement : regards de droit privé*, F. LABARTHE et A. BENSAMOUN (dir.), Mare et Martin, 2013, p. 169 ; T. AZZI, « Le business de l'art. Le droit de suite », *Propri. intell.* 2011/1, n° 38, p. 65.

§ 1. LE DOMAINE D'APPLICATION ÉTENDU RATIONE MATERIAE DU CONTRAT D'ÉDITION

102. Position du problème. Plan. Toute prestation contractuelle – c'est-à-dire le « *travail exécuté pour s'acquitter d'une obligation* »⁴¹⁰ qui peut être un transfert de propriété, la mise à disposition ou la réalisation d'un service – porte sur une « chose » dans son sens le plus large⁴¹¹ – un bien, un service.... Pour saisir cette réalité, le droit des obligations emploie davantage le terme d'« objet ». Dès lors, si le contrat dispose d'une prestation caractéristique, il connaît par extension un objet caractéristique qu'il convient d'analyser. Classiquement, le contrat d'édition a pour objet caractéristique le droit de fabriquer ou de faire fabriquer des exemplaires de l'œuvre. C'est le sens de l'article 53 de la loi de 1957 devenu L. 132-1 CPI après codification. Contrairement au contrat de représentation codifié aux articles L. 132-18 CPI et s., qui porte très clairement sur le droit de représentation⁴¹², l'article L. 132-1 CPI ne porte pas précisément sur le droit de reproduction. Le CPI délaisse sa vision systémique du droit d'auteur au profit d'une vision pragmatique du contenu du contrat d'édition. Cette présentation autorise le lecteur à se poser un certain nombre de questions : le contrat d'édition porte-t-il vraiment sur le droit de reproduction ? Porte-t-il sur l'ensemble du droit de reproduction ou sur une partie de celui-ci ? Est-il au contraire une opération qui transcende le monopole d'exploitation ? Ainsi, bien qu'elle soit instinctivement liée au droit de reproduction, la détermination juridique du contenu caractéristique du contrat d'édition révélera bon nombre de spécificités (A). Outre ce point, qui porte en définitive sur l'étendue du contenu caractéristique, le monopole d'exploitation a toujours su s'adapter aux nouvelles technologies. Celui-ci a survécu à l'industrialisation du livre⁴¹³, à l'émergence du phonogramme⁴¹⁴ puis du vidéogramme⁴¹⁵ et est aujourd'hui confronté à la numérisation de l'exploitation⁴¹⁶. C'est le sens de la réforme de l'article L. 132-1 CPI opérée en 2014, qui ajoute au sein de la définition du contrat d'édition une disposition portant sur le droit de réaliser l'œuvre sous la forme numérique. Au-delà de l'apport strictement textuel, la portée de l'adaptation du contenu caractéristique au numérique devra être mesurée (B).

A. LA DÉTERMINATION JURIDIQUE DE L'OBJET CARACTÉRISTIQUE

103. Contenu : distinction entre l'œuvre et le droit d'exploitation. Conformément à l'ancien article 1126 du Code civil, l'objet du contrat serait la chose qu'une partie s'oblige à donner, faire ou ne pas faire⁴¹⁷. Pris dans son sens courant, le terme d'objet évoque l'idée de matérialité ou de tangibilité. Tel n'est pas le cas de son sens juridique qui renvoie indistinctement aux choses corporelles ou incorporelles, intellectuelles ou non. Contrairement à ce qui a pu être parfois soutenu sur la foi de l'article L. 131-1 CPI qui énonce que « *la cession globale des œuvres futures est nulle* », dans le contrat d'édition et plus largement dans l'ensemble des contrats d'auteur, l'objet de la prestation n'est pas l'œuvre mais le droit patrimonial d'exploitation de cette œuvre⁴¹⁸. Bien que l'article L. 111-1 CPI pose en pétition de

⁴¹⁰ Dictionnaire Larousse, 1^{re} définition sous occurrence « *Prestation* ».

⁴¹¹ Dictionnaire Larousse, 2^e définition sous occurrence « *Chose* » : « *Désigne une entité abstraite, une action, un événement, un énoncé* ».

⁴¹² L. 132-18 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* ».

⁴¹³ G. KOUMANTOS, « Le droit de reproduction et l'évolution de la technique », *RIDA* 1978, n° 98.

⁴¹⁴ D. LEFRANC, « Fragments sonores et création musicale », *D.* 2000, p. 497.

⁴¹⁵ Y. GAUBIAC, « Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur », *RIDA* 1984, n° 23

⁴¹⁶ Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'internet », *RIDA* 1998, n° 1.

⁴¹⁷ Art. 1126 ancien du Code civil : « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ».

⁴¹⁸ Ce constat s'évince naturellement de la lecture de l'article L. 132-1 CPI qui désigne la cession du droit de fabriquer les exemplaires.

principe un droit de propriété sur l'œuvre, celle-ci demeure en réalité indisponible contractuellement⁴¹⁹. Ce constat autorise à formuler deux observations. Tout d'abord, le contrat d'édition ne porte jamais sur la forme éditée mais sur le droit d'exploitation. L'objet du contrat d'édition doit être distingué de l'objet de l'édition qui, en vertu de l'article L. 132-9 CPI, porte sur le manuscrit original et plus largement sur la forme telle qu'elle est extériorisée⁴²⁰. Ensuite, à la lecture de l'article L. 132-1 CPI, le contrat d'édition aboutit à l'édition d'une œuvre. La lettre de l'article n'a pourtant pas empêché certains litigants de réclamer la qualification de contrat d'édition à propos de substrats qui ne relèvent pas des créations originales. Ces deux points devront tour à tour faire l'objet d'une analyse.

104. Plan. Une fois appréciée la nature du droit soumis au contrat d'édition (1), l'analyse portera sur la nature de l'objet soumis à ce droit (2).

1. Le droit soumis au contrat d'édition

105. Phylogénie entre droit de reproduction et contrat d'édition. Avant la loi de 1957, le droit d'auteur s'est construit à la suite des deux grandes lois révolutionnaires de 1791 et 1793. Ces deux textes sont des vestiges de l'ancien droit fondés sur le système de privilèges que la puissance publique reconnaissait aux éditeurs. Compte tenu du contexte de l'époque, l'objectif était de concilier l'esprit individualiste des Lumières avec la nécessité de maintenir la diffusion des connaissances. La première loi ayant trait au droit de représentation, seule la seconde loi de 1793 portant sur la commercialisation d'ouvrages retiendra notre attention. Celle-ci posait en son article 1^{er} le principe suivant :

« Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et 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 ».

Ainsi, contrairement à la loi du 19 juillet 1791 qui énonçait déjà la notion de représentation⁴²¹, on remarquera que la loi de 1793 n'évoquait nullement le droit de reproduction mais celui de vendre et de

⁴¹⁹ Cette vue de la propriété littéraire et artistique doit être selon nous maintenue dans le domaine des beaux-arts. Certes, la loi et la jurisprudence accèdent conjointement l'idée qu'il est possible de céder l'œuvre d'art en elle-même. Le Conseil constitutionnel a même estimé que la cession de l'œuvre d'art réalisée avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 avril 1910 « relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des œuvres d'art (art. unique : *L'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire l'aliénation du droit de reproduction*) » emportait, à défaut de stipulation contraire, la cession du droit de reproduction (v. Cons. cons., 21 nov. 2014, n° 2014-430-QPC, *D.* 2015, p. 306, F. Laffaille ; *RTD com.* 2015, p. 276, obs. F. Pollaud-Dulian ; sur le principe v. Cass. ch. réunies, 27 mai 1842, *DP* 1842, 1, p. 297). Pour notre part, nous voyons dans cette expression un abus de langage plus ou moins volontaire du législateur et des magistrats. Il nous semble en effet qu'en employant cette expression, ceux-ci ont simplement souhaité mettre l'accent sur le fait que la cession porte sur la forme de l'œuvre, son enveloppe matérielle qui demeure, conformément à l'article L. 111-3 CPI, indépendante du droit d'auteur (v. P. KAMINA, « De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles », *RRJ*, 1998, p. 888 ; E. TREPPOZ, « La détermination du propriétaire du support d'une œuvre », *Comm. com. Électr.*, n° 7-8, Juill. 2006, ét. 17 ; E. TREPPOZ, « La propriété du support d'une œuvre. D'une propriété limitée vers une propriété flottante », *Cab. Dr. de l'Entr.*, n° 6, nov. 2015, dossier 51 ; J. C. GINSBURG, « Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international », *Mélanges en l'honneur d'A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 245). Ainsi, concourent deux propriétés et parfois deux propriétaires, le propriétaire du support et le propriétaire de l'œuvre.

⁴²⁰ Même en considérant qu'au sens juridique, une œuvre n'a d'existence qu'au travers de ses composantes et ne prend pas en compte la forme artistique, il est impossible de parler de cession de l'œuvre, dans la mesure où l'une des composantes – le droit moral – demeure encore indisponible. Cela ne veut pas dire que le droit moral soit dénué de dimension économique, simplement qu'il est incessible par principe.

⁴²¹ Loi du 13 janvier 1791 relative aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales, art. 3 : « *Les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre*

distribuer les ouvrages. Par ailleurs, aucune mention, pas même indirecte, n'était faite à l'endroit du contrat en vertu duquel ce droit était transféré. Le texte précisait simplement que le bénéficiaire était un cessionnaire. Dans le silence des textes, la pratique et la jurisprudence antérieures avaient pris la peine de qualifier ladite convention de contrat d'édition, raison pour laquelle cette terminologie a été reprise par la loi de 1957⁴²². Bien que l'article L. 132-1 CPI ne qualifie pas expressément le droit transmis à l'éditeur à la suite d'un contrat d'édition, le constat suivant semblait faire consensus : le contrat d'édition a pour objet le droit de reproduction et inversement, le droit de reproduction est en principe exploité par l'entremise d'un contrat d'édition⁴²³. Un rapport phylogénique, un destin commun ou au moins une attraction d'ordre conceptuel existe donc entre le droit de reproduction et le contrat d'édition qu'on ne saurait nier. C'est du moins ce que l'on peut déduire par esprit de symétrie avec le droit de représentation.

106. Du droit de reproduction aux droits éditoriaux. Plan. Le contrat d'édition portant traditionnellement sur le droit de reproduction, toute convention dont le contenu serait distinct doit connaître une qualification différente. Néanmoins, la Cour de cassation fait fréquemment référence non pas au droit de reproduction mais aux « *droits éditoriaux* » afin de qualifier l'objet du contrat d'édition⁴²⁴. Si l'expression figure souvent dans les moyens des parties⁴²⁵, la Cour de cassation l'emploie parfois spontanément⁴²⁶. La question est de savoir si ce glissement sémantique est anodin ou s'il traduit une évolution du contenu du contrat d'édition, notamment en contemplation de nouvelles fonctions qui lui sont astreintes. Ainsi, leur concrétisation passerait par une extension du domaine *ratione materiae*. Le contrat d'édition porterait certes sur le droit de reproduction, mais pas uniquement. Il faudra ainsi distinguer ce qui relève du domaine certain du contrat d'édition (a) et du domaine incertain du contrat d'édition (b).

a. Le domaine certain : le droit de reproduction

107. Plan. Une fois défini le droit de reproduction au sens strict (i), on constatera que les droits de prêt et de location peuvent être rattachés au droit de reproduction pris dans un sens plus large (ii).

i. Le droit de reproduction *stricto sensu*

108. Définition du droit de reproduction. Le droit de reproduction est présenté à l'article L. 122-1 CPI comme étant l'une des deux grandes prérogatives constituant le droit d'exploitation. C'est l'article L. 122-3 CPI qui donne précisément le contenu de ce droit en énonçant que « *la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* ». En tout état de cause, le droit de reproduction se fonde aisément dans la définition du contrat d'édition posée à l'article L. 132-1 CPI. Deux éléments transparaissent de la définition légalement posée

public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit des auteurs ».

⁴²² Sur le rôle de la pratique et de la jurisprudence, voir *supra* n° 70 et s.

⁴²³ Sur le potentiel contrat innommé de reproduction, v. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009, n° 113, p 120.

⁴²⁴ On écartera l'emploi de cette expression à titre de synonyme de « *redevances* » ou « *royalties* », telle que l'on peut la retrouver dans la littérature courante et à de rares occasions dans des décisions de justice.

⁴²⁵ V. à titre d'exemple, Cass. 2^e civ., 20 nov. 2014, 13-22.826, Inédit ; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2013, n° 12-28.912, Inédit ; Cass. comm., 3 avr. 2013, n° 11-13.874 et 11-14.233, Inédit.

⁴²⁶ v. Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 2004, n° 01-02020 ; Cass 1^{re} civ., 25 mai 2005, 02-17305, dont on rappellera tout de même qu'il présentait la particularité de porter sur une cession de « *droits éditoriaux* » conclue sous l'empire de la loi de 1793, ce qui offre moins de certitude quant à la positivité de l'expression dont il est ici question. Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-22.401, *Chapman et Mpondo c/ TF1*, *JurisData*, n° 2014-027265 ; *Comm. com. électr.*, 2015, comm. 2, Ch. Caron ; RLDI déc. 2014, n° 3628, obs. L. C. ; *D.* 2015, p. 410 : « *les contrats de cession des droits d'édition et de cession des droits d'adaptation, établis et adressés aux auteurs par la société d'édition musicale, n'avaient été ni signés ni retournés par eux* ».

de la reproduction : une fixation matérielle de l'œuvre⁴²⁷ qui consiste en la reproduction sur un ou plusieurs supports et la communication de l'œuvre au moyen de ces supports. Le procédé de reproduction n'est pas de nature à contrarier la qualification de droit de reproduction⁴²⁸, comme l'a rappelé récemment la CJUE à l'occasion d'un contentieux portant sur le procédé de l'entoilage⁴²⁹.

109. Droit comparé. Notons tout d'abord que les législations anglo-saxonnes, sans être en complet décalage avec le droit français, retiennent une conception plus analytique que la nôtre. Ce que le droit français regroupe sous l'expression « droit de reproduction » se décompose en plusieurs notions dans ces législations. Le droit américain distingue ainsi le droit de reproduction *stricto sensu* du droit de distribution⁴³⁰. Le *publishing agreement* prévoit un transfert du droit de reproduction et du droit de distribution. Le droit allemand se distingue par le fait qu'il propose une synthèse complète du droit d'auteur. Si le droit allemand énumère les différents droits couverts par le monopole de l'auteur, aucune conséquence n'est attachée à cette liste sur le terrain contractuel. L'objet du contrat dépendra uniquement des stipulations contractuelles de ce dernier⁴³¹. En revanche, en droit italien, le droit des contrats d'auteur est construit à partir de la même *summa divisio*⁴³². Ici aussi, le contrat d'édition porte sur le droit de reproduction.

110. Droit international. La consécration et la protection du droit de reproduction par la Convention de Berne ont été tardives, dans la mesure où celles-ci ne seront pas effectives avant 1971⁴³³.

⁴²⁷ V. Y. GENDREAU, « le critère de fixation en droit d'auteur », *RIDA* n° 159, 1994/01, p. 111.

⁴²⁸ Parmi les procédés des arts graphiques et plastiques, il a été jugé que l'auteur d'un coloriage d'un dessin réalisé au crayon relève d'une reproduction (Pau, 1^{re} ch., 10 oct. 2005, n° 02/02632, *JurisData* n° 2005-285092 ; *Propr. intell.* 2006, p. 177, obs. A. Lucas). Le tatouage d'un dessin sur la peau peut constituer une reproduction (V. A. LEBOIS, *Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit*, in *Mélanges en l'honneur A. Lucas*, p. 530). Comme la jurisprudence a pu le considérer par le passé à propos de la photocopie (Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1984, 82-17.016, *Ranougraphie*, *JurisData*, n° 1984-700385, *JCP G* 1985, II, 20351, note R. Plaisant ; *RIDA* n° 121, 1984/3, p. 151 ; *RTD com.* 1984, p. 677, obs. A. Françon) ou de la « reproduction mécanique » (pour les films, Cass. req., 27 févr. 1918 : *S.* 1918, 1, p. 19 ; les phonogrammes, Cass. civ., 10 mai 1930, *DP* 1932, 1, p. 29, note M. Nast). La notion a été étendue par la suite aux fichiers musicaux au format MP3 (v. TGI Montpellier, 24 sept. 1999, n° 3411/99, *JurisData* n° 1999-117108 ; *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 19, note C. Caron), à la dactylographie, la sténographie (TGI Paris, 8 avr. 1987 : *Cab. dr. auteur*, mars 1988, p. 20), ou encore la fixation sur vidéodisques à usage de karaoké (V. notamment, Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, n° 01-11.930, *JurisData* n° 2003-020902 ; *JCP G* 2003, act. 573 ; *Légipresse* 2004, n° 208, I, p. 6).

⁴²⁹ CJUE, 22 janv. 2015, aff. C-419/13, *Art & All Posters International BV*, *JurisData* n° 2015-000844 ; *Comm. com. électr.*, 2015, comm. 18, obs. C. Caron ; *D.* 2015, p. 776, note C. Maréchal. V. *contra*, Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, *Propr. intell.* 2002, n° 4, p. 53, obs. A. Lucas.

⁴³⁰ Pour le droit américain v. U.S. Code : Title 17 – Copyright, § 106 ; pour le droit australien v. Copyright Act 1968, art. 31 ; pour le droit britannique, v. Copyright, etc. and Trade Marks (offences and enforcement) Act 2002, art. 16.

⁴³¹ En effet, alors que le droit français prévoit que le transfert d'une prérogative n'engendre pas le transfert de la seconde (art. 122-7 CPI, à propos duquel la jurisprudence considère qu'il est d'ordre public, Paris, 24 mai 2000, *Légipresse* 2000 n° 173, I, 88) et que celui-ci doit être enfermé dans une destination particulière (art. 131-3 CPI), le droit allemand prévoit simplement que la concession du droit d'auteur « peut » être délimitée conventionnellement (§ 31 al. 1. Loi sur le droit d'auteur). Cela implique un renversement du principe et de l'exception, la règle de principe étant la possibilité de concéder le monopole dans son intégralité et son tempérament étant la possibilité de contenir ce transfert par le jeu de stipulations contractuelles. Néanmoins le droit allemand se distingue par un principe de limitation des droits concédés au but assigné par les parties à l'opération contractuelle prise dans son ensemble (§31 al. 5) ; A. LUCAS-SCHLOETTER, *Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002*, *Propr. intell.* 2005/4, n° 57, p. 403.

⁴³² Qui distingue comme en droit français le contrat d'édition (art. 118 et s. loi du 22 avril 1941, n° 633 sur la protection du droit d'auteur et des droits connexes modifiée par le décret-loi du 30 avril 2010, n° 64) et le contrat de représentation et d'exécution (art. 136 et s. de la même loi).

⁴³³ V. M. FABIANI, « Le droit de reproduction et la révision de la Convention de Berne », *Dr. auteur*, 1964, p. 286 ; P. RECHT, « Faut-il introduire une définition du droit de reproduction dans la

Cette consécration est intervenue dans les termes les plus larges au titre de l'article 9. 1) prévoyant que « les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ». Au sein de l'article 9. 3), la convention a néanmoins pris soin d'ajouter, compte tenu des interrogations suscitées par l'application de ce droit en matière audiovisuelle, que « tout enregistrement sonore ou visuel est considéré comme une reproduction au sens de la présente convention ». En somme, la définition posée en droit international rejoint par son caractère abstrait la définition présente en droit français.

111. Droit européen. Sur le plan européen, l'expression de ce droit se retrouve à l'article 2 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, selon lequel le droit de reproduction est « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie ». Néanmoins, la distinction entre le droit de reproduction et le droit de distribution qui est prévue à l'article 4 de la directive nous est en partie étrangère en droit interne. En partie seulement, car l'article L. 122-3-1 CPI consacre une composante du droit de distribution, le principe de l'épuisement. Ce principe prévoit qu'une fois « la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre (...) autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite ». Ainsi, le droit de reproduction français équivaut au droit de reproduction auquel s'ajoute, comme dans les législations de *copyright*, le droit de distribution dont l'un des effets est reporté à l'article L. 122-3-1 CPI.

ii. Le droit de reproduction *lato sensu* : les droits de prêt et de location

112. Droits de mise à disposition. Le souci d'harmonisation européenne a suscité par ailleurs l'émergence de nouveaux droits patrimoniaux dont l'articulation avec le droit de reproduction peut prêter à discussion. Pour l'essentiel, les directives n° 92-100-CEE du 19 novembre 1992 et 2006/115/CE du 12 décembre 2006 consacrent ou amendent le droit de prêt et le droit de location⁴³⁴. La directive de 2006 définit le droit de prêt comme étant la « mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect » d'objets couverts par le droit d'auteur⁴³⁵, et le droit de location comme étant « la mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et point pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect, lorsqu'elle est effectuée par des établissements accessibles au public » d'objets soumis à la protection du droit d'auteur⁴³⁶. Cette référence à « l'objet » peut surprendre. L'on saisit davantage la référence après avoir lu l'article 3 de la directive énonçant qu'il s'agit « d'un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la location (...) en ce qui concerne l'original et les copies de son œuvre ». Ainsi, le droit en question au sein de la directive porterait sur les exemplaires et n'entrerait donc pas en concurrence avec les droits patrimoniaux qui concernent l'exploitation de l'œuvre elle-même. Il pourrait être soutenu que ces droits n'entrent pas dans le champ d'application du droit d'édition.

Cette conception doit pourtant être rejetée, dans la mesure où elle bat en brèche la conception française du droit d'auteur qui se cristallise sur l'œuvre et non sur les exemplaires. Pour le Professeur GAUTIER, la question de ces droits se résume à celle de l'exercice de la destination

Convention de Berne ? », *Dr. auteur* 1965, p. 86. N. ROUART, « Le droit de reproduction », in *La Conférence diplomatique de Stockholm, RIDA* n° spécial /1967/4 et 1968/1, p. 285 ; E. ULMER, « Coup d'œil en arrière », *ibid.* p. 24 s. ; X. DESJEUX, « Le droit de reproduction dans la Convention de Berne révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 », *Dr. aut.* 1968, p. 248.

⁴³⁴ B. EDELMAN, « La validité de la directive « droit de location et de prêt » » *D.* 1999, p. 353 ; Ph. GAUDRAT, « Prêt public & droit de location : l'art et la manière », *RTD com.* 2008, p. 752 ; G. WILMS, « La société de l'information et le droit d'auteur », *RMCUE* 199, p. 260. Sur la validité de ces droits au principe de l'épuisement des droits, voir CJCE, 28 avr. 1998, n° C-200/96, *D.* 1999, p. 353.

⁴³⁵ Art. 2. 1. a), Dir. 2006/115/CE, 12 déc. 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.

⁴³⁶ Art. 2. 1. b), Dir. 2006/115/CE, 12 déc. 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.

contractuelle⁴³⁷. Si l'on considère qu'ils s'inscrivent dans le sillage du droit d'auteur, le droit de location et le droit de prêt ne sont donc que des incarnations de l'exploitation par reproduction⁴³⁸. C'est le sens de l'affaire *Nintendo*, opposant le créateur d'un jeu vidéo à un exploitant qui louait sans autorisation des exemplaires de l'œuvre. La Cour de cassation a estimé que l'exploitant n'est pas autorisé à réaliser une telle « reproduction » de l'œuvre. L'affaire s'est donc soldée par l'assimilation du droit de location au droit de reproduction⁴³⁹. Comme le rappelle Monsieur SPOOR « le droit de reproduction est bien plus que le simple droit de reproduire l'œuvre sous la forme d'exemplaires matériels ; c'est bien plutôt le droit d'exploiter l'œuvre au moyen d'exemplaires »⁴⁴⁰ ; il peut englober aussi bien le droit de prêt que le droit de location. Ainsi, le transfert de ces droits devrait entraîner la qualification de contrat d'édition.

b. Le domaine incertain : les droits limitrophes

113. Position du problème. À titre d'introduction de sa monographie portant sur la protection internationale du droit d'exécution, LEMOINE écrivait que « l'éditeur qui acquiert ainsi le droit d'édition bénéficie, lorsqu'il publie l'œuvre, de tous les avantages qu'elle peut lui apporter ; il peut même faire des arrangements, traduction ou autre adaptation »⁴⁴¹. Selon cette conception, le droit d'édition donne à l'éditeur un accès entier à la valorisation de l'œuvre. La formule employée par LEMOINE se veut à dessein des plus larges, l'objet de son étude étant le droit d'exécution et non le droit de reproduction. Nous concernant, la question de la nature juridique de la convention qui transfère ces droits limitrophes se pose en creux. Ceux-ci étant cédés parfois concomitamment au droit de reproduction à l'occasion d'un contrat d'édition, on pourrait leur appliquer par capillarité les articles L. 132-1 et s. CPI. Ainsi, ce transfert participe-t-il de la qualification de contrat d'édition ?

114. Plan. Au titre des droits que qualifiés de limitrophes au droit de reproduction, doivent être évoqués successivement le droit de représentation (i) et les droits de création dérivée (ii).

i. Le droit de représentation

115. Définition. Contrat éponyme. En droit d'auteur, la représentation se distingue de la reproduction principalement parce qu'elle suppose une communication de l'œuvre au public, alors que la reproduction se rattache à une communication indirecte. En tant que prérogative participant à la

⁴³⁷ P.Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 258.

⁴³⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995, n° 93-15485, *D.*, 1995, p. 494, l'un des moyens soutenus par l'auteur consistait à dénier la qualification de contrat d'édition pour la fraction des droits transmis autorisant la location d'un film, ce à quoi la Cour de cassation a répondu : « Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel a relevé que la Sté Editions Glénat a versé des droits d'auteur à M. Bourgeon pour la reproduction de son œuvre dans le journal *France-Soir*, et a justement retenu que la location de films pour la réalisation de cette publication ne constituait pas un mode distinct d'exploitation de l'ouvrage de nature à ouvrir droit au paiement de droits d'auteur ».

⁴³⁹ Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 2004, Bull. civ. I n° 117, p. 96 : « le droit de location, qui procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation » et considère ainsi que la cour d'appel « a exactement retenu, sans avoir à qualifier les œuvres en cause, que la mise en place d'un système de location de jeux vidéo Nintendo sans autorisation de la société Nintendo Company Ltd portait atteinte aux droits d'exploitation que cette société détient sur ces jeux », *RTD com.*, 2004, p. 484 note F. Pollaud-Dulian ; *Prop. Intell.* n° 12, 2004, p. 770 note P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.*, juil./août 2004, p. 23, note Ch. Caron ; *Prop. ind.* Sept. 2004, p. 27, note P. Kamina ; *LPA.* 17 janv. 2005 *jurispr.*, pp. 5-17, note X. Daverat ; *Légipresse* avr. 2005, p. 63 note F. Sardain.

⁴⁴⁰ J. H. SPOOR, W. R. CORNISH, and P. F. NOLAN, *Copies in Copyright*. Translated by Bernard NOBLE, Herman Cohen Jehoram, Monographs on Industrial Property and Copyright Law. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 37. *Contra* A. LEBOIS, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, préf. A LUCAS, n° 551, p. 227 : « La location des livres et des disques n'est pas une exploitation conforme "aux usages de la profession" pour reprendre les termes de l'article L. 132-12 C. prop. intell. ».

⁴⁴¹ J. LEMOINE, *La protection du droit d'exécution des auteurs et des compositeurs*, 1935, Paris, Librairie technique et économique, p. 16.

summa divisio du monopole d'exploitation, le droit de représentation fait l'objet d'une convention spécifique prévue aux articles L. 132-18 et s. CPI. À l'instar du contrat d'édition, le contrat de représentation bénéficie d'un régime autonome et détaillé, à la différence notable qu'aucune obligation légale d'exploitation n'est prévue⁴⁴². *A priori*, les domaines contractuels semblent donc bien définis⁴⁴³.

116. Point d'achoppement : le droit d'exécution publique d'un exemplaire. La représentation d'une œuvre peut susciter des incertitudes liées aux frontières avec le droit de reproduction. Le droit d'exécution publique, fréquemment visé par les contrats-types d'édition, génère quelques difficultés.

L'habitude de l'appellation « *droit* » pour désigner l'exécution publique a conduit à son autonomisation. Cette autonomie est toute relative, ce droit relevant en principe du contrat de représentation. Pour autant, au sens où on l'entend dorénavant, l'exécution publique entretient des rapports étroits avec le droit de reproduction et le contrat d'édition, notamment lorsqu'un exemplaire doit permettre de représenter l'œuvre. Si l'on prend l'exemple d'une discothèque qui souhaite jouer une œuvre qu'elle doit au préalable reproduire sur un support, outre le droit d'exécution publique, le droit de reproduction mécanique sera convoqué au préalable. La question se pose dans tous les lieux publics où la représentation de l'œuvre est réalisée à partir de l'usage mécanique d'un exemplaire, comme l'avait très tôt souligné la Cour de cassation⁴⁴⁴.

Lorsque seul le droit de reproduction mécanique est transféré, la convention relèvera naturellement du contrat d'édition⁴⁴⁵. L'analyse est plus délicate lorsque l'exécution publique succède à une reproduction mécanique⁴⁴⁶. Les deux composantes du monopole d'exploitation étant sollicitées, la question est de savoir si ce type de communication relève davantage du contrat de représentation ou du contrat d'édition, ou s'il convient de ventiler les qualifications.

117. Nature juridique du droit d'exécution publique d'un exemplaire. Plusieurs arguments plaident pour une application du contrat d'édition.

Tout d'abord, lorsque la CJCE a été sollicitée afin de connaître la nature du droit d'exécution publique quand elle intervient après une reproduction mécanique, celle-ci a considéré que le droit de reproduction mécanique « *s'ajoute* » au droit de représentation⁴⁴⁷. Cette solution est délicate à interpréter.

⁴⁴² Sur l'absence d'obligation d'exploitation Com. 19 juin 1990, *D.* 1991, p. 436, note Gautier. Toutefois il demeure possible de stipuler une obligation d'exploitation au sein d'un contrat de représentation (v. Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 1974, *RIDA* n° 80, 1974/3, p. 124).

⁴⁴³ H. TILLET, « Les contrats dans l'édition », *Lamy droit média et communication.*, n° 245-6, « *Le contrat d'édition et les autres contrats pratiqués dans l'édition* » : « *le plus souvent, l'auteur cédera également à l'éditeur des droits de représentation relatifs à l'œuvre, et ce dans le même acte juridique. Une cession relative au droit de reproduction de l'œuvre et une cession relative à son droit de représentation coexisteront donc, sans être pour autant soumises au même régime, notamment quant à l'obligation d'exploitation (sur la cession des droits d'adaptation audiovisuelle)* ».

⁴⁴⁴ Cass. civ., 2 janv. 1946, *D.* 1946, p. 133.

⁴⁴⁵ Paris, 1^{er} mai 1925, *DH* 1925, 2, p. 98, note Roger. Une telle reproduction mécanique doit être tenue pour une édition dès lors qu'il s'agit de fixer l'œuvre sur un support et de les communiquer au public, voir en ce sens PARES, qui relate une ancienne jurisprudence de la Cour de cassation portant sur l'usage du droit de reproduction mécanique et qui estime qu'en cas de qualification de droit de représentation, « *le vœu de la loi ne serait pas rempli* », Ph. PARES, *Histoire du droit de reproduction mécanique*, Compagnie du Livre, Paris, 1953, p. 48.

⁴⁴⁶ Cela advient lorsqu'un exploitant souhaite user d'un exemplaire pour représenter une œuvre en public. L'œuvre est alors reproduite en un seul exemplaire et sa communication s'opère via la représentation. Techniquement, l'exécution publique qui correspond à la finalité de l'opération se trouve ainsi dans la dépendance du droit de reproduction. C'est la raison pour laquelle la SACEM, qui gère les autorisations de représentation musicale, prévoit également dans ses statuts l'apport du droit de reproduction mécanique, v. X. DAVERAT, « Édition musicale », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1325, n° 26.

⁴⁴⁷ CJCE, 9 avr. 1987, aff. 402/85, *G. Basset c/ SACEM*, pt. 21 : « *L'article 86 du traité CEE doit être interprété en ce sens que les interdictions qu'il comporte ne s'appliquent pas au comportement d'une société nationale de gestion de droits d'auteur par le seul fait que celle-ci perçoit, en raison de l'exécution publique de supports de son, une redevance dite droit complémentaire de reproduction mécanique qui s'ajoute au droit de représentation* », *RIDA* 1987/3, p. 168, obs. Delmoly ; *RTD com.* 1987, p. 391, obs. A. Françon.

À considérer que cet « ajout » suppose un transfert purement accessoire du droit de reproduction mécanique, la convention subséquente serait un contrat de représentation. Au contraire, si, en dépit de cet « ajout », le droit de reproduction mécanique conserve son autonomie, la solution pourrait malgré tout incliner en faveur de la qualification de contrat d'édition pour le seul droit de reproduction mécanique. En tout état de cause, les États membres ne sont pas tenus d'appliquer les qualifications issues du droit de l'Union européenne. Précisément, la Cour de cassation a considéré que l'opération relevait bien de la communication de l'œuvre et du droit de représentation⁴⁴⁸.

Ensuite, la Cour de cassation valide parfois le raisonnement mené par les juridictions du fond qui observent que, « dans les circonstances de l'espèce », une « confusion » existe entre les deux prérogatives, justifiant ainsi qu'elles soient toutes deux transmises à l'exploitant⁴⁴⁹. Néanmoins, cette confusion peut également conduire les magistrats à faire abstraction du droit de reproduction. En ce sens, le tribunal de grande instance de Paris a rendu un jugement le 8 décembre 1998 dans une affaire qui a opposé une maison d'édition musicale à une chaîne de télévision et une société de production. La maison d'édition, cessionnaire du droit de reproduction, a reproché aux sociétés, titulaires du droit de représentation, d'avoir diffusé une œuvre musicale sans avoir recueilli son autorisation, ce qui constituait un acte de contrefaçon. À l'appui de ses prétentions, la demanderesse a fait valoir que la représentation de l'œuvre passe au préalable par sa reproduction sur support. Le tribunal de grande instance de Paris a écarté la notion même de reproduction en faveur de celle de représentation, considérant que l'enregistrement sur un support spécial afin de permettre la diffusion des textes en différé n'a été effectué que pour des besoins techniques⁴⁵⁰.

Enfin, en droit français, bien que le droit d'exécution grave par principe dans l'orbite du droit de représentation, le droit d'exécution publique est usuellement transmis par voie de contrat d'édition, comme l'atteste l'examen des conventions types précédemment énoncées⁴⁵¹. Dans le domaine littéraire, on prendra pour exemple l'article 3 du contrat d'édition proposé par la Société des Gens de Lettres (SGDL), qui prévoit en la matière un transfert du droit de représentation⁴⁵². Dans ce cas de figure, il n'est pas interdit de penser que le droit d'édition englobe le droit de représentation.

⁴⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 1988, n° 86-14.684 : « Attendu que M. X... reproche à l'arrêt d'avoir admis que la SACEM pouvait valablement lui réclamer paiement au titre du droit de représentation, alors, selon le moyen, que la diffusion d'une œuvre musicale par phonogramme est une communication "indirecte" et ne constitue donc pas une "représentation" au sens de l'article 27 de la loi du 11 mars 1957, dans sa rédaction antérieure à la loi du 3 juillet 1985 ; que la cour d'appel a ainsi violé ce texte et, par voie de conséquence, l'article 1131 du Code civil ; et alors, au surplus, qu'en étendant la protection des droits des auteurs au-delà de celle qu'a instituée la loi du 11 mars 1957, sans s'attacher à la nécessité de "communication directe au public" posée par l'article 27 ancien, au motif que ce texte devait être interprété dans un sens favorable aux auteurs, la décision attaquée a violé les articles 1 et 27 de la loi du 11 mars 1957 ; Mais attendu que la communication "directe" de l'œuvre au public impliquant seulement la présence d'un public, la cour d'appel a retenu exactement, abstraction faite du motif surabondant critiqué par le pourvoi, que cette communication pouvait être effectuée par quelque procédé de diffusion que ce soit, et en particulier par le disque, dont l'audition par le public constitue une représentation au sens de l'article 27 de la loi du 11 mars 1957 ».

⁴⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, n° 97-21.603, RIDA 2001/1, p. 265 et p. 221, obs. A. Kéréver.

⁴⁵⁰ TGI Paris, 18 déc. 2008, RDPI, janv. 2000, p. 40, note A. Singh et S. Michaud. Rapp. en matière de droits voisins des producteurs phonographiques, Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, n° 02-17.196, SPPF c/ Sté Multiradio et SNEP et n° 02-19.833, SNEP et SPPP c/ SPEDIDAM, SNAM, Sté Multiradio et Sté Lyonnaise Communications : « attendu que l'arrêt, après avoir relevé que la reproduction sur disque dur constitue une opération techniquement nécessaire et accessoire pour assurer la programmation recherchée et permettre une radiodiffusion simultanée et intégrale de phonogrammes du commerce, puis que le service Multimusic était dépourvu d'interactivité en ce qu'il ne permettait pas à l'auditeur de sélectionner précisément le phonogramme qu'il voulait entendre au sein du programme qu'il avait choisi, a exactement retenu que les faits dont la cour d'appel était saisie entraient dans le champ d'application du texte susvisé ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».

⁴⁵¹ À titre d'exemple, v. art. 3 du contrat d'édition proposé par la SGDL qui envisage au profit de l'éditeur le transfert du droit de représentation.

⁴⁵² Contrat d'édition SGDL Art. 3-b) Droit de représentation : « Le droit de représenter ou faire représenter tout ou partie de l'œuvre ainsi que ses adaptations et traductions par tous procédés actuels ou futurs de communication au public, par réseau numérique et notamment par Internet, par Intranet, ou tout autre système destiné aux téléphones mobiles et aux assistants personnels, aux consoles de jeux, ou par tous procédés analogues existants ou à venir. Ce droit couvre en particulier

Bien que ces différents arguments ne permettent pas avec certitude de lier le droit d'exécution publique au contrat d'édition, on concèdera tout de même qu'ils autorisent un tel rapprochement. Reste à mesurer la portée de ce rapprochement.

118. Cessions autonomes : exclusion de la qualification de contrat d'édition. De toute évidence, si l'on convient avec la jurisprudence que le droit d'exécution relève du droit de représentation, la convention par laquelle l'auteur le transfère seul ne peut être qualifiée de contrat d'édition. La qualification de contrat de représentation sera privilégiée.

119. Cessions complémentaires : qualification envisageable. Lorsque la cession du droit d'exécution complète le transfert du droit de reproduction, la cour d'appel de Paris, à l'occasion de l'affaire *Hugues Auffray*, a rendu un arrêt qui laisse entendre que le droit d'exécution publique entre dans le domaine du contrat d'édition. Dans cette affaire, le chanteur reprochait à son éditeur de ne pas avoir respecté son obligation d'exploitation et souhaitait engager sa responsabilité. Après avoir rappelé que l'auteur a, en vertu d'un contrat d'édition, cédé, « *sans restriction, la totalité des droits d'exploitation sur l'œuvre en cause, en ce compris les droits de représentation et d'exécution publique* », la cour a considéré que « *l'étendue de cette cession entraîne pour les sociétés SEMI et MERIDAN une obligation renforcée de mettre en œuvre tous les moyens techniques qui sont à leur disposition pour assurer, dans des conditions conformes aux usages professionnels, l'exploitation normale de l'œuvre ; que l'exploitation ne saurait se limiter à la seule exploitation graphique, laquelle ne revêt plus qu'un caractère accessoire et secondaire en raison de l'évolution de l'édition musicale et du développement de l'exploitation de ces œuvres sous forme de phonogrammes ou tout autre support* »⁴⁵³. La cour d'appel considère qu'une seule cession est réalisée pour la totalité des droits transmis. La logique commande d'appréhender l'opération globalement en la qualifiant, de façon unitaire, de contrat d'édition⁴⁵⁴.

ii. Les droits dérivés

120. Définition. Comme le suggère l'appellation choisie, les droits dérivés sont des émanations du droit d'exploitation, des dérivés de celui-ci. On parle aussi de droits connexes⁴⁵⁵, en dépit du risque de confusion qu'une telle appellation pourrait engendrer à l'égard des droits voisins. Au-delà de leur dénomination, la nature de ces droits pose plusieurs difficultés. Ils posent essentiellement la question de la cohérence du monopole d'exploitation. Au regard de la conception synthétique du monopole, peut-on réellement parler de droits dérivés qui débordent les deux grandes prérogatives du droit d'auteur ? Compte tenu de leur évolution, sont-ils totalement autonomes ou ne sont-ils que des déclinaisons particulières du droit de reproduction ? Pour le Professeur PFISTER, ce sont des excroissances autonomes du monopole d'exploitation⁴⁵⁶. À ce titre, un régime contractuel autonome

la diffusion dans les réseaux internes à des entreprises, des bibliothèques, des établissements d'enseignement ou de formation, ainsi que toute autre personne morale de droit public ou privé ».

⁴⁵³ Aff. *Hugues Auffray* préc., *Comm. com. électr.*, n° 6, p. 82, Juin 2002, comm. Ch. Caron et A. Lucas, « Demogue au pays merveilleux de l'édition musicale : à propos des obligations de moyens et de résultat ».

⁴⁵⁴ Rapp. P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Mémento, 3^e éd., 2016, p. 165 : « *Ce n'est pas parce que l'auteur cède, éventuellement, dans son contrat, un autre droit (représentation) que la convention ne peut recevoir la qualification de contrat d'édition* »

⁴⁵⁵ À titre d'illustration de l'emploi de ces deux termes de façon indifférenciée v. Paris, 16 déc. 2016, n° 15/23499, qui reprend les stipulations contractuelles du contrat d'édition litigieux et qui énonce : « *Qu'en l'espèce, c'est avec pertinence que la société Offshore soutient qu'il résulte de la simple lecture du contrat (pièce 1 B.) que pendant la durée d'exclusivité, fixée à cinq ans dans le contrat de 1986 (article 3) « les artistes confi[ant] aux promoteurs l'exclusivité de l'exploitation de la production artistique dans le monde entier (...) ; enfin l'exploitation de tous les autres droits qui découlent de l'activité de l'artiste, droits dérivés ou encore droits connexes* ».

⁴⁵⁶ L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *J.-Cl. P.L.A.*, Fasc. 1110, n° 73 : « *Dans le même temps (à l'extension du droit de reproduction et du droit de représentation), les tribunaux étendent le droit exclusif d'exploitation à toutes sortes d'adaptation, de transformations et arrangements (musicaux par exemple, Paris, 12 juill. 1855 : D. 1855, 2, p. 257) de l'œuvre, toujours en se fondant sur la "généralité [des] termes" des lois (Paris, 16 févr. 1845 : Rép. méth. Dalloz, V° Propriété littéraire et artistique, 1857, T. 38, n° 409, p. 508, note 1). De plus, en dépit de réticences*

n'aurait rien de choquant, bien au contraire. On relèvera néanmoins que l'article L. 122-4 CPI est pour le moins ambigu. Celui-ci dispose que « 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 ». L'expression en fin de disposition « ou la reproduction par un art ou par un procédé quelconque » suggère que les procédés précédemment énumérés sont également des procédés de reproduction. Ainsi, lorsque l'on parle de droit dérivé ou de droit d'adaptation, on évoque en réalité d'un fragment du droit de reproduction dont l'usage ne conduit pas à la réalisation d'exemplaires.

Ainsi, en vertu de l'esprit synthétique du droit d'auteur, ces droits sont dans la dépendance directe des deux grandes prérogatives du monopole d'exploitation. Néanmoins, leur exercice n'aboutissant pas à la réalisation d'exemplaires, ces fragments du droit d'exploitation ne semblent pas, de prime abord, correspondre au champ d'application du contrat d'édition. Le droit comparé enseigne néanmoins que cette présentation n'est pas majoritaire au sein des différentes législations.

121. Droit comparé. Contrairement au droit français, la plupart des législations nationales sur le *copyright* ou le droit d'auteur établissent une distinction claire entre le droit de reproduction et les droits dérivés. Ainsi, en droit américain, l'article 106 du *Copyright Act* intitulé « *exclusive rights in copyrighted works* » prévoit deux alinéas : le premier est relatif au droit de reproduction et le second au droit de « *préparer une création dérivée basée sur une création protégée* »⁴⁵⁷. Le droit anglais reprend également cette distinction⁴⁵⁸. Le droit allemand présente la particularité de ne pas attribuer en tant que tels de droits dérivés sur l'œuvre. En effet, alors qu'une liste d'articles est prévue, ayant chacun pour intitulé « *droit de reproduction* », « *droit de communication* » ..., l'article 23, intitulé lapidairement « *Adaptations et transformations* » prévoit uniquement la nécessité d'obtenir l'autorisation de l'auteur afin d'exploiter la création dérivée⁴⁵⁹. Il existe certes une autonomie de l'adaptation, mais celle-ci est particulière, en raison de l'absence de toute référence à l'existence d'un droit. En dépit de cette particularité, un rapprochement entre le droit français et le droit allemand est permis⁴⁶⁰. D'autres législations, peut-être moins connues des juristes français, reprennent également cette autonomie ; c'est le cas par exemple du droit chinois⁴⁶¹. De la même manière, la Convention de Berne traite ces droits de façon autonome en leur dédiant plusieurs articles distincts du droit de reproduction⁴⁶². En définitive, la position française n'est pas majoritaire en la matière.

doctrinales (Kant, Renouard), ils mettent également en lumière un corollaire du droit d'exploitation : le droit de traduction (Cass. crim., 23 juill. 1824 : Rép. méth. Dalloz, V^o Propriété littéraire et artistique, 1857, T. 38, n^o 91) ».

⁴⁵⁷ Art. 106 Copyright Act : « *the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following : 2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work* ».

⁴⁵⁸ Art. 16. 1). e.), Copyright, Designs and Patents Act, 1988 : « *The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom : to make an adaptation of the work or do any of the above in relation to an adaptation* ». Il est à noter que le droit anglais donne une définition très large de la notion à l'article 21 du Copyright, Designs and Patents Act, 1988.

⁴⁵⁹ § 23 UrhG : « *Les adaptations et autres transformations d'une œuvre peuvent être publiées et exploitées sous réserve du consentement de l'auteur de l'œuvre adaptée ou transformée* ».

⁴⁶⁰ *Infra* n^o 129

⁴⁶¹ Ainsi, l'article 10 de la Loi sur le droit d'auteur des Citoyens de la République de Chine du 26 fév. 2010 fournit une liste qu'analytique des différents droits couverts par le droit d'auteur et donne à son alinéa 14 une définition des plus larges du droit d'adaptation : « *le droit d'adaptation est le droit de modifier une œuvre afin de créer une nouvelle œuvre originale* ».

⁴⁶² La convention de Berne prévoit une disposition particulière pour le droit de traduction, Article 8 [Droit de traduction] « *Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent, pendant toute la durée de leurs droits sur l'œuvre originale, du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres* » et une disposition générale pour toutes les transformations en général, Article 12 [Droit d'adaptation, d'arrangement et d'autres transformations] « *Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres* ».

122. Problématiques. Comme cela a été constaté précédemment, ces différents fragments du droit de reproduction sont fréquemment cédés à l'éditeur à la suite d'un contrat d'édition. Pour cette raison, l'usage de ces droits a été rattaché à la fonction d'intermédiation de l'œuvre⁴⁶³. Avant de procéder à une mise en abîme des droits dérivés, notre problématique doit être affinée afin de lever quelques ambiguïtés. Bien qu'en définitive il faille, comme en matière de droit de représentation, envisager l'autonomie ou non des droits dérivés par rapport au contrat d'édition, un travail préalable s'impose, dans la mesure où, au sein de la nébuleuse des droits dérivés, tous n'ont pas la même force juridique. Dans un article dédié à l'étude des exploitations secondaires des œuvres audiovisuelles, le Professeur BERNAULT dresse un état des lieux des diverses hypothèses d'exploitation secondaire⁴⁶⁴. Elle distingue deux grandes formes d'exploitation secondaire, celles qui n'entraînent aucune altération de l'œuvre initiale et celles qui, altérant suffisamment l'œuvre initiale, donnent naissance à une œuvre dérivée pouvant être composite – comme c'est le cas en matière de karaoké⁴⁶⁵ – ou de collaboration – comme c'est le cas par exemple pour un film en matière audiovisuelle⁴⁶⁶. Toutes ces hypothèses ne se valent pas. Une question se pose alors. Peut-on réellement parler de droit dérivé, dès lors que l'usage dudit droit n'implique pas la création d'œuvre nouvelle et se contente d'une « exploitation secondaire » ? La réponse est négative. Tout droit dérivé doit entraîner la création d'une œuvre dérivée. Ainsi, dans le maquis des exploitations secondaires, seules certaines sont placées dans la dépendance d'un réel droit dérivé, ce qui appelle à la prudence et au discernement.

En outre, certaines exploitations posent des difficultés de catégorisation. Tel est le cas par exemple de la synchronisation d'une œuvre dont la nature appelle à la réflexion. Alors que certains auteurs considèrent que la synchronisation d'une œuvre n'engendre aucune création nouvelle, mettant en avant l'inexistence du « droit » de synchronisation⁴⁶⁷, d'autres considèrent au contraire que la synchronisation relève bel et bien d'un droit dérivé⁴⁶⁸. La présente étude n'étant pas consacrée à la catégorisation des exploitations secondaires mais simplement au régime contractuel applicable, on se tiendra à l'écart du débat. Notons simplement l'enjeu qui est le nôtre : selon que l'exploitation dérivée peut ou non être rattachée à un véritable droit dérivé dont l'usage engendre la création d'une œuvre dérivée, le régime contractuel diffèrera.

123. Plan. Dans cette perspective, deux hypothèses sont à distinguer : le transfert des « faux » droits dérivés entraînant une simple exploitation secondaire (α) et le transfert des « vrais » droits dérivés entraînant création dérivée (β).

⁴⁶³ *Supra* n° 70 et s.

⁴⁶⁴ C. BERNAULT, « Remake, sequel, préquel, spin off : regard sur le droit d'auteur et les exploitations "secondaires" des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr.*, n° 11, nov. 2014, ét. 19.

⁴⁶⁵ V. Paris 4^e ch. A 14 mars 2001, D. 2001, p. 2556, comm. P. Sirinelli : « *Enfin, dans la mesure où les droits d'adaptation et de synchronisation (sur la théorie du droit de synchronisation, V. Lamy Droit des médias et de la communication, étude 121-44) paraissent également concernés, (la version karaoké constituant une œuvre composite du fait de l'incorporation d'une création préexistante à l'œuvre nouvelle), l'utilisation de la chanson "ne peut être réalisée que sous réserve de l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première et dans le respect de son droit moral" ».*

⁴⁶⁶ Art. 113-7 CPI : « *Ont la qualité d'auteur d'une œuvre audiovisuelle la ou les personnes physiques qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre. Sont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une œuvre audiovisuelle réalisée en collaboration : 1° L'auteur du scénario ; 2° L'auteur de l'adaptation ; 3° L'auteur du texte parlé ; 4° L'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre ; 5° Le réalisateur. Lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle ».*

⁴⁶⁷ Pour un état des lieux des arguments réfutant son existence, v. SIRINELLI et C. NGUYEN DUC LONG, « La théorie du droit de synchronisation », *Lamy droit des médias et de la communication*, n° 121-47.

⁴⁶⁸ Un auteur parle à cet égard de « *patrimonialisation* » du droit moral (A. VALETTE, *L'emprunt musical*, th. dactyl. Montpellier 2002, n° 245).

α. Les « faux » droits dérivés entraînant exploitation secondaire

124. Annonce. Si l'on considère que le droit en question n'emporte pas création d'une œuvre nouvelle, son exercice débouche simplement sur la création de produits dérivés créés en plusieurs exemplaires. Ce schéma relève davantage d'une exploitation dérivée que d'un droit dérivé.

125. Exploitation secondaire de l'œuvre elle-même. Certains contrats de *merchandising* portant sur la commercialisation de produits dérivés illustrent parfaitement ce point. L'exemple retenu est celui de la réalisation de produits dérivés à partir d'une illustration originale, lorsque l'éditeur titulaire des droits de *merchandising* sollicite un fabricant de jouets pour la commercialisation de figurines. Dans ce cas, on ne voit aucune différence de nature entre le droit dérivé et le droit primaire de reproduction. Ce que l'on appelle droit dérivé n'est ici rien d'autre qu'une destination particulière de l'œuvre arrêtée au sein du contrat d'édition⁴⁶⁹. À notre sens, le principe de destination ne permet pas la mise en échec du contrat d'édition⁴⁷⁰.

Rares sont les contentieux qui portent sur cette hypothèse. On citera un arrêt d'appel, rendu le 1^{er} juillet 2015 par la cour d'appel de Toulouse, qui semble valider au moins *a contrario* cette vue. Dans cette affaire, deux sociétés bénéficiaient d'un contrat d'édition afin d'exploiter des illustrations en commercialisant des produits dérivés. La première société bénéficiant dudit contrat s'estimait victime d'actes de contrefaçon par la seconde, considérant que son contrat d'édition, antérieur chronologiquement, lui conférait de plein droit l'exclusivité sur le droit transmis. Dès lors, afin de se prononcer sur l'éventuelle contrefaçon, la cour d'appel a dû au préalable se prononcer sur la nature des contrats en question, notamment s'ils devaient être qualifiés de contrat d'édition. Dans un premier temps, la cour d'appel de Toulouse a repris la qualification de contrat d'édition avancée par les parties. Dans un second temps, elle a estimé que la demande devait être rejetée, au motif que les sociétés demanderessees « ne justifient pas avoir édité des produits dérivés pour lesquels les produits contrefaisants auraient provoqué des ventes manquées »⁴⁷¹. En se référant à l'édition de produits dérivés tout en rejetant la demande en contrefaçon, la cour d'appel laisse entendre que l'opération contractuelle se résume effectivement à un contrat d'édition.

126. Exploitation secondaire d'une sous-œuvre : le cas du personnage et du titre. L'hypothèse la plus répandue concerne l'exploitation dérivée de ce que, de manière suffisamment évocatrice, on peut qualifier de « sous-œuvre » ou « d'œuvre composante ». Il s'agit pour l'essentiel du titre de

⁴⁶⁹ Ch. ALLEAUME, « Merchandising. Contrat de merchandising. Exploitation et contrat d'exploitation, de produits dérivés », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 700, n° 7 ; A. LATIL, *Le merchandising des musées*, *JAC*, 2014, n° 15, p. 32 s. ; P. NOUAL, « Des œuvres aux produits dérivés : quels droits d'exploitation ? » *JAC*, 2017, n° 52, p. 29 : « Afin de concrétiser la réalisation de produits dérivés, le musée va conclure un "contrat de merchandising", mais en l'absence de définition juridique, il convient de parler de "contrat d'édition" portant sur l'exploitation d'une œuvre ».

L'on sait ainsi qu'en matière musicale, à l'exception de quelques catégories bien identifiées – musique classique par exemple – l'exploitation graphique sous forme de partition ne relève plus de l'essence du contrat d'édition (Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, F-P+B, *JurisData* n° 2006-034001, comm, *Comm. com. électr.*, n° 2, fév. 2007, n° 20, C. Caron ; *RTD com.* 2006. 593, F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2006, AJ p. 1819, obs. J. Daleau ; *RLDI*, sept. 2006, n° 19, p. 30, A. Valette). Elle devient secondaire compte tenu des usages en la matière (pour une mention expresse au caractère secondaire en raison du développement de l'exploitation de ces œuvres sous forme de phonogramme ou tout autre support, v. Paris, 13 mars 2002, *RIDA* 2002, n° 194, p. 217 obs. Kéréver).

⁴⁷⁰ Dans l'affaire *Sté Kapagama c/ Poulet* préc., si les parties décident de procéder à l'exploitation graphique d'une œuvre musicale, le contrat d'édition conservera naturellement son empire en dépit du caractère secondaire de l'exploitation. Il s'agira simplement d'un contrat d'édition secondaire au regard des usages en matière d'édition musicale.

⁴⁷¹ Toulouse, 2^e ch., 1^{re} sect., 1^{er} juill. 2015, n° 13/02690.

l'œuvre⁴⁷², « protégé comme l'œuvre elle-même » au sens de l'article L. 112-4 CPI à condition qu'il soit original⁴⁷³, ou de l'un de ses personnages⁴⁷⁴. Ces éléments, qui s'agrègent et composent l'œuvre finale, doivent eux-mêmes être qualifiés d'œuvre et sont protégés à part entière par le droit d'auteur⁴⁷⁵. Leur transfert nécessite de recueillir le consentement de l'auteur lors de la conclusion d'un contrat d'édition⁴⁷⁶.

Qu'en est-il lorsque les droits sur le titre ou sur un personnage sont cédés seuls ? Nous rejoignons le Professeur BLANC, qui estime dans sa thèse que ces contrats doivent être qualifiés de contrat d'édition⁴⁷⁷. Elle énonce néanmoins que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rejeter la qualification à l'endroit d'une convention de *merchandising* à l'appui d'un arrêt rendu le 30 mars 2005⁴⁷⁸. Dans cette affaire, une société éditrice titulaire du droit de *merchandising* sur des personnages tirés de toiles de Picasso s'estime victime de contrefaçon. Saisi de l'affaire, le tribunal de commerce se dessaisit finalement pour incompétence, au profit du tribunal de grande instance. La société des Éditions Cercle d'Art, s'estimant victime de contrefaçon, forme contredit. La Cour de cassation rejette à son tour le contredit et énonce « que la cour d'appel, procédant aux recherches invoquées, a constaté, par motifs propres et adoptés, que dans son assignation la société Éditions Cercle d'Art ne reprochait à M. Z... que la fabrication de reproductions sur céramique d'œuvres de X..., que celui-là était inscrit au registre des métiers et qu'il n'exerçait pas l'activité d'édition au sens de l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle ; qu'elle a pu déduire de ces constatations et appréciations que M. Z... ne pouvait être considéré comme commerçant ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ». Dans cette affaire, la Cour de cassation estime uniquement que le contrefacteur, M. Z, n'a pas la qualité d'éditeur et qu'il n'est pas un commerçant. En revanche, elle ne dénie pas la qualité d'éditeur au cessionnaire des droits de *merchandising*, à savoir la société Éditions Cercle d'Art. On relèvera au contraire que d'autres arrêts abondent davantage dans le sens de la qualification de contrat d'édition⁴⁷⁹. La cession des droits de *merchandising* relève donc bien de la qualification de contrat d'édition.

127. Dualité ou unité contractuelle. Lorsqu'un contrat d'édition prévoit également le transfert des droits de *merchandising*, on peut légitimement se poser la question de savoir si l'*instrumentum* renferme un ou deux contrats d'édition. Étant face à deux œuvres distinctes, la logique commanderait l'existence de deux contrats d'édition : un premier au titre du droit de reproduction du roman ou du film, un second au titre du droit de *merchandising* sur le titre ou le personnage.

⁴⁷² R. CASTELAIN, « La protection des titres », *RIDA* 1956/1, p. 3 ; R. SARRAUTE, « La défense du titre banal », *Gaz. Pal.* 1971. Doctr. 183 ; H. DESBOIS, « La protection des titres de publications », *RIPLA*, déc. 1973, p. 293 ; R. PLAISANT, « La protection des titres », *RIDA* 1964/2, p. 89.

⁴⁷³ Art. 112-4 CPI : « Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même » ; à défaut d'originalité, il sera toujours possible d'invoquer une concurrence déloyale si l'usage d'un tiers est de nature à créer une confusion dans l'esprit du public (v. par ex : l'affaire « La grande aventure du Concorde », Paris, 11 juin 1980 : *Ann. Propr. ind.* 1981. 168 ; Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 2006, *Sté Colmax c/ Sté Archange International*, n° 01-03.328, *Bull. civ. I*, n° 192, *Comm. com. électr.*, juin 2006, comm. n° 88, obs. C. Caron ; Paris, 4^e ch. B, 16 sept. 2005, *Agence BJP Productions, Axelle Laffont et alii c/ Azoulay*, inédit). À titre indicatif, notons quelques exemples de titres réputés originaux : « *Au théâtre ce soir* » (Paris, 7 avr. 2006 : *D.* 2006. Pan. 2994, obs. Sirinelli ; *JCP* 2006. I. 162, obs. Caron), « *La cage aux folles* », Paris, 1^{er} mars 1984, *D.* 1986. IR 184, obs. Colombet) ou encore « *Le Père Noël est une ordure* », (TGI Paris 25 sept. 1986 : *RDPI*, 1986, 101).

⁴⁷⁴ Ph. MOURON, « La nature juridique des « *Pieds Nickelés* » : pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications », *RLDI*, mai 2008, n° 38 ; M. RISTICH de GROOTE, *Les personnages des œuvres de l'esprit. Approche de droit français*, th. dactyl. Paris II, 1985 ; sur la potentielle contrefaçon d'un personnage v. Paris, 4^e ch. A, 8 sept. 2004, *D.* 2004, p. 2574.

⁴⁷⁵ B. EDELMAN, « Histoires de bandes dessinées : à qui appartient un personnage et son nom ? », *D.* 1998, p. 80.

⁴⁷⁶ Paris, 4^e ch. sect. A 6 nov. 1991, *D.* 1992, p. 63.

⁴⁷⁷ N. BLANC, th. préc., n° 150, pp. 139-140.

⁴⁷⁸ Cass. com. 30 mars 2005, inédit, n° 02-18259.

⁴⁷⁹ V. Toulouse, 1^{er} juill. 2015, n° 13/02690, à propos d'un contentieux qui portait notamment sur l'exécution d'un contrat d'édition portant sur des produits dérivés ; Aix-en-Provence, 18 janv. 2018, n° 14/23028.

Le problème advient lorsque les qualités d'auteur de l'œuvre « composée » et de « l'œuvre compositante » sont reconnues à des personnes différentes. C'est le cas par exemple lorsque l'auteur du titre d'un roman ou d'un film n'est pas l'auteur dudit roman ou film. En effet, le recours à une compagnie de « *naming* » aussi appelée « *brasseur de titres* » n'est pas rare⁴⁸⁰. Tel est encore le cas, lorsque le personnage d'une œuvre a été créé par une personne autre que l'auteur de l'œuvre dans laquelle évolue le personnage en question. Dans cette situation, les contrats d'édition doivent naturellement être distingués. La Cour de cassation s'est prononcée à propos de la cession de droits sur un personnage dans l'affaire *Lucky Luke*⁴⁸¹. Le litige portait sur le contrat d'édition de la bande dessinée. Aux termes de ce contrat, l'auteur avait transmis les droits de reproduction sur la bande dessinée et ses droits dérivés sur le personnage secondaire de « *Kid Lucky* ». Après que l'éditeur a exploité le personnage de « *Kid Lucky* », un tiers a assigné l'éditeur en contrefaçon, prétendant être co-auteur du personnage faisant l'objet du droit de *merchandising*. Il estimait que son consentement au contrat d'édition sur le personnage n'avait pas été recherché, portant ainsi atteinte à ses droits. Confirmant la solution des juridictions inférieures, la Cour de cassation a donné raison au co-auteur, en identifiant deux contrats d'édition sur le même *instrumentum*. Ce faisant, elle répute nul uniquement le contrat d'édition qui porte sur le personnage⁴⁸². L'exploitation de la bande dessinée n'est donc pas concernée par la nullité. Dans cette hypothèse, les deux contrats ont bien été distingués.

B. Les « vrais » droits dérivés entraînant création dérivée

128. Création dérivée. Lorsque l'usage du droit dérivé entraîne création d'une œuvre nouvelle, conformément à l'article L. 112-3 CPI⁴⁸³, l'hypothèse est celle d'une œuvre composite ou dérivée, où la première œuvre intègre pleinement la nouvelle⁴⁸⁴.

129. Confusion des droits dérivés et des autorisations d'exploitation des œuvres composites. Le droit dérivé se confond avec le droit d'autoriser l'exploitation des œuvres composites de l'article L. 113-4 CPI, qui prévoit 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* ». Sans l'obtention de l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante, l'exploitation de l'œuvre nouvelle doit être qualifiée de contrefaçon⁴⁸⁵. Ainsi, lorsque

⁴⁸⁰ V. SERFATY, *Droits dérivés et œuvre audiovisuelle*, préf. P.-Y. GAUTIER, IRPI, 2015, n° 30, p. 30.

⁴⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 04-16.612, RLDI 2006/22, n° 683, obs. J.-B. Auroux.

⁴⁸² *Ibid.* : « *Attendu, (...) que l'arrêt relève que l'exploitation de l'album "Ok Corral" avait été opérée par des sociétés sans convention d'édition, que la première divulgation au public de l'album "Oklaboma Jim" sous forme de prime gratuite, n'était pas prévue par le contrat d'édition signé le 27 novembre 1997, que l'exploitation du personnage Kid Lucky sous forme de produits dérivés s'était réalisée sans l'autorisation des auteurs, le contrat du 10 septembre 1994 ne concernait que l'édition de l'album intitulé "Kid Lucky"* ».

⁴⁸³ L. 112-3 CPI : « *Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles* ».

⁴⁸⁴ Le Professeur DROSS suggère un rapprochement avec la théorie de l'accession. Il écrit ainsi : « *L'article L. 133-2 du Code de la propriété intellectuelle parle d'ailleurs à ce sujet d'incorporation. Si de surcroît tant l'œuvre originaire que l'œuvre dérivée ont un caractère d'originalité suffisant pour pouvoir faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, le conflit de propriété est latent et la règle juridique de l'accession trouve un terrain favorable à son application. Un tel conflit ne sera en réalité qu'exceptionnel. De la même manière que l'on objecte que les articles 565 et suivants du Code civil n'ont pas d'intérêt dans la mesure où, dans la majorité des cas, les propriétaires respectifs des meubles seront unis par un contrat, l'auteur de l'œuvre originaire aura le plus souvent concédé pour une durée donnée les droits sur son œuvre aux auteurs de l'œuvre composite* ». (W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. dactyl., Nancy II, 2000, n° 96, p. 98). Néanmoins, il finit par rejeter l'idée (*ibid.*, n° 98, p. 100).

⁴⁸⁵ C'est pourquoi nous critiquons la position des juges du fond ayant considéré que le scénario qui constitue la suite de la saga « *Alien* » ne pouvait être écrit avant d'obtenir le consentement du titulaire des droits sur les films déjà réalisés (Paris, 4^e ch. A, 12 mai 2004 : *Propri. intell.* 2004, n° 13, p. 913, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 1, obs. Ch. Caron ; *JCP E* 2004, 1478, note A. Singh). Si une personne souhaite écrire une suite à la sage « *Alien* » seul, l'ordre public ne peut l'en empêcher. En

l'auteur d'un roman cède ses droits d'adaptation cinématographique, il entend donner son accord à l'exploitation de l'œuvre composite. À ce titre, le droit dérivé ressemblerait davantage à une autorisation d'exploitation d'une œuvre composite, dans un esprit similaire à celui du droit allemand⁴⁸⁶.

130. Cession autonome des droits dérivés. Dans leur version générique, les contrats portant sur les « droits dérivés » ou « autorisations d'exploitation d'une œuvre composite » ne sont pas des conventions nommées, à l'exception notable du contrat d'adaptation audiovisuelle⁴⁸⁷. La pratique les désigne généralement par l'appellation du droit transmis⁴⁸⁸. Ces conventions, parfaitement autonomes, ne peuvent être qualifiées de contrat d'édition et demeurent des créations innommées en droit d'auteur⁴⁸⁹.

131. Cession complémentaire des droits dérivés. Lorsque les droits dérivés sont transmis à titre complémentaire dans un contrat d'édition, la jurisprudence, comme en matière de droit d'exécution publique, leur applique le régime juridique du contrat d'édition⁴⁹⁰.

Ce rapport de complémentarité est également sous-entendu par des usages et des contrats types⁴⁹¹. Ainsi, le Code des usages en matière de littérature, pris dans son article 6, assimile le régime juridique du transfert des droits dérivés et annexes au transfert du droit de reproduction⁴⁹². Rappelons

revanche, s'il décide d'exploiter ce scénario par exemple en le commercialisant, il faudra l'en empêcher au nom du droit d'auteur.

⁴⁸⁶ § 23 UrhG : « *Les adaptations et autres transformations d'une œuvre peuvent être publiées et exploitées sous réserve du consentement de l'auteur de l'œuvre adaptée ou transformée* ».

⁴⁸⁷ Dont il faut tout de même rappeler qu'il était initialement conçu comme une sous-convention du contrat d'édition conclu entre l'auteur et l'éditeur, art. 9 : « *Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un accord constituant un document distinct dans le contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée. Ce contrat doit être signé par l'auteur et l'éditeur* », Discussion deuxième lecture, Sénat séance du 17 juin 1985, JO séance n° 35, 18 juin 1985, p. 1256.

⁴⁸⁸ Voir par exemple, le « contrat de traduction » de la SGDL ayant pour objet le droit de traduction lui-même.

⁴⁸⁹ N. BLANC *th. préc.* n° 148 et s., p. 138 et s.

⁴⁹⁰ On citera pêle-mêle : Paris, 27 nov. 2009, n° 08/07454, aux termes duquel la cour d'appel de Paris a envisagé l'annulation d'un contrat d'édition qui « *comporte la mention de chacun des droits cédés, droits d'adaptation de reproduction et de représentation* » sur le seul terrain des articles L. 132-1 et L. 132-7 CPI, appliquant de la sorte aux transferts de droit d'adaptation et de droit de représentation les dispositions normalement dévolues au contrat d'édition ; Paris, 1^e ch. G, 9 sept. 1998 97/00867 *Sté Dargaud éditeur SA c/ Uderzo et a.*, à l'issue duquel la cour d'appel de Paris a, pour sanctionner l'éditeur qui avait cédé les droits dérivés de traduction à l'insu de l'auteur, qualifié tout d'abord l'opération litigieuse de « sous-édition » avant de poursuivre que ce comportement démontre que l'éditeur « *n'a pas, dans la négociation des droits à l'étranger, préservé les intérêts dont les auteurs lui avaient confié la charge ; qu'elle a fait en sorte au contraire de tirer des contrats passés avec ses partenaires étrangers des profits illégitimes, recevant à l'insu des auteurs, et conservant seule, des paiements qui n'apparaissent pas avoir eu d'autre cause que la cession des droits d'édition ; que ce manquement à la bonne foi dans l'exécution des contrats, qui contrevient aux dispositions de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, est manifestement incompatible avec le maintien de la relation de confiance qui doit présider au contrat d'édition et justifie la résiliation prononcée par le tribunal, dont le jugement sera confirmé de ce chef* » (on notera d'une part l'expression « droit d'édition » pour qualifier le droit de traduction et d'autre part, le fait que l'exploitation du droit de traduction s'inscrit pleinement dans la relation contractuelle générée par le contrat d'édition) ; Paris, 4^e ch., A., 12 sept. 2001, *Société Productions et Éditions musicales Charles Talar et autre c/ Société Pierre Lannier et autres*, *JurisData* n° 2001-159285 *Comm. com. électr.*, n° 3, Mars 2002, comm. 40, Ch. le Stanc. Le co-auteur musicien qui a cédé de la façon la plus large les droits de reproduction et de représentation d'une chanson ne peut la réutiliser en partie dans un spot publicitaire, au motif qu'il n'aurait pas cédé le droit d'adaptation, ce qui permet de déduire que celui-ci a été cédé à la conclusion du contrat d'édition.

⁴⁹¹ *Supra* n° 85.

⁴⁹² Art. 6 : « *Toute clause du contrat d'édition prévoyant la cession des droits dérivés et annexes doit être présentée de telle façon : que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte permettant à l'auteur d'y apporter les limitations qu'il désire ; que ces droits soient clairement répartis en trois catégories distinctes (droit de reproduction et d'adaptation graphique ; droit de traduction, droit d'adaptation et de représentation dramatique, cinématographique et, d'une façon générale, audiovisuelle) ; qu'à chacune de ces catégories de droits corresponde un pourcentage de répartition des recettes entre*

néanmoins que dans ce dernier cas, les délégations habilitées à négocier soulignent le fait qu'elles n'aient pu s'entendre « *sur le principe de la cession des droits dérivés et annexes et sur ses modalités d'application* », optant ainsi pour un régime *a minima* de la cession de ces droits à l'occasion d'un contrat d'édition⁴⁹³. Enfin, rappelons que les articles L. 132-6 et L. 132-17-4 CPI, pourtant dédiés au contrat d'édition, autorisent l'auteur et l'éditeur à avoir recours à un paiement forfaitaire en matière de traduction. Dès lors, ces articles dédiés au régime du contrat d'édition intéressent certains droits dérivés. Nous pouvons donc en déduire que les droits dérivés complètent le droit de reproduction et forment ensemble les « droits d'édition ». Le régime juridique du transfert sera analysé en seconde partie⁴⁹⁴.

132. Conclusion. En définitive, les questions mentionnées en introduction de l'étude des droits limitrophes ne connaissent aucune réponse de principe dans le droit positif. Tout au plus, nous constatons une tendance à appliquer le droit du contrat d'édition aux droits dérivés et au droit d'exécution en public. Par souci de simplicité et pour favoriser le renouveau conceptuel du contrat d'édition, cette tendance doit être encouragée. Sans doute serait-il pertinent de mettre fin à ce vide législatif en entérinant la pratique et en étendant clairement le domaine du contrat d'édition à ces différents droits⁴⁹⁵.

2. Les objets soumis au droit d'édition

133. Plan. Par principe, le contrat d'édition a vocation à exploiter des créations soumises au droit d'auteur, abstraction faite de leur nature formelle ou juridique (a). Toutefois, un certain nombre de biens immatériels comme les prestations des artistes-interprètes ou les dessins et modèles, en dépit de la lettre de l'article L. 132-1 CPI, entretiennent parfois des rapports ambigus avec le contrat d'édition (b).

a. Le domaine certain : l'œuvre

134. Position du problème. Plan. En principe, toutes les œuvres sont susceptibles d'être exploitées par le biais d'un contrat d'édition, celui-ci étant supposé embrasser le droit de reproduction sans la moindre distinction. Cela résulte de l'approche synthétique adoptée originellement par la législation de 1957. Toutefois, sous l'impulsion des institutions européennes, des conventions internationales mais aussi par commodité⁴⁹⁶, la tendance est à l'approche analytique, si bien que le droit d'auteur cumule à présent des régimes juridiques souvent redondants, donnant lieu parfois à un télescopage. À cet égard, certaines qualifications brident indirectement l'empire du contrat d'édition, comme cela sera détaillé ultérieurement⁴⁹⁷. La question se pose au regard de la nature formelle de l'œuvre (i) et de sa nature juridique (ii).

l'auteur et l'éditeur dont le quantum est déterminé à la signature du contrat après accord entre les parties ». On reconnaîtra ainsi le principe de la rémunération proportionnelle.

⁴⁹³ Art. 6, Codes des usages en matière de littérature.

⁴⁹⁴ *Infra* n° 482 et s.

⁴⁹⁵ V. « La réforme des règles du contrat d'édition dans le secteur du livre à l'ère du numérique : vers un meilleur équilibre dans la relation auteur/éditeur. 3 questions à Nicolas Georges, directeur du livre et de la lecture, ministère de la Culture et de la Communication (MCC), direction générale des médias et des industries culturelles (DGMIC) » *Comm. com. électr.*, n° 11, Nov. 2014, entr. 10 : « *Nous avons tenté de faire passer, avec mes collègues, une vision plus dynamique et moins patrimoniale de ce rôle, en proposant de ne plus distinguer entre les différents modes d'exploitation, imprimé, numérique, adaptation, traduction, audiovisuel, et en faisant du revenu généré le seul critère, finalement, de l'exploitation permanente et suivie ; nous allions même jusqu'à intégrer le contrat audiovisuel dans le contrat d'édition. Je crois que Pierre Sirinelli était sensible à cette vision, qui n'a finalement pas prévalu* ».

⁴⁹⁶ *Infra* n° 191 et s.

⁴⁹⁷ *Infra* n° 198 et s.

i. La nature formelle de l'œuvre

135. Indifférence de principe de la nature formelle de l'œuvre. Bien qu'ayant été à l'origine conçu pour le livre, le droit de reproduction a su s'adapter aux nouvelles formes d'œuvres, au fur et à mesure de leur émergence⁴⁹⁸. Ainsi, les juridictions l'ont appliqué à l'exploitation d'œuvres vidéographiques sous la forme de DVD⁴⁹⁹, de phonogrammes⁵⁰⁰, de toiles⁵⁰¹, de meubles⁵⁰², de jeux vidéo⁵⁰³ ou encore de photographies⁵⁰⁴. En dépit de leurs particularités évidentes, les œuvres d'art sont elles aussi concernées par le droit de reproduction⁵⁰⁵. De la même manière, les œuvres architecturales peuvent faire l'objet d'une reproduction, en cas de reprise des plans de l'architecte⁵⁰⁶. Le Professeur POLLAUD-DULIAN rappelle dans son ouvrage que le contrat d'édition peut parfaitement prévoir la reproduction d'objets insolites tels que des tissus ou du papier peint, dès lors qu'ils sont protégés par le droit d'auteur⁵⁰⁷.

Les nouvelles technologies sont aussi concernées par cette prérogative. Ainsi, l'impression 3D relève-t-elle parfaitement de ce droit. Certaines juridictions ont validé ce raisonnement pour la reproduction d'un blog, malgré son caractère immatériel et éphémère⁵⁰⁸. Il en va de même pour les bases de données⁵⁰⁹ et, de façon tout à fait insolite, pour un site web⁵¹⁰. De la même manière, la reproduction de vêtements sur un site internet relève du monopole d'exploitation au sens de l'article L. 122-1 CPI, malgré les rapports entretenus avec le droit des dessins et modèles⁵¹¹. En raison de sa nature dérogatoire en ce qu'il dispose d'un régime propre posé à l'article L. 122-6 CPI, le monopole d'exploitation des logiciels aurait pu prêter à controverse. Néanmoins, celui-ci reprenant les dispositions de l'article L. 122-1 CPI, il n'y a pas lieu d'écarter *per se* l'applicabilité du contrat d'édition. En sus, la doctrine, autrefois hésitante, a finalement rejeté en bloc l'argument relatif à la fonction du logiciel pour adapter les règles des conventions d'exploitation⁵¹².

⁴⁹⁸ E, ce sens P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Mémento Dalloz, 3^e éd., 2016, p. 165.

⁴⁹⁹ Paris, 4^e ch., 28 nov. 1985, *D.* 1986, IR. p. 188, obs. C. Colombet ; Cass. 1^{re} civ., 7 Novembre 2006, n° 04-13.454.

⁵⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, *RIDA* n° 166, 1995/01, p. 271 ; *D.* 1994, IR p. 249 ; *JCP G.* 1994, IV, 2564 ; *Bull. civ.* 1994, I, n° 296.

⁵⁰¹ Bordeaux, 1^{re} ch. civ., section A, 27 Janvier 2014, n° 12/03054.

⁵⁰² Sur le « *contrat de réédition de meubles* » portant sur une chaise longue signée *Le Corbusier*, v. TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 5 juin 2014, n° 12/02156, *JurisData* n° 2014-026064.

⁵⁰³ Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, n° 00-20294, *Casariil c/ Havas Interactive*, FS+P+B, *Bull. I.* 2003, n° 84, *D.* 2003, p. 1688, F. Sardain ; *Prop. intell.* 2003, n° 7, p. 159, P. Sirinelli.

⁵⁰⁴ Paris, 4^e ch., 9 mai 1990, *JurisData* n° 1990-022455.

⁵⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2017, n° 16-13.087, *JurisData* n° 2017-010354, *Comm. com. électr.*, n° 3, Mars 2018, chron. 5, M. Ranouil, en l'espèce, un artiste peintre et céramiste d'origine chinoise a conclu avec la galerie Enrico Navarra un contrat ayant pour objet la fabrication et l'édition de vingt-quatre céramiques en tirage multiple.

⁵⁰⁶ Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954, *JurisData* n° 1997-005582 ; *Bull. crim.* 1997, n° 310 ; TGI Paris, 11 oct. 2000, *ADAGP c/ Sté Éditions Alternative*, *Légipresse* 2001, n° 181, I, p. 54.

⁵⁰⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2^e éd. 2014, n°1454, p. 991

⁵⁰⁸ Il s'agissait de la reproduction d'une page internet dans un périodique ; les juges du fond ont considéré qu'il y avait reproduction et en l'occurrence contrefaçon (TGI Paris, 29 mai 2002, *SPPI et a. c/ Fox Média*, *Légipresse* 2002, n° 195, I, p. 120).

⁵⁰⁹ TC Nanterre, 9^e ch., 27 janv. 1998, n° 97F04548, *Édirom c/ Sté. Global Market Network*, www.legalisnet/legalnet/judiciaire/ord-0198.htm ; *D. Aff.* 1998, p. 584, obs. J.P.-S. ; *Expertises*, mai 1998, p. 157 s ; *Dr. et patr.*, n° 67, janv. 1999, obs. E. Caprioli.

⁵¹⁰ T. com. Paris, 1^{re} ch., 9 fév. 1998, *Cybio c/ Qualisteam*, *Expertises*, juill. 1998, p. 236, s., obs. Bertrand, *Bull. n° 102*, A, avr. 1998, p. 4 ; *DP.* n° 67, janv. 1999, obs. E. Caprioli.

⁵¹¹ TGI Paris, 3^e ch., 7 mars 1991 : *PIBD* 1991, III, p. 467, qui estime que l'action en contrefaçon menée par la société Chanel est recevable « *en tant qu'auteur et éditeur du sac en cause (...)* ». Il faut toutefois bien noter que l'articulation entre le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles est assez mal calibrée (v. *infra* n° 145-149).

⁵¹² Ph. le TOURNEAU, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Dalloz, 2000, p. 92 ; A. LUCAS, J. DEVÈZE et J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, n° 744, p. 491. Encore que certains limitent la qualification de vente aux seuls logiciels, v. J. HUET, G. DECOCQ, C.

En somme, comme la doctrine a pu le relever, le droit de reproduction est appréhendé de manière tellement abstraite qu'il englobe l'ensemble des modes de reproduction de toute œuvre, peu important sa nature⁵¹³. Cette neutralité de la nature formelle des œuvres trouve sa source dans le principe « d'unité de l'art », que l'on retrouve à l'article L. 111-2 CPI et qui interdit toute discrimination entre les œuvres en raison de leur nature formelle⁵¹⁴.

136. Incidence relative de la nature formelle de l'œuvre. Toutefois, le législateur rompt fréquemment avec l'esprit de synthèse censé gouverner la matière et attribue aux œuvres un régime particulier en fonction de leur nature. À titre d'exemple, les œuvres audiovisuelles peuvent faire l'objet d'un contrat de production emportant présomption de cession des droits d'exploitation au producteur⁵¹⁵. En matière de logiciel, le contrat de travail conclu par le salarié donne lieu à une cession de plein droit du monopole d'exploitation au profit de l'employeur⁵¹⁶.

Aujourd'hui, le débat porte en partie sur les œuvres multimédia et principalement sur le devenir du jeu vidéo⁵¹⁷. Alors qu'une jurisprudence datant de 2000 réduisait le jeu vidéo à sa programmation informatique, le qualifiant ainsi de logiciel⁵¹⁸, un arrêt de 2009 qualifie le jeu vidéo d'œuvre complexe, dont chacune des composantes devrait faire l'objet d'un régime propre⁵¹⁹.

Ainsi, bien que le contrat d'édition puisse en principe porter sur tout type de création, la nature formelle des œuvres peut avoir pour effet de les soumettre à d'autres catégories contractuelles. Ce phénomène sera traité plus en détail ultérieurement⁵²⁰.

ii. La nature juridique de l'œuvre

137. Indifférence de principe de la nature juridique de l'œuvre. Pareillement, rien dans le CPI ne justifie l'exclusion *ab initio* d'une catégorie juridique d'œuvres. Tant qu'un monopole d'exploitation existe, l'auteur de l'œuvre disposera d'un droit de reproduction qu'il pourra transférer à

GRIMALDI et H. LECUYER *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd. 2012, n° 11127, p. 477 ; E. MACKAAY, « Le marché du progiciel : licence ou vente ? », *Cab. propr. intell.* 1995, n° 3, p. 410. Ceci, selon nous, procède d'une confusion entre l'objet du contrat d'édition, qui est le droit d'auteur, et l'objet de l'édition qui n'est autre que l'exemplaire.

⁵¹³ A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, préf. R. SAVATIER, LGDJ 1962, p. 28 : « la loi ne fait pas allusion à une technique déterminée, et cela suffirait pour conclure que les conventions, tendant à enregistrer sur cire ou à fixer sur pellicule une œuvre de l'esprit, sont des contrats d'édition ».

⁵¹⁴ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *Propriété littéraire et artistique*, 5^e éd. 2017, n° 90 et s., p. 113 et s.

⁵¹⁵ Art. 132-24 et s. CPI : « Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 à L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 à L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle ».

⁵¹⁶ Art. L. 113-9 CPI : « Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ».

⁵¹⁷ P. MARTIN-LALANDE, *Rapport mission parlementaire sur le régime juridique du jeu vidéo en droit d'auteur*, 21 déc. 2011.

⁵¹⁸ Cass. crim. 21 juin 2000, *Comm. com. électr.*, sept. 2001. 17, note C. Caron ; Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 117 ; D. 2004. AJ. 1528, obs. J. Daleau ; RTD. com. 2004. 484, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. ind.* 2004, n° 9, comm. 74, P. Kamina ; *Comm. com. électr.*, 2004. comm. 84, C. Caron ; *Légipresse* avr. 2005, n° 220, p. 62, note Sardain.

⁵¹⁹ Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, n° 07-20.387, Affaire *Cryo*, D. 2009. 1819, Gaudrat, obs. J. Daleau ; RTD. com. 2009. 710, obs. F. Pollaud-Dulian ; JCP 2009, n° 42, 328, note E. Treppoz ; RIDA n° 221, 2009/3, p. 305, note P. Sirinelli. Cette jurisprudence a été récemment rappelée par un jugement du tribunal de grande instance de Lyon (TGI Lyon, (3^e ch.), 8 sept. 2016, n° 05/08070, *Alone in the dark*, D. IP/IT, 2017, p. 651, obs., J. Groffe).

⁵²⁰ *Infra* n° 207 et s.

des fins d'exploitation. Ainsi, le fait que l'œuvre soit réputée collective, de collaboration ou composite, n'est pas, en soi, de nature à remettre en cause le recours au contrat d'édition.

138. Incidence relative de la nature juridique de l'œuvre. Toutefois, certains traits spécifiques reconnus à l'œuvre collective posent des difficultés d'appréhension⁵²¹. Contrairement aux différentes qualifications juridiques prévues, en matière d'œuvre collective la personne physique ou morale en charge de l'édition est investie automatiquement des droits d'exploitation⁵²². Ainsi, la titularité du droit patrimonial est transférée de plein droit au « manageur » de la création artistique et non pas à l'auteur lui-même. Cette règle de titularité a été largement critiquée par la doctrine, qui estime en substance qu'elle s'enracine dans une philosophie économique du droit d'auteur⁵²³, rompant avec les règles de création des œuvres et dépouillant les créateurs de leurs droits⁵²⁴. Aussi, l'attribution *ab initio* des droits d'exploitation à la personne de l'éditeur rend de fait superflue la conclusion d'un contrat d'édition sur l'œuvre collective elle-même. Toutefois, cette exclusion ne concerne que l'œuvre collective elle-même et non les contributions. Dès lors, chaque contributeur pourra conclure un contrat d'édition sur sa propre contribution⁵²⁵.

b. Le domaine incertain : les autres « biens immatériels »

139. Plan. Conformément à l'article L. 132-1 CPI, Le contrat d'édition est le contrat en vertu duquel le droit de reproduire une œuvre de l'esprit est cédé. Les autres « biens immatériels » ne sont donc pas concernés par cette catégorie contractuelle. Malgré cela, trois catégories de biens immatériels doivent faire l'objet de plus amples explications, en raison de la grande proximité qu'ils entretiennent avec les œuvres, à savoir : les prestations des artistes-interprètes (i), les dessins et modèles (ii) et le droit à l'image, qui demeure sans doute l'expression la plus aboutie du mouvement de patrimonialisation des droits de la personnalité (iii). Lorsqu'un contrat d'exploitation de droits d'auteur est conclu, la pratique démontre que ces biens immatériels entretiennent des rapports très étroits avec le droit de reproduction dévolu en raison de la création d'une œuvre. Une clarification s'impose donc, à défaut de quoi la superposition des droits engendrera des difficultés conceptuelles inextricables. Dans un futur proche, d'autres catégories de biens feront vraisemblablement l'objet d'une réflexion analogue, l'on songe aux données industrielles ou personnelles dont la question de l'exploitation contractuelle est de plus en plus posée en doctrine⁵²⁶. Au regard de la faiblesse actuelle du contentieux en ce domaine émergent, le point ne fera pas l'objet de plus amples discussions.

i. Les prestations d'artistes-interprètes

140. Définition organique. Les prestations et les interprétations sur lesquelles se greffent des droits d'exploitation sont intrinsèquement liées à la personne de l'artiste-interprète. D'ailleurs, la doctrine considère que l'originalité est une condition permanente de la prestation, compte tenu de la

⁵²¹ A. LATREILLE, « La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête » *Comm. com. électr.*, 2000, n° 5, chron. 10.

⁵²² Art. 113-5 CPI : « L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur ».

⁵²³ A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 205 ; *Infra* n° 192-193.

⁵²⁴ Sur ce point voir F. POLLAUD-DULIAN, « La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilan et perspectives », *RIDA* n° 212, 2007/3, p. 2, spéc. p. 29.

⁵²⁵ *Infra* n° 259.

⁵²⁶ C. ZOLYNSKI, « Un nouveau droit de propriété intellectuelle pour valoriser les données : le miroir aux alouettes ? » *D. IP/IT* 2018, p. 94 : « si le nombre de données produites par les entreprises augmente considérablement, nombreux sont les opérateurs qui ne disposent pas des outils et des compétences appropriés pour développer des services innovants à partir de ces données ce qui peut induire chez certains le recours à une stratégie de rétention : rester assis sur son tas d'or en espérant un jour pouvoir en tirer bénéfice ou par crainte de ne pas pouvoir profiter de la valeur qui pourrait résulter de l'exploitation de cette « matière première » sur un marché aval, celui d'un service développé grâce au traitement algorithmique de ces données ».

nécessaire empreinte de la personnalité à laquelle elle donne lieu⁵²⁷. Les prestations se définissent par la qualité des personnes qui les assurent. En droit français, est protégée « *la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de tout autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes* »⁵²⁸. Cette définition est partagée en droit international⁵²⁹. Notons que la directive DADVSI traite de façon unitaire le droit de reproduction des auteurs et le droit de reproduction des artistes-interprètes⁵³⁰.

141. Exclusion jurisprudentielle du domaine du contrat d'édition : l'arrêt *Colucci c/ Sté Maroko*. L'ampleur de l'analogie – effective ou souhaitée – que suppose le voisinage des droits des artistes-interprètes soulève des interrogations. Bien que ces droits soient voisins, les prérogatives patrimoniales ne concordent pas tout à fait avec celles issues des articles L. 122-1 et suivants du CPI ; de plus la Cour de cassation, dans l'affaire *Petrucciani*, a dénié l'existence d'un droit de divulgation à la faveur des artistes-interprètes⁵³¹. Malgré cela, l'ossature régissant les règles de titularité du droit d'auteur paraît similaire dans l'ensemble. Immanquablement, la question s'est posée en matière musicale de savoir dans quelle mesure ce voisinage rejaillit sur le régime des contrats d'exploitation⁵³². La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer à l'occasion de l'affaire *Colucci c/ Sté Maroko*.

Un contentieux portant sur la validité d'un contrat d'exploitation des prestations d'un artiste-interprète advient entre l'artiste en question et un supposé éditeur. Pour solliciter la nullité du contrat, l'artiste-interprète estime que les règles de l'article L. 131-1 CPI, qui pose le principe de prohibition des cessions globales de droits futurs, ont été méconnues. La cour d'appel de Paris rejette la demande en se prononçant en faveur d'une distinction nette des deux corps de règles. Elle refuse d'appliquer *mutatis mutandis* le droit d'auteur au contrat d'artiste-interprète⁵³³. La réponse de principe apportée par la Cour de cassation est également négative. La Haute Cour considère que les règles du droit d'auteur sont « *étrangères au litige* » et rejette l'argument tiré d'un prétendu principe de prohibition des cessions globales

⁵²⁷ Sur ce point voir notamment l'affaire *Patbé-Marconi* Cass. soc., 16 mars 1961, Bull. civ. IV, n° 361 : « *si les artistes étaient libres dans l'expression de leur talent et de leur personnalité, seuls maîtres de leur interprétation à l'instant où, dans un élan de création artistique, ils donnaient à l'exécution des œuvres leur caractère original, ils étaient néanmoins subordonnés au contrôle et aux directives de la société qui leur imposait une discipline, des méthodes et des moyens d'exécution du travail pour assurer les qualités techniques de l'enregistrement* », *Gaz. Pal.* 1961, 2, p. 370 ; *JCP G* 1961, IV, p. 66 ; *Dr. soc.* 1961, p. 349, concl. Lindon ; T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005, n° 136 et s., p. 199 et s. ; voir également Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1999, n° 96-43.749, *JurisData* n° 1999-003057, qui parle de « *contribution originale et personnelle* », *Comm. com. électr.*, 1999, comm. 42, 1^{re} esp., note C. Caron.

⁵²⁸ L'article L. 212-1 CPI.

⁵²⁹ Art. 3 Conv. Rome, 26 oct. 1961

⁵³⁰ Art. 2 DADVSI : Article 2 : « *Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie : a) pour les auteurs, de leurs œuvres ; b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions* » (JOCE n° L 167, 22 juin 2001, p. 10, voir notamment V.-L. BENABOU, « La directive Droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *Comm. com. électr.*, 2001, chron. 23 ; C. CARON, « La nouvelle directive du 9 avril sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *Comm. com. électr.*, 2001, chron. 13 ; P. SIRINELLI, « La directive société de l'information : apport réel ou fictif au droit d'auteur », in *Commerce Électronique et propriétés intellectuelles*, Colloque de l'IRPI : Litec, 2001, p. 79.

⁵³¹ Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2008, n° 07-12.109, F-P+B, *Petrucciani c/ SA Francis Dreyfus Music*, *JurisData* n° 2008-045980, in *Grands arrêts de la propriété intellectuelle (GAPI)*, M. VIVANT (dir.), 3^e éd., Dalloz, 2019, n° 67, T. AZZI.

⁵³² La présence d'une cession automatique en matière de prestations audiovisuelles rend vaine toute tentative d'extrapolation, art. L. 212-4 CPI : « *La signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une œuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l'artiste-interprète* ».

⁵³³ Paris, 12 nov. 2003, *Universal Music c/ Spearman et Salaam-Clarke*, inédit, *Propri. intell.* 2004, p. 561, note A. Lucas.

des prestations futures⁵³⁴. Les droits portant sur les prestations des artistes-interprètes ne peuvent donc faire l'objet d'un contrat d'édition.

142. Rapprochement entretenu par la loi LCAP. La loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (LCAP) est venue consacrer une série de dispositions venant réglementer les contrats d'artiste-interprète qui ne sont pas sans rappeler le régime du contrat d'édition. Le Professeur TAFFOREAU a pu écrire à propos des droits des artistes-interprète qu'ils étaient « *de plus en plus voisins du droit d'auteur* »⁵³⁵. De fait, le rapprochement opéré par la loi est important. À ce titre, la LCAP peut être source de confusion pour les praticiens et les magistrats.

Ce rapprochement n'est pas fortuit, comme le démontre l'étude d'impact menée à la suite du projet législatif, qui énonce : « *La présente loi étend aux artistes-interprètes le formalisme protecteur des auteurs dans un nouvel article L. 212-11 du Code de la propriété intellectuelle. À l'image de la règle qui prévaut déjà dans les relations entre auteurs et exploitants de leurs œuvres* »⁵³⁶ et ajoute que « *c'est ainsi également que la présente loi, au troisième alinéa de l'article 5, introduit un formalisme protecteur au bénéfice des artistes-interprètes dans le cadre des contrats dits "360°", par lequel l'artiste cède des droits autres que ces droits voisins. Il s'agit notamment de son droit à l'image, du droit sur le merchandising, etc* »⁵³⁷.

L'article L. 212-11 CPI⁵³⁸ qui reprend la jurisprudence en la matière⁵³⁹ subordonne le transfert des droits à un principe de spécialité des cessions qui n'est pas sans rappeler l'article L. 131-3 CPI, qui pose le principe de destination au sein des contrats d'auteur⁵⁴⁰. Contrairement au contrat d'édition, l'exploitation des droits voisins n'emporte en principe aucune obligation d'exploitation à la charge du producteur du phonogramme. Néanmoins, le nouvel article L. 212-12 énonce la règle selon laquelle « *en cas d'abus notoire dans le non-usage par un producteur de phonogrammes des droits d'exploitation qui lui ont été cédés, la juridiction civile compétente peut ordonner toute mesure appropriée* ». Ainsi, le législateur a estimé que « *la passivité du producteur devait être combattue dans les cas les plus extrêmes* »⁵⁴¹. Si la règle sanctionne le non-usage abusif du droit d'exploitation, d'aucuns y décèlent *a contrario* l'existence d'une obligation d'exploitation,

⁵³⁴ Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2006, n° 03-20.960, *Colucci c/ Sté Maroko*, *JurisData* n° 2006-032792 ; *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 95, obs. C. Caron ; *RLDI* 18/2006, n° 521, p. 6, note L. Marino ; *JCP G* 2006, IV, p. 1882.

⁵³⁵ P. TAFFOREAU, « Le droit d'artiste-interprète, un droit de plus en plus voisin du droit d'auteur », *D.* 2015, p. 2328.

⁵³⁶ Étude d'impact, relative au projet de loi relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, 7 juill. 2015, p. 31.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ Art. L. 212-11 CPI : « *la cession des droits de l'artiste-interprète est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans le contrat conclu avec le producteur de phonogrammes, et que le domaine d'exploitation de ces droits soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ».

⁵³⁹ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-15.502 ; Paris, 9 mai 2005, *SPEDIDAM et SNAM c/ Epithete Films, France 3 et Canal Plus*, inédit, *RTD com.* 2006, p. 376, obs. F. Pollaud-Dulian. *Grands arrêts de la propriété intellectuelle (GAPI)*, préc n° 66, T. AZZI ; Paris, pôle 5, ch. 1, 29 mai 2013, n° 10/24790. V. déjà TGI Toulouse, 1^{re} ch., 15 juin 2000, n° 1997/01522 : *JurisData* n° 2000-177795 : « *l'interprétation d'un artiste ne peut recevoir d'autre utilisation que celle qui a été autorisée* », *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 96, note C. Caron ; Paris, pôle 5, ch. 1, 29 mai 2013, n° 10/24790, *M. Aston Barrettdir Aston « Familyman » Barret et a. c/ SAS Universal Music*, vient opportunément confirmer le principe de spécialité des cessions consenties par l'artiste-interprète (sur ce principe, v. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-15.502, *JurisData* n° 2001-008562 ; *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 44, Ch. Caron ; *JCP G* 2002, II, 10014, F. Pollaud-Dulian ; *Bull. civ.* 2001, I, n° 58 ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2001, n° 16 ; *D.* 2001, p. 1868, note B. Edelman ; Paris, pôle 5, ch. 1, 7 mars 2012, n° 10/01369, *SPEDIDAM c/ FNAC Direct et a.*, *Comm. com. électr.*, 2012, chron. 9, n° 5, P. Tafforeau ; *Comm. com. électr.*, 2013, chron. 4, n° 10, X. Daverat ; *RLDI* mai 2012, n° 2734, obs. J. Vincent)

⁵⁴⁰ S. Le CAM, « Artistes-interprètes du secteur de la musique : de la reconnaissance d'une titularité initiale à l'évolution du formalisme contractuel », *JAC*, 2017, n° 43, p. 24.

⁵⁴¹ T. AZZI, « Les apports de la loi en matière de droits voisins du droit d'auteur », *D. IP/IT*, 2017, p. 206

même des plus légères⁵⁴². Il n'en demeure pas moins qu'en l'état actuel, le texte ne contient aucune référence explicite à une obligation d'exploitation⁵⁴³. Enfin, en matière de reddition de compte, « *le texte fait écho, une fois de plus, aux dispositions relatives au droit d'auteur, et notamment au régime du contrat d'édition* »⁵⁴⁴. Pourtant, sa consécration ne s'est pas faite sans heurts. D'abord annoncée au sein de la loi, elle fut un temps remise en question avant d'être réintroduite dans la mouture finale. L'article L. 212-14 CPI consacre bel et bien une obligation de reddition de compte et, en vertu de cet article, le producteur devra détailler aux artistes-interprètes les modalités de calcul de la rémunération pour chacun des modes d'exploitation de sa prestation. Ajoutons que l'article L. 212-15 CPI étend le mécanisme à tous les contrats en cours⁵⁴⁵. Comme un auteur a pu l'affirmer, « *cet article fait évidemment écho à l'article L. 132-5 relatif au contrat d'édition* »⁵⁴⁶. Il est vrai néanmoins que le droit français ne consacre pas de rémunération proportionnelle en faveur des artistes-interprètes, comme cela existe dans d'autres pays⁵⁴⁷.

143. Errances prétoriennes. Malgré tout, les qualifications contractuelles ne sont pas parfaitement étanches. Dans un contentieux portant sur un contrat d'exploitation d'une prestation sonore qui prévoyait en substance que l'artiste s'engage auprès de son producteur, en contrepartie de quoi, ce dernier s'engageait à réaliser l'enregistrement d'au moins un *single* et à le commercialiser, le Professeur TAFOREAU avait alors relevé « *à quel point le "traditionnel" contrat d'enregistrement prend pour*

⁵⁴² S. Le CAM, « Artistes-interprètes du secteur de la musique : de la reconnaissance d'une titularité initiale à l'évolution du formalisme contractuel », *JAC*, 2017, n° 43, p. 24 : « *La reconnaissance d'une obligation d'exploitation est la bienvenue tant elle permettra aux juges de prononcer la déchéance de droits cédés à un producteur qui ne procède à aucune exploitation* » ; J. VINCENT, « Social - Loi LCAP : un nouveau cadre des relations contractuelles entre un artiste-interprète et un producteur de phonogrammes », *JAC*, 2017, n° 51, p. 38, « *Cette disposition part d'une intention vertueuse qui rappelle la logique de l'article L. 132-17 du CPI en matière de contrat d'édition et reprend une recommandation figurant dans le rapport Phéline. Il est toutefois trop sibyllin. La notion d'abus notoire rappelle celle de l'article L. 122-9 du CPI permettant au juge d'intervenir en cas d'abus notoire de droits patrimoniaux de la part des représentants d'un auteur décédé. Mais on ne pourra certainement pas s'en inspirer tant l'objectif poursuivi est ici différent* ». V. néanmoins P. TAFFOREAU, art. préc. n° 6 : « *le texte n'institue qu'un succédané d'obligation d'exploiter à la charge du producteur de phonogrammes. Au lieu de transposer l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle qui pose clairement une telle obligation en matière de contrat d'édition, le projet de loi tend seulement à sanctionner l' "abus notoire dans le non-usage" "des droits d'exploitation" qui ont été cédés (projet d'art. L. 212-12 CPI). Le principe et l'exception se trouvent donc renversés par rapport au droit d'auteur* ».

⁵⁴³ J.-P. LELEUX et F. FÉRAT, *Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication Sénat n° 340*, déposé le 27 janvier 2016 : « *Il ne s'agit pas ici, à proprement parler, de la création d'une obligation d'exploitation au profit des producteurs de phonogrammes, comme il en existe pour les éditeurs de livres, mais d'une possibilité, pour l'artiste-interprète de faire trancher par le juge un litige lié à une exploitation nulle ou manifestement insuffisante de sa prestation. Cette disposition complète le mécanisme prévu par la directive 2011/77/UE, [sic], dit "use it or lose it", qui impose la perte des droits en cas d'absence d'exploitation sur une période donnée* ». V. également F. POLLAUD-DULIAN, « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi "liberté de la création, architecture et patrimoine" » *RTD com.* 2016, p. 481 : « *il nous semble que poser une obligation d'exploitation permanente et suivie comme en matière de contrat d'édition aurait épargné les difficultés relatives à la démonstration de l'abus notoire* ».

⁵⁴⁴ T. AZZI, Les apports de la loi en matière de droits voisins du droit d'auteur, *D. IP/IT*, 2017, p. 206.

⁵⁴⁵ Art. L. 110, II, LCAP : « *L'article L. 212-15 du Code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction résultant du même article 10, est applicable aux contrats en cours à la date d'entrée en vigueur dudit article 10* ».

⁵⁴⁶ F. MEURIS-GUERRERO, « L'application dans le temps de la réforme du droit des artistes-interprètes », *Comm. com. électr.*, 2015, n° 9, sept., al. 60.

V. également, S. Le CAM, « Artistes-interprètes du secteur de la musique : de la reconnaissance d'une titularité initiale à l'évolution du formalisme contractuel », *JAC*, 2017, n° 43, p. 24 : « *En outre, si le paiement est fonction de l'exploitation, le producteur de phonogrammes devra rendre compte "semestriellement" du calcul de la rémunération de l'artiste-interprète "de façon explicite et transparente". Autrement dit, le législateur met en place une obligation de reddition de comptes à la charge du producteur de phonogrammes et fait écho aux dispositions existant en matière de contrat d'édition* ».

⁵⁴⁷ T. AZZI, « Rapport, général : mécanismes destinés à garantir une rémunération appropriée aux créateurs et artistes-interprètes », in *Remuneration for the Use of Works : Exclusivity vs. Other Approaches*, S. von LEWINSKI (dir.)ed. De Gruyter, Allemagne, 2017, p. 72, spéc. pp. 78-79.

modèle le contrat d'édition : cession de droits exclusifs contre obligation d'exploiter et de verser les redevances au cédant »⁵⁴⁸. Il est vrai que sous l'impulsion croisée des praticiens, des magistrats et du législateur, le régime juridique de l'exploitation contractuelle des droits voisins des artistes-interprètes n'a eu de cesse de s'inspirer du contrat d'édition. Cette proximité est parfois source de confusion pour les magistrats. On trouve ainsi des contentieux opposant un artiste-interprète et un producteur à l'occasion d'un contrat présenté comme étant d'édition jugés sans que soit contestée cette qualification contractuelle⁵⁴⁹. Parfois, la Cour de cassation va plus loin et traite de façon unitaire le droit d'exploitation qui porte sur l'œuvre et sur l'interprétation, notamment lorsque le cédant cumule les qualités d'auteur et d'interprète. À titre d'exemple, on relèvera un arrêt de rejet rendu par la Chambre sociale le 1^{er} juillet 2009⁵⁵⁰. Un compositeur – par ailleurs artiste-interprète jouant de la guitare au sein d'un groupe – décide d'attaquer en justice son éditeur pour une rémunération qu'il estime insuffisante. Il sollicite non pas le contrat d'exploitation mais son contrat d'enregistrement soumis au droit du travail en sa qualité d'artiste-interprète. La Cour de cassation approuve la cour d'appel qui « a exactement énoncé que les dispositions de l'article L. 144-3, devenu L. 3251-4 du Code du travail ne sont pas applicables au rapport entre l'artiste-interprète et l'éditeur cessionnaire de ses droits d'auteur ». Finalement, la demande est rejetée au visa de l'article L. 131-4 CPI, censé ne concerner que le droit d'auteur. De la sorte, la chambre sociale commet deux contresens : le premier sur la nature du droit transmis, le second sur le régime qui lui est applicable. Tout d'abord, la Cour de cassation considère qu'un artiste-interprète est bénéficiaire d'un droit d'auteur, ce qui n'est pas exact. Ensuite, elle applique au contrat les dispositions tirées de l'article L. 131-4 CPI pourtant réservées traditionnellement aux seuls contrats spéciaux du droit d'auteur – contrat d'édition, de représentation et de production audiovisuelle – sans distinguer ce qui relève d'une part des droits d'auteur et d'autre part des droits voisins.

144. Appréciation et critiques. Sur le plan des principes, cette jurisprudence encourt la critique. Juridiquement, le cloisonnement des catégories semble logique et justifié, si bien que l'attribution d'un droit d'auteur à un artiste-interprète est un oxymore irréductible. L'application au contrat d'artistes-interprètes de dispositions censées intéresser les contrats d'auteur, sous couvert de la dénomination de contrat d'édition, relève ainsi d'une confusion des notions.

À l'argument purement terminologique – droit d'auteur et droit voisin ne sont pas synonymes – doit être ajouté un argument d'opportunité. En effet, les contrats d'exploitation de droits voisins sont généralement conclus à l'occasion d'un d'enregistrement. L'opération se décompose en deux conventions : un contrat d'enregistrement et un contrat d'exploitation⁵⁵¹. Si le second contrat est effectivement une cession de droits ressemblant au contrat d'édition, le premier contrat – le contrat d'enregistrement – est qualifié de contrat de travail, ce qui confère à l'interprète une protection déjà accrue par rapport à l'auteur⁵⁵². Dans cette mesure, la protection apportée par le contrat d'édition serait d'une part superflue et d'autre part profondément inégalitaire pour les auteurs qui, en principe, ne bénéficient pas de la protection instaurée par le droit du travail. Même dans l'hypothèse où les auteurs

⁵⁴⁸ Paris, pôle 6, ch. 10, 6 nov. 2012, n° 10/02095, *Benga c/ Meimoun*, *Comm. com. électr.*, 2013, oct., chron., 9, P. Tafforeau.

⁵⁴⁹ Cass. 1^{er} civ. 21 mars 2006, 03-20960, qui parle de « *contrat d'édition phonographique* » à propos du droit voisin d'interprète ; v. également avant l'arrêt de principe précédemment énoncé, Paris 4^e ch. A 17 sept. 1997, portant sur la validité d'un contrat d'édition d'une interprétation musicale, C. COLOMBET, « *Contrat de travail ou contrat d'édition, nullité des clauses non conformes au Code de la propriété intellectuelle* », *D.* 1999, p 68.

⁵⁵⁰ Cass. soc. 1^{er} juill. 2009 *Rongiconi c/ SARL AGFB* Rejet n° 08-40.597, 08-40.604, n° *JurisData*, 2009-049287

⁵⁵¹ D. FOREST, « *Le contrat d'enregistrement, un Janus Bifrons* », *RDC*, 2006/2, page 569. Voir également, Cass. soc., 13 juin 2007, n° 05-45377, *Société Emi Music France c/ Mme S. dite Larusso*, comm. F.-J. Pansier, « *Fragilité du contrat d'artiste- interprète* ».

⁵⁵² L. 762-1 al. 1 Code du travail : « *Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité, objet de ce contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce* ».

concluent au préalable un contrat de commande, celui-ci sera qualifié, en règle générale, de contrat d'entreprise soumis exclusivement au Code civil⁵⁵³.

Plus largement, une telle jurisprudence s'avère contraire à l'esprit général du CPI qui postule une certaine supériorité du droit d'auteur sur le droit voisin de l'artiste-interprète⁵⁵⁴.

ii. Les dessins et modèles

145. Présentation. Le droit des dessins et modèles porte sur l'allure et l'apparence d'un produit. La protection est réglementée aux articles L. 511-1 et s. CPI. S'agissant d'une propriété intellectuelle, le droit des dessins et modèles confère à son titulaire des prérogatives d'ordre patrimonial. Le problème des dessins et modèles repose sur le fait qu'ils sont également éligibles à la protection conférée par le droit d'auteur, ce qui entraîne incidemment des concours de régime juridique⁵⁵⁵.

146. Position du problème : la double qualification. Les différentes législations nationales peuvent être classées en deux grands groupes. Une grande majorité des pays industrialisés excluent de la protection par le droit d'auteur un nombre important de dessins ou de modèles utilitaires. Dans ces pays, le cumul avec le droit d'auteur et le droit des dessins et modèles déposés n'est pas permis. C'était le cas de l'Italie, où l'exclusion était la plus forte⁵⁵⁶, et, dans une moindre mesure, de l'Allemagne⁵⁵⁷, de l'Espagne⁵⁵⁸ et des États-Unis⁵⁵⁹.

Dans d'autres législations, le principe dit de l'unité de l'art trouve une effectivité totale, ayant pour conséquence principale d'autoriser le cumul des protections⁵⁶⁰. Outre la France, on pense aux pays du Benelux⁵⁶¹ ou aux pays scandinaves⁵⁶². Le cumul des propriétés qui en résulte offre une protection à géométrie variable selon la législation sollicitée. En droit français, le principe de l'unité de l'art agit de la façon suivante : si le dessin ou le modèle constitue également une œuvre originale au sens du droit d'auteur, le cumul sera alors total et la création connaîtra une double protection.

Dès lors, un contrat censé transférer les droits d'exploitation d'un dessin ou d'un modèle doit observer deux corps de règles : les dispositions spécifiques du droit des dessins et modèles et les règles propres aux contrats d'auteur, lorsque la création est également une œuvre originale. Ce potentiel cumul laisse entrevoir des questions de qualification contractuelle.

⁵⁵³ S. DENOIX de SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, préf. A. FRANÇON, Litec, IRPI, 1999.

⁵⁵⁴ V. par exemple art. L. 211-1 CPI qui énonce que « *les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs* ».

⁵⁵⁵ Sur le cumul des protections en matière d'art appliqué, v. CJUE, 27 janv. 2011, n° C-168/09, *Flos spa c/ Semraro Casa e Famiglia spa*, D. 2011. 440 ; RTD com. 2011 p. 341 note F. Pollaud-Dulian ; Cass. com. 29 mars 2017, n° 15-10.885, D. IP/IT 2017 p. 400, Obs. A. E. Kahn, « Art appliqué : l'affirmation d'un cumul partiel entre droit d'auteur et droit des dessins et modèles ». V. également S. CHATRY, *Le concours de droits de propriété intellectuelle. Essai d'une théorie générale*, th. dactyl. Nantes, 2011, spéc. n° 51.

⁵⁵⁶ Voir l'ancien art. 5 du D. Royal, n° 1411/1940, qui prévoyait une exclusion du cumul (disposition certes abandonnée depuis la transposition de la directive 98/71/CE) et l'art. 2 de la loi n° 633 du 22 avril 1941 qui conditionne l'octroi d'un droit d'auteur à l'identification d'une « *valeur artistique* ».

⁵⁵⁷ P. GREFFE et F. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, Litec, éd. 2008, n° 1955, p. 698.

⁵⁵⁸ Voir, Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2012, n° 831/2010, qui refuse le cumul de protection, le modèle litigieux ne présentant pas un niveau d'originalité suffisant permettant d'établir une distinction avec le caractère utilitaire induit par la protection initiée sur le terrain de la propriété industrielle.

⁵⁵⁹ Qui édicte un critère de séparabilité entre l'élément utilitaire et l'élément artistique (Voir affaire *Mazer c/ Stein*, 347 US 201, 100 USPQ 325, 1954 et art. 101, Copyright Act, 1976.).

⁵⁶⁰ P. KAMINA, « Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. À propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe », *Légicom*, 2001/2, n° 25, p. 7.

⁵⁶¹ Cela provient notamment du fait que la Convention Benelux du 25 oct. 1966, dans le même esprit que la directive 98/71, définit le dessin ou modèle abstraction faite de sa dimension utilitaire. L'article 21 de la convention prévoit le cumul des protections.

⁵⁶² Voir par exemple en droit finlandais la section 10 du Copyright Act 1961/04 qui prévoit un cumul total et explicite.

147. Qualification incertaine du contrat d'édition : trois hypothèses. Compte tenu du cumul de ces règles, trois thèses peuvent être soutenues.

La première d'entre elles consiste à subordonner la reproduction d'un dessin ou modèle à la conclusion d'un contrat d'édition. Sans faire l'objet d'une pleine approbation, cette thèse est parfois évoquée par les auteurs⁵⁶³.

À rebours de cette vue, la deuxième thèse part du principe que le droit des dessins et modèles connaît une autonomie totale, y compris contractuelle. Le droit contractuel des dessins et modèles serait exclusivement régi par les dispositions qui concernent la propriété industrielle. Concrètement, seuls les articles L. 513-2 et L. 513-3 CPI sont concernés⁵⁶⁴. L'article L. 513-2 CPI prévoit que « l'enregistrement d'un dessin ou modèle confère à son titulaire un droit de propriété qu'il peut céder ou concéder » et l'article L. 513-3 CPI prévoit notamment que « tout acte modifiant ou transmettant les droits attachés à un dessin ou modèle déposé n'est opposable aux tiers que s'il a été inscrit au Registre national des dessins et modèles ». Si l'on suit cette thèse, le régime juridique de la cession des droits de reproduction d'un dessin ou modèle sera des plus rudimentaires.

Enfin, la troisième et dernière thèse est une forme de compromis. À travers celle-ci, le contrat d'exploitation des dessins et modèles est bien placé dans la dépendance du droit des contrats d'auteur, mais le régime lui étant réservé sera sommaire. Ce contrat d'exploitation sera donc un contrat d'auteur innommé, uniquement soumis aux règles générales des contrats d'auteur prévues aux articles L. 131-1 et suivants CPI. Cette thèse est notamment soutenue par Messieurs GREFFE⁵⁶⁵.

148. Les arrêts Colaga et Chaussade. La position de la jurisprudence n'est pas limpide, les juridictions du fond optant tour à tour pour l'une ou l'autre thèse⁵⁶⁶. Néanmoins, dans les arrêts *Colaga*

⁵⁶³ J. AZÉMA et J.-C. GALLOUX : « La qualification de contrat d'édition, contrat nommé du Code de la propriété intellectuelle (art. L. 132-1) a pu être également retenue pour des dessins et modèles » renvoyant à plusieurs décisions de justice qu'il nous appartiendra d'analyser par la suite, Droit de la propriété industrielle, 7^e éd., 2012, n° 1329, p. 747 ; P. KAMINA, art. préc., p. 23 ; F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1454 p. 991 : « on peut s'interroger sur le point de savoir si la qualification de contrat d'édition peut jouer dans le secteur des arts appliqués ».

⁵⁶⁴ Sur ce point v. P. de CANDE, « Cession. Cessionnaire. Contrats relatifs aux droits d'exploitation », *J.-Cl. Marques-Dessins et modèles*, Fasc. n° 3210, n° 7, qui exclut purement et simplement l'applicabilité du contrat d'édition lorsque la création relève du droit des dessins et modèles, ceux-ci relevant des seuls articles L. 513-2 et L. 513-3 CPI.

⁵⁶⁵ Jusqu'à affirmer que la rémunération proportionnelle n'est pas d'ordre public, prétexte pris qu'elle aurait pour simple vocation de protéger les intérêts personnels de l'auteur (P. GREFFE et F. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, Litec, éd. 2008, n° 986-993, p. 346-348).

⁵⁶⁶ V. TGI, Paris, 3^e ch., 10 Janvier 2001, *M. Patrick, dit Mathias c/ Carrefour et FCB*, qui porte sur un contrat d'édition d'un catalogue de dessins et modèles de vaisselle déposés à l'INPI ; Paris, 4^e ch., 15 janv. 1999, qui laisserait entendre que le contrat d'édition transfère les deux catégories de droit, droit d'auteur et droit industriel (« Considérant qu'il est répliqué par l'intimée que le modèle qu'elle a déposé en 1990, fondement de son action en contrefaçon, a été créé en 1985 par M. W et qu'elle est cessionnaire en outre des droits d'auteur, comme elle en rapporte la preuve par le contrat d'édition signé avec ce dernier le 7 mai 1993 », [nous soulignons]) ; Paris, 5^e ch., 30 janv. 1998 qui porte sur un contrat d'édition d'un jeu de société, alors que la création avait fait l'objet d'un dépôt à l'INPI sur le terrain des dessins et modèles. On notera toutefois que lorsqu'une question de qualification a été expressément posée à la cour d'appel de Paris, celle-ci a semblé rejeter l'applicabilité du contrat d'édition aux dessins et modèles (Paris, 4^e ch., sect. B, 30 Avril 2009, n° 07/18235 : « Considérant qu'il est répliqué essentiellement que l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle est d'interprétation stricte et que les dessins et modèles ne relèvent pas de l'énumération qui y est faite ; Considérant que l'article L. 131-2 du CPI susvisé dispose que "les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit"; que selon l'article L. 132-1 de ce code, 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 ; Considérant que, dans le présent litige, les appelants ne sauraient être suivis en leur argumentation relative à la nature du contrat ; qu'en effet, Madame K n'apparaît avoir remis que de simples dessins dont l'intimée se serait inspirée pour la réalisation par ses soins de cartons puis de tissus ; Que la question n'est donc pas de savoir si l'intimée est en mesure de justifier de l'existence d'un contrat d'édition mais celle de savoir si elle est cessionnaire des droits patrimoniaux de l'auteur sur les dessins que lui remet celui-ci » [nous soulignons])

et *Chaussade*, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'applicabilité du droit des contrats d'auteur lors d'une cession des droits d'exploitation des dessins et modèles.

Dans l'affaire *Colaga*, une société de confiseries avait sollicité un cabinet de créations visuelles pour créer un logo. La création étant attentatoire aux droits de sociétés tierces, parmi lesquelles *Coca-Cola*, la société de confiserie avait donc pris l'initiative, sans recueillir l'autorisation préalable de l'auteur, de modifier la création afin de se prémunir contre une éventuelle action en contrefaçon. Finalement, le créateur du logo a agi contre la société de confiseries sur le terrain du droit moral en raison des modifications unilatérales de la création. La société de confiseries a argué du fait que l'œuvre initialement conçue n'offrait pas toutes les garanties contre l'éviction des tiers au regard de l'article 54 de la loi de 1957. La cour d'appel a accueilli le moyen de la société, estimant que l'auteur avait manqué à sa garantie d'éviction, ce à quoi l'auteur avait répondu que cet article n'avait pas vocation à s'appliquer aux cessions de dessins et modèles, l'article étant circonscrit au contrat d'édition. En toile de fond, une question de qualification de la convention était donc posée. Si la disposition venait à s'appliquer, alors la cession de dessins et modèles devait être regardée comme un contrat d'édition. Dans l'hypothèse inverse, les cessions de dessins et modèles sont indépendantes du contrat d'édition. La Cour de cassation a déclaré « *que la cour d'appel s'est en réalité fondée sur le principe général de la garantie d'éviction due par le cédant d'un droit de propriété corporel ou incorporel, principe dont l'article 54 de la loi du 11 mars 1957 vise un cas particulier d'application* »⁵⁶⁷. En refusant d'appliquer directement les dispositions réglementant le contrat d'édition au transfert de dessins et modèles, la Cour de cassation refuse indirectement d'assimiler les deux contrats.

Ce procédé a été réitéré dans l'arrêt *Chaussade*. Dans cette seconde affaire, un créateur de mode a assigné en contrefaçon une société d'exploitation qui n'était autre que son employeur. Soulignant l'existence d'un contrat de travail entre les parties, l'employeur prétendait qu'il était en droit d'exploiter le modèle de mode, ce que réfutait précisément le créateur, qui invoquait en conséquence l'article L. 131-3 CPI qui prévoit le principe de la destination des droits cédés en vertu d'un contrat d'auteur. Si la cession des droits relève des contrats d'auteur, le principe de destination de l'article L. 131-3 CPI doit s'appliquer. Au contraire, si la cession ne relève pas de cette catégorie de contrats, alors les dispositions de l'article L. 131-3 CPI ne pourraient pas s'appliquer. Finalement, la Cour de cassation a répondu de la sorte :

*« 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 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 »*⁵⁶⁸.

L'attendu reproduit ci-dessus semble écarter la possibilité, pour les droits d'exploitation de dessins et de modèles, de faire l'objet d'un contrat d'édition. Les dispositions de l'article L. 131-3 CPI ne concernant que les contrats nommés à l'article L. 131-2 CPI – dont le contrat d'édition – la Cour de cassation exclut la cession des modèles de son champ d'application. Malgré cela, certaines décisions des juges du fond continuent d'appliquer les dispositions du droit commun des contrats d'auteur aux créations relevant des dessins et modèles⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Cass. 1^{er} civ., 19 juin 1990 n° 89-10.162, *Bull. civ.* I, n° 177

⁵⁶⁸ Cass. 1^{er} civ., 21 Nov. 2006, n° 05-19.294 Inédit, validant la position de la cour d'appel de Paris, (Paris, 16 févr. 2005, *D.* 2006, AJ p. 2523, obs. P. Allaëys ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. n° 169, obs. C. Caron ; *RIDA* n° 203, 2005/3, p. 323, obs. A. Kéréver, et p. 473)

⁵⁶⁹ V. ainsi à propos d'un meuble pour écran de télévision, TGI Paris, 3^e ch., 11 mars 2010, « *Dans le domaine des arts appliqués à l'industrie qui sont appelés à une reproduction en nombre comme en l'espèce, l'œuvre artistique a un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité et le succès d'un modèle dépend de l'effort financier de l'industriel qui a pris le risque de son exploitation. Le caractère accessoire de l'œuvre justifie en conséquence la rémunération forfaitaire de la cession* », faisant ainsi application des dérogations à la rémunération proportionnelle prévues dans les

149. Critiques et applicabilité du contrat d'édition. Cette voie empruntée par la Cour de cassation a le mérite de la simplicité bien que, juridiquement, elle s'expose à la critique. En effet, cette jurisprudence suscite une certaine gêne quant à la protection juridique du créateur. Pour cause, la désactivation du droit du contrat d'édition sous prétexte qu'il y ait eu un dépôt de dessin ou de modèle auprès de l'INPI est une forme de paradoxe. Comment justifier qu'une personne qui se donne les moyens d'augmenter sa protection en sollicitant le droit de la propriété industrielle voie corrélativement sa situation contractuelle se dégrader en raison de l'inapplicabilité des articles L. 132-1 et s. CPI ? L'octroi d'une propriété industrielle supplémentaire devrait au contraire renforcer la protection du créateur.

L'approche retenue par la Cour de cassation contrevient donc par trop d'aspects au droit de la propriété industrielle et au droit d'auteur. Deux possibilités sont envisageables. Soit la protection se rattache au droit d'auteur ; dans ce cas, l'aptitude des dessins et modèles à faire l'objet d'un contrat d'édition ne devrait susciter aucune objection. Soit le dessin ou modèle n'est pas une œuvre de l'esprit et relève du seul droit de la propriété industrielle. Dès lors, la cession des droits relèvera uniquement des dispositions intéressant la propriété industrielle.

iii. Les droits de la personnalité : l'exemple de l'image des personnes

150. Présentation. Le régime des droits de la personnalité n'est pas parfaitement maîtrisé par les praticiens et les magistrats en raison, notamment, du silence de la loi qui ne pose aucune définition de la notion⁵⁷⁰. Compte tenu de leur domaine d'élection, certains droits de la personnalité soulèvent la question des frontières avec les créations artistiques. Il s'agit principalement du droit à l'image, par exemple lorsqu'un artiste photographe réalise des clichés originaux de personnes⁵⁷¹. Il en va de même pour le droit à la voix, qui peut être sollicité lorsqu'une personne double un acteur dans un film en langue étrangère, mais que nous passerons sous silence en raison de la faiblesse quantitative du contentieux. Compte tenu de l'état de la jurisprudence, l'analyse sera menée à partir du droit à l'image.

151. Définition du droit à l'image et validité du contrat d'image. Spontanément, la nature du droit à l'image diverge de celle des droits intellectuels, l'image de la personne étant un attribut de la personnalité qui touche aux droits de la personnalité⁵⁷². En effet, contrairement à l'image des biens, assimilée à une utilité patrimoniale appartenant à son propriétaire⁵⁷³, la protection de l'image des

conditions de l'article L. 131-4 CPI, dont les dispositions sont pourtant dédiées aux seuls contrats d'auteur, *Propriété ind.* 2010, comm. 68, note P. Greffe.

⁵⁷⁰ Les querelles relevant de « l'appropriabilité » ou non des droits subjectifs ainsi que leur assise conceptuelle ne feront pas l'objet de développements. Il est tentant, à l'instar d'une partie de la doctrine, de voir dans ces droits des « biens innés » (sur ce point v. C.-M. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français de M. C. S. Zachariae*, Lagier éditeur, 1873, § 573, p. 229 et plus spécialement p. 230 : « en pure théorie, le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, et notamment les biens innés et les biens à venir. Le droit français s'est conformé à cette théorie, en ce qui concerne les biens à venir, qui, ainsi que cela ressort nettement des art. 1270, 2092, 2122 et 2123, sont regardés comme virtuellement compris dans le patrimoine, dès avant qu'ils y soient entrés. Mais il s'en est écarté en ce qui touche les biens innés »).

J.-M. BRUGUIÈRE « "Droits patrimoniaux" de la personnalité », *RTD civ.* 2016, p. 1, n° 3 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445 ; G. BEAUSSONIE, « Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », *RSC* 2010, p. 525, n° 47.

⁵⁷¹ D. LEFRANC, « L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », *D.* 2002, p. 1926 ; J.-M. BRUGUIÈRE et A. BRÉGOU, « L'image, entre droit civil et droit d'auteur », *D.* 2008, p. 2985 ; *Comm. Paris 4^e ch. A* 10 sept. 2008, *D.* 2008, p. 2985.

⁵⁷² Il est d'ailleurs le premier droit de la personnalité protégé par la jurisprudence, la Cour de cassation proclamant par un double arrêt, sur le fondement de l'article 9 du Code civil, que « toute personne a sur son image un droit exclusif et absolu et peut s'opposer à sa fixation, à sa reproduction ou à son utilisation sans autorisation préalable », *Cass. 2^e civ.*, 30 juin 2004, n°02-19.599 et n° 2004-024365.

⁵⁷³ *V. Cass. 1^{re} civ.*, 10 mars 1999, n° 96-18.699, *Affaire Gondrée*, *Bull. civ. I*, n° 87, p. 58 ; *RTD civ.* 1999, p. 859, note F. Zenati ; *RTD com.* 1999, p. 397, note A. Françon ; *RIDA* 1999, n° 182, p. 149, note

personnes se fonde en droit interne sur l'article 9 du Code civil relatif au respect de la vie privée⁵⁷⁴. On enseigne traditionnellement que les droits de la personnalité sont extrapatrimoniaux et pour ainsi dire hors du commerce⁵⁷⁵. En raison de leur nature extrapatrimoniale, « *les droits de la personnalité ne pourraient ainsi se prêter qu'aux seules opérations qui ne sont pas incompatibles avec leur inaliénabilité* »⁵⁷⁶, ce qui les rend *a priori* insusceptibles d'opérations contractuelles quelles qu'elles soient. Néanmoins, soutenir que le contrat d'image est nul par principe pour défaut d'objet « *reviendrait à refuser d'admettre une réalité quotidienne qui s'exprime dans de nombreux contrats* »⁵⁷⁷. En réalité, les contrats d'image sont valables et la question de leur assimilation au contrat d'édition peut se poser. Une distinction d'ordre conceptuel opposant « *droit à l'image* » et « *droit à la valeur patrimoniale de l'image* », comme on distingue l'œuvre et le droit d'exploitation⁵⁷⁸, permet un tel rapprochement⁵⁷⁹.

152. Du droit à l'image au *right of publicity* en droit comparé. Une brève étude de droit comparé accrédite l'idée d'un rapprochement avec le régime des droits d'auteur. Tout d'abord, certaines juridictions, sur le modèle du droit allemand qui reconnaît aux individus un droit voisin sur leur image depuis la loi du 9 janvier 1907⁵⁸⁰, éprouvent des difficultés à distinguer le droit à l'image de la propriété intellectuelle. Une décision du tribunal de grande instance de Paris, rendue à l'occasion d'un contentieux portant sur la publication de photographies d'une femme tirées d'un film, a considéré qu'un tel acte « *constitue une violation de son droit à l'image protégé par l'article L. 212-3 du CPI* »⁵⁸¹. D'autres affaires procèdent à une ventilation correcte entre le régime des droits de propriété intellectuelle et le droit à l'image⁵⁸².

M. Cornu ; *D.* 1999, 319, note E. Agostini et concl. J. Sainte-Rose ; *JCP G.* 1999, II. 10078, note P.-Y. Gautier ; *Comm. com. électr.*, 1999, comm. 4, obs. Y. Gaubiac.

⁵⁷⁴ J. RAVANAS, « Le plein exercice du droit au respect de la vie privée », *D.* 1998, p. 474.

⁵⁷⁵ J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité », *RTD com.* 2012, p. 35 ; G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 315 : « *on peut certes éprouver une gêne au moment d'énoncer que les juristes attribuent d'une manière en quelques sortes officielle une valeur marchande à un élément de la personne humaine* ».

⁵⁷⁶ J.C. SAINT-PAU, *Droit de la personnalité*, LexisNexis, Traités, n° 561, p. 339.

⁵⁷⁷ C. CARON, « Le contrat d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image. Journées nationales*, Dalloz, p. 95, n° 1.

⁵⁷⁸ Th. HASSLER, « Le contrat d'image, creuset de la schizophrénie du contrat d'image », *RLDI*, janv. 2010, n° 56, p. 67 ; v. également, Th. HASSLER, *Le droit à l'image des personnes : entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, LexisNexis, coll. CEIPI, n° 56, p. 64.

⁵⁷⁹ Si notre étude se borne aux seuls aspects contractuels du droit d'exploitation de l'image, il est à noter qu'en matière de succession, des juridictions ont déjà eu l'occasion de considérer que ce droit se transmettait aux héritiers, lui conférant ainsi une autre dimension patrimoniale en le sortant du registre des droits de la personnalité, J. PATARIN, *Droits transmissibles successoralement : le droit de monnayer l'exploitation commerciale de l'image d'une personne se transmet-il à ses héritiers ?*, *RTD civ.* 1990, p. 126.

⁵⁸⁰ En droit allemand, l'avènement du droit à l'image a eu lieu avec la loi du 9 janvier 1907 *relative au droit d'auteur sur les arts figuratifs et la photographie*. À la suite du scandale qu'avait provoqué la publication, sans l'autorisation de la famille, d'une photographie de la dépouille de Bismarck sur son lit de mort, le législateur allemand décida d'insérer une forme de droit à l'image voisin du droit d'auteur, notamment afin de contourner l'effet mécanique des droits subjectifs qui s'éteignent avec leur hôte et de permettre à la famille qui recueille le droit voisin de s'opposer à l'utilisation d'image par des tiers. Ainsi l'article 22 de ladite loi disposait : « *Les portraits ne peuvent être répandus ou exposés publiquement qu'avec l'autorisation de la personne représentée. Cette autorisation est censée avoir été accordée, en cas de doute, lorsque la personne représentée a obtenu une rétribution pour avoir servi de modèle. Après la mort de la personne représentée, l'autorisation de ses proches est nécessaire jusqu'à l'expiration de dix ans* ».

⁵⁸¹ TGI Paris, 11 mai 1998, *D.* 1999, somm. 120, obs. Th. Hassler et Lapp.

⁵⁸² V. notamment l'affaire *Marion Cotillard*, Versailles ch. 01 sect. 01, 21 janv. 2016, qui, en matière de compétence territoriale, distingue clairement le régime des droits voisins de l'artiste-interprète et le régime du droit à l'image (« *Considérant (...) que si la juridiction française n'est compétente que pour réparer le seul dommage causé sur le territoire français en ce qui concerne l'atteinte aux droits voisins d'artiste interprète, il lui revient de statuer sur la réparation de l'intégralité du dommage causé par l'atteinte au droit à l'image* »).

Une autre tendance prend ses marques dans la jurisprudence américaine et estime que le « *right of publicity* » doit être distingué du simple droit à l'image⁵⁸³. Le droit américain est le premier « grand » système juridique à avoir distingué le « *right of privacy* » du « *right of publicity* ». Le *right of privacy*, qui constitue le droit de la personnalité lui-même, demeure incessible, tandis que le *right of publicity*, véritable droit patrimonial, peut être cédé⁵⁸⁴. La force publicitaire d'un nom ou d'une image serait alors le terreau d'un nouveau droit patrimonial de la personnalité qui peut faire l'objet d'un contrat d'exploitation⁵⁸⁵.

La jurisprudence belge est sans doute celle qui autorise le plus grand rapprochement avec le droit français. En effet, la Cour de Bruxelles va encore plus loin en estimant que « *le right of publicity qui peut être défini comme le droit d'exploitation exclusive de sa personnalité à des fins commerciales, peut être assimilé à cet égard au droit d'auteur, l'individu ayant une espèce de copyright naturel sur son portrait* »⁵⁸⁶. Ce rapprochement n'est pas anodin, dans la mesure où les droits d'auteur français et belge partagent un socle commun de règles applicables en la matière. L'assimilation entre le *right of publicity* et le droit d'auteur s'étendrait aux règles des contrats et rien n'empêcherait de conclure un contrat d'édition d'image.

153. Du droit à l'image au *right of publicity* en droit français. En droit français, cette idée se retrouve à l'occasion de l'affaire *Ducasse*. La Cour de cassation était alors interrogée sur la reconnaissance de prérogatives particulières au profit du titulaire d'un nom « *notoirement connu* »⁵⁸⁷. Comme l'a souligné le Professeur CARON, cette décision est une illustration de la rencontre entre la propriété intellectuelle et les droits de la personnalité⁵⁸⁸. Elle reprend la *summa divisio* envisagée par le Professeur LOISEAU, pour qui doivent être distingués droit primaire et droit dérivé à l'image. Le premier renvoie au caractère extrapatrimonial de l'image qui « *permet à toute personne de contrôler l'accès des tiers à sa propre personnalité* ». Le second est « *le droit des personnes renommées de contrôler l'exploitation commerciale de leur personnalité c'est-à-dire le droit d'exploiter à des fins commerciales ou publicitaires la valeur attractive des éléments évoquant la personnalité, tels que le nom, l'image ou la voix, ainsi que de s'opposer à toute commercialisation non consentie qui en serait faite* »⁵⁸⁹. Il s'agirait d'un « *droit subjectif mixte* »⁵⁹⁰. Eu égard à cette patrimonialisation, on a ainsi pu affirmer que l'image serait un « *quasi-droit voisin* »⁵⁹¹ ou plus simplement un nouveau droit voisin⁵⁹². La question se pose d'autant plus que dans certains domaines d'exploitation d'une image à forte valeur publicitaire (mannequinat, célébrités dont l'image est fortement valorisée auprès des annonceurs et du public), la conclusion d'un contrat d'édition à propos des œuvres photographiques est nécessaire. Sous ce prisme, la question de l'assimilation de tels contrats aux contrats d'auteur a été posée à la Cour de cassation.

⁵⁸³ *Haclan Laboratoires, Inc. v/ Topps Chewing Gum, Inc*, 202 F. 2d 866 (2d Civ. 1953), cert. denied, 348 US 812 (1953) ; St. R. BARNETT, « Le droit dit "right of publicity" aux États-Unis d'Amérique à la croisée des chemins », *RIDA* n° 160, 1994/2, p. 4.

⁵⁸⁴ L'autonomie conceptuelle n'est pourtant pas totale, certains États refusant de considérer que le *right of publicity* puisse être transféré à cause de décès (New York, *v. Mirone v. MacMillan*, 894 F., 2d. 579, 585, 2d Cir. 1990 ; *Wisconsin, v. Hagen v. Dabmer*, 24 Media L. rep. (BNA) 1131, E.D. Wis. 1995), ce qui appelle malgré tout à la prudence au moment de tenter une analogie entre le système américain et notre droit continental.

⁵⁸⁵ Ou alors d'une forme de « *patrimonialisation des droits de la personnalité* », D. LEFRANC, *La renommée en droit privé*, Defrénois, 2004, coll. Doctorat & Notariat, T. 8, préf. H.-J. LUCAS, spéc. n° 38, p. 28 et n° 100, p. 86.

⁵⁸⁶ Bruxelles, 12 nov. 1998, A § M 1999, 361 (appel de Rh. Bruxelles, 7 nov. 1995, *Ing. Cons.*, 1996, 23).

⁵⁸⁷ Cass. com., 6 mai 2003, *D.* 2003, p. 2228, comm. G. Loiseau ; *D.* 2003, AJ p. 1565, obs. J. Daleau ; *JCP G.* 2003, IV, n° 2169.

⁵⁸⁸ C. CARON, « Le contrat d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image. Journées nationales*, Dalloz, p. 95, spéc. n° 11, pp. 100-101.

⁵⁸⁹ G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, préf. J. GHESTIN, 1997, LGDJ, n° 477, p. 471.

⁵⁹⁰ G. LOISEAU, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », in *Mac Gill Law Journal*, 1997, p. 319.

⁵⁹¹ P. TAFFOREAU et C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, 4^e éd. Guamino, 2015, n° 3.

⁵⁹² C. DESCHANEL-HEBERT, *Le droit patrimonial à l'image : émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur*, Univ. d'Avignon, 2017.

154. Rejet de la qualification de contrat d'auteur. L'on s'abstiendra pourtant d'assimiler purement et simplement le droit patrimonial relevant du droit d'auteur et celui relevant du droit à l'image, notamment parce que le droit d'auteur implique une « *intervention humaine originale* » qui fait défaut en matière d'image⁵⁹³. La formule employée par la chambre sociale de la Cour de cassation est dénuée d'ambiguïté lorsqu'elle énonce notamment que « *l'artiste de spectacle participant à un film publicitaire se distingue du simple mannequin en ce qu'il ne se limite pas à prêter son image pour la présentation d'un produit au public, mais qu'il se livre par la voix ou le geste à un jeu de scène impliquant une interprétation personnelle et relevant de l'activité de spectacle* »⁵⁹⁴. Ce surcroît de travail propre à la création artistique est absent en matière de droits de la personnalité, innés par essence. Ce point justifie à lui seul que le transférant ne puisse prétendre à un droit de propriété littéraire et artistique sur son image. C'est pour cette raison que la Cour de cassation a expressément rejeté l'application du droit des contrats d'auteur à l'exploitation d'une image d'une personne, en dépit de la parenté patente ou supposée avec les contrats d'exploitation de droits d'auteur⁵⁹⁵. Tout au plus, et pour reprendre la formule du Professeur LOISEAU, le droit d'auteur doit être « *une source privilégiée d'inspiration* » lors de l'édification du régime des contrats d'image des personnes⁵⁹⁶.

On rappellera en dernier lieu que certaines hypothèses prêtent aisément à confusion. C'est ainsi qu'un contrat d'édition d'une photographie peut attenter incidemment au droit à l'image des personnes⁵⁹⁷. Dans ce cas, la validité de l'exploitation sera subordonnée à l'accord des détenteurs du droit à l'image⁵⁹⁸, si tant est que la personne soit reconnaissable sur la photo en question⁵⁹⁹. Logiquement, le contrat d'édition sera conclu sous la condition suspensive de recueillir l'autorisation

⁵⁹³ Sur les raisons présidant au rejet de la qualification de droit d'auteur, v., J.-M. BRUGUIÈRE, A. BRÉGOU, *L'image, entre droit civil et droit d'auteur*, D. 2008, p. 2985.

⁵⁹⁴ Cass. soc., 10 fév. 1998, n° 95-43.510.

⁵⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2008, pourvoi n° 07-19494, F-P+B, B.-M. c/ *SA Photoalto*, *JurisData* n° 2008-046194 : « *Les dispositions de l'article 9 du Code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du Code de la propriété intellectuelle, relèvent de la liberté contractuelle* », RDC, 2009/2, p. 477, comm. Y.-M. Lathier ; *Comm. com. électr.*, n° 2, Février 2009, comm. 12 C. Caron. Versailles, 22 sept. 2005, *JurisData*, n° 288693 : « *Le droit à l'image revêt les caractéristiques essentielles des attributs d'ordre patrimonial, il peut valablement donner lieu à l'établissement de contrats, soumis au régime général des obligations entre le cédant, lequel dispose de la maîtrise juridique sur son image, et le cessionnaire, lequel devient titulaire des prérogatives attachées à ce droit* », D. 2006. Pan. 2702, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; *Comm. com. électr.*, 2006, n° 4, p. 29, obs. C. Caron ; *Légipresse*, juin 2006, p. 109, note J.-M. Bruguière.

⁵⁹⁶ V. Paris, 4^e ch. A, 26 avr. 2006, *Perquin c/ Sté Elan management*, *JurisData* n° 2006-299029, estimant qu'en matière de contrat d'image, il est nécessaire de stipuler « *le domaine d'exploitation des droits cédés quant à leur étendue, quant à sa destination, quant au lieu et à la durée* », *Comm. com. électr.*, n° 9, Sept. 2006, comm. 125, C. Caron : « *ce qui prouve que l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle sert de modèle au droit patrimonial sur l'image* » ; V. VARNEROT, « *La fictionnalisation de la vie privée* », *Rev. Interd. Et. Jur.*, vol. 64, n° 1, 2010, p. 183, spéc. p. 228 : « *La dualité de nature du droit à la vie privée investit son titulaire, sous condition de notoriété, d'un monopole d'exploitation des révélations qu'il consent. Le débat se déplace alors sur le terrain des droits patrimoniaux. L'analogie avec le monopole d'exploitation conféré par le droit d'auteur dicte la solution* ».

⁵⁹⁷ J.-M. BRUGUIÈRE, « *Les droits de l'image dans le livre* », *Légicom*, 2001/1, n° 24, p. 123

⁵⁹⁸ En matière de droit voisin de l'artiste-interprète, l'article L. 212-11 CPI rappelle clairement le principe en énonçant que « *la cession au producteur de phonogrammes de droits de l'artiste-interprète autres que ceux mentionnés au présent code est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention expresse distincte dans le contrat* ». Comme le note le Professeur AZZI, « *le texte concerne en réalité les droits de la personnalité et notamment le droit à l'image. Il est courant que l'artiste-interprète, dans un même contrat dit « à 360 », autorise son producteur à exploiter à la fois son interprétation et son image. Le producteur peut ainsi se servir de photographies représentant l'artiste pour illustrer la couverture et le livret du phonogramme, en faire la promotion ou commercialiser des produits dérivés sous forme de merchandising. Obligeant les parties à davantage de précision lors de la cession, la nouvelle disposition protège l'artiste-interprète. Le but est louable, si ce n'est qu'il est étrange que le code de la propriété intellectuelle traite dorénavant de droits qui ne sont précisément pas des droits de propriété intellectuelle* », T. AZZI, « *Les apports de la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine en matière de droits voisins du droit d'auteur* », D. IP/IT 2017. 206.

⁵⁹⁹ Le caractère identifiable ou non relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, v. notamment l'affaire du *Baiser de l'Hôtel de Ville*, TGI Paris, 2 juin 1993, *Gaz. Pal.*, 13-15 fév. 1994, p. 18, note P. Frémond et l'affaire *Virenque*, TGI Paris, 25 fév. 1988, *Légipresse*, juin 1988, n° 152, I, 66. Ch. Ferrand.

des personnes concernées. La convention sur l'image n'en demeure pas moins indépendante du contrat d'édition.

155. Conclusion : conséquences sur le contrat d'édition. Le contrat d'édition ne se restreint pas aux œuvres littéraires ou musicales. Toutes les fois où un contrat porte sur une réalisation en nombre d'exemplaires, la qualification de contrat d'édition pourra être retenue nonobstant l'appellation envisagée par les parties. En revanche, le contrat d'édition est circonscrit aux seules œuvres, ce qui exclut son recours en cas d'exploitation d'une prestation d'un interprète ou de l'image d'une personne. Pour autant, la présentation ainsi dressée du champ d'application *ratione materiae* ne permet pas d'appréhender l'impact sur le droit d'auteur d'un des phénomènes majeurs de ce début de siècle : la révolution numérique.

B. L'ADAPTATION NUMÉRIQUE DE L'OBJET CARACTÉRISTIQUE

156. Problématiques. Si l'autonomie du discours vis-à-vis de son support est un débat philosophique aujourd'hui clos⁶⁰⁰, la disparition du support tangible dans la sphère numérique soulève de nouvelles difficultés devant être réglées⁶⁰¹, sous peine de voir celles-ci prospérer à l'ombre des réseaux et dans les limbes du non-droit⁶⁰². La question de l'exploitation numérique des œuvres s'articule autour de deux problématiques pouvant être hiérarchisées. La première, pouvant être qualifiée d'ostensible, de révélée ou de conjoncturelle, porte sur l'adéquation directe de la lettre de l'article L.

⁶⁰⁰ O. BLONDEAU, *Libres enfants du savoir numérique. Une anthologie du "Libre"*. Éditions de l'Éclat, 2000 ; P. CRETOIS, « La propriété repensée par l'accès », *Rev. Inter. Dr. Eco.*, 2014/3 (t. XXVIII), p. 319 ; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 376. note n° 6 ; E. KANT, *De l'illégitimité de la reproduction des livres*, 1785, reproduit in *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Quadrige/PUF, 1995 ; J. G. FICHTE, *Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole*, 1791, reproduit in *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Quadrige/PUF, 1995. ; M. SERRES, *Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive*, « Conférence à L'Institut national de recherche en informatique et en automatique », 11 déc. 2007, http://www.ac-grenoble.fr/ien.bourgoinashnord/IMG/pdf_Texte_de_la_conference.pdf ; M. SERRES, « L'innovation et le numérique », Conférence Univ. Paris I Sorbonne, 29 janv. 2013, https://www.canal-u.tv/video/universite_paris_1_pantheon_sorbonne/michel_serres_l_innovation_et_le_numerique.11491

⁶⁰¹ P. SIRINELLI, « Conclusion » in *La Galaxie Internet, l'impératif de la conquête*, Paris, Unicom/CREMOC, 1999 ; P. SIRINELLI, « L'avenir du droit d'auteur » in *Réseaux, communication, technologies société*, Droit d'auteur et numérique, Hermès, Mars 2002 p. 41.

⁶⁰² J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., p. 25 ; J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. philo. Dr.* 1963, 55, p. 25 et spéc. p. 30 : « Nous désignons par non-droit intellectuel le régime juridique où, la règle de droit présentant des lacunes et l'extension analogique étant interdite, certaines situations ne sont pas conceptuellement appréhendées par le droit » ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité », *Arch. phil. Dr.* 1999, 43, p. 139 et s., spéc. p. 140 : « Le droit, dans sa vaillance, s'emploie tout à la fois à se concrétiser et à faire sien des phénomènes immatériels » ; P.-Y. GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Prop. intell.* 2015/1, n° 54, p. 10 s., spéc. p. 10 : « Sur l'internet, le consommateur, ivre de technologie, à laquelle il ne pouvait même pas rêver il y a encore quelques années, s'est très vite accoutumé à son maniement et l'utilise non seulement pour ses besoins professionnels ou pratiques, mais aussi pour ses loisirs et sa distraction (...). Et si on ne les lui offre pas, il ira les chercher lui-même, fût-ce à la busserde. Il y a ici un aspect sociologique dont il faut prendre la mesure pour la réaction du droit » ; L.-M. AUGAGNEUR, « Vers des nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique », *RTD com.* 2015, p. 455. Sur l'incompatibilité radicale des instruments juridiques classiques v. par exemple L. RAPP, « Numérique et concurrence », *RFDA* 2014, p. 896, « la dématérialisation progressive des supports : du téléchargement sous licence légale jusqu'à la consommation en ligne, qui ne postule plus de transfert matériel de propriété ; ces pratiques sonnent le glas du régime de la propriété intellectuelle en vigueur, conçu pour une économie tangible ». Plus nuancé, v. J.-R. BINET, « Chapitre 1. La peur du vide », in *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, J.-R. BINET (dir.), Paris, PUF, Partage du savoir, 2002, p. 223-241, p. 223 : « Le vide juridique existe-t-il ? C'est ce qu'il semble, à en juger par la fréquente invocation de celui-ci en matière d'avancées des sciences. Pourtant, le vide n'est qu'illusion, car à chaque problème le droit donne une solution. Tout au plus peut-il alors y avoir, par le biais de l'interprétation, énoncé d'une règle qui ne satisfait pas, et que l'on aimerait remplacer par une règle jugée meilleure ».

132-1 CPI à la dématérialisation de l'exploitation. La seconde est plus profonde, elle se veut latente et structurelle en ce qu'elle porte sur la pertinence parfois contestée du modèle classique du monopole d'exploitation dans la sphère numérique. Construit à partir d'une dualité de prérogatives opposant droit de représentation et droit de reproduction, le monopole d'exploitation a vocation, entre autres, à déterminer la nature du contrat applicable, contrat de représentation ou contrat d'édition. Or, l'exploitation numérique imposerait une remise en cause si importante des frontières entre les droits du monopole d'exploitation que l'on peinerait à déterminer la nature du droit impliqué et, partant, la nature du contrat concerné. Les auteurs n'ont pas manqué d'exprimer leur scepticisme ou leur inquiétude quant à la compatibilité du contrat d'édition à l'ère numérique et ce en dépit de l'avis du Conseil d'État qui, à l'issue d'un rapport sur les réseaux numériques, avait conclu que « *le caractère très général des principes du droit de la propriété littéraire et artistique permet, sans grande difficulté, leur application par la jurisprudence* »⁶⁰³. À titre d'exemple, le Professeur BRUGUIÈRE et Monsieur FAUCHOUX relevaient l'incertitude qui planait sur la nature juridique de la convention, celle-ci pouvant osciller au gré des interprétations entre contrat d'édition classique, contrat de représentation, contrat *sui generis* et même contrat d'adaptation⁶⁰⁴. Pour certains, le fait de placer une œuvre sur Internet conduit à un changement de nature tel qu'il en émerge une œuvre originale par rapport à son référent matériel⁶⁰⁵, signant la fin des traditionnelles maisons d'édition⁶⁰⁶. Cette double problématique servira de trame aux développements qui suivent.

Pour autant, si l'on se fie au rapport LESCURE, l'optimisation de l'offre en ligne suppose en contrepartie une obligation d'exploitation de la part des intermédiaires⁶⁰⁷. À ce titre, un rattachement au contrat d'édition n'est pas à exclure, notamment parce que son pendant, le contrat de représentation, n'impose aucune obligation d'exploitation à la charge du bénéficiaire. Cela est également le cas pour le contrat d'adaptation.

157. Plan. On ne reviendra pas sur l'intérêt épistémologique soulevé en introduction, notamment quant à l'éventuelle remise en cause de la propriété littéraire et artistique dans son ensemble par l'avènement du web 2.0⁶⁰⁸. Les développements suivants porteront sur la réforme du contrat d'édition amorcée par la loi du 26 mai 2011 et complétée par l'ordonnance du 12 novembre 2014, qui est venue adapter le contrat d'édition au fichier numérique (1). Néanmoins, la réforme n'a levé tous les doutes à l'égard d'un second mode de communication des œuvres, le *streaming* (2).

1. L'adaptation du contrat d'édition aux fichiers numériques

158. Plan. Un rapide aperçu historique de l'exploitation numérique mettra en lumière les raisons de l'inadaptabilité des dispositions du CPI précédant la réforme au Web 2.0 (a). L'intérêt d'un tel rappel

⁶⁰³ I. FALQUE PIERROTIN, J.-F. THERY, *Rapport du Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques*, 2 juillet 1998, La Documentation française, p. 92.

⁶⁰⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, V. FAUCHOUX, « le livre numérique. Quel statut juridique ? » *RLDI*, n° 73, juill. 2011, n° 24 : « *Il est vrai que l'on peut, en sens contraire, souligner que l'éditeur numérique assure un rôle identique au producteur audiovisuel et que le livre numérique peut parfois être une adaptation du livre imprimé* ».

⁶⁰⁵ B. BARRAUD, « De l'imprimé au numérique. Le régime juridique des médias écrits à l'épreuve de leur dématérialisation », *RLDI*, n° 85, août 2012, p. 105 : « *la mise en ligne d'un article ou d'un livre en est certainement une représentation et un contrat d'édition portant sur une œuvre dématérialisée n'aurait nul sens s'il ne contenait pas la cession de cette prérogative. Il peut encore s'avérer fort utile d'envisager la cession du droit d'adaptation puisque, dans le cas d'un ouvrage multimédia, c'est plus qu'une simple reproduction ou représentation dont il s'agit : une œuvre originale relativement à celle rédigée par l'auteur* ».

⁶⁰⁶ J.-Y. MOLLIER *Hachette, le géant aux ailes brisées*, Les éditions de l'atelier, 2015.

⁶⁰⁷ P. LESCURE, *Rapport Acte II*, p. 69 ; J.-M. BRUGUIÈRE, F. DUMONT, « Rapport Lescure : réflexions sur des propositions relatives au numérique », *D.* 2013. 1464 ; pour une présentation des différentes propositions d'adaptation voir notamment David LEFRANC, « Financement de la création sur Internet - Contraindre à la gestion collective ou encourager l'exploitation individuelle ? », *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2009, n° 325, page 6 : « *En l'état, il reste possible de lutter contre ce phénomène de dilution de l'exploitation en réformant l'actuelle réglementation des contrats d'exploitation de la propriété littéraire et artistique. Il faudrait notamment commencer par adapter le contrat d'édition à l'ère numérique* ».

⁶⁰⁸ *Supra* n° 9

n'est pas uniquement historique ou rétrospectif. Il permettra de saisir au mieux l'évolution qui conduit le législateur à mettre en place un dispositif nécessaire dans son principe (b).

a. L'inadaptation du contrat d'édition avant la réforme du 12 novembre 2014

159. Plan. Les critiques et les réserves de certains auteurs quant aux capacités de l'article L. 132-1 CPI à englober l'exploitation numérique trouvaient leur source dans une terminologie légale jugée parfois trop incertaine (i). La réponse jurisprudentielle n'offrait pas non plus toutes les garanties en la matière (ii).

i. Une terminologie légale incertaine

160. Dispositions d'interprétation stricte. L'exploitation numérique d'une œuvre ne coïncidait pas avec les exigences posées par l'article L. 122-3 CPI et par l'ancien article L. 132-1 CPI, qui supposaient la fixation de l'œuvre sur un support tangible, puis sa vente ou sa location. De la même manière, les notions de « fabrication », « d'exemplaire » ou de « publication » ont été définies sur les principes désuets de l'édition traditionnelle⁶⁰⁹. Pourtant, à côté de ces articles, d'autres textes toujours en vigueur autorisent une lecture plus nuancée de l'exploitation numérique. C'est le cas des déclarations communes relatives au traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996, énonçant notamment que « le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne »⁶¹⁰. Cette assimilation suggère une possibilité d'étendre le champ du contrat d'édition à l'exploitation numérique.

La qualification contractuelle était discutée en doctrine au point que le Professeur CARON ait pu considérer que la diffusion d'œuvre sur Internet relève d'un contrat innommé⁶¹¹. Les inquiétudes du Professeur sont par ailleurs corroborées sur le plan des principes. En effet, l'application de l'adage « *specialia generalibus derogant* » se conjugue avec la règle « *exceptio est strictissimae interpretationis* »⁶¹². Le contrat d'édition étant un contrat spécial, son empire doit être strictement délimité *a fortiori* au regard du principe d'interprétation restrictive des conventions⁶¹³.

⁶⁰⁹ Voir sur ce point, S. HUBAC, Lettre de mission CSPLA relative au contrat d'édition à l'ère numérique : « les notions d'exemplaires, de livres indisponibles, de tirages épuisés, de rupture de stock, voire celle d'achèvement de l'œuvre (celle-ci pouvant être « enrichie » à tout moment sur les réseaux) utilisées dans le CPI pour définir les règles applicables au contrat d'édition soulèvent des interrogations ».

⁶¹⁰ Décl. commune OMPI-DA, art. 1.4, note 1 ; Th. DESURMONT, « Qualification juridique de la transmission numérique », *RIDA* 1996/4, n° 170, p. 5 s., spéc. p. 79 s. ; Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *RIDA* 1998/4, n° 178, p. 3 s., spéc. p. 21 s. ; J.-L. GOUTAL, *Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur*, *RIDA* n° 187, 2001/1, p. 67 s., spéc. p. 75 s.

⁶¹¹ V. Ch. CARON, « Un nouveau contrat nommé : Le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », in *Les deuxièmes journées du droit du commerce électronique*, Litec, 2005, p. 259 : « il semble difficile de retenir la qualification de contrat d'édition pour la reproduction d'une œuvre sur un site internet, car il n'existe pas de fabrication d'exemplaires. C'est pourquoi, il semble que le contrat ayant pour objet exclusif la diffusion d'un livre numérique (ou d'un livre immatériel) n'est pas à proprement parler, un contrat d'édition, mais un contrat innommé, sauf à considérer que le contrat d'édition peut exister sans la fabrication de supports ».

⁶¹² N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préf. GRIMALDI, LGDJ, n° 805, pp. 482-483 : « Une règle spéciale ne peut être appliquée hors de son domaine : interprétée de manière stricte, elle doit être appliquée dans la mesure commandée par son domaine d'application et dans cette seule mesure ». Il est vrai néanmoins que le droit spécial rayonne parfois au-delà de ses frontières en dépit de la maxime *exceptio est strictissimae interpretationis*. Pour reprendre les propos du Professeur GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009, n° 260, p. 318 : « le droit spécial sert en quelque sorte de "laboratoire d'expérimentation" juridique ». V. également, G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n° 417, qui estime qu'une règle spéciale peut trouver une plénitude d'application si sa *ratio legis* le commande et le justifie.

⁶¹³ F. POLLAUD-DULLIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur d'Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 ; N. BLANC, th. préc., n° 433, p. 378 et s.

161. Disqualification contractuelle. Le numérique avait pour effet de rebattre les cartes des qualifications contractuelles entre les auteurs et les exploitants⁶¹⁴. Ces interrogations devaient assurément rejaillir sur la pratique, notamment à l'endroit des auteurs qui risquaient de perdre le bénéfice du régime protecteur du contrat d'édition, dans l'éventualité où ce dernier serait requalifié, principalement si la convention en question est qualifiée de *sui generis*, laissant ainsi aux parties le soin d'encadrer l'ensemble de leur rapport juridique.

ii. Une réponse jurisprudentielle inadaptée

162. Affaires *Brel et Sardou*. La jurisprudence a pris la mesure du phénomène, notamment par une série de jugements rendus au milieu de la décennie 1990. Les litiges ne portaient pas sur le contrat d'édition mais sur la reproductibilité d'une œuvre sur Internet au sens de l'article L. 122-3 CPI. Les premières affaires – *Brel et Sardou* – sont concomitantes et ont donné lieu à la reddition parallèle de deux ordonnances de référé par le tribunal de grande instance de Paris⁶¹⁵. Dans ces deux affaires, un groupe d'étudiants avait numérisé des extraits sonores et les textes de chansons des deux auteurs sur une page web. Alors que les titulaires de droits estimaient qu'il y avait là un acte de contrefaçon, les mis en cause prétendaient que la situation relevait de l'exception de copie privée, qualifiant la page de « *domicile privé virtuel* ». Aux termes des ordonnances dont la rédaction est sensiblement similaire, le Juge GOMEZ a considéré qu'« *en permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter ses pages privées et d'en prendre éventuellement copie (...), [le créateur du site] favorise l'utilisation collective de ses reproductions* »⁶¹⁶. Ainsi, même en l'absence de support physique, la communication d'une œuvre relève du droit de reproduction, auquel elle peut porter atteinte.

163. Parenthèse *Ordinateur Express*, affaire *Queneau et ses suites*. La jurisprudence prend quelques distances avec les jurisprudences *Brel et Sardou* à l'occasion de l'affaire *Ordinateur Express* portant sur le cas très particulier de l'œuvre-logiciel. Le même tribunal de grande instance de Paris, statuant encore en la forme des référés, interdit « *à la société Accès et Solutions Internet dite ASI, à compter du prononcé de [l']ordonnance, de distribuer toute reproduction totale et/ou partielle du logiciel PC TAP de la société Ordinateur Express et ce sous astreinte provisoire de dix mille francs par jour de retard, pendant trente jours, passé lequel délai il sera à nouveau fait droit* »⁶¹⁷. Selon une formule précautionneuse, le tribunal estime qu'une distribution qui reproduit et/ou représente tout ou partie d'une œuvre, comme en l'espèce, est passible d'une contrefaçon. Le tribunal de grande instance de Paris revient sur ce point dans un arrêt *Queneau*, où il reprend en substance les jurisprudences *Brel et Sardou*⁶¹⁸. Là encore, les magistrats étaient face à une mise en ligne d'une œuvre prétendument couverte par l'exception de copie privée posée à l'article L. 122-5 CPI en raison du caractère « fermé » de la page web litigieuse. Le tribunal considère qu'une telle mise en ligne n'est autre qu'une reproduction sans autorisation au sens du droit d'auteur. L'on pourrait attribuer la parenthèse jurisprudentielle *Ordinateur Express* à la spécificité de l'objet litigieux. Contrairement aux autres affaires qui portent sur des œuvres dépourvues de fonction technique, celle

⁶¹⁴ Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com*, 2009, p. 323.

⁶¹⁵ TGI Paris, 14 août 1996, *Brel et Sardou*, *JurisData* n° 1996-602001 ; *JCP G* 1996, II. 22727 ; *D.* 1996, jurispr. p. 490, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1997, p. 97, note A. Françon ; *Expertises* 1996, p. 292 ; *RIDA* n° 171, 1997/1, p. 361, note C. Caron ; *JCP* 1996, II. 22727, obs. Olivier et Barbry ; *T. com. Paris*, 3 mars 1997, réf., *JCP* 1997, II p. 22840, obs. Olivier et Barbry. - *Adde* : Gautier, *D.* 1997, chron. p. 176.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ *T. com. Paris*, 3 mars 1997, *Ordinateur Express*, *D.* 1997, 118, et 176, chron. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1997, 457, obs. A. Françon ; *TGI Paris*, 1^{re} ch., sect. 1, 23 mai 2001, *Serge P. et autres c/ Joseph P. et autres*

⁶¹⁸ *TGI Paris*, réf., 5 mai 1997, *Queneau*, *JurisData* n° 1997-612665 : « *Attendu que la numérisation d'une œuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le Bit, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit* », *JCP G* 1997, II, n° 22906, note F. Olivier ; *JCP E* 1998, p. 1253, note Laporte-Legeais ; *RTD com.* 1997, p. 457, note A. Françon ; *RIDA* n° 174, 1997/4, p. 265 ; *Expertises* juin/juill. 1997, p. 219, note A. Lucas. V. également *TGI Paris*, V. également, Bruxelles, 9^e ch., 28 oct. 1997, *D.* 1998, jurispr. p. 597, note B. Edelman. *TPI Bruxelles*, 16 oct. 1996 : *RIDA* n° 172, 1997/2, p. 238, A. Kéréver ; *D.* 1997, jurispr. p. 322, note B. Edelman

en question met en jeu un logiciel, dont on sait que la doctrine peine à parfaitement cerner les contours juridiques⁶¹⁹. Ces incertitudes pourraient justifier la formule hésitante employée par les juridictions.

164. Upload et Download⁶²⁰. En juillet 2004, les représentants des éditeurs de musique ont signé sous l'égide de Nicolas SARKOZY, alors ministre de l'Économie, la charte antipiraterie⁶²¹. À la suite de cette signature, les éditeurs musicaux ont engagé une série d'actions en justice à l'encontre d'internautes s'étant adonnés à des actes d'*upload* et de *download*. Les magistrats ont soigneusement distingué les deux situations. L'*upload*, qui consiste pour les internautes à mettre en ligne des œuvres afin qu'elles puissent être téléchargées par d'autres internautes, a été très vite qualifié de contrefaçon⁶²². En revanche, en matière de *download*, consistant à télécharger les fichiers présents sur « la toile », la jurisprudence était bien plus débattue⁶²³. Après quelques hésitations, la Cour de cassation, qui avait déjà mis l'accent dans l'une de ses décisions phares sur les « *risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique de l'exploitation de l'œuvre* »⁶²⁴, a finalement estimé que le *downloading* constituait bien un acte de contrefaçon⁶²⁵.

⁶¹⁹ Voir par exemple F. PELLEGRINI et S. CANEVET, estimant à propos du logiciel que la « *représentation est le second acte nécessaire à la mise en contact de l'œuvre et du public, après la reproduction* », in *Droit des logiciels. Logiciels privatifs et logiciels libres*, PUF, 2013 n° 80 et d'ajouter avec relativisme que « *la distinction entre la représentation et la reproduction est devenue bien difficile, à tel point que l'on peut se demander si l'existence de cette subdivision se justifie encore par autre chose qu'une simple gémuflexion à un passé aujourd'hui largement révolu* », n° 81.

⁶²⁰ Pour un aperçu général v., G. KESSLER, *Le téléchargement illicite d'émissions de télévision*, JCP G n° 51, 21 Déc. 2005, doctr. 196.

⁶²¹ « Charte d'engagements pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie informatique », signée par Renaud DONNEDIEU de VABRES alors ministre de la Culture et de la Communication et Patrick DEVEDJIAN, alors ministre de l'Industrie, et auquel on ajoutera « Les accords de l'Élysée » signés le 23 novembre 2007 et concourant à la même finalité.

⁶²² Paris, 13^e ch., 20 janv. 2000, n° 99/03854, *JurisData* n° 2000-111542 : *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 87, note C. Caron ; TGI Strasbourg, 2^e ch., 16 nov. 2001, *JurisData* n° 2001-159070, *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 2, obs. Ch. Caron ; *RIDA* 2002/2, p. 463 ; TGI Paris, 14 août 1996 : *D.* 1996, jurispr. p. 490, note P.-Y. Gautier ; *RIDA* n° 171, 1997/1, p. 361, note C. Caron ; TGI Bayonne, *ch. corr.*, 15 nov. 2005 : *JCP E* 2006, 1977, note A. Singh ; *Propr. intell.* 2006/2, n° 19, p. 178, obs. A. Lucas ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 93, obs. J. Faucillon, V. la décision pionnière, TGI Paris, ord. réf., 14 août 1996 : *D.* 1996, jurispr. p. 490, note P.-Y. Gautier ; *RIDA* 1997, n° 171, p. 361, C. Caron.

⁶²³ Principalement en raison du fait que le *downloading* pouvait, selon certains magistrats, entrer dans le domaine des exceptions au droit d'auteur, v. Montpellier, 10 mars 2005, *Comm. com. électr.*, n° 5, mai 2005, comm. 77, comm. C. Caron. *Contra*, TGI Vannes, 29 avr. 2004 ; *Propr. intell.* 2004/3, n° 12, p. 779, note P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.*, 2004, comm. 86, note C. Caron : « *En revanche, il peut être plus délicat de considérer que l'internaute qui télécharge l'œuvre, à partir de l'ordinateur d'autrui accessible grâce au peer to peer, est un contrefacteur. En effet, un tel comportement ne pourrait-il pas relever de l'exception pour copie privée ? La réponse est cependant négative. Elle l'est de façon incontestable lorsque l'internaute télécharge une œuvre pour ensuite proposer la copie réalisée à l'ensemble des internautes qui utilisent le peer to peer. Dans cette hypothèse très fréquente, il est évident que la copie n'est pas "strictement réservée à l'usage privée du copiste et non destinée à une utilisation collective" au sens de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, l'internaute qui a réalisé la copie offre cette dernière à l'ensemble de la communauté des internautes qui utilisent le peer to peer. Il est donc impossible de considérer que la copie est privée !* » P. SIRINELLI, « Copie numérique, État des questions », *Nouv. doss. audio.*, n° 1, sept.-oct. 2004, *Piratage, arme de destruction massive de la culture ?*, INA ; P. SIRINELLI, C. CRAMPES, « Peer to peer : droit d'auteur et droit de la concurrence », actes du séminaire DGTPE 2 mai 2006, RLC juin 2007, n° 810, p. 175.

⁶²⁴ Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, n° 05-15.824 et 05-16.002, *Mulholland Drive*, *JurisData* n° 2006-032368 ; *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 56, note Ch. Caron ; *Comm. com. électr.*, 2006, chron. 3, n° 8 et 14, obs. X. Daverat ; *JCP G* 2006, II, 10084, note A. Lucas ; *Propr. intell.* 2006/4, p. 179, obs. A. Lucas

⁶²⁵ Cass. crim., 30 mai 2006, n° 05-83.335, *SEV et a. c/ A. D.*, *JurisData* n° 2006-033837, *D.* 2006, p. 2676, note E. Dreyer ; *RIDA* 2006/4, p. 327 P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 118, note Ch. Caron ; *RLDI* 2006/18, n° 554, note A. Singh et Th. Debieesse ; *RLDI* 2006/18, n° 555, note A. Bensamoun. V. également la circulaire du ministre de la Justice, du 3 janvier 2007 (Circ. min. Justice, n° CRIM 2007-1/G3-030107, 3 janv. 2007 : *Légipresse* 2007, IV, p. 7) qui a rappelé « *qu'en matière de téléchargement d'œuvres proposées illégalement sur Internet, l'exception pour copie privée n'a pas vocation à être retenue* ».

165. Affaire SPEDIDAM c/ iTunes et c/ Fnac : règne de l'équivalence fonctionnelle. En 2013, la Cour de cassation a été saisie d'une affaire de contrefaçon des droits d'artistes-interprètes – mais dont les enseignements demeurent pertinents en matière de droit d'auteur – opposant la SPEDIDAM au distributeur Fnac direct. La SPEDIDAM a assigné six plateformes de téléchargement gérées par la société Fnac direct du fait de la mise à disposition de fichiers musicaux sans l'autorisation des artistes. L'un des moyens employés pour retenir la responsabilité du distributeur était de considérer qu'en s'affranchissant du support phonographique et en mettant directement en ligne l'œuvre exploitée, la Fnac n'avait pas respecté la destination du droit transmis. Raisonnant à partir de traités internationaux, la Cour de cassation a jugé par six décisions que « *la qualification juridique de phonogramme du commerce est indépendante d'un support tangible* »⁶²⁶. L'équivalence fonctionnelle était de rigueur. Pour arriver à ce résultat, deux dispositions de deux traités différents étaient visées : l'article 2. e. du traité OMPI (WPPT)⁶²⁷ et l'article 3. d de la convention de Rome⁶²⁸. La neutralité des procédés de reproduction sur laquelle reposait l'analogie entre fichier numérique et support matériel a ouvert la porte à l'applicabilité du contrat d'édition sur les réseaux numériques.

166. Affaire Google Books. Le point d'orgue de cette jurisprudence n'est autre que l'affaire *Google Books*. Soulignons d'emblée que du point de vue de la propriété littéraire et artistique, l'affaire présente un intérêt résiduel, les magistrats s'étant contentés de reconduire la jurisprudence *Queneau*. L'enjeu était ici économique mais avant tout culturel et symbolique. Le géant du numérique américain Google avait lancé en 2005 l'entreprise titanesque de numérisation et de référencement de l'ensemble du patrimoine culturel mondial. Plus concrètement le projet intitulé « *Google Books* » – initialement baptisé « *Project Ocean* » puis « *Google Print* » – portait sur près de vingt millions d'ouvrages, pour certains protégés par le droit d'auteur et pour d'autres tombés dans le domaine public⁶²⁹. Avec un certain succès, Google a lancé un appel à destination des éditeurs qui souhaitaient s'associer au projet. En utilisant le mode de recherche par mots-clés sur Google, les internautes accédaient à la couverture de l'œuvre ainsi qu'à certains extraits de l'ouvrage. Le système a fait l'objet d'une *class action* menée aux États-Unis par trois auteurs – Daniel HOFFMAN, Betty MILES et Herbert MITGANG – et une société d'auteurs – la *Authors Guild* qui rassemble à elle seule plus de huit mille auteurs⁶³⁰. Les demandeurs reprochaient à Google d'avoir massivement porté atteinte au *copyright* des auteurs. De son côté, la firme estimait que son entreprise était protégée par l'exception de « *fair use* », variante anglo-saxonne des exceptions au droit d'auteur. Comme souvent aux États-Unis, une procédure alternative de règlement du conflit a été engagée. Alors que les parties semblaient avoir trouvé un accord – « *Google Book settlement* » – autour d'un système *opt-out*, le juge Denny CHIN, chargé d'instruire l'affaire, a rejeté ce premier protocole. Il a estimé qu'il n'était ni proportionné, ni équitable, ni raisonnable ; seul un système fondé sur l'*opt-in*

⁶²⁶ Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-17.794, *SPEDIDAM c/ Sté iTunes et a.*, *JurisData* n° 2013-018957, *Légipresse* 2013, n° 310, p. 604, note P. Tafforeau ; Paris, pôle 5, ch. 1, 7 mars 2012, n° 10/01369, *SPEDIDAM c/ FNAC Direct et a.*, *JurisData* n° 2012-007422, *Comm. com. électr.*, 2013, chron. 4, n° 10, X. Daverat ; *Comm. com. électr.*, 2012, n° 5, chron. 9, P. Tafforeau, *RLDI* mai 2012, n° 2734, obs. J. Vincent ; Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 7 mars 2012, n° 10/01369, *SPEDIDAM c/ FNAC Direct*, *Comm. com. électr.*, 2013, chron. 4, n° 10, obs. X. Daverat ; *Comm. com. électr.*, 2012, chron. 9, n° 4, obs. P. Tafforeau ; *RLDI* mai 2012, n° 2734, obs. J. Vincent ; TGI Paris, 15 janv. 2010, n° 06/15891, *SPEDIDAM c/ FNAC Direct*, *Propr. intell.* 2010, n° 35, p. 719, obs. J.-M. Bruguière ; *Comm. com. électr.*, n° 4, Avril 2010, chron. 4, obs. X. Daverat ; *Comm. com. électr.*, 2010, chron. 9, § 2, obs. P. Tafforeau.

⁶²⁷ Art. 2. e. Traité de l'OMPI (WPPT) 20 déc. 1986, « [on entend par] "publication" (...) la mise à disposition du public de copies de l'interprétation ou exécution fixée ou d'exemplaires du phonogramme avec le consentement du titulaire des droits, et à condition que les copies ou exemplaires soient mis à la disposition du public en quantité suffisante ».

⁶²⁸ Art. 3.d Conv. Rome, qui définit la publication comme étant « la mise à disposition du public d'exemplaires d'un phonogramme en quantité suffisante ».

⁶²⁹ V. F.-M. PIRIOU, « La numérisation des livres sans autorisation constitue un délit de contrefaçon (aff. « *Google recherche de livres* ») », *Comm. com. électr.*, n° 5, Mai 2010, étude 11, p. 15 et spéc. n° 1, p. 15 ; J. C. GINSBURG, P. SIRINELLI, « Google Book Search. Les enjeux internationaux pour le droit d'auteur », *JCP G*, n° 17, 26 Avr. 2010, p. 486 et spéc. n° 2 p. 486.

⁶³⁰ *Authors Guild v. Google, Inc.*, case n° 05 CV 8136 (DC), 20 sept. 2005.

était respectueux du *copyright* et conforme au droit de la concurrence⁶³¹. Le procès a repris en 2012. Finalement le juge CHIN⁶³² puis la cour d'appel pour le second circuit fédéral⁶³³, ont validé la nouvelle mouture du projet Google Books en réputant applicable le principe du *fair use*. En France, le contentieux a été porté devant le tribunal de grande instance de Paris qui a repris en substance la jurisprudence *Queneau* en qualifiant de contrefaçon la mise en ligne d'une œuvre sans l'accord des titulaires de droits⁶³⁴.

Symboliquement, le contentieux a opposé deux conceptions du droit d'auteur. Culturellement, l'affaire *Google Books* a mis en lumière la nécessité de réformer le droit d'auteur et l'émergence des licences légales et semi-légales qui relativisent la place du contrat d'édition au sein de la propriété littéraire et artistique⁶³⁵.

167. Problème : absence de distinction contractuelle. Que penser de cette jurisprudence ? Il s'en dégage globalement une forme de confusion volontaire entre le droit de reproduction et le droit de représentation. Si une telle approche est source de simplicité afin de caractériser une contrefaçon – on évite ainsi d'envisager la nature de la communication – il en va autrement pour déterminer la nature juridique de la convention censée exploiter le droit. Ainsi, quelle serait la nature du contrat par lequel les titulaires des droits auraient autorisé les différents défendeurs à mettre leurs œuvres en ligne ? Le jugement *Brel et Sardou* du 14 août 1996 estimait que l'exploitation numérique mettait en œuvre les prérogatives du monopole d'exploitation de manière indistincte⁶³⁶. Or, la distinction des prérogatives tirées du monopole permet de qualifier efficacement les conventions d'exploitation.

En dépit des efforts des tribunaux pour adapter la notion de reproduction aux exigences d'Internet, la jurisprudence s'avérait bien trop lacunaire pour offrir un cadre juridique favorable au développement de l'industrie culturelle en réseau. On notera en premier lieu les velléités de certains représentants d'intérêts, qui ont profité du flottement juridique pour promouvoir une vision libérale ou libertaire du droit d'auteur, fondée notamment sur une licence légale ou contribution au profit des exploitants⁶³⁷. Ensuite, l'absence de contentieux portant sur les contrats d'exploitation numérique laissait en suspens bon nombre d'interrogations à l'endroit de notre étude. Celles-ci portaient principalement sur la compatibilité de la mise en œuvre supposée matérielle de l'exploitation par l'éditeur – fabrication, publication, etc. – à l'ère du numérique.

⁶³¹ District Court, Southern District of New York, *Authors' Guild v. Google Inc*, Unreported, 22 mars 2011 (D (US), *Gaz. Pal.* 23 juin 2011, p. 23, note L. Marino ; *Comm. com. électr.*, n° 5, Mai 2011, chron. 5, P. Kamina. Z. EFRONI et J. GEBERT, « The Google Books decision: The Authors Guild v. Google Inc », *Europ. Intell. Propr. Rev.*, 2011, 33 (8), p. 351.

⁶³² *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*, S.D.N.Y., Nov. 14, 2013 *Comm. com. électr.*, n° 2, fév. 2014, chron. 2, P. Kamina.

⁶³³ *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*, Case 13-4829, 16 oct. 2015, *Comm. com. électr.*, n° 2, fév. 2016, chron. 3, P. Kamina.

⁶³⁴ TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 18 oct. 2009, *Sté Éditions du Seuil c/ Sté Google Inc.*, *JurisData* n° 2009-016553, *JCP* 2010. 247, note A. Lucas ; *RLDI* 2010/ 57, p. 6, note A. Singh et S. Israël. Pour une description des difficultés suscitées par le service Google Books en France et aux États-Unis, V. H. GAYMARD, *Rapport n° 4189, Proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*, Ass. Nat., 2012, pp. 13-17. Notons par ailleurs que les propositions générales de Google ont été largement réprouvées par le ministre de la Culture, v. « Bibliothèque virtuelle : M. Mitterrand rebat les cartes », *Le Monde*, 13 janv. 2010, qui évoque « des accords inacceptables ».

⁶³⁵ H. GAYMARD, *Rapport préc.*

⁶³⁶ TGI Paris, 14 août 1996, *RIDA* n° 171, 1997, p. 379, note C. Caron. V. également, X. LINANT de BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, Delmas, 1997, p. 95.

⁶³⁷ CSPLA, *Rapport sur le peer to peer*, <http://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/CSPLA.pdf> ; *Contra* v. par exemple P. ZELNIK, J. TOUBON et G. CERUTTI, *Rapport Création et internet*, janv. 2010, spéc. p. 3 : « La licence globale ruinerait les efforts des éditeurs de services de musique en ligne, dont la mission tient à saluer l'opiniâtreté souvent remarquable, qui tentent de développer, en respectant la loi, des services attractifs pour les consommateurs. Qui proposait un soutien financier aux internautes pour inciter à la "consommation" licite des œuvres ».

168. Historique de la réforme. L'ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 parachève un processus de co-régulation du droit de l'édition. Celui-ci s'amorce à la fin de la décennie 2000, lorsque le SNE et la SGDL entament des discussions sur l'avenir du contrat d'édition à l'aune du numérique, discussions élargies en 2011 au CPE. Le législateur avait déjà posé les germes d'une réforme à la suite de la loi du 26 mai 2011 transposant les principes tarifaires du livre papier dans la sphère numérique⁶³⁸. Les débats prennent un tour officiel le 12 septembre 2011 lorsqu'est instituée, sous l'égide de Frédéric MITTERRAND, alors ministre de la Culture, une Commission spécialisée portant sur le contrat d'édition à l'ère du numérique auprès du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) et dirigée par le Professeur Pierre SIRINELLI. D'abord chargée de remodeler l'ensemble du régime de l'édition sans distinction, la Commission sera finalement contrainte dans un premier temps de restreindre le champ de la réflexion à l'édition du livre avant de laisser la main aux syndicats représentatifs. Les travaux concernant les autres domaines d'édition devraient reprendre dans un second temps, sans doute après un premier bilan du dispositif nouvellement créé. Dans le domaine du livre, un accord-cadre est signé le 21 mars 2013 entre le CPE et le SNE⁶³⁹. Après habilitation législative du Parlement en la matière⁶⁴⁰, un accord est finalement transposé par ordonnance le 12 novembre 2014⁶⁴¹.

169. Réécriture de l'article L. 132-1 CPI. Les articles 1^{er} à 7 de l'ordonnance visent à étendre et à rénover la définition du contrat d'édition. Finalement, les articles L. 132-1, L. 132-2 et L. 132-3 CPI sont modifiés de telle manière qu'ils envisagent, à côté de la fabrication en nombre d'exemplaires d'une œuvre, sa réalisation sous forme numérique. Plus précisément, l'auteur cède le droit de « réaliser ou de faire réaliser sous une forme numérique » l'œuvre en question⁶⁴². Le législateur maintient l'idée d'un éditeur actif mais ménage la possibilité, comme en matière d'édition traditionnelle, de « faire réaliser l'œuvre » sous sa direction par une tierce personne. Au détour de cette disposition, la convention prévoyant que le cessionnaire des droits mette en ligne une œuvre – *uploading* – à charge pour les internautes de la télécharger – *downloading* – doit être définitivement qualifiée de contrat d'édition.

170. Réalisation d'une œuvre. Au-delà de cette précision bienvenue, la notion de « réalisation d'une œuvre » s'avère pour le moins délicate à manipuler. Rappelons qu'en fonction du sens qu'on leur attribue, certains modes de communication artistique relèveront ou non du contrat d'édition. D'un

⁶³⁸ J.-M. BRUGUIERE, V. FAUCHOUX, « L. n° 2011-590, 26 mai 2011, sur le prix unique du livre numérique », *RLDI*, n° 73, juill. 2011, n° 24 ; A. ENTRAYGUES, J. CROUZET, « Le big bang du livre numérique », *RLDI*, n° 112, fév. 2015, p. 46.

⁶³⁹ Sur l'accord-cadre du 21 mars 2013 lui-même voir, *RLDC*, n° 114, avr. 2014, comm. A. Boisson, D. Calmes, A. Favreau, B. Gleize, A. Maffre-Baugé ; *Propri. intell.* 2013/2, n° 47, p. 195, J.-M. Bruguière ; *Ess. Propri. intell.*, 2013/2, n° 05, p. 1, comm. C. Bernault ; *JAC*, 2013, n° 7, p. 36 Ch. de Mazières. Sur la genèse de l'accord-cadre, voir N. GEORGES, « La genèse du nouveau régime et l'encadrement administratif et législatif » in *Le nouveau contrat d'édition à l'ère numérique*, colloque à la Maison de la poésie, 5 févr. 2015, coll. Les rencontres de la SOFIA, éd. SOFIA, p. 11-17, www.la-sofia.org.

⁶⁴⁰ L. n° 2014-779, 8 juill. 2014, JO du 9 Juillet 2014.

⁶⁴¹ Ord. n° 2014-1348 du 12 novembre 2014, *modifiant les dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition*, N. BLANC, « L'ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 sur le contrat d'édition numérique », *RDC*, 2015/2, p. 345 ; S. CHATRY, « Adaptation du contrat d'édition au livre numérique », *Ess. propri. intell.*, n° 01, p. 4 ; P. TAFFOREAU, « L'adaptation du contrat d'édition à l'ère numérique », *LPA* 20 oct. 2015, n° 209, p. 7 ; A. ENTRAYGUES, J. CROUZET, *ibid.* ; B. KERJEAN, « Commentaire de l'ordonnance du 12 novembre 2014 », *Comm. com. électr.*, n° 3, Mars 2015, étude 5 ; Ch. CARON, « Vingt ans après : le contrat d'édition passe officiellement au numérique » *JCP G* n° 7, 16 Fév. 2015, p. 177 ; J. BERBERIAN, « Le numérique change tout », *JAC*, 2014, n° 19, p. 6 ; « Une réforme sous l'angle du numérique », C. BURKHART, *JAC*, 2016, n° 34, p. 44 ; P. SIRINELLI et LILIANE DE CARVALHO, « Réforme du contrat d'édition » *D.* 2015 p. 498.

⁶⁴² L. de CARVALHO, « Le contrat d'édition à l'heure du numérique : Les 10 points de l'accord du 21 mars 2013 », *Légicom*, 2013/3, n° 51, p. 32.

point de vue terminologique, le premier sens donné à la réalisation consiste à appréhender l'acte par lequel on fait passer à l'état de réalité concrète ce qui n'est que virtualité⁶⁴³, ce qui rend plus ou moins compte du processus inverse à celui qui nous intéresse en l'occurrence, à savoir le fait de passer de l'exemplaire physique et tangible aux données informatiques et virtuelles. La deuxième acception est tautologique⁶⁴⁴ et la troisième n'est autre que celle qui renvoie au processus de création artistique⁶⁴⁵. On constate donc que si le sens et la portée peuvent être instinctivement saisis, l'expression consacrée demeure délibérément vague⁶⁴⁶. Pour cause, cette expression est le fruit de concessions mutuelles entre les représentants du CPE et du SNE réunis autour du Professeur SIRINELLI. Eu égard à son caractère relativement englobant, le terme devrait permettre de consolider le domaine d'application large du contrat d'édition.

171. Limite de la réforme : d'une problématique à l'autre. La réforme n'a pourtant pas réussi à dissiper toutes les incertitudes liées à l'objet du contrat d'exploitation numérique, notamment à l'aune de la disparition du fichier numérique et de l'épineux cas du « *streaming* »⁶⁴⁷. La question du *streaming* est plus importante qu'il n'y paraît, mettant en lumière l'inexorable retard des textes sur le renouveau technologique permanent et la nécessité d'abandonner un instant le réflexe législatif au profit du raisonnement juridique⁶⁴⁸. Pour que la réforme du contrat d'édition soit pérenne et qu'elle puisse

⁶⁴³ V. Dictionnaire de l'Académie française sous l'occurrence « *Réalisation* ».

⁶⁴⁴ La deuxième définition sous l'occurrence « *réalisation* » renvoie en somme à « *ce qui a été réalisé* », ce qui apporte peu à notre étude.

⁶⁴⁵ V. Dictionnaire Larousse, 3^e définition sous l'occurrence « *Réalisation* » : « *Action de diriger la préparation et l'exécution d'un film ou d'une émission de télévision, d'en assurer la mise en scène ; le film ou l'émission ainsi réalisés* ».

⁶⁴⁶ P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit, R.D.P., p. 1199, spéc. p. 1201 : « *des concepts nouveaux ont acquis droit de cité comme celui de "texture ouverte" (open texture) des règles de droit mis en circulation par Herbert Hart, ou encore celui de « flou » (fuzziness) du droit. Ces concepts traduisent une prise de conscience beaucoup plus aiguë et plus pénétrante que par le passé du fait que la réglementation juridique, telle qu'elle est mise en vigueur dans nos sociétés, est une réalité aux contours indécis, irrésolus* ». Et d'ajouter p. 1207 : « *Encore faut-il bien distinguer, dans ces cas, les lacunes proprement dites et les simples « creux » de la loi, selon la terminologie qui a été proposée par le doyen René Savatier : il se peut, en effet que l'imprécision du législateur corresponde à une volonté implicite de sa part de laisser à ceux dont il régit la conduite un choix discrétionnaire des modalités d'application de ses prescriptions* ». E. MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », In *Le discours juridique : analyse et méthode*, D. BOURCIER (dir.), *Langages*, n° 53, 1979, pp. 33-50. Notamment p. 39 : « *Nous pouvons maintenant nous interroger sur les considérations qui se présentent au législateur relativement à la précision qu'il emploiera dans le choix de ses termes. S'il choisit des termes précis, il fait face à des coûts de formulation (y compris l'adoption au parlement) considérables. Il évite aux citoyens des frais d'avocats et de litige, mais il risque de créer des coûts d'inadéquation* ». MIREILLE DELMAS-MARTY et JEAN-FRANÇOIS COSTE, *Logiques non-standard et droit, Séminaire de Philosophie et Mathématiques*, 1994, fasc. 5. Spéc. en droit d'auteur, v. C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Harmattan, 2004, n° 2, p. 11 : « *La mise en œuvre de la norme juridique ou règle de droit suppose de faire un choix politique entre une formalisation souple ou rigide qui s'exprime avec acuité particulière en droit d'auteur. En effet, d'une part, cette discipline ne cesse d'évoluer et de s'adapter aux nouvelles techniques, et d'autre part, elle doit répondre aux exigences communautaires et internationales* ».

⁶⁴⁷ Sur l'impact du *streaming* v. par exemple en matière musicale, IFPI, *Musique Connexion : Panorama 2017 de la consommation de musique dans le monde*, 19 sept. 2017 ; T. GIRAUD, « L'heure est au *streaming* », *JAC*, 2017, n° 50, p. 8.

⁶⁴⁸ H. OBERDORFF, « Quelle intervention du droit ? », in *Le droit au contact de l'innovation technologique : colloque de mai 1987*, Univ. Jean Monnet, Saint-Etienne, C.E.R.C.R.I.D., C.N.R.S. p. 9, v. p. 10 qui dès 1987 notait que : « *L'accélération du processus innovant, la simultanéité des mutations techniques changent les données qualitatives de notre interrogation (...) Les innovations techniques ou scientifiques représentent une source de progrès mais aussi d'inquiétudes et d'incertitudes. C'est donc au juriste qu'il est demandé d'intervenir pour rassurer, organiser ou combler ce que la presse qualifie, par facilité de « vide juridique » (...) Il apparait historiquement que le droit a toujours plus ou moins rapidement il est vrai, fini par réguler les progrès technologiques. Cette période de gestation des principes de régulation est propice aux remises en cause, ou ordre, de notions juridiques considérées parfois immuables. Le droit s'adapte aux changements techniques* ». J.-Ch. GALLOUX, « Conclusion prospective », in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, IRPI, Litec, 2009, p. 133 et s., spéc. p. 135 pour qui il serait « *vain de mettre le droit à la course de la technologie : il finira par s'y épuiser. N'est-ce pas déjà le cas de ces mesures techniques ? Les*

pleinement embrasser les enjeux futurs⁶⁴⁹, un travail de qualification doit être mené en amont, au stade de l'objet du contrat, à savoir le monopole d'exploitation et le droit de reproduction⁶⁵⁰.

2. L'adaptabilité du contrat d'édition au streaming

172. Présentation du « streaming ». Même après la réforme, l'on éprouve des difficultés à déterminer avec certitude la nature de certaines formes d'exploitation. Tel est le cas principalement du contrat prévoyant la communication d'une œuvre par voie de flux continu, communément appelée « *streaming* ». Le fonctionnement est le suivant : la vidéo ou la musique en question est copiée sur la mémoire tampon de l'ordinateur qui retranscrit l'information en affichant l'œuvre sur l'écran. La retranscription de l'œuvre prenant fin à la déconnexion du site web, la copie n'est que temporaire⁶⁵¹.

Longtemps confiné au problème de la contrefaçon massive⁶⁵², ce nouveau mode de communication entre peu à peu dans la légalité. On ne compte plus en effet le nombre de fournisseurs d'accès qui proposent une plateforme de vidéos à la demande fonctionnant sur le principe du *streaming*. Pareillement, l'importance commerciale des sites permettant l'écoute synchronisée de musique, tels Spotify, Deezer ou Rhapsody, n'est plus à démontrer. Outre la fonction comminatoire des diverses autorités de sanction et de poursuite, les avancées technologiques permettent elles aussi de sécuriser davantage l'industrie culturelle sur les réseaux – notamment l'essor de la *blockchain*⁶⁵³. Ce changement de perspective, de l'illicite au licite, implique un repositionnement de la réflexion juridique dont les termes peuvent être posés de la façon suivante : sur quels instruments juridiques repose l'exploitation des œuvres via le *streaming* ?

173. Plan. Le droit positif ne propose aucun rattachement de ces conventions aux contrats d'auteur (a). C'est la raison pour laquelle un rattachement au contrat d'édition doit être proposé (b).

a. L'absence de rattachement de l'exploitation streaming aux contrats d'auteur

174. Position du problème. Contrat d'exploitation *streaming*. Ce mode de communication renvoie à une double problématique, similaire à celle déjà constatée à propos des fichiers numériques.

ruptures technologiques prendront toujours en défaut les lois trop précises ou trop tatillonnes, celles que le législateur malheureusement affectionne comme si le souci du détail pouvait fournir dans le domaine des lois un gage de pérennité et un haut degré de prévisibilité. Il convient tout au contraire de retourner aux principes juridiques fondamentaux ».

⁶⁴⁹ Sur l'obsolescence accélérée des normes à portée trop catégorielle, v. F. TERRÉ, « La crise de la loi », *Arch. phil. Droit*, 25, 1980, p. 17 ; P. DEUMIER, « Les règles de droit obsolètes et le juge », *RTD civ.* 2005, p. 78 ; G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 3.

⁶⁵⁰ Sur la place de la doctrine F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*, LGDJ, 2^e éd. 1919 ; v. également M. DELMAS-MARTY, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 1986, pour qui le droit se doit d'être flou afin d'autoriser son évolution. P. NEHROT, « Le fait du droit », *Arch. phil. Droit*, in *Le système juridique*, T. 31, 1986, p. 265 : « selon la pensée classique, la grande ambition du droit est d'épouser le plus exactement possible toutes les formes de faits et de leur évolution. Cela signifie, toujours pour la pensée classique, qu'il y a le monde des faits, qui est assimilé à la "réalité" et le droit, c'est-à-dire ce qui est élaboré par la raison aux fins d'organiser cette réalité ».

⁶⁵¹ R. SERMIERA. EMRICH, « Les enjeux juridiques du *streaming* », *LPA*, 14 mai 2002, n° 96, p. 6.

⁶⁵² HADOPI, *Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites*, 15 février 2013 ; A. SAINT-MARTIN, « Radioblog. Peine privée pour contrefaçon », *RLDI* 2009, n° 53 ; TGI Paris, 31^e ch. corr., 3 sept. 2009, *Légipresse*, 2009, I-145 et I-146., p. 15 ; TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 13 juill. 2007, *Carion c/ Dailymotion*, *JurisData* n° 344340 qui considère que le *streaming* porte atteinte aux droits patrimoniaux sans prendre le soin de préciser la nature du droit visé (« Constitue une atteinte aux droits patrimoniaux sur une œuvre cinématographique, la diffusion de celle-ci en streaming sur un site internet sans autorisation du titulaire des droits patrimoniaux »), mais aussi une atteinte au droit moral (« Constitue une atteinte à l'intégrité d'une œuvre cinématographique, sa diffusion en streaming sur un site internet, alors que ce mode de diffusion ne permet qu'une visualisation de mauvaise qualité du fait notamment d'un cadre très réduit, inadapté pour un film de long-métrage, et de l'effet saccadé et que l'unité du film est troublée par un découpage en deux parties »).

⁶⁵³ Th. GIRAUD, « La *blockchain* est-elle l'avenir de la culture ? », *JAC*, 2017, n° 51, p. 35.

En effet, le *streaming* déstabilisant la gestion des droits d'édition⁶⁵⁴, avant de rattacher la convention à telle ou telle convention d'exploitation de droit d'auteur, la nature du droit mis en cause par ce procédé de retransmission doit être déterminée.

Se pose alors la question de la nature des rapports entretenus entre ces nouveaux acteurs institutionnels et les auteurs des œuvres exploitées. Relèvent-ils du contrat d'édition ou du contrat de représentation ? Dans le domaine des droits voisins, l'article L. 212-13 al. 3 CPI prévoit que « *sont regardées comme des modes d'exploitation distincts la mise à disposition du phonogramme sous une forme physique et sa mise à disposition par voie électronique* ». Une lecture très extensive de la disposition pourrait conduire à la distinction suivante : la mise à disposition d'un phonogramme physique relève du droit de reproduction alors que sa communication sous forme électronique relève du droit de représentation. Le *streaming* n'entrerait pas dans le domaine d'application du contrat d'édition. Cette interprétation de l'article semble tout de même trop audacieuse. L'article L. 232-1 du Code du cinéma et de l'image animée qualifie certains de ces exploitants « *d'éditeurs de services de médias audiovisuels à la demande* »⁶⁵⁵. Or, cette référence renvoie à la notion d'éditeur prise dans son sens large, mais pas nécessairement au contrat d'édition. Par ailleurs, on trouve parfois des contentieux portant sur des contrats d'édition vidéographique à la demande, sans pour autant que la qualification de contrat d'édition n'ait été remise en question par l'une des parties⁶⁵⁶. Enfin, on notera que le droit fiscal assimile le *streaming* aux modes de diffusion traditionnels, étant donné qu'il impose aux plateformes d'exploitation numérique la même taxe que celle qui pèse sur les éditeurs vidéo⁶⁵⁷.

La qualification du contrat d'exploitation par voie de *streaming* ne fait donc pas l'objet d'une définition claire. Un travail de rattachement de l'exploitation *streaming* doit être mené afin d'en cerner pleinement l'économie et les conséquences juridiques⁶⁵⁸.

175. Enjeu du rattachement du *streaming* aux contrats d'auteur. La nature de la prérogative concernée détermine la nature du contrat sollicité. La distinction n'est pas simplement formelle, celle-ci débouchant *in fine* sur une différence de traitement pour les auteurs. En effet, en l'état actuel du droit, le contrat d'édition et le contrat de représentation s'opposent sur l'existence d'une obligation d'exploitation permanente et continue. Alors qu'elle est légalement prévue dans le contrat d'édition à l'article L. 132-1 CPI, son existence est des plus discutables dans le cas du contrat de représentation⁶⁵⁹. Le paiement des auteurs étant corrélé au produit d'exploitation, l'absence d'obligation d'exploiter l'œuvre a pour effet de limiter le montant de la rémunération parfois sur plusieurs années. Or, le partage

⁶⁵⁴ Sur la « *déstabilisation majeure de la gestion des droits d'édition* » et « *les pratiques contractuelles en débat* », v. Ch. PHÉLINE, *Rapport sur la musique en ligne et partage de la valeur. État des lieux. Voies de négociation et rôles de la loi*, Nov. 2013, p. 31 et s.

⁶⁵⁵ Il est permis de douter de la qualification de contrat d'édition, le terme « éditeur » étant employé au sens courant, sur ce point v. *infra* n° 243.

⁶⁵⁶ Paris, Pôle 5, ch. 2, 9 Avril 2010, *JurisData* n° 08/09558 ; Paris, pôle 5, 2^e ch., 14 Janvier 2011, n° 09/11729 ; Paris, pôle 5, 2^e ch., 14 janv. 2011, n° 09/11779 ; T. com. Paris, 8^e ch., 20 févr. 2008, *Sté Flach Film et a. c/ Sté Google France et a.*, n° 2006080166, *RLDI*, 2007, n° 2494 et 2720 et s. Dans cette affaire, la société Flach Film a produit un film intitulé « *Le monde selon Bush* » dont elle a transféré les droits à la société Éditions Montparnasse, par contrat d'édition vidéographique par *Video on demand* (VOD) signé le 31 mai 2004 pour les territoires de la France, la Belgique, d'Andorre, de Monaco, du Luxembourg et de la Suisse. Le site <www.video.google.fr> édité par les sociétés Google France et Google Inc. ayant mis en ligne des hyperliens permettant l'accès gratuitement, en flux continu (*streaming*) ou sous forme de téléchargement, au film dans son intégralité, les deux sociétés ont été condamnées sur le terrain de la contrefaçon par le tribunal de commerce de Paris. Plus précisément, le tribunal a considéré qu'en l'absence d'autorisation préalable et expresse, Google Inc. et Google France ont commis des actes de contrefaçon au sens des articles L. 122-4 et L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle. D'une part, la qualification de contrat d'édition n'a pas été remise en cause et d'autre part, l'objet de ce contrat est bel et bien le droit de reproduction et non de représentation en raison de la mention faite à l'article L. 122-4 CPI au cœur du dispositif du tribunal.

⁶⁵⁷ Sur ce point v. P. KAMINA, *Droit du cinéma*, LexisNexis, 2^e éd. 2014, n° 460, p. 355

⁶⁵⁸ Ph. ASTOR, « *L'économie du streaming en quête d'un nouveau contrat de confiance* », *JAC*, 2016, n° 35, p. 28

⁶⁵⁹ *Supra* n° 156.

de valeur sur le marché numérique est d'un enjeu capital tant sur le plan national⁶⁶⁰ qu'euro-péen, depuis que la directive DAMUN du 17 avril 2019 l'a clairement énoncé au sein de son considérant n° 73⁶⁶¹. Plus généralement, le contrat d'édition offrant une sécurité patrimoniale accrue, le rattachement de l'exploitation *streaming* à son profit doit s'imposer.

b. La proposition de rattachement de l'exploitation streaming au contrat d'édition

176. Plan. À la condition de prendre ses distances avec une approche trop littérale de l'article L. 132-1 CPI dans sa rédaction initiale – ce que fait parfaitement la réforme de 2014 – l'avènement de l'exploitation numérique ne rend pas obsolète la distinction entre le droit de reproduction et le droit de représentation. Pour s'en convaincre, il faudra dans un premier temps déterminer les critères de distinction entre les deux prérogatives (i) avant d'en proposer des applications concrètes (ii).

i. La détermination des critères

177. Plan. Deux critères doivent ainsi être retenus. Le premier porte sur l'absence de concomitance entre la diffusion et la consultation de l'œuvre (α) et le second porte sur l'accessibilité réservée que suscite le *streaming* (β).

α . L'absence de concomitance entre la diffusion et la consultation de l'œuvre

179. Précédent : le phonogramme et l'affaire Halévy. Notre premier critère est celui de l'absence de concomitance entre la projection d'une œuvre et la consommation de l'œuvre par le public. Afin d'expliquer ce critère, l'affaire *Halévy* qui date de 1930 constitue une source d'inspiration⁶⁶². Les faits sont les suivants : des librettistes ont cédé leur droit à un éditeur avant l'avènement massif du phonogramme dans les années 1920. Conformément à la pratique contractuelle, le contrat stipulait la cession de la « *propriété de leurs œuvres sans restriction ni réserve* »⁶⁶³. Au regard de l'exploitation usuelle des œuvres d'opéra, le contrat portait simplement sur le droit de reproduction graphique. Forts de leur clause de cession totale du droit de reproduction, les éditeurs s'estimaient en droit de reproduire les opéras sur des phonogrammes qu'ils ont commercialisés par la suite. Les librettistes estimaient que la communication de l'œuvre au public par voie de phonogramme relevait du droit de représentation et demeurait par voie de conséquence exclue du contrat d'édition. Ils estimaient notamment que le phonogramme, pour être réalisé, imposait aux artistes qu'ils exécutent l'œuvre en studio. En

⁶⁶⁰ P. LESCURE, *Rapport Acte II*, préc. p. 19 : « *La question du partage de la valeur liée à l'exploitation en ligne des œuvres se pose à un double niveau : d'une part, entre titulaires de droits et éditeurs de services en ligne (services de streaming, plateformes de vidéo à la demande, magasins de livres numériques, etc.), et, d'autre part, entre les créateurs et leurs éditeurs ou leurs producteurs. Si ces questions relèvent à titre principal de la liberté contractuelle, la puissance publique est fondée à en assurer la régulation, d'une part afin de corriger certains rapports de force déséquilibrés, d'autre part afin d'assurer une transparence qui semble aujourd'hui faire défaut. Cette régulation doit prioritairement s'appuyer sur la négociation interprofessionnelle, éventuellement complétée par un dispositif indépendant d'observation et de médiation de nature à éviter au maximum le recours au juge* » ; Ch. PHELINE, *Rapport* préc. p. 25 : « *Les interlocuteurs de la mission ont unanimement fait valoir que, sans être dénuée de pertinence intrinsèque, la question du partage de la valeur entre les acteurs directs de la musique en ligne ne prenait tout son sens qu'éclairée par la formation de cette valeur telle qu'elle s'opère dans un système plus large de dépendance technique et économique* ».

⁶⁶¹ Considérant n° 73, Dir. (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique JOUE n° L 130, 17 mai 2019 : « *La rémunération des auteurs et artistes interprètes ou exécutants devrait être appropriée et proportionnelle à la valeur économique réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés, compte tenu de la contribution de l'auteur ou de l'artiste interprète ou exécutant à l'ensemble de l'œuvre ou autre objet protégé et de toutes les autres circonstances de l'espèce, telles que les pratiques de marché ou l'exploitation réelle de l'œuvre* ».

⁶⁶² Cass. civ., 10 nov. 1930, DP 1931, 1, Jur. p. 29, note M. Nast ; S. 1931, 1, Jur. p. 169, note G. Lagarde.

⁶⁶³ On ne relèvera pas l'invalidité patente que soulèverait une telle clause aujourd'hui en vertu du principe de prohibition de cession des œuvres futures et du principe de destination contractuelle censés encadrer le transfert des droits.

conséquence de quoi, le public a acquis une représentation différée de l'œuvre. Le 1^{er} mai 1925, la cour d'appel de Paris a décidé que « la reproduction mécanique n'équivaut pas à une exécution publique, car il est indispensable pour que l'exécution revête ce caractère qu'elle s'adresse au public appelé à en jouir. La reproduction phonographique doit être tenue pour une édition dans le même sens large attribué par l'usage et la jurisprudence au mot édition : dans l'acception ainsi consacrée, éditer une œuvre, c'est la reproduire et la répandre dans le public par une fixation matérielle et durable »⁶⁶⁴. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi⁶⁶⁵. Ainsi, pour que la projection ou l'exécution relève du droit de représentation de l'œuvre, celle-ci doit s'adresser directement au public concerné. Tel est l'enseignement de la jurisprudence lorsqu'elle a dû appréhender le renouveau de l'industrie culturelle avec l'avènement du phonogramme.

180. Application du critère au *streaming*. Dès 1930, il s'évince de cette jurisprudence que la distinction entre la représentation et la reproduction peut être établie à partir du critère de concomitance. Cette idée doit être reprise pour le *streaming*. Ainsi, tant qu'il n'y a pas de concomitance entre la diffusion d'une œuvre effectuée par le titulaire initial des droits et le moment où le public met en lecture l'œuvre sur sa tablette, son téléphone ou son ordinateur, il faudra considérer que la communication relève d'une reproduction. Toutefois, l'analogie peut présenter des limites, dans la mesure où dans l'affaire *Halévy*, des exemplaires ont été réalisés sous la forme de phonogramme. Un second critère est donc nécessaire.

B. L'accessibilité réservée à l'œuvre

181. Fonction de l'exemplaire : le stockage de l'œuvre permettant l'accessibilité réservée. Pour dépasser les questions de dématérialisation, il faut se poser la question suivante : à quoi sert un exemplaire en droit d'auteur ? Cette notion peu exploitée doctrinalement constitue pourtant la clé de voûte du monopole d'exploitation, son existence permettant une distinction entre la mise en jeu du droit de reproduction et celle du droit de représentation. La fonction immédiate de l'exemplaire est de contenir l'œuvre. Le détenteur de l'exemplaire dispose alors d'un accès privilégié à l'œuvre. Il est libéré des contraintes inhérentes aux représentations artistiques, dont l'accès est déterminé par la volonté des représentants – auteurs, diffuseurs, metteurs en scène, etc. – qui choisissent l'heure et le lieu de la communication. Le détenteur de l'exemplaire détermine seul où et quand il souhaite jouir de l'œuvre. Cette accessibilité constitue la fonction finale de l'exemplaire⁶⁶⁶. Aussi, pour qu'il soit possible de considérer qu'une communication existe par l'intermédiaire d'un exemplaire, il faut qu'il y ait stockage de l'œuvre sur un *medium* permettant une accessibilité réservée au contenu.

182. Équivalence fonctionnelle en matière de *streaming*. Un raisonnement par équivalence fonctionnelle doit être mené⁶⁶⁷. D'une part, le contrat d'édition suppose la réalisation de l'œuvre sous

⁶⁶⁴ Paris, 1^{er} mai 1925, *DH* 1925, 2, p. 98, note Roger.

⁶⁶⁵ Cass. civ., 10 nov. 1930, *Halévy*, *DP* 1931, 1, p. 29, note M. Nast ; *J.* 1931, 1, p. 169, note Largard.

⁶⁶⁶ Sur la fonction d'objectivation du support v. O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, préf. Ph. GAUDRAT, Larcier, 2013, n° 120-135.

⁶⁶⁷ M. DEMOULIN, *Théorie critique du principe d'équivalence fonctionnelle en droit du commerce électronique*, th. dactyl. Namur, 2014, n° 2, pp. 1-2 ; V. GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Thémis, Montréal, mai 2012, pp. 13-19. ; V. GAUTRAIS, *CNUDCI et équivalence fonctionnelle*, <https://www.gautrais.com/blogue//cnuhci-et-equivalence-fonctionnelle>, 11 avril 2019. G. NICOLAU. Sur les bienfaits de l'interprétation, v. « L'équivoque entre vice et vertu », *RTD* civ. 1996, p. 57, n° 29 : « La généralité et la pérennité de la règle dépendent de la virtualité que lui accordera l'interprète. L'équivoque peut se révéler dans tout texte, parce que le juge le veut. L'interprétation est avant tout un acte de volonté, quel que soit d'ailleurs l'interprète ». Sur le recours à cette approche par les instances européennes en matière de fourniture de contenu numérique v. M. BEHAR-TOUCHAIS, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et J. SÉNÉCHAL « Directive Contenu numérique - Présentation générale des propositions de directive du 9 décembre 2015 : COM (635) final et COM (634) final (7^e Forum annuel de Trans Europe Experts, 21 mars 2016) » *C.C.C.*, n° 2, fév. 2017, doss. 2, n° 26. : « La notion de fourniture de contenu numérique reçoit, au sein de la proposition, une définition issue du langage courant qui lui confère une apparence d'indétermination. La proposition de directive opte, en effet, pour une définition de la fourniture qui décrit l'action de « fournir », à l'article 2,

forme d'exemplaires ; d'autre part, la fonction de l'exemplaire est d'offrir au public une accessibilité réservée à l'œuvre. Dans cette mesure, un syllogisme des plus simples autorise à formuler la thèse suivante : il y a lieu de retenir la qualification de contrat d'édition lorsqu'une œuvre est stockée sur un *medium* afin d'offrir au public une accessibilité réservée à l'œuvre. Sur le terrain de l'équivalence fonctionnelle, la communication en *streaming* ne déroge pas à la règle : elle suppose un stockage préalable de l'œuvre sur des serveurs puissants disséminés aux quatre coins du globe⁶⁶⁸ et offre aux internautes la possibilité d'avoir accès à l'œuvre sur l'ensemble du globe.

Cette manière d'interpréter le « stockage » de l'œuvre est confirmée par le traité OMPI (WCT)⁶⁶⁹ et n'est pas remise en cause par la Convention de Berne⁶⁷⁰. De plus, l'ordonnance de référé de 1997, qui faisait office d'analogie avec le fichier numérique, peut également être utilisée en matière de *streaming*. En effet, rappelons que le juge saisi avait estimé que « *la numérisation d'une œuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1, dont l'unité est le bit, constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle, lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit* »⁶⁷¹. Le procédé numérique employé importe donc peu : par la numérisation s'opère une nouvelle forme de stockage fonctionnellement comparable au support matériel classique, qui relève du droit de reproduction. De la même façon, le critère de l'accessibilité réservée est connu du droit de la propriété intellectuelle. On le retrouve dans différentes dispositions de droit international⁶⁷² et de droit européen⁶⁷³. La cour d'appel de Paris a même déjà eu l'occasion de tenir pour équivalentes la consultation d'une œuvre à partir d'un phonogramme et la consultation en *streaming* à partir d'un blog⁶⁷⁴.

point 10, comme étant le fait de "donner accès à un contenu numérique ou le rendre disponible". Confortant le caractère très large de cette définition de la fourniture, la proposition de directive pose, en outre, le principe de l'équivalence fonctionnelle entre la fourniture de contenu numérique sur support matériel et la fourniture dématérialisée de ce même contenu, mettant en lumière, ce faisant, deux modèles de fourniture bien distincts ».

⁶⁶⁸ G. PONCET, « Derrière votre écran, comment fonctionne Netflix ? », *Le Point*, 3 avr. 2017 : « concrètement, cela signifie que les milliers de films, séries ou documentaires sont dupliqués et hébergés sur des serveurs Open Connect partout dans le monde. La plateforme de vidéos gratuites de Google, YouTube, dispose d'un système équivalent pour répliquer les vidéos les plus regardées ».

⁶⁶⁹ Art. 1.4 traité OMPI (WCT), 20 déc. 1996 : « le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction ».

⁶⁷⁰ Art. 9.1 Convention de Berne, qui se contente d'une définition large : « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit »

⁶⁷¹ TGI Paris, réf., 5 mai 1997, *Queneau*, préc.

⁶⁷² Art. 8 du traité OMPI, 20 déc. 1996 les auteurs d'œuvres « jouissent du droit exclusif d'autoriser à toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». La disposition est prise sans préjudice de l'article 11 de la convention de Berne qui traite du droit de représentation.

⁶⁷³ Art. 3.1 Dir. 2001/29/CE, Reprenant presque à l'identique la rédaction du traité OMPI : « Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

⁶⁷³ L'article se trouve étayé par le § 25 du Préambule de la directive qui rappelle que les auteurs ont « le droit exclusif de mettre à la disposition du public des œuvres protégées par le droit d'auteur ou tout autre objet protégé par voie de transmissions interactives à la demande. Ces transmissions sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

⁶⁷³ L'absence de renvoi au droit de représentation s'explique ici par le fait que la directive n'envisage pas l'existence de ce droit.

⁶⁷⁴ Paris, pôle 5, ch. 12, 22 mars 2011, *RLDI* 2011, n° 71, n° 2344, obs. L. C. ; *RLDI* 2011/73, n° 2407, comm. O. Pignatari : « le site <radioblog.fr> mettait bien à la disposition du public des phonogrammes, dont la très grande majorité était nécessairement protégée (...) quand bien même (...) la base de données du site n'aurait plus été alimentée par les "playlists", il n'en demeurerait pas moins possible de choisir des phonogrammes grâce aux outils du site, et ce, que cette opération soit effectuée par le seul accès au site ou, par cet accès et le téléchargement du logiciel "radioblog" permettant de "poster" les listes sur une adresse internet propre de l'internaute ; que, sur cette deuxième possibilité, par téléchargement sur le site, du logiciel "radioblog", celle-ci ne faisait, au demeurant, que proposer un deuxième moyen de diffusion de phonogrammes nombreux et divers, en interposant une étape intermédiaire supplémentaire, offrant une autonomie plus grande à l'internaute disposant de son propre site ou blog, sans que le nombre de personnes pouvant

ii. L'application des critères

183. Exemples de distinction. Tout d'abord, l'assimilation entre l'exemplaire physique ou numérique et le *streaming* est plus ou moins effective dans le domaine musical. Depuis juillet 2016, les performances *streaming* ont été intégrées par le Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) dans la comptabilisation des disques écoulés, afin de délivrer les différentes certifications aux artistes – disque d'or, de platine, etc. – assimilant le procédé à un exemplaire classique⁶⁷⁵.

Ensuite, il faudrait distinguer les plateformes de *streaming*, qui mettent à disposition des contenus accessibles à tout moment, des plateformes qui se contentent de retransmettre en direct les chaînes télévisées, comme l'a fait la CJUE⁶⁷⁶ et comme l'a jugé la Cour suprême des États-Unis⁶⁷⁷. Les premières relèvent de l'accessibilité réservée, donc du droit de reproduction et du contrat d'édition, tandis que les autres relèvent du droit de représentation et du contrat de représentation.

On pourrait encore distinguer les plateformes de VOD et celles qui usent de la technique dite *pay-per-view*. Contrairement aux plateformes VOD, qui mettent généralement un carnet d'œuvres à disposition du public, qui peut en jouir quand il le souhaite – par exemple *Netflix* ou bien *Deezer* – le *pay-per-view* est une technique qui permet aux chaînes de proposer la retransmission numérique d'un événement – généralement sportif. Alors que les premières reprennent parfaitement nos critères, les secondes formes d'exploitation imposent un visionnage en direct, ce qui met en échec le principe de non-concomitance. Les plateformes dites *pay-per-view* relèveront ainsi du droit de représentation.

184. Accessibilité éphémère. Ce mode de consultation consiste à mettre temporairement à disposition du public une œuvre ayant déjà fait l'objet d'une diffusion. La difficulté tient à ce qu'il impose le stockage au moins éphémère de l'œuvre par le diffuseur durant toute la durée de la mise à disposition. La pratique est courante en matière d'émissions télévisées, les internautes bénéficiant d'un délai relativement court afin de visualiser à nouveau l'œuvre en question⁶⁷⁸. On parle parfois de vidéo de rattrapage ou de « *catch up television* »⁶⁷⁹. Le contrat conclu entre le ou les auteurs et l'exploitant du système de différé serait source d'embarras. Dans ce cas, notre méthode pourrait s'affiner en fonction de la durée de la mise à disposition. Il faudrait ainsi arrêter de manière arbitraire une durée au-delà de laquelle la mise à disposition offrirait une véritable liberté de consultation au public et en deçà de quoi la consultation serait contrainte dans le temps⁶⁸⁰. De la même manière, la limitation dans l'espace sera

accéder à ces données soit véritablement limité (...) ; ce service spécifique, ne modifiait pas la réalité d'une consultation et diffusion de phonogrammes aux internautes, sans restrictions, autres que les manipulations techniques, simples en l'espèce, de l'outil informatique ; la mise à disposition du public restait donc constante, dans cette hypothèse également ; le logiciel téléchargeable à partir de <radioblog.fr>, en ayant ainsi pour unique vocation, la mise à disposition des internautes de phonogrammes protégés, les usagers étant informés de la finalité du logiciel qu'ils téléchargeaient, doit être considéré, aux termes de l'article L. 335-4 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle, comme étant manifestement destiné à la mise à disposition du public, non autorisée, d'œuvres protégées, les prévenus n'ignorant pas que les droits des producteurs n'étaient pas respectés en l'espèce, et reconnaissant en outre qu'aucune procédure n'existait pour solliciter une autorisation des producteurs ».

⁶⁷⁵ <http://www.snepmusique.com/les-certifications/>

⁶⁷⁶ CJUE 7 mars 2013, C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd.e.a. c/ TVCatchup Ltd*, JAC, n° 01/2013, p. 11, E. Scaramozzino.

⁶⁷⁷ Sup. Court, 25 juin 2014, aff. n° 13-461, *American broadcasting cos., inc., et al. v./ Aereo, inc., fka bamboom labs, inc.*, Sup. Court. Op. Bound Vol., Oct. term, 2013, p. 1, JAC, 2014, n° 16, p. 6, E. Scaramozzino. La société Aereo mettait l'accent sur le fait que la retranscription était individualisée, reprenant ainsi l'argument de l'accessibilité réservée (*WNET, Thirteen v. Aereo, Inc.*, 712 F.3d 676 (2d Cir.2013)). L'argument a été logiquement rejeté.

⁶⁷⁸ CNC, *Rapport sur le marché de la vidéo 2012*, dossier n° 325 qui relève le succès croissant de la pratique en France.

⁶⁷⁹ P. LESCURE, *Rapport, Act II*, préc. p. 50.

⁶⁸⁰ CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft c/ Oracle International Corp. (Sté)*, JAC, 2013, n° 7, p. 34, obs. E. Treppoz ; *D.* 2012. p. 2142, obs. J. Daleau ; *ibid.* 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *RTD com.* 2012. 542, obs. F. Pollaud-Dulian ; *ibid.* 790, chron. P. Gaudrat ; *RTD eur.* 2012. 947, obs. E. Treppoz ; *Rev. UE* 2015. 442, ét. J. Sénéchal. Une seconde différence réside dans le fait que le droit de distribution du logiciel comprend le droit de location au public. Le considérant 12 de la directive

un critère de distinction, notamment lorsque la communication doit se réaliser à partir d'un territoire national donné. Dans ce dernier cas, l'on serait tenté d'y voir une représentation de l'œuvre concernée.

185. Conclusion de paragraphe. Ce long exposé portant sur le contenu du contrat d'édition illustre les difficultés d'appréhension des concepts classiques par la pratique contractuelle, principalement à l'épreuve du numérique. Ces difficultés s'accroissent lorsqu'il s'agit de replacer le contrat d'édition au sein de la nébuleuse des modes de communication des œuvres au public. Ce travail de recadrage démontrera que le contrat d'édition a perdu de son attrait et qu'il n'est peut-être plus aussi matriciel que l'entendait DESBOIS.

§ 2. LA RESTRICTION DU DOMAINE D'APPLICATION *RATIONE MATERIAE* DU CONTRAT D'ÉDITION

186. Concurrence des qualifications. Sous l'impulsion d'entités de diverses natures, on constate une orientation politique nouvelle en matière de propriété littéraire et artistique consistant pour l'essentiel à simplifier le transfert des droits d'exploitation sur une œuvre ou leur communication au public. Une telle politique se traduit par une profusion des mécanismes de transfert des droits et de communication des œuvres et s'oppose à la vision traditionnelle que l'on se fait du contrat d'édition, censé dominer le droit de l'exploitation des œuvres. En dernière analyse, ces mécanismes entrent en concurrence avec le contrat d'édition.

187. Plan. Ce changement de paradigme politico-juridique s'imposant aux acteurs de la propriété littéraire et artistique (A) implique corrélativement un affaiblissement *ratione materiae* du contrat d'édition (B).

A. LES RAISONS POLITIQUES DE LA RESTRICTION

188. Plan. Pris dans son versant patrimonial, le droit d'auteur fait traditionnellement l'objet d'une synthèse censée interdire toute discrimination entre les œuvres selon leur nature juridique ou formelle. Elle repose exclusivement sur la nécessité de récompenser et de protéger le créateur de l'œuvre autour duquel est construit le droit de la propriété littéraire et artistique. En définitive, le droit d'auteur interdit aux professionnels de la culture d'exploiter une œuvre sans avoir au préalable contracté avec l'auteur pour le transfert des droits. La communication d'une œuvre sous forme d'exemplaires est donc classiquement subordonnée à la conclusion d'un contrat d'édition. Sans qu'il fasse l'objet d'une déconstruction totale, ce paradigme classique, individualiste et synthétique (1) est pourtant contesté aujourd'hui. En subordonnant systématiquement la communication d'une œuvre sous monopole à la conclusion d'un contrat, le droit d'auteur verrouillerait à l'excès le marché culturel, portant préjudice aux industriels et au public. D'où l'émergence d'un nouveau paradigme, qui traduit une remise en cause des modes contractuels d'exploitation (2).

1. Le paradigme classique : l'approche synthétique et individualiste.

189. Approche synthétique et personnaliste. Le monopole d'exploitation, tel qu'il est appréhendé dans la tradition civiliste française, est le fruit d'une conception synthétique. Il est ainsi limité à deux grandes prérogatives censées intégrer tous les modes d'exploitation dans toutes leurs déclinaisons possibles. Le Professeur POLLAUD-DULIAN écrit ainsi que « *la conception synthétique des droits consiste à donner un sens large et compréhensif, un contenu ouvert à un nombre de prérogatives très réduit, de telle*

2009/24 « programmes d'ordinateur » indique que la location vise une période limitée, ce qui implique *a contrario* qu'en l'absence d'une telle période limitée, on se situe dans le droit de distribution *stricto sensu*, qui s'épuise, à la différence du droit de location. Cette différence, qualifiée de *summa divisio* par l'avocat général de la Cour, explique pourquoi la Cour fait largement état de la durée pendant laquelle l'utilisateur peut utiliser le fichier issu du téléchargement.

sorte que toutes formes d'utilisation puissent rentrer dans le champ de l'une ou l'autre de ces prérogatives »⁶⁸¹. L'auteur trouve dans son monopole le moyen d'appréhender tous les modes d'exploitation découverts au fil de l'évolution technologique. De la sorte, le droit fait l'économie de normes législatives censées transposer en droit positif ces nouveaux modes de communication⁶⁸².

À cette dualité de droits, répond une dualité contractuelle prévue par la loi de 1957 qui limitait à deux le nombre des contrats d'auteur – édition et représentation – censés embrasser l'ensemble du monopole d'exploitation.

190. Droit ouvert sur le public. Malgré l'esprit individualiste qui y règne, la propriété intellectuelle demeure trop différente de la propriété « classique » issue du Code civil. Pour le Professeur Tristan AZZI, « le droit de propriété est un droit davantage tourné vers l'individu, "privé" au sens littéral du terme, le droit d'auteur est davantage tourné vers le "public" »⁶⁸³. Les utilités de la propriété littéraire et artistique relèvent donc de leur capacité à satisfaire l'intellect et la sensibilité du public récipiendaire. D'autres vont plus loin et n'hésitent pas à qualifier la propriété littéraire et artistique de « propriété de marché » qui se singulariserait dans son essence par sa vocation à être exploitée, ou du moins à « circuler »⁶⁸⁴. Cette dernière approche peut être considérée comme pertinente.

2. L'émergence d'un paradigme nouveau : l'approche analytique et socialisante

191. Double tropisme. Plan. La propriété intellectuelle n'a jamais cessé d'être traversée par deux courants antithétiques mais contestataires du schéma classique plaçant l'auteur au centre de la matière et reléguant à un second rang l'intérêt de l'entreprise ainsi que l'intérêt général⁶⁸⁵. D'une part, les tenants d'un droit d'auteur à tendance plus économique s'évertuent à démontrer l'importance déraisonnable que la matière accorde à la personne du créateur au détriment des financeurs de l'œuvre. Ils promeuvent la personne de l'investisseur et souhaitent lui attribuer, de manière sporadique, des prérogatives patrimoniales sans qu'il soit nécessaire de contracter avec le créateur. Ce premier tropisme débouche sur une désincarnation du droit d'auteur au nom de l'intérêt des investisseurs (a). Le second tropisme relaie une frange du public et des intervenants politiques qui souhaitent une accessibilité accrue aux contenus placés sous monopole. Ce degré de contestation prend les traits d'une socialisation du droit d'auteur (b).

a. La désincarnation du droit d'auteur au nom de l'intérêt des investisseurs

192. « Le déclin du droit »⁶⁸⁶... d'auteur. L'expression est empruntée À RIPERT qui a intitulé ainsi l'une de ses monographies phares, reprise à propos du droit d'auteur par le Professeur GAUTIER⁶⁸⁷. L'emprunt n'est pas anodin. Il renvoie à l'étude de fond à laquelle s'est livré l'auteur afin

⁶⁸¹ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 937, p. 700.

⁶⁸² F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 938, p. 700 : « l'intervention du législateur étant, par nature, hypothétique, lente ou tardive, et soumise à toutes sortes de groupes de pression, cette approche synthétique et les possibilités d'interprétation qu'elle donne à la jurisprudence sont particulièrement secourables aux auteurs ».

⁶⁸³ T. AZZI, th. préc., n° 44, p. 38.

⁶⁸⁴ A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préf. M. VIVANT, LGDJ, 2008 ; A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une "protection de marché" », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO (dir.), LGDJ, 2005, p. 353 ; F. SIIRIANIEN, « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel : le point de vue d'un juriste », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M. VIVANT (dir.), LGDJ, 2014, p. 37 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *Thémis*, 2011, notion n° 4, « Les biens », n° 27, p. 307. V. également J. RAYNARD, note sous arrêt Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *JCP G*, 1993, II 22161.

⁶⁸⁵ B. REMICHE, « Propriété intellectuelle : "intérêts d'entreprises intérêt général" », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 525.

⁶⁸⁶ G. RIPERT, *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1998.

⁶⁸⁷ P.-Y. GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propr. intell.*, 2015/1, n° 54, p. 10 s., spéc. p. 14.

d'étudier les conséquences du système politique de la III^e République sur la cohérence du droit. L'éminent penseur estime entre autres choses que l'esprit des normes, en proie à une vertigineuse inflation législative, s'incarne pour l'essentiel dans des luttes partisans et catégorielles. Pour expliciter sa pensée, le cas de la lésion est souvent repris. RIPERT déplore l'attitude du Parlement qui choisit d'intégrer avec parcimonie un dispositif auquel il souhaite que l'on attache une portée générale. Puis il fustige ce même Parlement précisant que « *ce qui l'intéresse, ce n'est pas la lésion source d'immoralité, c'est le contractant digne d'intérêt* »⁶⁸⁸. S'il est provocateur de parler de « déclin » à propos du droit d'auteur, force est de constater que les processus de réforme de la propriété littéraire et artistique sont sujets à un lobbying vigoureux au confluent d'intérêts divers⁶⁸⁹.

193. Lobbying, esprit analytique et doctrine du « *work made for hire* ». Le Professeur Jean LAPOUSTERLE écrit, à l'endroit du droit d'auteur, que « *le caractère incorporel des biens couverts par ce droit constitue un facteur de vulnérabilité congénital à cette discipline* »⁶⁹⁰, permettant la pression des lobbyistes⁶⁹¹. Notons d'emblée que le droit d'auteur sous sa forme de 1957 était déjà le fruit de conflits d'intérêts des diverses forces en présence, qui aboutissent à assimiler la loi de 1957 à un texte d'équilibre prenant les traits d'un compromis de principe⁶⁹². Près de trente années plus tard, la loi du 3 juillet 1985, deuxième grande loi moderne de la propriété littéraire et artistique, peut être analysée comme un point de rupture totale au sein du droit de la propriété intellectuelle⁶⁹³. « *Rien de plus logique pourtant, pour une entreprise qui engage un salarié auquel elle confie une mission créative, que de souhaiter en exploiter le résultat* »⁶⁹⁴. Or, les investisseurs étant contraints de contracter avec les créateurs pour le transfert des droits, il était notamment reproché au système français d'assujettir les parties prenantes à des lourdeurs juridiques

⁶⁸⁸ G. RIPERT, *op. cit.*, n° 93.

⁶⁸⁹ N. DISSAUX, « Le droit : une comédie humaine », *RTD civ.*, 2011, p. 287 : « *le droit vivant, compromis dans le nœud des intérêts qui en font un instrument de régulation sociale parmi d'autres, souvent plus faible que d'autres. Le droit est partout, mais il ne peut pas tout ; simple comédie humaine, il exige humilité* » ; Ph. MALAURIE, « Le déclin du droit », *JCP G* 2010, p. 1292.

⁶⁹⁰ J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009, n° 11, p. 6.

⁶⁹¹ V. également F. POLLAUD-DULIAN, « Quo vadis lex ? », *RTD com.*, 2016, p. 641 : « *Les réformes se succèdent au rythme accéléré qu'imposent tant le législateur de l'Union européenne, que les pressions de la modernité et du lobbying* » ; « *le législateur se défait de son rôle. Il abandonne la norme à la pratique (on le voit avec le contrat d'édition numérique ou avec la commission de la copie privée). La loi est de plus en plus influencée par le lobbyisme* » ; D. BÉLOT, « La stratégie Tintin », *JAC*, 2014, n° 17, p. 37 ; Ph. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD com.*, 2003, p. 285, spéc. n° 9, p. 286 ; voir également Ph. GAUDRAT, « Sombre actualité du droit d'auteur », *RTD com.*, 2006, p. 386 et notamment le n° 11 qui voit dans le triple test un outil de protection des intérêts des investisseurs : « *Intégré au droit interne, le triple test devient un système concurrent des exceptions légales ; c'est un fair use à l'envers, appliqué non à la limitation du copyright mais à celle des exceptions ! (...) Outre l'insécurité juridique, on ne peut qu'être frappé par l'iniquité du mécanisme et la présomption d'imprévoyance que se décerne le législateur à lui-même ; sans compter que cette faculté offerte au juge l'expose, lui aussi, au lobbying. Même cantonné dans le champ d'application du texte d'origine, exclusivement réservé aux auteurs, c'est choquant* ». A. LATOURNERIE, « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie politique*, vol. n° 22, 2004/2, p. 21, spéc. p. 29 : « *La multiplication des acteurs intéressés par la question de la propriété intellectuelle se traduit ainsi par une explosion des groupes de pression qui interviennent dans les discussions législatives sur la scène nationale, à la Commission européenne et à l'OMPI : les anciennes professions (éditeurs, producteurs...), les grands groupes multinationaux et les nouveaux acteurs (fournisseurs d'accès en ligne, opérateurs de télécommunications, hébergeurs de sites Web...)* ».

⁶⁹² F. POLLAUD-DULIAN, « La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilan et perspectives », *RIDA* n° 213, 2007/3, p. 2 et spéc. p. 29 : « *La catégorie des œuvres collectives, stigmatisée à juste titre par la doctrine quasi unanime, méritait d'être abrogée ou, à tout le moins, ramenée à son domaine d'origine par une définition plus rigoureuse* ».

⁶⁹³ L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1110, n° 93 : « *Déjà en germes avant 1957, la crise de l'objet du droit d'auteur trouve aussi et surtout à s'exprimer dans l'évolution même des règles. L'élargissement croissant de la protection à des productions de nature utilitaire, souvent en réponse à des préoccupations financières, accentue "la crise de l'originalité"* ».

⁶⁹⁴ A. BENSAMOUN, « Les créations salariées : véritable oxymore du droit d'auteur ? », *D.*, 2014, p. 2351 ; A. BENSAMOUN, « La titularité des droits patrimoniaux sur une création salariée : du paradis artificiel à l'artifice du paradis », *RLDI*, n° 67, janv. 2011, n° 2210, p. 56.

considérables en raison du coût de transaction qu'un contrat d'édition pouvait imposer⁶⁹⁵. Sous l'influence réitérée et à peine voilée des représentants d'intérêts, le législateur, sous couvert de compétitivité du droit français, a modifié l'architecture de la propriété littéraire et artistique. Inscrivant le droit d'auteur dans une stratégie d'entreprise⁶⁹⁶, il a consacré une série de cessions automatiques au profit d'investisseurs qui financent la création⁶⁹⁷, non sans rappeler une fois encore la doctrine du « *made for hire* » telle qu'elle est pratiquée aux États-Unis et qui sied mieux aux éditeurs⁶⁹⁸. Bien qu'en droit américain l'exception qui découle de cette doctrine soit beaucoup plus large que celle qui est issue des cessions et présomptions de cessions en droit civiliste, la concurrence avec le système de *copyright* a été déterminante lors de l'élaboration de la loi de 1985⁶⁹⁹. Cela a notamment été le cas à propos des œuvres

⁶⁹⁵ Pour une étude globale de la question, voir S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER et C. PÉRÈS (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, Paris, 2010.

⁶⁹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *ibid.* ; B. REMICHE, « La propriété intellectuelle au cœur d'une nouvelle stratégie », in *Technologie et concurrence. Mélanges en l'honneur de Hanns Ulrich*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 275 ; P. de CANDÉ, « Stratégie de protection des entreprises », *JAC*, 2016, n° 31, p. 30.

⁶⁹⁷ Voir par exemple la directive (C. E. E.) n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le CPI qui consacre le transfert à l'employeur des créations de logiciel réalisées par les salariés ou plus simplement l'œuvre collective largement décriée sur ce point par les auteurs, v. B. EDELMAN, « Le recyclage d'une œuvre collective », *D.*, 2008, p. 2643, n° 9 : « Dans une logique d'entreprise, le promoteur a tout intérêt à pouvoir modifier l'œuvre collective pour ses besoins commerciaux ; il peut, indifféremment, en publier de simples extraits, un abrégé, voire la recomposer, si les goûts du public vont dans ce sens. Mais, juridiquement, cela suppose qu'il est propriétaire non seulement de l'œuvre collective dans son ensemble, mais encore des éléments qui la composent. Sans quoi, bien évidemment, il ne pourrait la décliner à sa guise » ; B. EDELMAN, « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.*, 1998, p. 141, n° 2 : « Le malaise qui saisit le juriste est inhérent à la nature même de cette œuvre. En effet, elle est écartelée entre deux logiques : d'une part, un simple investisseur est "investi" des droits de l'auteur, d'autre part, les auteurs qui ont contribué à l'œuvre restent des auteurs ».

⁶⁹⁸ US Copyright act 1976, §.101 : « l'œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service [work made for hire] est : 1° une œuvre préparée par un employé dans le cadre de son emploi ; ou 2° une œuvre commandée spécialement pour servir en tant que contribution à une œuvre collective (...) si les parties sont expressément convenues (...) de la considérer comme une œuvre créée dans le cadre d'un louage d'ouvrage ou de service » ; R. P. MERGES, « The law and economics of employee inventions », *Harv. Journ. Law. Tech.*, V. 13, 1, sept. 1999, p. 1 ; L. J. JASSIN à l'issue d'une interview accordée à J. B. Mc. HUGH, http://www.copyright.com/new_articles/electronicrights.html : « With a "work for hire," the publisher steps into the shoes of the creator and becomes the author of the work for copyright purposes ». A. STROWEL, « Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences, étude de droit comparé », préf. L. Van BUNNEN, LGDJ, 1993, n° 47 et s., p. 278 et s. Gardons-nous tout de même d'attribuer à cette doctrine une portée qui n'est pas la sienne et rappelons que, depuis la jurisprudence *Community for Creative Non-Violence v. Reid* (Sup. Court, 490 U.S. 730, 1989), il est clairement établi à l'appui d'une liste de critères empiriques que la doctrine du « *made for hire* » ne concerne que les salariés et non les prestataires présentant une trop forte indépendance dans leur travail de création (L. NEMSCHOFF, « Authorship and employment: life in the entertainment industry after CCNV versus Reid », *Enter. Law Rev.*, mai 1993, 3, p. 80). Enfin, on retrouve cette doctrine dans d'autres législations de *copyright*, comme le droit anglais (Art. 11, 2. du CDPA 1988 : « Where a literary, dramatic, musical or artistic work, or a film, is made by an employee in the course of his employment, his employer is the first owner of any copyright in the work subject to any agreement to the contrary ») mais aussi, de façon parfois très nuancée, au sein de législations censées être plus proches de notre système juridique comme le droit espagnol (Transmission des droits de l'auteur salarié, Art. 51. 1) Décret Royal n° 1/1996, du 12 avril 1996, portant approbation du texte codifié de la loi sur la propriété intellectuelle, qui énonce, précise et harmonise les dispositions légales en vigueur dans ce domaine : « La transmission à l'employeur des droits d'exploitation sur une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de travail est régie par les dispositions de ce contrat, lequel requiert la forme écrite. 2) À défaut de convention écrite, il est présumé que les droits d'exploitation ont été cédés en exclusivité, et avec la portée nécessaire pour permettre l'exercice de l'activité habituelle de l'employeur au moment de la remise de l'œuvre réalisée dans le cadre dudit contrat de travail »).

⁶⁹⁹ Voir sur ce point entre autres, les discussions à l'Assemblée Nationale rapportée in JO 29 juin 1984, n° 69 A.N., notamment p. 3809 ; Ch. JOLIBOIS, *Rapport au nom de la Commission spéciale*, n° 212, qui rappelle que « si les producteurs européens ne sont pas en mesure de fournir ces programmes (audiovisuels), l'invasion de l'Europe audiovisuelle par les producteurs américains est inéluctable » (p. 39) avant de promouvoir une refonte du statut du producteur notamment au regard du rôle de « pivot » qui est le sien (p. 40 et s.).

logicielles et cinématographiques pour lesquelles la France accusait un déficit concurrentiel alors même qu'il s'agissait de secteurs économiques où elle était pionnière⁷⁰⁰. En 2009, la loi instituant la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection sur Internet (HADOPI) a été l'occasion d'accentuer la portée du dessaisissement automatique des droits des journalistes au profit des éditeurs de presse⁷⁰¹. On pourrait néanmoins s'interroger sur la constitutionnalité d'un tel procédé au regard des fondements idéologiques du droit de propriété⁷⁰².

En dernier lieu, le souci d'harmonisation de l'Union européenne contribue indirectement au renouvellement conceptuel de la matière en adoptant lui aussi, dans ses directives, une approche analytique de ses prérogatives⁷⁰³. La raison touche principalement à la volonté de concilier des législations hétérogènes. Néanmoins, le législateur français se contente fréquemment d'en appeler à l'esprit synthétique du monopole d'exploitation pour se dispenser de transposer lesdites directives. Malgré tout, cette réitération des modes d'exploitation installe une logique nouvelle qui démystifie les institutions séculaires du droit d'auteur – parmi lesquelles le contrat d'édition – et instille un esprit mercantile qui marque une régression du statut de l'auteur⁷⁰⁴. Mais cette tendance s'explique par une autre raison, à savoir la socialisation du droit d'auteur au nom de l'intérêt culturel du public⁷⁰⁵.

*b. La socialisation du droit d'auteur au nom de l'intérêt du public*⁷⁰⁶

194. Fondement : le droit d'accès à la culture et à l'information. L'accès à la culture est souvent présenté comme une source d'affaiblissement de la propriété intellectuelle⁷⁰⁷. Alors que

⁷⁰⁰ Sur ce constat à propos des logiciels, v. D. USECHE, *Les droits de la propriété Intellectuelle et les marchés financiers dans la stratégie des firmes du logiciel en Europe et aux États-Unis*, Univ. de Bordeaux, 2014.

⁷⁰¹ *Infra* n° 210-211.

⁷⁰² M. ABELLO, J. TASSI, « L'employé auteur de logiciel et les droits fondamentaux : une question prioritaire de constitutionnalité d'avenir ? », *Comm. com. électr.*, n° 4, Avril 2011, étude 8.

⁷⁰³ Ph. GAUDRAT, « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition », *RTD com.* 2006, p. 814 ; A. LEBOIS, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *D.* 2002, p. 2322 ; Ph. GAUDRAT, « Prêt public & droit de location : l'art et la manière ? », *RTD com.* 2008, p. 752 : « *Derrière une terminologie se profile une question de nature juridique doublée d'un choix de système. L'approche analytique va usuellement de pair avec une conception monopolistique et positiviste de la réservation légale* ».

⁷⁰⁴ Voir M. MOLLER, « À propos du Livre vert sur le droit d'auteur et le déficit technologique (1988) », *RIDA* n° 141, 1989/3, p. 23 : « *Le centre du Livre vert n'est pas l'auteur mais le producteur. L'œuvre de l'auteur est moins une création intellectuelle qu'une marchandise. Ce ne sont pas les droits de l'auteur mais les investissements du producteur qui doivent être assurés* » ; voir également, B. EDELMAN qui parle d'un « *droit d'auteur sans auteur* », « Nature du droit d'auteur. Principes généraux », *J.-Cl.*, PLA Fasc. n° 1112, n° 12 ; J. C. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *Comm. com. électr.*, 2009, étude 10, qui n'hésite pas à recentrer le débat sur les exploitants en soulignant que les grands perdants du numérique et de la redéfinition de l'économie culturelle qu'il implique seront les producteurs et les éditeurs et non les auteurs eux-mêmes ; P. SIRINELLI, « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G.* n° 1, 5 janv. 2000, doct. 194, n° 5, qui craint « *un meurtre par décret* » commandité par des exploitants souhaitant revenir « *deux siècles en arrière* », à l'époque où ils n'étaient pas obligés de rétribuer les auteurs pour exploiter leurs œuvres ; P. GARÇON, « Dans le panorama, l'auteur serait-il en trop ? », *JAC*, 2015, n° 30, p. 14.

⁷⁰⁵ Comme a pu le noter un auteur, ces deux tendances, idéologiquement opposées, ne s'ignorent pas pour autant ; voir D. LEFRANC, « Le nouveau public », *D.* 2001, p. 107 : « *il faut remarquer l'absence totale des auteurs dans le débat, et que ce nouveau choc de titans est une guerre essentiellement économique, maladroitement légitimée par le droit à la culture* ».

⁷⁰⁶ F. FAVRO, « La recherche de l'intérêt du public à la lecture du Code de la propriété intellectuelle... », *Légicom* 2014/2, n° 53, p. 83.

⁷⁰⁷ A. GALLIMARD, « Le droit d'auteur pour notre temps », *Le Débat*, vol. 188, n° 1, 2016, p. 4, n° 4 : « *Le droit d'auteur est principalement chabuté au niveau supranational, par les instances européennes et les grands opérateurs techniques et commerciaux d'Internet. (...) Ce qui est au cœur du débat, c'est le niveau d'adéquation du droit d'auteur au mouvement de la société contemporaine, laquelle voit son accès à la culture et à l'information bouleversé par la mise en œuvre des nouvelles technologies. Voici la question qui est posée par nos contradicteurs : si cet accès à la culture doit contribuer à la formation et au bonheur des individus, au nom de quoi en réduirait-on la portée par un droit de reproduction*

LAMARTINE, sur la foi de la formule initiée par LINGUET et rapportée par LE CHAPELIER⁷⁰⁸, disait du droit d'auteur qu'elle est « *la plus saine des propriétés* »⁷⁰⁹, PROUDHON arguait qu'elle n'est qu'une appropriation injustifiée du domaine intellectuel conduisant à la mort de la circulation des idées par l'appropriation de la forme⁷¹⁰. Optant pour un compromis de principe, Victor HUGO proposait de tirer toutes conséquences de ce tiraillement en se prononçant ouvertement en faveur d'un domaine public payant, ménageant les intérêts de tous⁷¹¹. Un siècle et demi plus tard, le Professeur d'économie Daniel COHEN prenait la plume et proclamait dans une veine proudhonienne que « *la propriété intellectuelle, c'est le vol* »⁷¹². L'allégation a été contestée par le Professeur Pierre-Yves GAUTIER qui a répondu en substance qu'elle est au fondement de la création⁷¹³. Entre-temps, Jean ZAY a proposé à la Chambre des députés un projet de loi qui, dès le 13 août 1936, faisait la part aux licences légales, restreignant corrélativement le champ d'application du contrat d'édition⁷¹⁴. Les chemins de traverse entre l'accès à la culture pour le plus grand nombre et la propriété littéraire et artistique s'avèrent donc manifestement délicats à emprunter en raison des dissensions plus ou moins assumées qui animent leurs rapports⁷¹⁵. Constatant le mouvement, le Professeur CARON parle d'une « *publicisation rampante*

et de représentation restrictif, laissant au seul créateur la liberté d'en disposer à son gré, en laissant peu de place au partage ? ».

⁷⁰⁸ Selon le CHAPELIER, la propriété littéraire est « *la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable (...) de toutes les propriétés* » (*Rapport sur la pétition des auteurs dramatiques, Assemblée constituante, séance du 13 janv. 1791*).

⁷⁰⁹ A. de LAMARTINE, *Discours sur la propriété littéraire et artistique*, 1841.

⁷¹⁰ P.-J. PROUDHON, *Les majorats littéraires. Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs ou artistes, un monopole perpétuel* (éd. Bruxelles, 1862 p. 126) : « *qu'en dehors du livre monopolisé, on ne pourra ni lire ni écrire ; en dehors de la pensée de l'écrivain propriétaire, on ne pensera plus* ».

⁷¹¹ V. HUGO, *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, 7 juin 1878 : « *Voilà où mène la confiscation de la propriété née du travail, soit que cette confiscation pèse sur le peuple, soit qu'elle pèse sur l'écrivain. Messieurs, rentrons dans le principe : le respect de la propriété. Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps, fondons le domaine public. Allons plus loin. Agrandissons-le. Que la loi donne à tous les éditeurs le droit de publier tous les livres après la mort des auteurs, à la seule condition de payer aux héritiers directs une redevance très faible (...). Le principe est double, ne l'oublions pas. Le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient — le mot n'est pas trop vaste — au genre humain* ».

⁷¹² D. COHEN, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, éd. 7 avr. 2001 ; D. COHEN, « La gratuité et ses ennemis. À propos de *La gratuité, c'est le vol* par Denis Olivennes et *Gratuit !* par Olivier Bomsel », *Le Débat*, 2007/4 (n° 146), p. 171.

⁷¹³ P.-Y. GAUTIER, « La propriété intellectuelle, un sous-droit », *Libération*, 1 juill. 2009.

⁷¹⁴ Art. 21, Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, qui proposait un domaine public payant, préfigurant nos futures licences légales : « *À l'expiration du délai de dix ans ci-dessus spécifié et jusqu'à l'expiration d'une durée de cinquante ans calculée à dater de la mort de l'auteur et prolongée d'une période égale au temps écoulé entre le 2 août 1914 et le 1er septembre 1919, l'exploitation des œuvres de l'auteur est libre, à charge pour l'exploitation de payer une redevance équitable aux personnes à qui appartenait la jouissance du droit pécuniaire de l'auteur avant qu'ait pris fin ledit délai de dix ans. Cette redevance ne pourra, en aucun cas, être inférieure à 10 pour 100 du produit brut de l'exploitation* » ; F. RENEAUD, *Une tentative de suppression de la propriété intellectuelle. Le projet de loi de Jean Zay sur le droit d'auteur et le contrat d'édition*, RLDI, n° 42, oct. 2008, p. 63 ; C. ROJINSKY, « Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », *Propri. intell.*, 2008/2, n° 27, p. 160.

⁷¹⁵ MALLET-POUJOL, « Le droit d'auteur à l'épreuve du droit de la culture », in *Droit d'auteur et culture*, J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), Dalloz, 2007, p. 129 ; X. DAVERAT, « Propriété littéraire et artistique et patrimoine culturel immatériel : convergence, disjonctions, interstices », in *Le patrimoine culturel immatériel et les collectivités informatiques*, L. LANKARANI et F. BANDARIN (dir.), éd. A. Pedone, 2013 ; S. CARRE, *Droit d'auteur et droit du public à l'information et à la culture*, th. dactyl., Montpellier, 2004 ; M. CORNU, *Le droit culturel des biens*, Bruylant, 1996, p. 325 ; R. BUEB, « Les auteurs, le droit et la loi : épopée législative du droit d'auteur », *LPA*, 6 déc. 2007, n° 244, p. 4 : « *Après 1968, tout est devenu culture : les arts et les lettres ont été fondus et laïcisés dans le magma et le plasma des pratiques culturelles nées de la société de consommation et des loisirs de masse. Elles inspirent de nouvelles interventions législatives : la reconnaissance des droits voisins et du secteur de l'audiovisuel, une adaptation à l'informatique (...) mais surtout des interrogations face aux mutations des pratiques et des technologies de la culture et aux enjeux économiques : alors à quand une nouvelle loi sur le droit de la culture et de l'immatériel, des créateurs, des producteurs, des diffuseurs et des consommateurs ?* ».

qui affecte insidieusement le droit d'auteur»⁷¹⁶. Dans le cadre de la présente étude qui porte sur le rapport entre le droit de reproduction et le contrat d'édition, on acceptera le postulat suivant : remettre en cause la propriété littéraire et artistique en organisant sa socialisation, c'est remettre en cause les vecteurs traditionnels du droit d'auteur parmi lesquels on compte évidemment le contrat d'édition.

Bien qu'elles ne prennent qu'exceptionnellement une tournure solennelle dans le droit positif, les revendications de la sphère civile pour le « droit d'accès à la culture » sont pléthoriques. Un examen de chacune d'entre elles déborderait assez largement le cadre de notre étude. Relevons simplement qu'à la suite du préambule de la Constitution de 1946, il est permis d'employer la formule à la manière d'un droit-créance, l'article énonçant que « la nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction à la formation professionnelle et à la culture »⁷¹⁷. On retrouve parfois cette formule dans certains textes de droit international⁷¹⁸.

Parfois présentées comme des agents neutralisants du droit d'auteur, les conventions – pourtant d'application directe – et déclarations placées sous l'égide de l'UNESCO doivent être relativisées compte tenu de leur formulation souvent incantatoire⁷¹⁹.

En réalité, le droit à l'accès à la culture relève davantage d'une volonté politique que du droit positif⁷²⁰ et sert plutôt de toile fond à des décisions de justice ou des réformes d'envergure en matière de propriété littéraire et artistique.

Lors de procès, des défenseurs excipent ainsi d'un prétendu droit à la culture pour échapper à leur responsabilité. À titre d'exemple, on peut citer l'action en contrefaçon à laquelle a dû faire face un éditeur qui avait reproduit la Grande arche de la Défense sur une carte postale et qui opposait au titulaire de droit « le droit du public à l'information et à la culture »⁷²¹. L'argument a cependant été rejeté. On peut encore se référer à l'affaire *Roland Barthes*, dans laquelle le directeur d'une revue avait publié des extraits du cours « Le désir du neutre », que le philosophe structuraliste donnait au Collège de France, sans même s'enquérir de l'autorisation de ses ayants droit. Le publicateur a alors blâmé les titulaires de droits, les qualifiant d'« *Harpagons de la pensée* ». Le tribunal puis la cour saisie en cause d'appel ont écarté l'argument et retenu la contrefaçon⁷²².

On retrouve encore ces éléments de « délégitimation » du monopole d'exploitation avec l'argument du droit à l'information⁷²³ – ce que les instances européennes rangent sobrement sous l'appellation « société de l'information »⁷²⁴ – corrélé à l'article 10 de la Convention européenne des droits

⁷¹⁶ Ch. CARON, « Le droit d'auteur selon le Conseil économique et social », *Comm. com. électr.*, n° 11, Novembre 2004, comm. 135.

⁷¹⁷ L. GAY, *Les droits créances constitutionnels*, th. dact. Aix, 2001, p. 16 : l'auteur qualifie le droit à l'éducation et le droit à la culture de droits-créances « intellectuels ».

⁷¹⁸ Voir art. 22 et 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 déc. 1948 ; H. FAES, « Droits de l'homme et droits culturels », *Transversalités*, 2008/4 (N° 108), p. 85 ; v. également le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966.

⁷¹⁹ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 37, p. 50, qui estiment que « La convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, signée à Paris le 20 octobre 2005, a même pu être présentée comme le contrepois à la convention de Berne » mais qui ajoutent que « pourtant les deux textes n'ont pas le même objet et sont même parfaitement compatibles ». Pour un renforcement des prérogatives de l'UNESCO, v. notamment CES, avis, 7 juill. 2004 relatif au droit d'auteur : JO, CES, *Avis et Rapport*, 15 juill. 2004, n° 21.

⁷²⁰ On retrouve cette idée placée en en-tête du site du Ministère de la culture : « Une des missions fondatrices du ministère de la Culture à sa création consistait à rendre accessibles au plus grand nombre les œuvres capitales de l'humanité ».

⁷²¹ TGI Paris, 12 juill. 1990, *RIDA* n° 147, 1991/1, p. 359.

⁷²² TGI Paris, 20 nov. 1991, *RIDA* n° 151, 1992/1, p. 340, note Kéréver ; Paris, 24 nov. 1992, *RIDA* n° 155, 1993/1, p. 191.

⁷²³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre des propriétés », in *Études offerte à Pierre Catala, Le droit français à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 759. Sur les rapports entre le droit d'auteur et la société de l'information v. P. SIRINELLI, « Les instruments classiques de la propriété intellectuelle face aux autoroutes de l'information », *RIPLA*, 1/1996, n° 183 ; P. SIRINELLI, « La place du droit d'auteur dans la société de l'information », *Cab. de la PI*, 2005, Vol. 17, n° 2.

⁷²⁴ Conclusion Conseil Européen de Corfou, 24 et 25 juin 1994, Livre Blanc, n° 4, http://www.europarl.europa.eu/summits/cor1_fr.htm#infosoc

de l'homme qui consacre la liberté d'expression⁷²⁵. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt *Ashby Donald c/ France* du 10 janvier 2013⁷²⁶, a ainsi fait application de son standard de proportionnalité entre le droit de propriété littéraire et artistique tel qu'admis par le protocole 1^{er} annexé à la Convention et la liberté d'expression issue de l'article 10 CEDH.

La Cour de cassation applique également ce standard consistant à mettre en balance les intérêts des artistes avec l'impératif d'information et la liberté d'expression. Alors que dans l'affaire *Utrillo* opposant l'ayant droit du peintre à la société France 2 qui avait diffusé certaines de ses toiles sans recueillir au préalable son autorisation, le moyen tiré de l'article 10 a été écarté par la Cour de cassation, celle-ci a récemment manifesté son intérêt pour cet argument, notamment dans l'affaire *Klasen*. Dans cette affaire, Peter Klasen, connu pour ses œuvres figuratives, a créé une œuvre composite sans avoir obtenu au préalable l'accord de l'auteur de l'œuvre initiale. Ce dernier estime naturellement que cela constitue une atteinte à son droit d'auteur et assigne en justice Peter Klasen. Pour échapper à la condamnation, celui-ci a fait valoir le droit à la liberté d'expression artistique qui se trouve bridée par la nécessité d'obtenir des autorisations préalables. La Cour de cassation y a été sensible et a exhorté les juges du fond à mettre en balance les intérêts des parties prenantes au litige⁷²⁷.

Dans l'affaire du « *Dialogue des carmélites* », la Cour de cassation a réitéré cette position. À partir d'une nouvelle de Gertrude Von le Fort, Bernanos a écrit une pièce de théâtre consacrée au martyr de femmes pendant la Terreur, adapté sous forme d'opéra par Francis Poulenc. Récemment, un metteur en scène de théâtre a monté l'opéra, en changeant substantiellement l'épilogue de la pièce. Les héritiers de Bernanos et de Poulenc ont agi en justice, faisant valoir le droit moral au respect de l'œuvre. Alors que la cour d'appel leur avait donné gain de cause, la Cour de cassation a censuré la position des juges du fond, leur reprochant de n'avoir pas procédé à une balance des intérêts⁷²⁸. Le juge doit donc effectuer un contrôle de proportionnalité des différents intérêts en présence, se livrant à une véritable « *balance des intérêts externes* »⁷²⁹.

Dernièrement, la question de la conciliation de la propriété littéraire et artistique protégée par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux avec la liberté d'information et d'expression protégée

⁷²⁵ A. LUCAS, J. C. GINSBURG, « Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen) », *RIDA* n° 249, 2016/3, p. 249.

⁷²⁶ CEDH, *Ashby Donald c/France*, 10 janv. 2013, *RTD com.* 2013. 274, F. Pollaud-Dulian. ; *Comm. com. électr.*, 2013. Étude n° 8, A. Zollinger.

⁷²⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, *Affaire Klasen*, n° 13-27.391 (n° 519 FS-P+B) : « *Attendu que, pour écarter le moyen tiré d'une atteinte à la liberté d'expression artistique de M. Klasen et le condamner à réparer le préjudice résultant d'atteintes portées aux droits patrimoniaux et moraux de M. Malka, l'arrêt retient que les droits sur les œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées, sauf à méconnaître le droit à la protection des droits d'autrui en matière de création artistique ; qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* », *D.* 2015, p. 1672, comm. A. Bensamoun, P. Sirinelli ; *RTD com.* 2015. p. 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; *ibid.* 515, obs. F. Pollaud-Dulian ; C. de HAAS, « Quelques réflexions sur les origines de l'irrésistible émergence du principe de proportionnalité avec balance des intérêts *in situ*. À propos de l'arrêt *Klasen* rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 15 mai 2015 », *Prop. intell.* oct. 2016/4, n° 61, p. 418 ; C. THOMAS-RAQUIN et M. le GUERER, « Pratique contentieuse. Le contrôle de proportionnalité en droit d'auteur devant la Cour de cassation », *Comm. com. électr.*, n° 1, 2018, p. 50 ; Versailles (1^{re} ch., 1^{re} sect.), 16 mars 2018, n° 15/06029 : « *Considérant au contraire qu'il appartient à M. C. Z., qui invoque sa liberté d'expression, d'établir en quoi un juste équilibre entre la protection de celle-ci et celle due au droit du photographe imposait qu'il utilisât les œuvres de ce dernier au surcroît sans son autorisation* », *D. IP/IT*, 2018, p. 300, note V.-L. Benabou.

⁷²⁸ Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-28.467, *D.* 2017. 1955, note P. Malaurie ; *D. IP/IT* 2017. 536, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2017. 891, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2017, n° 890, note X. Daverat ; *Prop. intell.* 2017/4, n° 65, p. 60, obs. A. Lucas et après renvoi, Versailles, 30 nov. 2018, n° 17/08754, *D. IP/IT*, 2019, p. 101, P.-Y. Gautier.

⁷²⁹ T. AZZI, « La balance des intérêts en droit de la propriété littéraire et artistique », in *La notion d'intérêt(s) en droit*, V. BARBÉ, C. GUILLERMINET, S. MAUCLAIR (dir.), Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020. Sur cette balance qui tend à évincer un régime applicable v. P. DEUMIER, « Modulation de la jurisprudence : balance avantages inconvénients ou règle de conflit cachée ? », *RTD civ.* 2017, p. 77.

par l'article 11 de ladite Charte a été portée devant la CJUE. Cette dernière a rappelé dans trois arrêts rendus le 29 juillet 2019 que les exceptions au droit d'auteur sont limitativement prévues par la directive 2001/29/CE mais que les juges nationaux doivent les interpréter à la lumière des droits et libertés garantis par la Charte⁷³⁰. La CJUE procède donc à une mise en balance des différents droits protégés par la Charte.

Si l'argument ne peut, par définition, prospérer systématiquement en jurisprudence, il reste une antienne bien connue des rapports et travaux préparatoires des législations les plus récentes.

195. Formulation : les documents para-juridiques. À l'échelle nationale, on retrouve cette aspiration dans des rapports et documents officiels. C'est le cas par exemple du rapport rédigé sous la direction de Pierre LESCURE, estimant que le numérique a renouvelé l'engouement du public pour les produits culturels mais que « *l'offre culturelle en ligne peine toujours à satisfaire les attentes, très élevées, des internautes* »⁷³¹. L'une des voies proposées par le rapport n'est autre que le renforcement d'un domaine public numérique dont le principe trouve sa source dans le postulat suivant : « *la durée des droits freine l'accroissement du domaine public* » sur la toile⁷³².

La référence à l'accès à la culture jalonne les travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption du régime dérogatoire dévolu aux livres indisponibles⁷³³. Dans l'affaire *Google Books*⁷³⁴ et dans une perspective de gestion collective, Hervé GAYMARD soulignait que « *le risque de voir un privé s'emparer d'un patrimoine public légitime l'intervention publique* », ajoutant que « *l'objectif affiché est le développement de véritables bibliothèques numériques européennes, capables de contrebalancer l'hégémonie de Google* »⁷³⁵. Dans son compte-rendu de mission, la sénatrice et rapporteur Bariza KHIARI, rappelle qu'une « *grande partie de la production littéraire française n'est accessible que pour quelques chercheurs, sous format papier, à la BnF, ce qui est dommageable à l'accès de tous à la culture* »⁷³⁶. De même pour le sénateur André GATTOLIN qui concluait

⁷³⁰ CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, aff. C-516/17, *Spiegel Online*, D. 2019. 1605 ; D. IP/IT 2020. 317, obs. A. Latil ; *Légipresse* 2019. 451 et les obs. ; *ibid.* 541, obs. V. Varet ; *ibid.* 2020. 69, étude C. Alleaume ; RTD com. 2020. 83, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2019. 927, obs. E. Treppoz ; CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, aff. C-476/17, *Pelham e.a.*, D. 2019. 1742, note Guillem Quorzola ; D. IP/IT 2019. 465, obs. N. Maximin ; *ibid.* 2020. 317, obs. A. Latil ; *Légipresse* 2019. 452 et les obs. ; *ibid.* 541, obs. V. Varet ; *ibid.* 2020. 69, étude C. Alleaume ; RTD com. 2020. 74, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2019. 927, obs. E. Treppoz ; CJUE, gr. ch., 29 juill. 2019, aff. C-469/17, *Funko Medien NRW GmbH*, 623, D. 2019. 1606 ; D. IP/IT 2019. 464, obs. N. Maximin ; *ibid.* 2020. 317, obs. A. Latil ; *Légipresse* 2019. 451 et les obs. ; *ibid.* 541, obs. V. Varet ; *ibid.* 2020. 69, étude C. Alleaume ; RTD com. 2020. 53, obs. F. Pollaud-Dulian ; *ibid.* 83, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2019. 927, obs. E. Treppoz.

⁷³¹ P. LESCURE, *Rapport Act. II*, préc., p. 6.

⁷³² *Ibid.* p. 447 et s.

⁷³³ Sur le régime du livre indisponible, v. *infra* n° 224-225 ; 349-351

⁷³⁴ *Supra* n° 166.

⁷³⁵ H. GAYMARD, *Rapport « Proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle »*, n° 4189, AN., 2012, p. 36 ; M. TRESSIER, *Rapport sur la numérisation du patrimoine de l'écrit*, remis au Ministre de la Culture le 12 janvier 2010 ; l'auteur y fait un état des lieux des principales bibliothèques numériques et de la situation juridique difficile de Google vis-à-vis des ayants droit. En référence aux articles L. 132-4 et L. 132-5 du Code du Patrimoine adoptés en 2006, qui offrent la faculté aux bibliothèques de numériser les œuvres sans autorisation préalable à des fins de préservation, le rapport souligne que la BnF possède les métadonnées bibliographiques de ces ouvrages et pourrait, dès lors, numériser les ouvrages en accord avec les éditeurs et les auteurs de façon à augmenter l'intérêt de Gallica sur Internet. Pour y parvenir, le rapport suggère un partenariat entre public et privé, quitte à l'envisager avec Google. Cette volonté politique prévaut aussi dans le cadre de la directive sur les œuvres orphelines, mais à défaut d'avoir pu localiser l'ayant droit du livre à numériser, c'est l'exception qui fait loi. Une recherche préalable de bonne foi s'impose aux organismes publics et implique une bonne identification des titulaires des droits, qu'ils soient auteurs ou éditeurs. Cette proposition fait suite au Rapport de F. STRASSE sur *l'obsolescence des supports numériques*, qui avait proposé d'étendre la numérisation aux livres entrés dans la zone grise, à savoir ceux qui ne sont plus commercialisés par les éditeurs. Pour préserver les intérêts des auteurs et des éditeurs, il préconisait un mécanisme de gestion collective obligatoire : voir notamment p. 13.

⁷³⁶ <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20111128/cult.html#toc8>

son intervention en considérant que cette loi permettra une « meilleure diffusion de notre patrimoine culturel contemporain, celui d'une juste rémunération des acteurs et celui d'un soutien aux usages collectifs »⁷³⁷. Enfin, le 13 février 2012, quelques jours avant la promulgation du texte au *Journal Officiel* et dans la dernière commission mixte, Madame KHIARI a relevé que le texte « représente avant tout une victoire pour la culture. Il mettra à portée de "clic" les livres indisponibles du XX^e siècle. Il concilie les deux objectifs, parfois contradictoires, qui avaient été initialement fixés : la protection des auteurs et la promotion de l'accès de tous à toutes les œuvres »⁷³⁸. Ce « plaidoyer en faveur d'une vision solidariste »⁷³⁹ connaît des répercussions évidentes sur l'objet de notre étude. Le développement de la gestion collective, obligatoire et semi-obligatoire, est un facteur qui réduit la place des vecteurs classiques de communication des œuvres comme peut l'être le contrat d'édition. Cependant, une rémunération équitable au profit de l'auteur et de l'éventuel éditeur est prévue par le CPI.

Le droit européen n'est pas étranger à cette socialisation⁷⁴⁰. D'abord en retrait, il faut attendre 1992 pour que le traité de Maastricht confère dans le droit originnaire une compétence culturelle à l'UE⁷⁴¹. Parmi les manifestations les plus concrètes, « l'accès à la culture » est référencé à vingt-trois reprises dans l'exposé des motifs de la directive du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines. On pourrait encore citer la communication présentée par la Commission européenne le 3 janvier 2008 sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique⁷⁴² ou encore le Livret vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance qui sera l'une des pierres fondatrices à l'édification d'un régime particulier aux œuvres en déshérence ou œuvres orphelines⁷⁴³. Le projet massif de numérisation *Europeana* mené sous la direction de la Commission européenne constitue un dernier exemple de la volonté de concilier le droit d'auteur avec l'accès à la culture.

L'idée selon laquelle la rigidité du droit des contrats d'auteur est un frein à la socialisation du patrimoine culturel est parfois exprimée avec une certaine véhémence. À titre d'exemple, Madame Svetlana YAKOVLEVA relève dans le rapport d'étape sur la numérisation du patrimoine culturel que « les limites légales et contractuelles représentent un obstacle à la numérisation de ces œuvres, parce qu'elles laissent subsister une incertitude quant au statut juridique de leurs reproductions numériques »⁷⁴⁴. La place et la légitimité des éditeurs dans le monde numérique sont ainsi fortement débattues à l'échelle européenne⁷⁴⁵.

Enfin, notons que la Commission européenne réfléchit à la création par voie réglementaire d'un droit d'auteur européen sur le modèle du projet avorté de l'instrument optionnel consacrant le vingt-

⁷³⁷ <http://www.senat.fr/seances/s201112/s20111209/s20111209010.html#section1282>, *Compte-rendu intégral des débats*, séance du 9 décembre 2011.

⁷³⁸ <https://www.senat.fr/seances/s201202/s20120213/s20120213004.html>, *Compte-rendu intégral des débats*, séance du 13 février 2012. Voir plus largement H. GAYMARD, B. KHIARI, *Rapport au nom de la commission mixte paritaire (1) chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*, n° 326, du 13 fév. 2012,

⁷³⁹ J.-M. BRUGUIÈRE, « La loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle est constitutionnelle », *Comm. com. électr.*, n° 4, avr. 2014, étude 6, n° 8.

⁷⁴⁰ Dir. 2014/26/UE, 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur E-P. LIASKOS, *La gestion collective des droits d'auteur dans la perspective du droit communautaire*, th. dactyl., Nice, 1999.

⁷⁴¹ Art. 167 TFUE, 1977 ; le premier livre vert sur les perspectives d'unification du marché de la radiodiffusion, qui aboutira à la directive « télévision sans frontière » de 1989.

⁷⁴² COM (2007) 836.

⁷⁴³ COM (2008) 466/3 final.

⁷⁴⁴ Commission européenne, *Rapport d'étape sur la numérisation du patrimoine culturel* <http://merlin.obs.coe.int/iris/2014/10/article3.fr.html>

⁷⁴⁵ Notamment au regard de la création ou non d'un droit voisin au profit des éditeurs, v. T. AZZI, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », *JAC*, 2017, n° 47, p. 26 ; v. *infra* n° 495.

septième régime du droit de la vente⁷⁴⁶ en dépit des nombreuses critiques doctrinales⁷⁴⁷. L'infléchissement du droit de l'édition française serait plus qu'évident dans la mesure où la législation nationale, ainsi que la grande partie des législations d'influence romaniste, imposent un cadre juridique extrêmement contraignant. En toute vraisemblance, le droit français, passant sous les fourches caudines européennes, devra faire un certain nombre de concessions afin d'adopter un régime consensuel avec les systèmes juridiques différents en vigueur dans les autres États membres. En définitive, une normalisation du droit d'auteur à l'échelle européenne imposerait à la France un nivellement par le bas tant ses standards de protection contractuelle sont élevés⁷⁴⁸.

196. Concrétisation : l'œuvre libre, la gestion collective et les exceptions. Concrètement, l'accès aux œuvres par le plus grand nombre repose sur deux piliers servant d'étais à la socialisation : d'une part, la gestion collective obligatoire ou semi-obligatoire, et d'autre part, les exceptions au monopole de l'auteur⁷⁴⁹. Depuis peu, la consécration de l'œuvre libre doit être ajoutée à ces deux piliers.

Historiquement, la gestion collective est conçue comme un système proactif en faveur de la représentation et de l'épanouissement des auteurs. Deux missions, l'une politique et l'autre juridique, peuvent être attribuées aux sociétés en charge de cette gestion collective. Dans sa composante technique, cette dernière a pour vertu de simplifier la gestion et l'administration des droits des auteurs. Cette mission cohabite dorénavant avec une mission politique de lobbying. La gestion collective devient alors un instrument politique de diffusion de la culture. C'est le cas en matière de copie privée⁷⁵⁰, de

⁷⁴⁶ Communiqué comm. CE n° IP/15/6321, 15 déc. 2015 ; C. CASTETS-RENARD, « La réforme du droit d'auteur en Europe : vers un code européen ? », *D.*, 2012, p. 955 ; C. CASTETS-RENARD « "Marché unique numérique" : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur », *D.*, 2016, p. 388 ; C. BERNAULT, « La Commission publie la proposition de directive sur le marché unique numérique », *Ess. propr. intell.*, nov. 2016, n° 110, p. 2 ; D. BLANC, « L'Union européenne devant le Parlement français : XIV^e législature (2012-2017), Sessions parlementaires 2014-2015, 2015-2016 et 2016-2017 », *Rev. Eur.* n° 11, Nov. 2017, ét. 10 ; Ch. GEIBER, « Propriété intellectuelle – Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cab. dr. l'Entr.* n° 1, Janvier 2012, doss. 2. Sur les aspects contractuels d'une potentielle réforme, R. SCHULZE, « The New Challenges in Contract Law », in *New features in Contract Law*, R. SCHULZE (dir.), Sellier, 2007, p. 3 et s. et not. p. 5-6. ; R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », in *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, T.-E. SYNODINOU (dir.), Kluwer Law International, 2012, p. 355 s. et not. p. 35 : « *The world is growing together in view of the fact that the internet allows for an unlimited exchange of data around the globe* ».

⁷⁴⁷ G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, p. 351 : « *le code civil est un monument du droit français parmi nos références primordiales. Qui, honnêtement, voudrait l'indécence de l'évincer par un instrument communautaire ?* » ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », *D.*, 2002, p. 2202 : « *L'uniformité est un genre de perfection qui saisit quelque fois les grands esprits et frappe infailliblement les petits – Portalis citant Montesquieu (De l'esprit des Lois, Livre XXIX, chap. XVIII)* » ; P. MALINVAUD, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.*, 2002, p. 2542.

⁷⁴⁸ T. AZZI, « Le projet de code européen du droit d'auteur : une étrange idée », *D.*, 2012, p. 1193 ; T. AZZI, V.-L. BENABOU, A. BENSAMOUN, N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI, E. TREPPOZ, « Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur ? », *LPA*, 29 juin 2012, n° 130, page 55 ; P. SIRINELLI, « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G.* n° 1, 5 janv. 2000, doct. 194, spéc. n° 12, qui voit dans le souci d'uniformisation du droit d'auteur à l'échelle européenne et internationale une « *menace fantôme* » pour la conception traditionnelle française du droit d'auteur. J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Economica*, 2012, p. 93.

⁷⁴⁹ P.-Y. GAUTIER « Les nouvelles forces créatrices du droit », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, coll. IRPI, LexisNexis, T. 43, 2014, p. 133 s.

⁷⁵⁰ E. CHEVRIER, « Pour ou contre le droit de copier des fichiers protégés sur l'internet ? », *D.*, 2001, p. 459.

droit de location et de prêt⁷⁵¹ ou de livre indisponible⁷⁵², qui impose ou suppose l'adhésion à un organisme de gestion collective⁷⁵³.

On constate encore cette socialisation par la kyrielle d'exceptions au droit d'auteur que pose l'article L. 122-5 CPI, exceptions qui, nonobstant toute rémunération équitable, sont autant de brèches dans la dimension monopolistique du droit d'auteur⁷⁵⁴. Au total, treize exceptions sont prévues à l'article, auxquelles doivent être notamment ajoutées les exceptions tirées des articles L. 122-6-1 CPI en matière de logiciel, celles qui ont un caractère politique dans l'article L. 331-4 CPI, et enfin celles de l'article L. 132-4 du Code du patrimoine, établies à des fins scientifiques. L'argument de l'intérêt général est fréquemment mis en avant pour légitimer ces exceptions⁷⁵⁵. Ce dernier argument permet pourtant de minorer l'impact des exceptions sur le monopole d'exploitation. On pourrait soutenir en effet que s'il est de vraies exceptions au monopole d'exploitation, une partie d'entre elles ne sont qu'une mise en relief du domaine public sur lequel le droit d'auteur n'a pas d'emprise patrimoniale⁷⁵⁶. Malgré cela, le renforcement du domaine public trahit un esprit général de défiance à l'endroit de la propriété privée dans le domaine du droit d'auteur⁷⁵⁷. À ce titre, les exceptions au droit d'auteur ne seront pas traitées au sein du présent paragraphe, bien que la différence entre certaines d'entre elles et les licences légales soit parfois des plus ténues⁷⁵⁸.

Enfin, l'œuvre orpheline⁷⁵⁹, qui n'est pas sans poser des difficultés de qualification, demeure à ce jour une institution singulière, entre gestion collective semi-légale et exception au droit d'auteur⁷⁶⁰.

197. Conclusion : morcellement du droit des contrats d'auteur. En dernier lieu, cette vision contemporaine du droit d'auteur rejaillit sur la cohérence des modes d'exploitation conventionnelle, propriété et contrat constituant les deux versants d'un même esprit, celui du libéralisme juridique⁷⁶¹. La

⁷⁵¹ E. MELLA, « Le prix du service public de la culture », *AJDA*, 2010, p. 2037 : « *La gratuité des services publics de la culture n'est pas toujours cependant du goût de tous. (...) L'on se souvient également des vives oppositions qui se sont fait jour au moment de la transposition de la directive communautaire de 1992 (dir. 92/100/CEE du 19 nov. 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, JOCE L 346, 27 nov. 1992, p. 61-66)* ».

⁷⁵² *Supra* n° 195.

⁷⁵³ F. MACREZ, « L'exploitation numérique du livre indisponible. Que reste-t-il du droit d'auteur ? » *D.* 2012, n° 12, chron., p. 749.

⁷⁵⁴ Sur les fonctions sociales et culturelles des exceptions au droit d'auteur, v. B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, IRPI, 2013, n° 193 et s.

⁷⁵⁵ A. GITTON, « La copie privée en perspective », *Gaz. Pal.*, 22 janv. 2002, n° 22, p. 3 : « Les exceptions au monopole de l'auteur sont autant d'illustrations de la vocation de l'exploitation de l'œuvre à l'intérêt général ».

⁷⁵⁶ C. CARON, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », in *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union Européenne*, A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN (dir.), Dalloz, 2012, p. 20 : « *cette dénomination commune d' "exceptions" désigne en réalité les limites internes au droit d'auteur et les limites externes à ce même droit* ».

⁷⁵⁷ Voir à cet égard la proposition de loi 21 novembre 2013 visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité, qui proposait une redéfinition du domaine public en inversant la perspective du droit d'auteur et en réécrivant l'article L. 111-1 CPI de la sorte : « *Les créations appartiennent en principe au domaine public, sauf lorsqu'elles constituent des œuvres de l'esprit* » ; F. MEURIS, « Est-il nécessaire de protéger le domaine public ? », *Comm. com. électr.*, n° 12, Déc. 2013, al. 77 ; P. LESCURE, *Rapport Act. II*, préc., p. 447 et s.

⁷⁵⁸ R. KARAYAN, « La copie privée, une licence globale déguisée ? », *L'express – L'expansion*, 22 mai 2005, http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/la-copie-privee-une-licence-globale-deguisee_1423936.html

⁷⁵⁹ Tout comme la création du livre indisponible, la consécration de l'œuvre orpheline par les instances communautaires se veut une réponse concertée à l'affaire *Google books*. Sur ce point et sur la situation des œuvres orphelines dans le *Google Books Settlement*, voir B. LANG, « Orphan Works and the Google Books Search Settlement : An International Perspective », *New York Law Sch. Rev.* 2010, 11, vol. 55, p. 111.

⁷⁶⁰ *Infra* n° 226-227.

⁷⁶¹ M.-A. FRISON-ROCHE pour qui le marché renvoie « *aux principes libéraux de libre accès pour les offreurs, de compétition possible entre eux, de liberté des demandeurs d'acquiescer, l'ensemble supposant la liberté contractuelle et la propriété privée* » (« Définition du droit de la régulation économique » in *Les régulations économiques : légitimité*

multiplication des régimes, concourant chacun à leur façon au même objectif économique – l'exploitation de l'œuvre –, rompt drastiquement avec l'idée d'une protection des auteurs assurée par le contrat. Mécaniquement, la contribution du contrat d'édition dans sa fonction de médiation culturelle s'en retrouve, de fait, limitée⁷⁶².

Enfin, s'il ne fait pas l'objet de notre étude, il importe de souligner que ce mouvement de disgrâce ne se limite pas au droit de reproduction et au contrat d'édition. Il affecte également le droit de représentation et son contrat éponyme.

B. L'EXPRESSION JURIDIQUE DE L'AFFAIBLISSEMENT *RATIONE MATERIAE* DU CONTRAT D'ÉDITION

198. Postulat. À titre liminaire, levons toute ambiguïté sur les motivations des présents développements. L'étude des mécanismes dont le contenu est similaire à celui du contrat d'édition ne constitue pas, loin de là, une critique des postulats adoptés par le législateur au fil des réformes. Au contraire, ceux-ci, et nous ne manquerons pas de le noter, peuvent être parfaitement justifiés. Malgré cela, contrairement à l'esprit général de la loi de 1957, la place du contrat d'édition n'est plus, *ratione materiae*, aussi dominante qu'elle a pu l'être par le passé et son identification n'est plus possible uniquement en raison de son contenu. Certes, nous évoquons un affaiblissement ou un rétrécissement du domaine réservé du contrat d'édition mais dans le seul dessein de traduire une tendance législative exempte de tout jugement de valeur.

199. Plan. Au sein du droit positif, l'affaiblissement du contrat d'édition est dû à l'existence de mécanismes concurrents, de source légale, prétorienne ou purement factuelle, imputables, selon les cas, à la nature de l'œuvre (1) ou à certaines modalités de l'exploitation contractuelle (2).

1. L'affaiblissement a priori du contrat d'édition

200. Plan. Si le contrat d'édition est ouvert à toute exploitation quelle que soit la nature formelle ou juridique de l'œuvre, certaines œuvres sont, au contraire, rebelles au moins en partie à leur exploitation *via* un tel contrat. En raison du régime de la titularité édicté par le CPI, une œuvre peut annihiler les prétentions des parties à conclure un contrat d'édition (a). De même, l'instauration de régimes contractuels concurrents créés en raison d'une ou plusieurs caractéristiques formelles de certaines œuvres, est de nature à limiter le recours au contrat d'édition (b).

et efficacité, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), coll. Thèmes et Commentaire, Paris, Dalloz, 2004, p. 7 ; du même auteur, « Le modèle du marché », *Arch. phil. Dr.*, T. 40, 1995, p. 286).

⁷⁶² Sur la fonction de médiation culturelle de l'édition v. A. GALLIMARD, art. préc., n° 26, p. 10 : « Nageant à contre-courant, l'éditeur desservirait ses auteurs et ses lecteurs par une politique commerciale inadaptée et archaïque, dispendieuse et assise sur un socle juridique inapproprié. La valeur n'étant prétendument plus là où elle était – à savoir dans le choix, l'élaboration et la production en nombre d'un bien culturel manufacturé et dans l'accès au marché via un dispositif coûteux de diffusion, de distribution et de prescription –, le rôle de l'éditeur s'en verrait réduit et son droit à rémunération d'autant. C'est ainsi qu'il se voit aujourd'hui mis en question, du moins dans les discours de ceux qui ont intérêt à ce qu'il le soit. La promotion de l'auto-édition par les grands opérateurs numériques laisse entendre, du reste, que tous les auteurs peuvent bien se passer désormais des éditeurs ». Sur cet aspect voir également D. COOPER-RICHET, « Le libraire, un "médiateur marchand" » ? », in *Passeurs culturels dans le monde des médias et de l'édition en Europe (XIX^e et XX^e siècles)*, D. COOPER-RICHET, J.-Y. MOLLIER, A. SILEM (dir.), Villeurbanne : Presses de l'Enssib, 2005 ; l'auteur présente l'ambiguïté des éditeurs tout à la fois « passeurs de culture » et marchands, bien que cette dernière fonction prenne peu à peu le pas sur la première ; voir J.-Y. MOLLIER, *L'édition aux XIX^e et XX^e siècles : une médiation culturelle menacée*, chap. 10, p. 183 et spéc. p. 192 : « Ou bien le médiateur entre le public et le créateur intervient pour aider à préparer le produit final et on assiste à une forme d'édition, même rudimentaire, ou bien l'intermédiaire n'en est pas vraiment un et il se contente de vendre le texte sans lui ajouter quoi que ce soit, et l'acte d'édition disparaît, laissant la place à une simple opération marchande qui dénature profondément le livre » ; voir également J. B. THOMPSON, *Merchants of culture. The Publishing Business in the 21st Century*, 2^e éd., Polity Press, 2012.

a. *L'inanité de fait fondée sur les règles d'attribution primaire du droit de reproduction*

201. Plan. L'éviction de la qualification de « contrat d'édition » fondée sur les règles d'attribution *ab initio* du droit de reproduction suppose que le législateur ait prévu des règles de titularité rendant inutile ou superfétatoire tout recours à un tel contrat. Dans les faits, elle concerne deux types d'œuvre : l'œuvre collective (i) et l'œuvre transformative (ii).

i. L'œuvre collective

202. Définition. L'article L. 113-2 alinéa 3 définit l'œuvre collective comme étant celle qui est « créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». La règle d'attribution des droits d'auteur est ici très particulière – et très critiquée⁷⁶³ –, celle-ci ne procédant pas d'un travail de création mais d'un travail d'exploitation et de coordination⁷⁶⁴. Le contributeur aliènerait « sa liberté d'auteur »⁷⁶⁵. L'éditeur est investi des droits d'exploitation sur l'ensemble de l'œuvre collective, pour autant, les créateurs demeurent les auteurs de leur contribution. Parmi les nombreux exemples d'œuvre collective, on retrouve notamment le cas des encyclopédies et des dictionnaires. L'œuvre collective est donc une anomalie présente dans le texte de 1957⁷⁶⁶ au centre de deux logiques : la protection de l'éditeur qui initie la création de l'œuvre et la protection de l'auteur qui demeure titulaire de sa contribution⁷⁶⁷. Deux conditions cumulatives sont nécessaires à l'identification d'une œuvre collective.

D'une part, l'œuvre doit être le fruit de la fusion de diverses contributions. Cette condition tenant à la réalisation d'un ensemble au sein duquel les différentes contributions ont vocation à se fondre est, en pratique, d'une influence significative dans la qualification de l'œuvre collective⁷⁶⁸. Tout d'abord, la jurisprudence considère que la fusion des contributions n'est pas synonyme d'absence d'individualisation possible des prestations⁷⁶⁹. Ainsi, même en présence de contributions identifiables, l'œuvre doit être qualifiée de collective dès lors que lesdites contributions composent « un ensemble dont chacune ne constitue que l'un des aspects »⁷⁷⁰. Cette condition est donc remplie dès lors que l'œuvre présente un degré suffisant de cohérence globale. Les auteurs pourront donc difficilement se saisir de cette condition pour rejeter la qualification d'œuvre collective, sauf à prouver que la prétendue œuvre ne présente aucune cohérence interne.

⁷⁶³ B. EDELMAN, « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.*, 1998, p. 141 : « *Ce n'est un mystère pour personne : l'œuvre collective – dont l'essor est fulgurant – est devenue proprement indéchiffrable. Elle fait songer, irrésistiblement, à ce fameux tableau représentant une pipe, dont la légende proclame : "ceci n'est pas une pipe". On croit avoir affaire à une œuvre collective et on nous rétorque : "ceci n'est pas une œuvre collective". Que cela tienne à une définition légale obscure et emberlificotée, nul n'en doute, chacun s'en plaint* ».

⁷⁶⁴ Sur cet aspect de coordination, v. Versailles, 25 mars 2004, *RTD com.* 2004, p. 722, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; Paris, 18 mai 2011, *Propri. intell.*, 2011/4, p. 191, obs. J.-M. Bruguière.

⁷⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1970, *Cours de navigation des Glénans*, *D.*, 1970, p. 769, note B. EDELMAN ; *D.*, 1970, chron. p. 197, B. EDELMAN.

⁷⁶⁶ DESBOIS, *op. cit.*, n° 166 ; F. POLLAUD-DULIAN, « La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilan et perspectives », *RIDA* n° 213, 2007/3, p. 2.

⁷⁶⁷ B. EDELMAN, « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.* 1998, p. 141 : « *Le malaise qui saisit le juriste est inhérent à la nature même de cette œuvre. En effet, elle est écartelée entre deux logiques : d'une part, un simple investisseur est "investi" des droits de l'auteur, d'autre part, les auteurs qui ont contribué à l'œuvre restent des auteurs* ».

⁷⁶⁸ Sur la critique de cet aspect, v. A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 219 et s., p. 236.

⁷⁶⁹ Cass. 1^{re} civ. 19, fév. 1991, *Bull. civ. I*, n° 67 ; *Propri. intell.* 1991, n° 37, p. 93 ; TGI Nanterre, 13 déc. 2000, *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 13, note Ch. Caron ; *Légipresse*, 2001, III, p. 41, B. Montels.

⁷⁷⁰ Paris, 8 janv. 2010, *Propri. intell.* 2010/2, n° 35, p. 711, obs. A. Lucas ; Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2018, 16-26.020, Inédit ; Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2019, 17-19.997 17-21.233, Inédit ; Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2019, 18-13.426, Inédit.

D'autre part, l'éditeur doit être à « l'initiative » de la création de l'œuvre. Le terme choisi par le législateur s'avère délibérément vague, ce qui permet certes d'accueillir les situations les plus diverses et soumet par là même le contentieux de l'œuvre collective à une forte casuistique. Ainsi, un contrat de commande⁷⁷¹, une lettre de mission ou un contrat de travail constitueront des éléments probatoires pris en compte afin d'établir l'existence de la seconde condition ; mais la Cour de cassation rappelle également que la pluralité de créateurs placée sous l'égide d'un investisseur avec qui ils ont conclu un contrat de commande n'implique pas nécessairement la qualification d'œuvre collective, ces créations pouvant être considérées comme des œuvres de collaboration⁷⁷². La qualification d'œuvre collective est donc sujette à précaution.

203. Éviction du contrat d'édition. Au regard de ce second critère, les éditeurs les plus prudents prennent le soin de conclure un contrat d'édition dans l'hypothèse où l'œuvre ne serait pas collective. Dans cette mesure, le contentieux survient lorsque l'auteur souhaite se prévaloir du régime protecteur du contrat d'édition, alors que l'éditeur estime bénéficier de la règle de titularité des œuvres collectives⁷⁷³.

En jurisprudence, ce processus de requalification d'une œuvre sous contrat d'édition en une œuvre collective résulte principalement d'un contentieux opposant un auteur à son prétendu éditeur à propos de la rémunération. L'auteur souhaite mettre en œuvre le principe de la rémunération proportionnelle qui s'applique au contrat d'édition sur le fondement des articles L. 131-4 al. 1⁷⁷⁴ et L. 132-5 CPI⁷⁷⁵ ; l'éditeur invoque en défense la qualification d'œuvre collective pour faire échec à ces règles qui n'intéressent que les contrats⁷⁷⁶. Les auteurs peuvent également considérer que le contrat

⁷⁷¹ C'était la position du droit américain édictée sous l'empire du *Copyright Act* 1909, qui donnait à la doctrine du *work made for hire* un champ d'application beaucoup plus large que le *Copyright Act* 1976, permettant de l'étendre à toutes les hypothèses d'œuvres de commande, voir *Comm. com. électr.*, n° 2, 2 fév. 2012, § 2 chron. P. KAMINA. Sur l'évolution de la doctrine du *work made for hire* du *Copyright Act* 1909 au *Copyright Act* 1976, v. N. C. KATSORIS, *Who's Afraid Of The Big Bad Works Made For Hire Doctrine ? Not The Supreme Court*, 1 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 251 (1991).

⁷⁷² Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1978, *D.*, 1978, jurispr. p. 661, obs. H. Desbois ; Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1979, *D.*, 1980, jurispr. p. 168 ; *D.*, 1981, IR. p. 82, obs. Cl. Colombet.

⁷⁷³ On relèvera que ce schéma de qualification d'une œuvre collective passant par la requalification d'une opération contractuelle est logique. En effet, en raison des trop grandes incertitudes qui entourent la qualification comme œuvre collective, certains auteurs recommandent fortement aux éditeurs de s'assurer le transfert des droits d'exploitation par la conclusion concomitante d'un contrat d'édition (voir H. TILLET, « Les contrats dans l'édition », *Lamy droit médias et communication*, n° 245-100, *Raison d'être du contrat*, qui justifie la conclusion d'un contrat d'édition en estimant que « la titularité au profit de l'éditeur prévue à l'article L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle demeure floue et ne donne pas d'indications précises sur les types d'exploitation qui sont visés. Cette imprécision risque de se retourner contre l'éditeur, en particulier s'il souhaite assurer une exploitation de l'œuvre ou des contributions par le moyen des nouvelles techniques de numérisation et de télécommunication »). On relèvera qu'une telle incitation est source d'injustice pour l'auteur qui perdrait le bénéfice d'un contrat d'édition qu'il pensait valablement conclu. V. néanmoins pour un rejet de la qualification d'œuvre collective et le maintien de la qualification de contrat d'édition, Rennes, 1^{re} ch., 3 mars 2015, n° 98, 14/00557, *Yann Szpewc c/ Éditions ENI*, RTD. com. 2015, p. 287, note F. Poullaud-Dulian.

⁷⁷⁴ Art. L. 131-4 al. 1 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 ».

⁷⁷⁵ Art. L. 132-5 CPI : « 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 ».

⁷⁷⁶ Cass. 1^{er} Civ., 21 nov. 2006 n° 05-14.850, Bull. civ. I, 2006, n° 507 ; *D.*, 2007, p. 26, obs. J. Daleau ; *JCP G* 2006, IV, 3486 et I, 101, n° 8, obs. Ch. Caron ; *Prop. intell.* 2007/1, n° 22, p. 97, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 2, note Ch. Caron : « Vu les articles L. 113-2, L. 131-4 et L. 132-5 du code de la propriété intellectuelle ; Attendu que les dispositions des deux derniers de ces textes qui prévoient le principe d'une rémunération proportionnelle de l'auteur en cas de cession de ses droits d'exploitation ne s'appliquent pas au collaborateur de l'œuvre collective pour laquelle la personne physique ou morale, qui en a pris l'initiative et qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom, est investie, dès l'origine, desdits droits » ; v. également Rennes, 1^{re} ch., 3 mars 2015, n° 98, 14/00557, *Yann Szpewc c/ Éditions ENI*, RTD com. 2015, p. 287, F. POUULLAUD-DULIAN, qui rejette la qualification d'œuvre collective et maintient celle de contrat

conclu avec l'éditeur porte atteinte au principe de prohibition des cessions futures⁷⁷⁷, ce à quoi l'éditeur répond qu'il est investi *ab initio* des droits sur l'œuvre en question⁷⁷⁸. Dans d'autres cas, l'auteur agira en contrefaçon contre l'éditeur estimant qu'en l'absence de contrat d'édition, ce dernier ne dispose pas des droits d'exploitation sur l'œuvre litigieuse, ce à quoi l'éditeur répond en faisant valoir la qualification d'œuvre collective⁷⁷⁹.

Ainsi, les règles de titularité agissent comme un moyen d'exception au terme duquel « *l'œuvre collective chasse le contrat d'édition* ». On retrouve ici l'esprit du « *work made for hire* » utilisé de la sorte par les éditeurs lorsque les auteurs ou leurs ayants droit souhaitent soumettre le litige au droit des contrats d'auteur⁷⁸⁰. À considérer l'œuvre collective comme une règle d'exception au contrat d'édition, son application doit être strictement encadrée pour ne pas trop faciliter l'éviction des règles protectrices des contrats d'auteur. À cet égard, le rapporteur de la loi de 1957 pointait « *les abus que peuvent commettre certains éditeurs sous couvert d'encyclopédie* »⁷⁸¹. Ouvrage à l'appui, il démontrait comment un éditeur peut se prévaloir du régime favorable de l'œuvre collective en apposant sur l'ouvrage le terme « encyclopédie », décourageant alors les contributeurs d'arguer de leur droit devant les tribunaux.

204. Tempérament : le contrat d'édition portant sur les contributions. Les textes sont relativement silencieux sur la question de l'exploitation des prestations séparées, et seul l'article L. 121-8 CPI offre une piste de réflexion en autorisant le journaliste à exploiter séparément sa contribution à condition de ne pas faire concurrence à l'organe de presse.

La jurisprudence a connu une évolution en la matière. Dans un premier temps, elle a considéré, avec l'arrêt des *Glénans* du 1^{er} juillet 1970, que l'auteur d'une contribution à une œuvre collective « *avait aliéné sa liberté d'auteur au profit de la personne morale* » qui avait pris l'initiative de cette œuvre⁷⁸². Dans un second temps, plusieurs arrêts ont nuancé la portée de cette jurisprudence. Dans deux arrêts consécutifs, en 1978 et 1979, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que les auteurs des contributions ne peuvent « *se prévaloir de droits indivis sur l'ensemble de l'œuvre* »⁷⁸³. *A contrario*, elle leur reconnaît le bénéfice d'un droit sur leur propre contribution. Dans son ensemble, la jurisprudence

d'édition. Pour une étude globale de la rémunération des contributeurs d'une œuvre collective, voir L. MARINO, « La rémunération du contributeur d'une œuvre collective est libre », *RLDI*, janv. 2007, n° 761. Paris, 9 févr. 2005, *BouDET c/ SARL Nouvelles éd. Université*, *JurisData* n° 2005-269781, *Comm. com. électr.*, juin 2005, n° 6, comm. n° 99, C. Caron.

⁷⁷⁷ L. 131-1 CPI : « *La cession globale des œuvres futures est nulle* ».

⁷⁷⁸ Paris, Pôle 5, ch. 2, 8 janvier 2010, n° 08/07122 : « *Mais considérant que les dispositions relatives à une cession générale à l'éditeur des droits patrimoniaux sont indifférentes dans la mesure où les fiches litigieuses étant des œuvres collectives, la société Éditions Atlas était investie ab initio des droits patrimoniaux* ».

⁷⁷⁹ Cass. 1^{re} Civ., 2 Déc. 1997, n° 95-19.576 : « *Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 7 juin 1995), de l'avoir déboutée de son action en contrefaçon dirigée contre les sociétés Kaneka Communication et SEB, pour avoir fabriqué et diffusé une plaquette publicitaire dont elle disait être l'auteur ; (...) Mais attendu que la cour d'appel a relevé, sans contradiction, que la plaquette avait été créée à l'initiative de la société Kaneka qui l'avait ensuite divulguée sous sa dénomination sociale, et que la réunion des diverses contributions ainsi que la fusion de l'apport de Mme X... dans l'ensemble constituaient une œuvre sur laquelle il n'était pas possible d'attribuer à chacun des participants un droit distinct* », sur le même point, Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 2000, n° 97-21.098.

⁷⁸⁰ V. la décision rendue par la cour du district central de l'État de Californie du 26 mars 2008 *Siegel v. Warner Bros Entertainment* (Case n° CV-04-8400-SGL), dans une affaire qui opposait les créateurs de Superman, Joseph Schuster et Jérôme Siegel, puis leurs héritiers, à l'éditeur des aventures du héros, DC Comics, et à sa société mère Warner Bros (devenue Time Warner) (*Comm. com. électr.*, 2008, chron. 5, n° 1). V. encore le jugement de la cour de district pour le district sud de l'État de New York, 28 juill. 2011, *Marvel v. Kirby*, 10 civ. 141 (CM) (KNF). Les demandeurs souhaitaient mettre en œuvre leur *right of termination* afin de mettre un terme au contrat de cession de droit et de recouvrer les droits de *copyright* sur les œuvres Marvel. Finalement, la cour de district a rejeté ces prétentions sur le fondement du *work made for hire*, attribuant *ab initio* les droits d'exploitation à l'éditeur.

⁷⁸¹ Conseil de la République, 2^e séance du 19 fév. 1957, p. 424.

⁷⁸² Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1970, *D.*, 1970, p. 769, note B. E. : *RTD. com.* 1971, p. 333, note Desbois.

⁷⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1978, *D.* 1978, p. 661, note Desbois ; Cass. 1^{re} civ. 6 nov. 1979 : *Bull. civ.*, I, n° 272 ; *D.*, 1980, IR. 85, obs. C. Colombet.

souscrit à cette interprétation⁷⁸⁴ y compris à propos des droits moraux⁷⁸⁵. En ce sens, DESBOIS soutenait déjà que le régime de l'œuvre collective devait être construit de cette manière sur le modèle de l'indivision⁷⁸⁶.

Ainsi, la contribution et l'œuvre globale ne recouvrant pas les mêmes réalités, leurs exploitations séparées sont envisageables⁷⁸⁷. Dès lors, les éditeurs qui souhaitent ne pas subir la concurrence des auteurs titulaires de leur contribution auront tout intérêt à conclure un contrat d'édition avec chacun des contributeurs. Ainsi, si l'œuvre collective évince le contrat d'édition, celui-ci se trouve réhabilité sur le terrain des contributions séparées.

ii. L'œuvre transformative

205. Présentation. Ramenée à l'échelle de l'Histoire, l'idée qu'une œuvre soit réputée libre de droit n'a rien de choquant – bien au contraire –, tant elle fait davantage office de principe que d'exception⁷⁸⁸. Avant qu'un monopole d'exploitation ne soit institué au sein des diverses législations, l'œuvre, qui pourtant bénéficiait d'une reconnaissance, était dépourvue de protection et son contenu pouvait être librement transformé et communiqué sans qu'il fût possible d'agir sur le terrain de la contrefaçon à l'encontre des usagers. Mais à l'aune du droit positif, l'admission de l'œuvre-libre a de quoi déranger. L'apparition de ce trouble-fête est corrélative à l'émergence d'Internet et accompagne un mouvement d'une ampleur conséquente de remise en cause du droit de la propriété littéraire et artistique⁷⁸⁹. *A fortiori*, cette délégitimation touche les ayants droit à titre contractuel que sont les éditeurs⁷⁹⁰. Cette corrélation explique que l'œuvre-libre ait dans un premier temps été cantonnée aux logiciels – on trouvait alors des logiciels placés sous différents sigles⁷⁹¹ – avant de conquérir peu à peu

⁷⁸⁴ Paris, 15^e ch., 6 mars 1981, *D.*, 1982, IR, p. 46, obs. C. Colombat ; *RTD com.* 1982, p. 429, obs. A. Françon ; Paris, 4^e ch. A, 12 déc. 1989 : *Légipresse* 1991, I, p. 4. ; Paris, 1^{re} ch. A, 29 mai 1990, *JurisData* n° 1990-022971. Voir également, posant nettement le principe du droit des journalistes sur leurs contributions, même lorsque le journal est qualifié d'œuvre collective, TGI Paris, 1^{re} ch., 14 avr. 1999, *D.* 1999, IR p. 131 ; *JCP E* 1999, p. 1481, obs. S. Grégoire ; *Expertises* 1999, p. 195 ; *Gaz. Pal.*, 23 juill. 1999, p. 38, note C. Rojinski. ; Paris, 1^{re} ch., sect. A, 10 mai 2000, n° 1999/14473, *Le Figaro c/ SNJ et a.*, *JurisData* n° 2000-112151 ; *JCP E* 2000, p. 923 ; *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 73, 1^{re} esp., note Ch. Caron ; *JCP E* 2001, p. 328, note Brochard ; *RIDA* n° 187, 2001/1, p. 314, chron. A. Kéréver.

⁷⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 8 oct. 1980, *D.* 1981, IR, 85, obs. C. Colombat ; Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1986, n° 85-10838, Bull. I, n° 305, p. 290, *D.* 1988, 173, note Edelman ; A. LATIL, « Droits moraux et œuvres collectives : une clarification opportune », *D.*, 2012, p. 1246.

⁷⁸⁶ Voir DESBOIS, *op. cit.*, n° 704, pour qui chaque contribution « donne prise à un droit divis ».

⁷⁸⁷ B. EDELMAN, « Le recyclage d'une œuvre collective », *D.*, 2008, p. 2643.

⁷⁸⁸ Ch. CARON, « Le droit d'auteur de l'an 2440. Cauchemar s'il en fût jamais », in *Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds*, éd. Litec, 2007, p. 105 et s., spéc. p. 113, n° 9 ; F. OST, « V. Dictionnaires et droits d'auteur : enjeux contemporains », *Furetière. La démocratisation de la langue*, F. OST (dir.), Michalon, 2008, p. 75 ; v. *Supra* n° 4.

⁷⁸⁹ Ch. CARON, *ibid.* ; M. XIFARAS, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, vol. 41, n° 2, 2010, p. 50.

⁷⁹⁰ S. RICHARD, « Copyright : le public doit avoir le dernier mot », in *Libres enfants du savoir numérique. Une anthologie du « Libre »*, Éditions de l'Éclat, 2000, p. 243 et s. et spéc. n° 17 : « Certains lecteurs critiqueront cette affirmation parce qu'ils savent que les éditeurs disent que la reproduction illégale leur fait subir une "perte". Mais c'est là une affirmation la plus souvent infondée et partiellement trompeuse. Et surtout, c'est une manière d'é luder la question. (...) Cette affirmation est partiellement trompeuse, car le terme de "perte" suggère des événements d'une tout autre nature – il suggère que l'on retire quelque chose aux éditeurs. Si, par exemple, le stock de livres d'une librairie brûlait, ou si le contenu de la caisse était jeté à la poubelle, il s'agirait vraiment d'une "perte". Nous sommes généralement d'accord pour dire qu'il est condamnable de faire subir de pareils dommages à d'autres personnes. Mais quand votre ami peut éviter d'acheter un exemplaire d'un livre, le libraire et l'éditeur ne perdent rien de ce qu'ils possédaient. Il serait plus approprié de dire que le libraire et l'éditeur gagnent moins d'argent qu'ils n'auraient pu le faire. Mais il en irait de même si votre ami décidait de jouer au bridge au lieu de lire un livre. Dans un système de libre-échange, aucune entreprise ne peut prétendre crier "faute" sous le prétexte qu'un client qui n'est que potentiel décide de ne pas avoir affaire à elle ».

⁷⁹¹ Ch. CARON, « Les licences de logiciels dits "libres" à l'épreuve du droit d'auteur français », *D.*, 2003, p. 1556 ; S. BROCA, Ph. EYNAUD, « Biens communs et outils numériques : le cas des logiciels libres », *Jur. Ass.*, 2014, n° 501, p. 33. Ce lien étroit s'explique par le fait que l'œuvre libre a été spécialement

les différents domaines de la propriété littéraire et artistique. Malgré l'accentuation du phénomène au début des années 2000, l'œuvre-libre ne bénéficie d'aucune définition en droit positif, qu'elle soit légale ou prétorienne. La doctrine distingue deux grandes catégories d'œuvres-libres : « l'œuvre *transformative* »⁷⁹² et l'œuvre sous licence-libre d'exploitation. Seule la première catégorie retiendra notre attention dans la mesure où la seconde n'est qu'une autorisation d'exploitation dont l'usage n'emporte pas altération de l'œuvre initiale. L'œuvre transformative consiste en la communication de l'œuvre auprès du public afin que celui-ci la modifie et la transforme à sa guise⁷⁹³, le cas d'école étant constitué par les articles rédigés sur Wikipédia⁷⁹⁴. Dans sa thèse dédiée à l'œuvre transformative, Madame LÉGER estime ainsi qu'au fondement de la notion se trouve « un lien » entre l'œuvre modifiée et l'œuvre initiale⁷⁹⁵. Ce lien nécessaire justifie alors la qualification d'œuvre composite⁷⁹⁶.

Pour marquer le degré de « transformativité », les œuvres transformatives sont placées sous diverses licences qui relèvent de l'*open knowledge foundation* et de la *common creative*⁷⁹⁷. Par ailleurs, la pratique a créé une licence dite *creative commons zero* qui consiste à priver l'auteur de tous les droits mais qui s'avère difficilement applicable, compte tenu des standards juridiques français en matière de protection des auteurs, notamment sur le terrain du droit moral. Ainsi, selon les cas, la « liberté de l'œuvre » se caractérisera soit par la possibilité de la copier sans aucune restriction, soit par la possibilité de la modifier.

206. Position du problème. « Maillage contractuel »⁷⁹⁸ et éviction du contrat d'édition. Pour illustrer à titre liminaire la « confrontation » pouvant exister entre les œuvres transformatives et le contrat d'édition, on se réfèrera au rapport REDA soulignant qu'« *il est souvent excessivement difficile pour les artistes d'abandonner, de dédier volontairement leurs œuvres au domaine public ou d'utiliser des licences libres, en raison de contrats d'édition restrictifs* »⁷⁹⁹.

Les appellations d'« œuvre transformative » et d'« œuvre-libre » laissent à penser que l'auteur initial abandonne ses droits sur l'œuvre au profit du public. Ce constat peut s'évincer des dispositions de l'article L. 122-7-1 CPI aux termes duquel « *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* ». Juridiquement, l'œuvre serait libre de droits à la suite d'un acte unilatéral abdicatif autorisant chacun à la modifier, la reproduire ou la représenter sans qu'il n'ait à craindre d'action en contrefaçon⁸⁰⁰. Pourtant, cette présentation s'avère doublement erronée : d'une part, l'acte unilatéral abdicatif contreviendrait au principe d'inaliénabilité des droits moraux, réputés extrapatrimoniaux et *a fortiori*

théorisée pour le logiciel sur internet (v. l'œuvre fondatrice, R. M. STALLMAN, « The GNU Manifesto », reproduit in *Free Software, Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*, <https://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf>).

⁷⁹² P. LESCURE, *Rapport Act. II* préc., emploie l'expression de « *création transformative* », p. 425 et s.

⁷⁹³ David GERAUD, « Le copyleft : un ver dans le verger des titulaires de droit », *Réseaux*, 2001/6 (n° 110), p. 156.

⁷⁹⁴ P.-C. LANGLAIS, Ph. EYNAUD, « Wikipédia et les communs », *Jur. Ass.* 2014, n° 501, p. 37. Rappelons que les contributeurs sont bien des auteurs dès lors que leur contribution est originale ; v. sur ce point R. MATHIS, « Wikipédia. Une somme originale de copies », *Médium*, vol. 32 - 33, n° 3, 2012, p. 356.

⁷⁹⁵ P. LÉGER, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, préf. P. SIRINELLI, LGDJ, n° 245, p. 180.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, n° 206, p. 153.

⁷⁹⁷ Sur les différentes licences pouvant exister, v. CSPLA *Rapport de mission sur Les licences libres dans le secteur culturel*, Déc. 2017, pp. 6-9.

⁷⁹⁸ M. CLÉMENT-FONTAINE « L'œuvre libre », *J.-Cl. PL4*, Fasc. n° 1975, n° 15.

⁷⁹⁹ J. REDA, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE 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*, §6 « Préserver le domaine public » : <https://juliareda.eu/le-rapport-reda-explique/>. F. POLLAUD-DULIAN, « Détruire, dit-elle : le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur », *D.*, 2015, p. 639.

⁸⁰⁰ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 532

impossibles à abdiquer⁸⁰¹ ; d'autre part, l'œuvre transformative ayant vocation à évoluer au gré des contributions nouvelles émanant de tiers devenant alors co-auteurs, la chaîne de transformation pourrait se trouver compromise par l'un d'entre eux qui refuserait d'abdiquer ses droits et qui conserverait seul le monopole d'exploitation dont il serait de fait l'ultime titulaire. À moins de reléguer l'œuvre transformative au stade « infra-juridique » et de l'inscrire dans la théorie de l'échange maussien pourvu des effets magiques que l'on connaît – « je donne parce qu'on me donne » –, l'acte unilatéral de volonté ne garantit pas la cohérence des réseaux numériques⁸⁰². C'est pourquoi l'œuvre transformative a pour origine un acte de nature contractuel. Le Professeur CLÉMENT-FONTAINE estime ainsi que « pour copier, diffuser et modifier l'œuvre, il est nécessaire d'accepter l'offre de l'auteur qui, dans sa licence, pose les conditions selon lesquelles il est permis de procéder à de telles actions sauf à commettre un acte de contrefaçon »⁸⁰³. En quelque sorte, la persistance de l'œuvre sur les réseaux permet de maintenir l'offre de licence, comme en matière de consommation lorsqu'un bien est disposé dans un supermarché ou sur un site de vente en ligne. Et d'ajouter que « l'offre du concédant est décrite dans la licence qui accompagne son œuvre » pour en conclure que « l'acceptation du licencié est le plus souvent exprimée tacitement »⁸⁰⁴. Bien que nous souscrivions à cette analyse, l'opération de qualification apparaît tout de même incomplète dans la mesure où rien ne garantit que le licencié autorise à son tour le public à modifier la substance de l'œuvre. C'est pourquoi le maillage contractuel suppose que la licence initiale soit conclue sous la condition suspensive que le licencié procède à son tour à une offre de licence-libre autorisant de nouvelles modifications⁸⁰⁵. Au fil des contributions, cette obligation se répercute ainsi de suite à l'égard des nouveaux contributeurs. L'œuvre transformative serait alors sous-tendue par autant de licences réciproques qu'il y a de nouveaux utilisateurs⁸⁰⁶.

Quant à la nature de la convention, le CSPLA, saisi de la question, considère que l'hypothèse la plus probable serait celle d'un contrat d'adaptation⁸⁰⁷. Dès lors, en fonction de l'enchevêtrement des contributions, l'œuvre transformative prendra, selon les cas, les traits d'une œuvre de collaboration, d'une œuvre collective ou d'une œuvre composite⁸⁰⁸. La problématique prend forme : quelle est la place du contrat d'édition dans un système où l'idée d'un public-consommateur s'efface au profit de celle d'un public-coauteur ? Par le jeu des règles de titularité, la pratique de la licence-libre rend superflue la conclusion d'un contrat d'édition dans la mesure où l'acceptation spontanée de l'offre de licence fait de l'exploitant un coauteur et ainsi de suite. Une doctrine concède des arguments qui, s'ils se vérifient,

⁸⁰¹ M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre*, préf. M. VIVANT, Larcier, 2014, n° 431.

⁸⁰² M. MAUSS, « Essai sur le don. Forme et raison dans les sociétés archaïques », *Ann. soc.*, 1923-1924, p. 30 et notamment p. 32 : « On voit le sujet. Dans la civilisation scandinave et dans bon nombre d'autres, les échanges et les contrats se font sous la forme de cadeaux, en théorie volontaires, en réalité obligatoirement faits et rendus ».

⁸⁰³ M. CLÉMENT-FONTAINE, *J.-Cl. PLA* préc., n° 14.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ Sur cette idée de « convention assortie d'une condition suspensive », v. D. GERAUD, « Le copyleft : un ver dans le verger des titulaires de droit », préc., p. 158 : « Le contributeur initial a délaissé ses droits mais, contrairement à des œuvres placées dans le domaine public qui peuvent être exploitées commercialement par quiconque, il les a délaissés à condition que les tiers soient assujettis aux mêmes règles que lui-même ». Un auteur y voit ainsi une obligation « presque réelle » (*in rem*) : S. DUSSOLIER, « Le jeu du copyleft entre contrat et propriété », *Cab. dr. entr.*, n° 6, nov. 2015, doss. 52.

⁸⁰⁶ C. BERNAULT, « Licences réciproques et droit d'auteur : l'économie collaborative au service des biens communs ? », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, pp. 91-102, et notamment p. 92, n° 5 : « La clause "partage dans les mêmes conditions" permet certes d'éviter une forme de "réappropriation" de l'œuvre partagée mais elle n'est pas systématiquement choisie ».

⁸⁰⁷ CSPLA, *Rapport de la Mission du sur les Œuvres transformatives*, oct. 2014.

⁸⁰⁸ On pense notamment à une extrapolation de l'article L. 112-3 CPI qui dispose que « les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles ». Sur ce point, v. notamment P. HENAFF, « L'œuvre transformative. Sécuriser l'œuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l'auteur de l'œuvre préexistante ? », *Comm. com. électr.*, n° 4, avr. 2016, ét. 8, n° 6.

atténuent l'éviction du contrat d'édition. Les créations transformatives concerneraient des œuvres de niche, en pratique « *impubliables sur le marché de l'édition* »⁸⁰⁹.

En définitive, la nature juridique d'une œuvre peut avoir pour incidence de limiter le recours au contrat d'édition par le jeu des règles de titularité *ab initio* des droits d'exploitation. Ce constat vaut aussi à l'égard des règles de transfert de droits applicables à certaines opérations contractuelles.

b. La concurrence de droit fondée sur les règles d'attribution contractuelle du droit de reproduction.

207. Plan. Passée la loi de 1957, le législateur a étoffé le droit des contrats d'auteur en adoptant des conventions translatives de droits de reproduction qui évincent par principe la qualification de contrat d'édition. Cette éviction du contrat d'édition se vérifie dans trois grandes hypothèses clairement identifiées : le contrat de travail portant sur un logiciel (*i*), le contrat portant sur une œuvre journalistique (*ii*) et le contrat de production audiovisuelle (*iii*). Par ailleurs, une grande incertitude existe sur la possibilité de transférer le droit de reproduction en vertu d'un contrat de commande (*in*).

i. La cession du droit de reproduction consécutive à la conclusion d'un contrat de travail portant sur un logiciel

208. Définition : l'arrêt Pachot⁸¹⁰ et la loi du 3 juillet 1985⁸¹¹. « *Objet Juridique Numérique Non Identifié* » pour certains⁸¹², le logiciel peut malgré tout se définir comme « *un programme d'instructions générales ou particulières, adressées à une machine, en vue du traitement d'une information donnée* »⁸¹³. La protection du logiciel – dont le statut de création de l'esprit n'est plus contesté – par le droit d'auteur a longtemps prêté à débat. En substance, il a d'abord été avancé que les logiciels, étant plus ou moins marqués d'un caractère technique, correspondaient davantage à la nature juridique du brevet⁸¹⁴. Derrière cette qualification, le débat latent portait sur le sort des créations salariées et leur aptitude à faire ou non l'objet du dessaisissement automatique au profit de l'employeur sur le modèle de l'article L. 611-7 1° CPI, dès lors que la fonction effective du salarié se concrétisait par une « *mission inventive* »⁸¹⁵. Pourtant, la loi du 2 janvier 1968 avait formellement écarté l'hypothèse d'une protection du logiciel par le droit

⁸⁰⁹ CSPLA, Rapport préc. p. 77 : « *Les créations transformatives apparaissent, pour une large part, comme relevant de cultures de niche particulièrement fécondes, qu'il peut y avoir un intérêt public à faciliter. Les auditions ont fait valoir également l'intérêt social et culturel de certaines formes de créations alternatives. En matière de fan-fiction, par exemple, certaines œuvres contiennent une liberté d'écriture et des thèmes singuliers qui rendraient ces œuvres impubliables sur le marché de l'édition : là résiderait, justement, l'une de leurs caractéristiques créatives à préserver* ».

⁸¹⁰ Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, n° 83-10477 *Babolat c/ Pachot*, Bull. Ass. plén., n° 3, p. 5, RTD com., 1986, p. 399, obs. A. Françon ; *RIDA* n° 129, 1986/3, p. 136, obs. A. Lucas ; *D.*, 1986. 405, obs. B. Edelman.

⁸¹¹ Pour une étude de la nature juridique du logiciel à l'aune de la loi de 1985, v. S. PLANA, « La recherche de la nature juridique du logiciel : la quête du Graal », *RIDA* n° 213, 2007/3, p. 213.

⁸¹² M. MOSSÉ, « Logiciels et propriété intellectuelle : des relations originales et enrichies de dynamiques croisées », *RLDI*, mai 2009, n° 49, supp.

⁸¹³ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 121.

⁸¹⁴ V. également J. SWINSON, « Copyright, or patent or both : an algorithmic approach for computer software protection », *Harv. Journ. Law & Tecch.* Vol. 5, Fall, 1991, p. 145.

⁸¹⁵ L. 611-7 CPI : « *Si l'inventeur est un salarié, le droit au titre de propriété industrielle, à défaut de stipulation contractuelle plus favorable au salarié, est défini selon les dispositions ci-après : 1. Les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur. L'employeur informe le salarié auteur d'une telle invention lorsque cette dernière fait l'objet du dépôt d'une demande de titre de propriété industrielle et lors de la délivrance, le cas échéant, de ce titre. Les conditions dans lesquelles le salarié, auteur d'une invention appartenant à l'employeur, bénéficie d'une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions collectives, les accords d'entreprise et les contrats individuels de travail* ». Sur la caractérisation de la « *mission inventive* », v. Cass. com. 31 janv. 2018, n° 16-13.262 (n° 149 FS-P+B), *D.*, 2018, p. 707 ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 sept. 2009, RG n° 08/04603, *Eurofiltrator c/ Rey*, inédit ; TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 déc. 2009, RG n° 08/00908, inédit, RTD com. 2010, p. 101, chron. J.-C. Galloux.

des brevets⁸¹⁶. On avait alors pointé la lourdeur du mécanisme d'enregistrement qui n'offrait pas toutes les garanties nécessaires d'exploitation aux employeurs⁸¹⁷. Parmi les alternatives qui présidaient à la reconnaissance du logiciel, étaient avancées celle d'un rattachement pur et simple au droit d'auteur et celle d'une création juridique *sui generis*⁸¹⁸.

En pleine gestation législative, les juridictions ont été saisies de deux contentieux portant sur la nature juridique de la protection⁸¹⁹. Dans les deux cas, les employeurs souhaitaient user comme ils l'entendaient des logiciels créés par leurs ex-employés, alors que ceux-ci faisaient valoir qu'il s'agissait d'un droit de propriété littéraire et artistique insusceptible de transfert automatique. Finalement, seule l'affaire *Pachot* a donné lieu à un pourvoi en cassation, que la Cour a rejeté au motif que le programme litigieux constituait bel et bien une œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur. Il faut dire qu'entre temps, la loi du 3 juillet 1985 avait apporté une réponse dénuée d'ambiguïté qui jetait les bases du droit du logiciel en consacrant ce qui allait, après plusieurs modifications, devenir l'article 112-2 13° CPI selon lequel « *les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire* », sont considérés comme des œuvres de l'esprit. Le traité OPMI (WTC) et les accords sur les ADPIC ont également qualifié les programmes d'ordinateur de création de l'esprit⁸²⁰, de même que le droit européen⁸²¹. Cette qualification se trouvait par ailleurs en accord avec les législations étrangères qui s'étaient largement tournées vers les règles de *copyright* pour organiser une protection efficace des logiciels. Mais là encore, l'esprit de synthèse s'est enrayé au profit d'une protection catégorielle. Durant la gestation de la loi, les syndicats professionnels représentant les services d'ingénierie informatique n'ont pas manqué de faire valoir leur opinion. Comme le rappelle les Professeurs Jérôme HUET et André LUCAS, « *les milieux professionnels voulaient bien d'une protection par le droit d'auteur, mais naturellement ils n'entendaient pas que les droits naissent sur la tête de leur salariés* »⁸²².

209. Éviction du contrat d'édition. Afin d'éviter toute confusion, les questionnements portant sur la nature du contrat par lequel l'utilisateur final recueille le logiciel doivent être écartés. En aucun cas ces opérations doivent être assimilées au contrat d'édition. Au mieux, ces contrats de mise à disposition⁸²³ peuvent être rapprochés du contrat par lequel l'éditeur vend ou loue à des

⁸¹⁶ Art. 7 de la loi du 2 janv. 1968 : l'alinéa 2 de cet article dispose que « *ne sont pas considérées comme des inventions : c) les plans principes et méthodes employés dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités commerciales, ainsi que les programmes d'ordinateurs* ».

⁸¹⁷ A. R. BERTRAND, « Relations entre le droit d'auteur, les autres droits privatifs et la protection des créations non protégées par un droit privatif », *Dall. Act. Droit d'auteur*, 2010, chap. 102, §4 : « *L'exclusion de principe des programmes d'ordinateurs est expliquée historiquement par l'incapacité des offices de brevets à effectuer une recherche d'art antérieur parmi les logiciels, et par le choix d'une protection par le droit d'auteur. La même explication est souvent donnée pour l'exclusion des méthodes commerciales du champ de la brevetabilité* ».

⁸¹⁸ V., à titre indicatif, INPI, Rapport Vers une protection des logiciels informatiques : situation actuelle et propositions, remis au Ministère de l'Industrie et de la Recherche, juin 1984, p. 32 ; *Propr. ind.*, OMPI, n° 100, Oct. 1984, p. 387.

⁸¹⁹ Affaire *Pachot*, préc. et affaire *SARL Masci informatique c/ Apple Computer Inc*, Paris 4^e ch. 5 mars 1987, *JCP E.*, 1987, II, 14931, p. 261, A. L. Vincent.

⁸²⁰ Art. 4 traité OMPI (WCT), 20 déc. 1996 : « *Les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de l'article 2 de la Convention de Berne. La protection prévue s'applique aux programmes d'ordinateur quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression* » ; art. 10 1. Accord ADPIC : « *Les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne (1971)* ».

⁸²¹ Dir. n° 91-250/C. E. E. du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle.

⁸²² J. HUET et A. LUCAS, « La protection des logiciels », in *Droit d'auteur et droits voisins : la loi du 3 juillet 1985*, Jack LANG (dir.), Colloque de l'IRPI, Paris, 21 et 22 novembre 1985, Paris, 1986, p. 30, et spéc. p. 32.

⁸²³ Ch. le STANC, « Mise à disposition de logiciel : les droits des uns et des autres », *Comm. com. électr.*, n° 4, avr. 2001, comm. 37.

consommateurs des exemplaires de l'œuvre en application d'un contrat d'édition⁸²⁴. Le rapprochement s'arrête cependant là et n'interfère pas sur le champ d'application *ratione materiae* du contrat d'édition.

Le régime juridique du logiciel implique des conséquences draconiennes qui évincent le recours au contrat d'édition. Dès 1985, le rapporteur JOLIBOIS a soutenu que « *si nous avons adopté la loi de 1957 d'une manière presque chimiquement pure (...), automatiquement toutes les entreprises de logiciels auraient été mises dans des difficultés absolument insurmontables* »⁸²⁵. Finalement, l'article L. 113-9 CPI introduit par la loi du 10 mai 1994 qui transpose la directive de 1991⁸²⁶, énonce que, « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer* ». Les institutions européennes, conscientes des limites techniques qu'un recours massif à l'œuvre collective pouvait supposer – même si ces deux notions ne sont pas exclusives l'une de l'autre⁸²⁷ – ont ainsi instauré un mécanisme de transfert automatique, afin que les employeurs puissent exploiter les logiciels créés sans avoir à justifier d'un contrat d'exploitation. On retrouve la « *ruse législative* » observée par RIPERT et consistant à renverser le jeu de la présomption, ce qui force les parties à stipuler la clause inverse, mais dont l'efficacité reste faible en pratique⁸²⁸. Il ne s'agit pas de contester l'argument ; les statistiques de l'INSEE démontrent la forte progression de l'investissement en logiciels qu'a connue la France ces trente dernières années⁸²⁹. Ces résultats ne peuvent être tenus pour accidentels à la politique juridique amorcée en 1991. Néanmoins, la règle de titularité aboutit logiquement à un « conflit de compétence contractuelle » entre le contrat d'édition et la cession simple du droit au profit de l'employeur, conflit tranché en faveur de ce dernier. En revanche, si le logiciel est créé en dehors des fonctions de l'employé ou sans que soit constaté de lien de subordination, alors le créateur pourra conclure un contrat de cession des droits et le contrat d'édition reprendra son empire.

ii. La cession du droit de reproduction consécutive à la conclusion d'un contrat de travail journalistique

210. Définition des œuvres journalistiques. Au sens matériel, l'œuvre journalistique prend la forme d'une analyse de fond à but informatif et résultant d'investigations de nature politique, culturelle, économique... Pourtant, aucune définition juridique n'est fournie au sein du CPI. La définition des œuvres journalistiques est essentiellement organique et résulte de la conjugaison des articles L. 132-25 CPI et L. 7111-3 du Code du travail. Selon ces deux textes, une œuvre journalistique est une œuvre créée par un journaliste pour le compte d'un organe de presse. Dans ce cadre somme toute trop général, le législateur a retenu une conception organique de l'œuvre journalistique. Dans un domaine où l'impératif culturel est palpable⁸³⁰, la substitution du contrat d'édition au profit d'une cession automatique s'avérait inévitable⁸³¹.

⁸²⁴ 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) », *Propriété ind.*, n° 7, Octobre 2002, chron. 8.

⁸²⁵ C. JOLIBOIS, Discussion deuxième lecture, Sénat séance du 17 juin 1985, *JO*, S. n° 35, 18 juin 1985, p. 1281

⁸²⁶ Loi n° 94-361 du 10 mai 1994, portant mise en œuvre de la directive (C. E. E.) n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle.

⁸²⁷ Versailles, 15 juin 1992, *Expertises* 1992, p. 350, note Benaroudj ; Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, *Guédy c/ Harmand*, 92-18.627, *Bull. civ.*, 1996, I, n° 294 ; D., 1997, p. 328, note A. Françon ; D. *aff.*, 1996, p. 1137 ; Paris, 4^e ch. A, 9 juin 2004, n° RG 2003/04094, *Mocquery c/ Exacod SA et L'Inventoriste SA*, PIBD 801/2005, III, p. 95 ; *Propriété ind.* n° 4, avr. 2005, comm. n° 34, J. Schmidt-Szalewski.

⁸²⁸ D. CASTEL, « Activité créatrice – Salarié et auteur : une situation empoisonnée ? », *JAC*, 2015, n° 25, p. 41.

⁸²⁹ http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1575#inter2

⁸³⁰ *Supra* n° 194.

⁸³¹ C. THIÉRACHE, V. FAUCHOUX, I. RAMONDBAILLY, I. ELKAIM, « Table ronde n° 3 : Propriété intellectuelle : la rémunération des auteurs d'œuvres publiées sur internet – l'intérêt privé des auteurs sacrifié sur l'autel de la démocratisation de la culture ? », *RLDI*, n° 58, 1^{er} mars 2010.

211. Éviction du contrat d'édition⁸³². Au sens des différentes dispositions concernées, l'organe de presse avec lequel le journaliste a conclu un contrat de travail bénéficie des droits d'exploitation de l'œuvre journalistique dans une mesure variable selon la législation applicable⁸³³. Autrement dit, le critère organique permet non seulement de déterminer la nature formelle de l'œuvre mais aussi le titulaire présumé des droits⁸³⁴. Comme en matière de production audiovisuelle, la possibilité d'aménager conventionnellement la titularité des droits n'est qu'illusoire. « *Cette cession quasi automatique et obligée des droits* »⁸³⁵ s'impose presque systématiquement à l'auteur. En l'absence d'effet rétroactif de la loi HADOPI, deux régimes parallèles encadrent l'exploitation des articles de presse appelant ainsi les praticiens à la vigilance. Avant la loi de 2009, la question était réglée par les anciens articles L. 121-8 CPI et L. 761-9 al. 2 du Code du travail, au terme desquels il n'y a de dessaisissement des droits que pour la seule première publication. Les articles n'ayant pas fait l'objet d'une publication dans l'organe de presse ne connaissent aucune cession et demeurent la propriété exclusive de leurs auteurs. Quant aux articles ayant été retenus à titre de publication par l'organe de presse, les droits afférents à leur exploitation doivent être recouverts par leur auteur une fois épuisé le tirage portant sur la première publication. En sus, la jurisprudence a précisé que la cession ne couvre pas une éventuelle mise en ligne⁸³⁶. Ainsi, concernant les écrits qui dépendent de l'ancien régime, l'organe de presse qui souhaite à nouveau exploiter l'œuvre en question, notamment sur Internet, doit contracter avec l'auteur un contrat de cession qui prendra les traits soit d'un contrat d'édition soit d'un contrat de représentation selon la nature de l'exploitation⁸³⁷. C'est en ce sens que doit être lu le dernier alinéa de l'article L. 132-6 CPI, qui pose le principe selon lequel le recours à la rémunération forfaitaire est ouverte en matière d'édition d'articles de presse.

La réforme de 2009 a mis un terme aux tergiversations rencontrées en jurisprudence par la création d'une technique d'éviction qui ne diffère en rien de celle qui est prévue en matière d'œuvres logicielles. Elle s'articule autour de deux éléments : l'existence d'un contrat de travail et une présomption générale de transfert des droits d'exploitation pour toute la durée du monopole. En substance, est posée la règle de titularité suivante : sous réserve des seuls droits légalement cédés à l'organe de presse, ce dernier dispose de tous les droits d'exploitation sans être tenu au régime rigoureux

⁸³² Voir néanmoins X. AUMERAN, « Rémunérer un pigiste : salaire ou droits d'auteur ? », *JAC*, 2016, n° 37, p. 40, qui considère curieusement que « *pour chaque collaboration, les droits d'exploitation détenus par le pigiste sur son œuvre (une contribution écrite, parfois une image) sont cédés à titre onéreux à un titre de presse en assurant la publication. À cette occasion, un contrat d'édition est conclu entre les parties* ».

⁸³³ Notons qu'en tout état de cause, qu'il s'agisse de l'ancien ou du nouveau régime, la jurisprudence retient une conception stricte du contrat de travail. Ainsi, une simple convention de stage ne peut donner lieu à dessaisissement des droits de l'auteur-stagiaire imposant au titre de presse de recueillir les droits d'exploitation par le biais d'un contrat d'édition (Paris, 4^e ch. B, 7 oct. 2005, *Sté Nice Matin c/ Melle E. R.*, n° 04/18442, *JurisData*, n° 283915, *RLDI*, avr. 2006, n° 15, S. Carré).

⁸³⁴ Voir p. 204.

⁸³⁵ E. DERIEUX, loi du 12 juin 2009 ; « Restriction des droits d'auteurs des journalistes », *RLDI*, juill. 2009, p. 96.

⁸³⁶ Pour une sanction des éditeurs de presse qui avaient exploité les articles sans avoir recueilli l'autorisation des journalistes au préalable, v. TGI de Strasbourg, ord. du 3 fév. 1998, affaire des « *Dernières nouvelles d'Alsace* », *JurisData* n° 1998-970225 : « *à défaut de convention expresse avec les journalistes, la cession des droits sur leurs articles étant limitée à une première publication, l'éditeur titulaire des droits sur le journal ne peut autoriser la communication de l'œuvre sur internet* » ; Colmar, 15 sept. 1998, affaire « *le Figaro* » *JurisData* n° 1998-973422 ; TGI Lyon, 21 juill. 1999, affaire du « *Progrès de Lyon* », *JurisData*, n° 1999-10520204.

⁸³⁷ TGI Paris, 1^{re} ch., 20 sept. 2005, *Syndicat national des journalistes et autres c/ Sté Journaux La Dépêche du Midi et le Petit Toulousain*, n° 05/05682, *RLDI*, janv. 2006, n° 12, S. Carré. Sur la question de l'adéquation du régime des œuvres journalistiques aux nouveaux moyens de communication, v. P. SIRINELLI, « Les droits des journalistes et les nouveaux médias », *D. Aff.* 1999 suppl. n° 152, 1999

du contrat d'édition⁸³⁸. La rédaction confuse de l'article L. 132-36 CPI s'explique sans doute par l'illusoire possibilité laissée à l'auteur de conserver la titularité des droits par convention⁸³⁹. Cependant, une voie intermédiaire aurait pu être trouvée. En effet, plutôt que de consacrer une telle extension de cession, la loi aurait pu octroyer à l'organe de presse une option de contrat d'édition qu'il aurait éventuellement levée par la suite. Le contrat de travail liant le journaliste à l'organe de presse contiendrait une cession pure de droit pour la première publication et une option de contrat d'édition au profit de l'organe de presse⁸⁴⁰. Ainsi, l'auteur aurait eu la possibilité de bénéficier d'une rémunération proportionnelle à l'exploitation de ses articles ou photographies.

iii. La présomption de cession des droits d'exploitation consécutive à la conclusion d'un contrat de production audiovisuelle.

212. Définition. Bien qu'il soit prévu aux articles L. 132-23 s. CPI, le contrat de production audiovisuelle n'est pas, en tant que tel, défini contrairement au producteur qui est présenté comme étant « *la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre* », cette responsabilité étant entendue dans son sens juridique et financier⁸⁴¹. L'œuvre audiovisuelle est quant à elle définie à l'article L. 112-2 CPI comme étant « *une séquence d'images animées sonorisée ou non* ». L'article L. 132-24 CPI énonce que les titulaires de droits d'auteur qui ont conclu un contrat portant sur la création d'une œuvre audiovisuelle, sont présumés avoir consenti un second contrat qui n'est autre qu'une cession de droits d'exploitation⁸⁴². Est ainsi présumé, à partir d'un acte juridique précis – le contrat de création –, un second acte, tout autant précis : la cession des droits⁸⁴³. Si la présomption peut être renversée, la pratique démontre bien qu'il y a là un leurre et que le transfert se veut définitif dès la conclusion du contrat de production⁸⁴⁴.

⁸³⁸ En effet, l'article L. 132-37 CPI prévoit un régime allégé en faveur du titre de presse en énonçant que « *l'exploitation de l'œuvre du journaliste sur différents supports, dans le cadre du titre de presse défini à l'article L. 132-35 du présent code, a pour seule contrepartie le salaire* ».

⁸³⁹ L. 132-36 CPI : « *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* ».

⁸⁴⁰ Sur l'option conférée à l'issue d'un pacte de préférence v. *infra* n° 844.

⁸⁴¹ La qualité de producteur suppose en premier lieu une participation financière au risque de la création de l'œuvre (Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, n° 95-13.197 et n° 95-13.334, *Sté Nickel Odéon Productions*, *JurisData* n° 1997-003341 ; *Bull. civ.*, I, n° 248 ; *D.*, 1997, IR, p. 183 ; *RIDA* n° 175, p. 311 1998/1, A. Kéréver ; Cass. 1^{er} civ., 3 avr. 2001, n° 98-17.034, *JurisData* n° 2001-008999, *JCP E* 2001, p. 975 ; *RIDA* n° 190, 2001/4, p. 395, obs. A. Kéréver ; *RLDA.*, juill. 2001, jurispr. n° 2544, p. 44, obs. Simon ; *Légipresse* 2001, n° 182, I, p. 72 ; *RJDA.*, 2001, n° 1050. Cass. 1^{er} civ., 14 nov. 2012, n° 11-21.276, *JurisData* n° 2012-026222 ; *Propr. intell.* 2013/1, n° 46, p. 65, obs. A. Lucas, *Comm. com. électr.*, 2013, chron. 6, n° 3, obs. B. Montels ; *RTD com.* 2013, p. 782, obs. F. Pollaud-Dulian. Cass. soc., 10 oct. 2012, n° 11-22.893, *JurisData* n° 2012-022893 ; *RTD com.* 2012, p. 782, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.*, 2013, chron. 6, B. Montels ; *Comm. com. électr.*, 2013, chron. 9, P. Tafforeau. Paris, 4^e ch., 31 janv. 1995. Paris, Pôle 5, ch. 1, 23 mars 2011, n° 09/16801, *JurisData* n° 2011-005293). Néanmoins, le critère financier s'avère insuffisant, le producteur devant également jouer un rôle d'impulsion, de direction et de coordination de la production (Paris, 22 juill. 1981 : *D.*, 1983, IR, p. 94, obs. C. Colombet).

⁸⁴² L. 123-24 al. 1 CPI : « *Le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 à L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 à L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* ».

⁸⁴³ Sur la spécificité des présomptions en propriété littéraire et artistique, v. D. BECOURT, « Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins, "1^{ère} partie" », *LPA*, 11 oct. 1996, n° 123 et « *Suite et fin* », *LPA*, 14 oct. 1996, n° 124.

⁸⁴⁴ C'est pourquoi le Professeur LAPOUSTERLE, empruntant l'expression au Doyen RIPERT, considère la présomption comme « *une ruse du législateur* » destinée à permettre la poursuite, par le truchement de

213. Spécificité économique des œuvres audiovisuelles. Économiquement, les œuvres audiovisuelles présentent des spécificités qui peuvent justifier l'élaboration de règles dérogatoires. La multiplicité des auteurs et des contributeurs de nature artistique rend effectivement délicate l'exploitation pérenne d'une œuvre dont le coût de production s'élève fréquemment à plusieurs millions d'euros⁸⁴⁵. L'existence d'une présomption est alors de nature à simplifier le travail du producteur qui pourrait se voir opposer les velléités spéculatives d'un titulaire de droits. À l'époque de la commission ESCARRA, nombreux sont ceux qui avaient tenté d'infléchir le régime de la titularité de l'œuvre cinématographique afin que les droits d'exploitation échoient au producteur sans qu'il soit nécessaire de passer contrat avec tous les coauteurs⁸⁴⁶. On retrouvait l'argument de la compétitivité du droit français en matière cinématographique, la règle étant présente dans la quasi-totalité des législations de pays à forte culture cinématographique. Selon le Professeur LAPOUSTERLE, cet argument « *eut un impact certain sur l'opinion des parlementaires* »⁸⁴⁷. Pour continuer avec l'argument économique, au regard des rapports annuels publiés par la Cour des comptes, le secteur cinématographique est l'un des rares secteurs à demeurer compétitif⁸⁴⁸, donnant là des moyens supplémentaires aux producteurs à faire valoir auprès du législateur. Ainsi, en créant une qualification contractuelle fondée sur le poids financier et idéologique qu'occupent les œuvres audiovisuelles dans l'industrie culturelle mondiale, on a rompu avec l'esprit de synthèse censé gouverner la matière. Ce changement de postulat ayant des effets sur le droit des contrats d'auteur, en conférant au producteur les droits d'exploitation par un nouveau contrat, on a organisé l'éviction du contrat d'édition⁸⁴⁹.

214. Éviction du contrat d'édition. Absence de critère. Comme le contrat d'édition, le contrat de production d'œuvre audiovisuelle trouve son essence dans le transfert du droit de reproduction, mais transfère également le droit de représentation. Pour le Professeur KAMINA, « *le contrat de production audiovisuelle se distingue des contrats d'édition et de représentation par le fait qu'il emporte cession à la fois du droit de reproduction et du droit de représentation, droits indispensables à la production et à l'exploitation normale de l'œuvre audiovisuelle* »⁸⁵⁰. Le constat est exact mais il est un peu court. D'une part, les contrats d'édition prévoient fréquemment le transfert à titre complémentaire du droit de représentation⁸⁵¹ et, d'autre part, un auteur peut conclure deux conventions différentes, l'une portant sur le droit de reproduction et l'autre sur le droit de représentation. Ainsi, lorsque les créateurs d'œuvres audiovisuelles cèdent leur droit, le problème se pose de savoir si la convention ressortit au contrat d'édition ou au contrat de production.

215. Rejet partiel du critère relatif à la nature de l'œuvre audiovisuelle. Le premier critère pouvant être convoqué est celui de la nature formelle de l'œuvre. Parce que l'œuvre est de nature audiovisuelle, la convention permettant son exploitation est un contrat de production audiovisuelle et

cet instrument, d'une politique législative » ; A. KESSLER-MICHEL, *Présomptions et droit d'auteur*, thèse Paris Sud XI, 2001, n° 638 ; A. BORIES, pour qui « *la présomption, simple technique de preuve en principe, se transforme peu à peu en mécanisme autonome qui permet l'investissement économique* », « Le formalisme dans les contrats d'auteur », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2008, étude 18 n° 17.

⁸⁴⁵ Voir CNC, *Étude sur les coûts de production des films en 2017*, p. 31 qui révèle que 57,8 % des films produits en France connaissent des coûts de production qui dépassent le million d'euros.

⁸⁴⁶ J. MATTHYSSENS, « Les auteurs devant la commission ESCARRA », *RIDA* n° 201, 2004/3, p. 77.

⁸⁴⁷ J. LAPOUSTERLE, th. préc., n° 473.

⁸⁴⁸ Cour des comptes, *Rapport sur La gestion et le financement du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC)*, Exercices 2007 à 2011 ; v. notamment p. 52 : « *le cinéma français reste, aujourd'hui, le seul cinéma européen et l'un des rares cinémas du monde à susciter, sur longue période, un nombre d'entrées en salles à l'étranger comparable et même supérieur, certaines années, au nombre d'entrées constaté dans les salles de cinéma françaises* ».

⁸⁴⁹ Cette éviction issue de la présomption de cession ne joue que pour les contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Sur l'absence de rétroactivité de la présomption de cession, v. affaire *Vauban*, Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994, n° 92-16.057, *RIDA* n° 163, 1995/1, p. 197, A. Kéréver ; à rapprocher de Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1982, *D.* 1983, jur., p. 33, note B. Edelman.

⁸⁵⁰ P. KAMINA, « Contrat de production audiovisuelle », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1340, n° 18.

⁸⁵¹ *Supra* n° 115-119.

non un contrat d'édition⁸⁵². Une lecture *a contrario* d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 janvier 2003 semble aller en ce sens. Dans cette affaire relative à la qualification d'un contrat de cession de droits de reproduction, le demandeur estime que le contrat conclu n'est pas un contrat d'édition mais un contrat de production audiovisuelle en raison de la qualification d'œuvre audiovisuelle applicable en l'espèce. La Cour de cassation a rejeté la demande en soulignant que les juges du fond avaient établi que la création – un cédérom – n'entrait pas dans la catégorie des œuvres audiovisuelles⁸⁵³. Au sens de cet arrêt, la convention n'est pas un contrat de production mais un contrat d'édition en raison de la nature audiovisuelle de l'œuvre. *A contrario*, l'identification d'une œuvre audiovisuelle aurait suffi à requalifier le contrat d'édition en un contrat de production audiovisuelle.

Un tel critère est certes un prérequis indispensable mais ne saurait à lui seul établir le départ efficace entre contrat d'édition et contrat de production audiovisuelle. À défaut d'un autre critère, la seule présence d'une œuvre audiovisuelle conduirait au congédiement automatique du contrat d'édition. Cette automaticité avait d'ailleurs conduit le législateur à exclure le contrat de production audiovisuelle des dispositions finales au sein de la loi de 1957⁸⁵⁴.

216. Rejet partiel du critère tiré de la qualité de producteur. Un autre critère peut être décelé dans la qualité du cocontractant de l'auteur. En effet, si celui-ci est producteur, on serait en droit de s'attendre à la qualification de contrat de production audiovisuelle. Dans une autre affaire, afin d'arbitrer entre la qualification de contrat d'édition et de contrat de production audiovisuelle, le tribunal de grande instance de Paris a posé une définition de ce second contrat par opposition au premier en considérant qu'il « *opère un transfert de propriété ou de droits exclusifs sur l'œuvre, analysé, en l'absence de définition légale, au regard des parties au contrat (un auteur et un producteur) et de l'objet du contrat, à savoir la production d'une œuvre audiovisuelle* »⁸⁵⁵. Outre le critère formel de l'œuvre, les juges font référence à la qualité des parties pour exclure la qualification de contrat d'édition. Là encore, on ne saurait se satisfaire du procédé. Il est parfaitement envisageable qu'un contrat soit conclu entre l'auteur d'une œuvre audiovisuelle et un producteur de cinéma dans le seul but d'éditer l'œuvre sous forme d'exemplaire ou en *streaming*. Dans cette hypothèse, les critères établis par les juges du fond sont respectés mais l'opération sera qualifiée de contrat d'édition.

217. Admission du critère tiré de l'effet réel de la production. En réalité, le seul critère qui se veut pertinent n'est autre que celui de la réalité de la production. Cela suppose qu'il y ait véritablement création de l'œuvre audiovisuelle à l'institution d'une personne que le droit qualifie de producteur. Les critères tirés de la nature d'œuvre audiovisuelle et de la qualité de producteur demeurent mais doivent être complétés par un critère matériel : celui de l'activité du producteur dans le processus créatif de

⁸⁵² P. KAMINA, *ibid.* : « son objet le distingue également, puisqu'il vise à la production d'une œuvre audiovisuelle » ; S. RAIMOND, th. préc., n° 225, pp. 281-282 : « c'est la notion d'œuvre audiovisuelle qui attire vers ce contrat, la qualification de contrat d'édition pouvant être jugée applicable en l'absence de qualification spécifique – en fait, la qualification relève là encore d'une logique de spécialisation ».

⁸⁵³ Cass. civ 1^{re}, 28 janv. 2003, n° 00-20294, *Gaz. Pal.*, 25 sept. 2003, n° 268, p. 38, comm. B. de Roquefeuil : « Il ne peut être reproché à l'arrêt d'avoir qualifié de contrat d'édition des conventions de commande de Cédéroms de vulgarisation artistique en méconnaissant le caractère d'œuvre de l'esprit des créations dont elle était saisie, dès lors qu'ayant constaté l'absence d'un défilement linéaire des séquences, l'intervention toujours possible de l'utilisateur pour en modifier l'ordre, et la succession non de séquences animées d'images mais de séquences fixes pouvant contenir des images animées, elle a pu juger que lesdites créations ne pouvaient s'assimiler à des productions audiovisuelles ».

⁸⁵⁴ V. M. MARZIN, rapporteur pour avis suppléant au sein de la commission législative de la loi de 1957, qui a estimé que « cet article constitue, par rapport au droit en vigueur, une régression, et que, si cet alinéa comporte, peut-être, une disposition tendant à favoriser quelque peu la production, il constitue tout de même une atteinte au droit traditionnel en matière de droit d'auteur », *Débats*, séance du 20 avril 1956, *JO A.N.*, 21 avril 1956, p. 1428. Pour mémoire, l'article 38 de la loi du 11 mars 1957 a disposé que : « Les droits d'exploitation vidéographique ne peuvent donc être considérés comme cédés que dans l'hypothèse où le contrat aurait prévu une cession du droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat, sous réserve que les parties aient stipulé une rémunération proportionnelle corrélative ».

⁸⁵⁵ TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 16 janv. 2015, n° 12/0379, *JAC*, 2015, n° 24, p. 11, note C. Burkhart.

l'œuvre. Ce critère n'est pas sans rappeler celui de l'œuvre collective⁸⁵⁶ et aboutit dans les faits à la même situation : la concentration des droits sur l'œuvre entre les mains d'une personne qui assume la responsabilité juridique et économique. Ce n'est qu'à cette condition que les qualifications classiques de contrat d'édition et de contrat de représentation doivent céder.

iv. Les incertitudes quant au principe général de contrats de création à effet translatif

218. Définition. Les contrats de création sont ceux en vertu desquels une personne crée une œuvre pour le compte d'autrui. Ces contrats renoueraient avec la pratique courante du droit ancien qui reléguait la création artistique au statut des « *artes serviles* ». Les deux principaux contrats concernés sont le contrat de travail et le contrat de commande. La *commande* se définit juridiquement comme « *une manifestation de volonté par laquelle l'une des parties demande à l'autre de réaliser un ouvrage ou de livrer une marchandise* »⁸⁵⁷. Aussi faut-il admettre que « *le contrat de commande est l'accord par lequel l'artiste s'engage à créer une ou plusieurs œuvres originales pour le compte d'un tiers, le commanditaire, en contrepartie d'une rémunération* »⁸⁵⁸. Contrairement aux contrats présentés jusqu'à présent, le contrat de commande ne fait pas l'objet d'une consécration légale, ce qui génère de nombreuses difficultés et attire actuellement l'attention de la doctrine⁸⁵⁹.

219. Position du problème : l'effet translatif des contrats de création. Contrairement à ce qui existe au sein des législations d'inspiration « *copyright* » et qui reconnaissent un principe général du « *made for hire* »⁸⁶⁰, ou même en comparaison avec ce qui existe au sein du droit de la propriété industrielle⁸⁶¹, le droit d'auteur français se présente comme réfractaire au dessaisissement des droits consécutifs à un contrat de création⁸⁶². Néanmoins, un contrat de création détaillé avec des directives de travail précises pourrait laisser planer l'ombre d'une œuvre collective comme dans l'affaire *Van Cleef*⁸⁶³. Ce cas particulier mis de côté, la règle est posée en la forme d'une pétition de principe à l'article L. 111-1 al. 3 CPI aux termes duquel : « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance des droits (...) sous réserve des exceptions prévues par le présent code* ». Abstraction faite des hypothèses légales, le principe ici posé fait obstacle à un éventuel effet

⁸⁵⁶ Cass., 1^{re} civ., du 26 janv. 1994, 92-11.701, Bull. I n° 35, p. 26, *RIDA*, n° 162, 1994/4, p. 433 ; Paris, 16 mai 1994, *RIDA*, n° 162, 1994/4, p. 474 et obs. Kéréver *RIDA*, n° 162, 1994/4, p. 303. Sur l'œuvre collective v. *Supra* n° 202-204.

⁸⁵⁷ S. DENOIX de SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999.

⁸⁵⁸ S. DURRANDE, D. MARTIN, « Contrat de commande (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9) », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1342, n° 2.

⁸⁵⁹ B. RACINE, Rapport *L'auteur et l'acte de création*, janv. 2020, p. 65 et la lettre de Mission du 25 juin 2020 adressée au Professeur SIRINELLI par le ministre de la Culture afin de mener une réflexion sur le contrat de commande.

⁸⁶⁰ *Supra* n° 193 ; pour un tableau récapitulatif des effets du contrat de commande en droit continental et du *work made for hire*, v. notamment J. C. GINSBURG, « Enregistrements sonores : comparaison des régimes américain et européen », *JAC*, 2013, n° 3, p. 26.

⁸⁶¹ *Supra* n° 208.

⁸⁶² Sous l'empire des lois de 1791 et 1793, certaines décisions de justice admettaient parfois le principe du transfert automatique, Trib. civ. Seine, 28 juin 1954, *JCP G.*, 1955, II, 8692, Plaisant ; *RTD. com.*, 1955, p. 576 Desbois.

⁸⁶³ Civ. 1^{re}, 13 déc. 2013, n° 12-26409, Affaire *Van Cleef* : « *Les sociétés avaient le pouvoir d'initiative sur la création et en contrôlaient le processus jusqu'au produit finalisé en fournissant à l'équipe des directives et des instructions esthétiques afin d'harmoniser les différentes contributions et que celles-ci se fondaient dans l'ensemble en vue duquel elles étaient conçues, sans qu'il soit possible d'attribuer à chaque intervenant un droit distinct sur les modèles réalisés ; qu'elle en a exactement déduit, sans inverser la charge de la preuve, que chacun des dessins en cause ne constituait que la contribution particulière de M. X... à une œuvre collective réalisée à l'initiative et sous la direction et le nom de Van Cleef & Arpels* ». La Cour de cassation donne ainsi raison à la cour d'appel de Paris (Paris, 14 sept. 2012, n° 10/01568, *Berthelot c/ Van Cleef & Arpels*, P. I. B. D. 2012, n° 971. III. 720).

réel ou translatif des contrats de création⁸⁶⁴, contrairement à ce qui peut exister dans d'autres législations⁸⁶⁵. L'auteur jouit des droits sur l'œuvre indépendamment de la conclusion d'un tel contrat ce qui peut susciter des tensions juridiques entre l'auteur et son employeur ou son commanditaire⁸⁶⁶.

220. Enseignements du droit des brevets : l'article L. 611-7 CPI et l'affaire *Raynaud*⁸⁶⁷. Un rapprochement de la commande en droit d'auteur avec ce qui existe en matière de brevet autorise une mise en perspective. En droit des brevets, les créations salariées sont strictement encadrées. Au sens de l'article 611-7 CPI, lorsque l'invention ressortit à « l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées », elle appartient à l'employeur. Dans l'hypothèse inverse, elle demeure la propriété de son créateur. Lorsque la titularité est transférée à l'employeur, l'article L. 611-7 CPI impose un complément de revenu en faveur de l'inventeur salarié qui peut être rapproché de la rémunération proportionnelle des auteurs prévue à l'article L. 131-4 CPI⁸⁶⁸. À défaut de disposition équivalente en droit d'auteur, la conclusion d'un contrat de commande donne lieu à des incertitudes jurisprudentielles.

221. Critique de l'effet translatif des contrats de commande. Qu'il s'agisse d'un employeur ou d'un commanditaire, le principe a connu durant de nombreuses années une vigueur d'application, bien que certaines solutions aient suscité de fortes critiques. À titre d'exemple, en matière de logiciel pour lequel le législateur avait déjà créé un système de transfert automatique dès lors qu'était conclu un contrat de travail, on était en droit de penser que la jurisprudence se montrerait conciliante avec la règle et validerait le transfert automatique en matière de commande⁸⁶⁹.

Tout d'abord, la Cour de cassation a admis, notamment à partir de 1992, que le contrat de création était dépourvu d'effet translatif⁸⁷⁰ mais qu'il pouvait s'accompagner d'une cession simple⁸⁷¹. Sans doute

⁸⁶⁴ V. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. dactyl. Paris II, 1999, T. 2, n° 197, p. 420 pour qui il convient de reconnaître : « Un effet translatif de propriété au contrat d'entreprise dès l'instant que la transmission de la valeur née de l'activité de l'entrepreneur emprunte naturellement le canal d'un tel transfert ou que le service constitutif de cette valeur ne peut être rendu sans le transfert préalable ou concomitant d'un bien » ; L. MARINO, « Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise », *Deffrénois* 15 août 2001, n° 15-16, p. 907, n° 22 : « Dans tous les cas où l'entrepreneur fournit la matière en même temps que son travail, il en réalise le transfert, moyennant quoi le maître de l'ouvrage en a la propriété par l'acquisition dérivée qui résulte du contrat ».

⁸⁶⁵ Notons la position médiane du droit espagnol qui propose un transfert limité au profit de l'employeur, v. art. 51, décret royal 12 avril 1996 : « 1) La transmission à l'employeur des droits d'exploitation sur une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de travail est régie par les dispositions de ce contrat, lequel requiert la forme écrite. 2) À défaut de convention écrite, il est présumé que les droits d'exploitation ont été cédés en exclusivité, et avec la portée nécessaire pour permettre l'exercice de l'activité habituelle de l'employeur au moment de la remise de l'œuvre réalisée dans le cadre dudit contrat de travail. 3) En aucun cas, l'employeur ne peut utiliser l'œuvre ou en disposer dans un sens ou à des fins non conformes aux dispositions des deux alinéas précédents. 4) Les autres dispositions pertinentes de la présente loi sont applicables à ces transmissions, sous réserve de conformité avec la finalité et l'objet du contrat. 5) La titularité des droits sur un programme d'ordinateur créé par un salarié dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur est régie par les dispositions de l'alinéa 4) de l'article 97 de la présente loi ».

⁸⁶⁶ P. SIRINELLI, « Droits d'auteur des créateurs salariés. Suite et à suivre ? », *Prop. intell.* 2003, n° 3, p. 40 : « En effet, la mise en œuvre des règles posées par les articles L. 131-1 sq. du CPI, qui encadrent les contrats de cession des droits d'auteur, est souvent délicate en pratique. Comment parvenir à assurer un transfert régulier de droits sans avoir à multiplier les actes de cession ? »

⁸⁶⁷ Cass. com., 21 nov. 2000, *JCP G.*, 2001, p. 275, note J.-C. Galloux.

⁸⁶⁸ J.-C. GALLOUX, « Rémunération des inventions de salariés », *RTD com.* 2004, p. 300 ; M. CERCLE, M. TOUROUDE, « L'invention de mission ouvrant droit à une rémunération supplémentaire des inventeurs salariés », *Gaz. Pal.*, 31 mars 2009, n° 90, p. 30.

⁸⁶⁹ TGI Versailles, 19 nov. 1991 : Expertises 1992. p. 184, P. Sirinelli.

⁸⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, *Com. com. électr.*, mai 2001, comm. n° 44, note C. Caron ; Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, *Légipresse* 2001, n° 180, III, p. 50, note S. Jacquier ; Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1998, *Gaz. Pal.* 1999, 1, somm. p. 329, note P. Greffe ; Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1997, *JCP E*, 1998, p. 1047, note J.-M. Mousseron ; Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, *Légipresse* n° 104. I. p. 97 ; Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1992, *JCP E*, 1993, I, p. 246, n° 4, obs M. Vivant et A. Lucas.

⁸⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1997, n° 95-17.256, *JurisData* n° 1997-004154 ; Bull. civ. I, n° 28 ; *JCP G* 1997, IV, 2390 ; *D. Aff.* 1997, p. 1395, « Vu les articles L. 111-1 et L. 131-3 du Code de la propriété

justifiable en opportunité, le recours à la qualification de cession simple était déjà une façon de soustraire ces hypothèses du champ d'application des contrats d'auteur nommés dans le CPI. En effet, il était fréquent d'adjoindre un contrat d'édition d'œuvre future en plus du contrat de commande⁸⁷². Ce dernier cas de figure – contrat de commande assorti d'un contrat d'édition – était d'ailleurs tellement bien ancré dans le droit français qu'il avait suscité un vif contentieux lorsque le contrat d'édition prévoyait une clause de dédit en faveur de l'éditeur si l'œuvre commandée ne le satisfaisait pas⁸⁷³. Signe encore du fait que la pratique était tout à fait courante, certaines législations envisagent même expressément l'hypothèse d'un contrat d'édition d'œuvre future adossé à un contrat de commande⁸⁷⁴. En adoptant une telle position dès 1992, la Cour de cassation a validé l'existence de principe des cessions simples de droit de reproduction venant concurrencer le modèle pourtant bien établi du contrat d'édition.

Les juridictions françaises se sont défaussées un peu plus du paradigme classique lorsqu'un mouvement jurisprudentiel a décidé que le contrat de création pouvait donner lieu à une cession « automatique » des droits d'exploitation au profit du commanditaire de l'œuvre⁸⁷⁵. Les magistrats ont estimé, au regard des modalités contractuelles, que le droit d'exploitation était nécessairement cédé au maître de l'ouvrage. Pour aboutir à ce résultat, les juges ont parfois pris appui sur les circonstances qui entourent la conclusion du contrat de travail. La cour administrative d'appel de Versailles a ainsi estimé qu'en raison des obligations de service public qui incombent à l'auteur-universitaire, « le droit de propriété intellectuelle [sur les cours photocopiés] s'est trouvé de ce fait, sans qu'il ait été besoin d'un contrat spécifique passé à cet effet avec l'université, transféré à cette dernière »⁸⁷⁶. Enfin, dans l'affaire *Chaussade* déjà présentée et qui opposait un créateur de mode à une société d'exploitation prétendue contrefaisante qui n'était autre que son employeur⁸⁷⁷, la Cour de cassation a déployé une argumentation différente en asseyant le transfert automatique non pas sur l'existence d'un contrat de travail mais sur la présence d'un projet commun entre l'auteur et le cessionnaire et l'accomplissement de lourds investissements de la part de ce dernier.

Certes, pour le moment ce mouvement se limite à quelques arrêts isolés néanmoins, cet effet réel du contrat de commande annihile définitivement la distinction entre contrat de création et contrat d'édition d'une œuvre future⁸⁷⁸, le premier absorbant le second. Outre les purs problèmes de frontière

intellectuelle. *Attendu que l'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle dont la transmission est subordonnée à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Cette position est dès lors réitérée par la jurisprudence (Paris, 10 mars 2016, n° 15/00318, *JurisData* n° 2016-004462 ; Paris, 18 févr. 2000, n° 1997/11605, *JurisData* n° 2000-120577 ; *RIDA* n° 186 ; 2000/04, p. 292, A. Kéréver).

⁸⁷² Sur le « contrat de commande et d'édition », v. Cass. 1^{re} civ., du 6 nov. 1979, 77-16.001 ; Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 18 janv. 2007, n° 05/08487.

⁸⁷³ Sur les rapports entre contrat de commande et contrat d'édition et le caractère potestatif d'une telle clause, v. Paris, 1^{re} ch., 25 avr. 1989 : *RIDA* n° 143, 1990/01, p. 314 A. Kéréver ; *D.* 1990, somm. p. 58, obs. C. Colombet (v. néanmoins Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 3 sept. 2010, n° 09/03200, *JurisData* n° 2010-019213 ; *Propri. intell.* 2011, p. 97, obs. J.-M. Bruguière qui a retenu la solution inverse et a validé la clause) ; Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 28 oct. 2010, n° 09/07233.

⁸⁷⁴ Loi brésilienne n° 9610 du 10 février 1998 sur le droit d'auteur et les droits voisins, Titre VI, utilisation des œuvres intellectuelles et des phonogrammes. Chapitre premier, Le contrat d'édition. Article 54 : « Par le même contrat [le contrat d'édition], l'auteur peut s'engager à créer l'œuvre littéraire, artistique ou scientifique dont la publication et la diffusion incombent à l'éditeur ».

⁸⁷⁵ Cass. 1^{er} civ., 24 oct. 2000, n° 97-19.032, *JurisData* n° 2000-006378, *JCP E* 2000, pan. p. 1935 ; Cass. com., 5 nov. 2002, n° 01-01.926, *JurisData* n° 2002-016340, *Propri. ind.* 2003, comm. 23, note F. Greffe.

⁸⁷⁶ CAA Versailles, 2^e ch., 15 mars 2007, *M. A. c/ Université Paris XI*, n° 04VE00338, *RLDI*, juin 2007, n° 118, p. 42.

⁸⁷⁷ Cass. 1^{er} civ., 21 nov. 2006, n° 05-19.294. Inédit, validant la position de la cour d'appel de Paris, (Paris, 16 févr. 2005, *D.* 2006, *AJ* p. 2523, obs. P. Allaëys ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. n° 169, obs. C. Caron ; *RIDA* n° 205, 2005/3, p. 323, obs. A. Kéréver, et p. 473).

⁸⁷⁸ F. POLLAUD-DULIAN *op. cit.*, n° 1592, p. 1067-1068 ; sur la qualification de contrat d'édition d'œuvre future, v. Paris, 20 déc. 2001, *JurisData* n° 2001-163450 et sur l'exclusion de la qualification de contrat d'édition au profit de celle de contrat de commande, v. Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006, n° 5-14588 : « Attendu qu'ayant constaté, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que la traduction du livre *Harlem* n'avait pas été remise préalablement à la signature du contrat, faisant ainsi ressortir que le contrat conclu ne portait pas sur l'exploitation

et de fluidité entre ces deux qualifications, la différence porterait sur les effets juridiques en ce que le commanditaire serait hors du champ contraignant que le CPI réserve à l'éditeur.

2. L'affaiblissement a posteriori du contrat d'édition

222. Plan. La restriction du domaine d'application du contrat d'édition peut également être le fruit d'une politique juridique s'inscrivant dans la volonté de simplifier l'accès à la culture. À ce titre, le législateur a institué une série de mécanismes donnant lieu à dessaisissement des droits de reproduction au profit de sociétés de gestion collective. Dans certains cas, le dessaisissement sera la conséquence d'une insuffisance d'exploitation (a). Dans d'autres cas, le dessaisissement se fera de plein droit (b).

a. Le dessaisissement pour insuffisance d'exploitation

223. Plan. Sous l'influence notable de la Commission européenne, le législateur a mis à profit l'impératif de l'accès à la culture en instaurant deux licences « semi-obligatoires ». On pourrait aussi les qualifier de « semi-légales », dans la mesure où la gestion collective repose sur un système d'*opt-out* ménageant la possibilité pour le titulaire de droits de s'opposer *a posteriori* au dessaisissement des droits d'exploitation dont ils font l'objet. Dans les deux cas, l'éviction se présentera comme une « *expropriation* » venant sanctionner l'absence d'exploitation d'une œuvre et, lorsqu'elle a fait l'objet d'un contrat d'édition, l'inertie de l'éditeur. La première licence renvoie au mécanisme de gestion collective du livre indisponible consacré aux articles L. 134-1 et s. CPI⁸⁷⁹ et dont le régime a été sensiblement modifié par la directive du 17 avril 2019⁸⁸⁰ (i). La seconde licence concerne les œuvres orphelines, dont le régime présente quelques différences notables⁸⁸¹ (ii).

i. La gestion collective des livres indisponibles

224. Définition. Au sens du nouvel article L. 134-1 CPI, « on entend par livre indisponible (...) un livre publié en France avant le 1^{er} janvier 2001 qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique ». On notera en premier lieu le caractère très approximatif du terme *livre* utilisé. Qu'est-ce qu'un livre ? À en croire Emmanuel KANT, le livre est le discours, l'œuvre en elle-même, la substance qui enrichit l'intellect⁸⁸². En dépit de la définition rigoureuse qui existe en matière fiscale⁸⁸³, définir un livre au sens du droit d'auteur reste

d'une traduction achevée mais constituait un simple contrat de commande, la cour d'appel en a exactement déduit que les clauses qui réservaient à l'éditeur la faculté de faire procéder à la réécriture de la traduction qui lui serait remise, si celle-ci ne répondait pas "aux exigences de correction et de style d'un travail littéraire consciencieux", étaient justifiées et non potestatives ; que le moyen, irrecevable en sa première branche, est inopérant en sa seconde branche et mal fondé en sa troisième ».

⁸⁷⁹ L. n° 2012-287, 1^{er} mars 2012, « relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle », JO, 2 mars 2012, p. 3986 ; v. A. BOISSON, « Livres indisponibles du XX^e siècle : une page se tourne », *JAC*, 2013, n° 7, p. 18 ; J.-M. BRUGUIÈRE, « La loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle est constitutionnelle », préc.

⁸⁸⁰ Dir. (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

⁸⁸¹ Sur la concurrence des mécanismes, v. not. J. MARTIN et J. LIEBER, *Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines*, CSPLA, 2008 ; B. LANG, *Œuvres orphelines : intérêt patrimonial contre droit moral*, *Numérisation du patrimoine des bibliothèques*, Actes de Journées d'étude à la Bibliothèque nationale de France, Éditions Hermann, 7 déc. 2009.

⁸⁸² E. KANT, *Qu'est-ce qu'un livre ?* PUF, Paris, 1995, p. 19.

⁸⁸³ Instruction fiscale du 12 mai 2005, DB 3 C 215 : « Un livre est un ensemble imprimé, illustré ou non, publié sous un titre ayant pour objet la reproduction d'une œuvre de l'esprit d'un ou plusieurs auteurs en vue de l'enseignement, de la diffusion de la pensée et de la culture. – Cet ensemble peut être présenté sous la forme d'éléments imprimés, assemblés ou réunis par tout procédé, sous réserve que ces éléments aient le même objet et que leur réunion soit nécessaire à l'unité de l'œuvre ».

malaisé⁸⁸⁴. Quant au caractère indisponible de l'œuvre, il se définit par le fait que l'on puisse trouver ou non dans le commerce des exemplaires de l'œuvre. Rien n'est dit quant à la nature du marché visé, notamment lorsque l'œuvre n'est plus éditée mais demeure trouvable sur le marché de l'occasion.

225. Processus d'éviction partielle du contrat d'édition. L'article L. 134-3, I, al. 1^{er} CPI pose le champ d'application de la gestion collective en énonçant que « *lorsqu'un livre est inscrit dans la base de données mentionnée à l'art. L. 134-2 depuis plus de six mois, le droit d'autoriser sa reproduction et sa représentation sous une forme numérique est exercé par une société de perception et de répartition des droits* ».

Le mécanisme initial prévoyait que, lorsque le titulaire ne s'opposait pas à l'inscription de l'œuvre, celui-ci serait dessaisi du droit de reproduction du livre devenu indisponible au profit de la Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA). L'éditeur pouvait malgré tout solliciter une licence d'exploitation qui le plaçait dans une situation moins favorable à celle qui lui était reconnue au titre du contrat d'édition. Trop expéditif, le mécanisme a été largement critiqué, pour ne pas dire conspué⁸⁸⁵. Le Conseil d'État, s'inquiétant de la compatibilité du régime, a saisi la CJUE sur question préjudicielle⁸⁸⁶, qui l'a qualifié d'inconforme au regard du droit européen⁸⁸⁷, et ce dépit de l'avis favorable donné par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a été saisi⁸⁸⁸.

La DAMUN a remis à plat la législation en matière d'œuvre indisponible et promeut un système qui se veut équilibré. D'une part, le recours à la gestion collective en cas d'œuvre indisponible est fortement encouragé, comme l'énoncent les considérants 31⁸⁸⁹ et 32⁸⁹⁰. D'autre part, les titulaires de

⁸⁸⁴ F. MACREZ, « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.*, 2012, p. 749, n° 5 : « *il est possible de se contenter de regretter un tel manque de rigueur terminologique : les ornements langagiers, figures de style ou de rhétorique, sont simplement surabondants dans le discours législatif. Mais, à la réflexion, le trope est porteur d'une rhétorique pernicieuse et profonde. Elle enferme le destinataire du message dans un discours de référence centré autour du paradigme de l'exemplaire. Ce faisant, elle oblige à accepter, souvent inconsciemment, le raisonnement déstructurant le droit d'auteur en ce qu'il assimile la propriété de l'œuvre du créateur à la propriété de la chose matérielle commercialisée par l'exploitant au profit de cette dernière. En réalité, cette référence au support de l'œuvre pour définir l'objet de l'exploitation procède d'une grave méconnaissance de la nature du droit d'auteur* ». À noter par ailleurs que la proposition de loi initiale traite de « *l'œuvre indisponible* » mais le terme a vite été substitué afin de limiter la portée du mécanisme. V. la jurisprudence américaine qui a pris le parti de proposer une définition du livre électronique (les *ebooks* sont des : « *digital book[s] that you can read on a computer screen or an electronic [615] device*. (http://www.rosetta-books.com/pages/about_ebooks.html) *Ebooks are created by converting digitized text into a format readable by computer software. The text can be viewed on a desktop or laptop computer, personal digital assistant or handheld dedicated ebook reading device* » (Van Dam Decl. § 9).

⁸⁸⁵ F. MACREZ, art. préc. ; *RTD com.*, 2012, p. 337, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.*, 2012/3, n° 44, p. 346, obs. A. Lucas ; *Légipresse* 2012, n° 295, p. 355, obs. E. Emile-Zola-Place.

⁸⁸⁶ CE, 10^e et 9^e sous-sect. réuni., 6 mai 2015, n° 368208, *D.* 2015. 1427, note S. Nérisson.

⁸⁸⁷ CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Marc SOULIER et Sara DOKE c/ Premier ministre et ministre de la Culture et de la Communication*, *Rev. UE*, 2017 p. 78 ; *D.* 2017 p. 84, L. el Badawi.

⁸⁸⁸ Cons. const., 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, *D.*, 2014, p. 542 ; *Comm. com. électr.*, 2014. ét. 6, J.-M. Bruguière ; *RLDI* 2014/103, n° 3424, obs. E. Derieux ; *GAPI*, préc. n° 8, D. Rousseau et sur la décision du Conseil d'État qui a décidé de renvoyer la QPC, CE, 6 mai 2015, n° 368208, *D.*, 2015, p. 1427, note S. Nérisson.

⁸⁸⁹ Considérant n° 31, Dir. préc. : « *Tous les États membres devraient disposer de mécanismes juridiques qui permettent que les licences délivrées à des institutions du patrimoine culturel par des organismes de gestion collective concernés et suffisamment représentatifs, relativement à certaines utilisations d'œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce, s'appliquent aux droits des titulaires de droits qui n'ont pas mandaté d'organisme de gestion collective représentatif à cet égard. Ces licences devraient pouvoir couvrir, en vertu de la présente directive, l'ensemble des États membres* ».

⁸⁹⁰ Considérant n° 32, Dir. préc. : « *Les dispositions relatives à l'octroi de licences collectives sur des œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce introduites par la présente directive pourraient ne pas offrir de solution pour tous les cas dans lesquels les institutions du patrimoine culturel éprouvent des difficultés à obtenir toutes les autorisations nécessaires de la part des titulaires de droits pour l'utilisation de ces œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'il n'existe aucune pratique de gestion collective de droits pour un certain type d'œuvres ou autres objets protégés ou lorsque l'organisme de gestion collective concerné n'est pas suffisamment représentatif de la catégorie des titulaires de droits et des droits concernés* ».

droit – auteur ou ayants droit – doivent bénéficier en tout état de cause de la possibilité de révoquer le recours à la gestion collective et de recouvrer la plénitude de leur droit, comme l'édicte le considérant 35⁸⁹¹. Il en résulte un mécanisme plus nuancé, prévu aux articles 8, 9 et 10 de la directive. Les deux derniers articles édictant des règles complémentaires, seul l'article 8 retiendra notre attention ici. L'équilibre prôné par l'article tient à l'alinéa 1 qui autorise les États membres à recourir à la gestion collective⁸⁹² et à l'alinéa 4 prévoyant que les titulaires de droits peuvent s'opposer à tout moment à l'exploitation ainsi menée par l'organisme de gestion collective⁸⁹³. Considérant cette nouvelle architecture, le recours à la gestion collective est autorisé lorsque l'œuvre est indisponible, mais tous les titulaires de droits, dont les éditeurs, seront en mesure d'obtenir le retrait des œuvres des listes de la SOFIA. La licence que cette dernière aurait concédée tomberait dans le vide dès la date où les titulaires de droits mettraient en œuvre leur droit de révocation. Par conséquent, si les règles instituées aux articles L. 134-1 et s. CPI entretiennent une concurrence avec le contrat d'édition lorsque l'œuvre ne fait plus l'objet d'une exploitation continue et n'est plus trouvable dans le commerce, cette concurrence prendra fin sur demande de l'éditeur.

ii. La gestion collective en matière d'œuvre orpheline

226. Définition. La définition de l'œuvre orpheline est posée à l'article L. 113-10 CPI, selon lequel « *l'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes, avérées et sérieuses. Lorsqu'une œuvre a plus d'un titulaire de droits et que l'un de ses titulaires a été identifié et retrouvé, elle n'est pas considérée comme orpheline* ». La méthode de consécration législative est pour le moins curieuse, le Parlement profitant de la loi du 1^{er} mars 2012, pour poser les prémices de la définition d'une catégorie d'œuvres dont le mode d'exploitation a finalement été défini trois années plus tard par la loi du 20 février 2015. Dès lors qu'une œuvre est qualifiée d' « orpheline », son exploitation reposera sur un mécanisme original, à mi-chemin entre l'exception au droit d'auteur et la licence semi-légale. C'est d'ailleurs la position du droit américain qui, *via* l'« *Entreprise and Regulatory Reform Act* » de 2013, autorise l'usage d'œuvres orphelines sous la forme d'une licence octroyée par une société de gestion collective⁸⁹⁴. On remarque un manque de fluidité des qualifications. En effet, par certains aspects cette exception peut entrer en concurrence avec le mécanisme du livre indisponible,

⁸⁹¹ Considérant n° 35, Dir. préc. : « *Des garanties appropriées devraient être mises en place pour tous les titulaires de droits, qui devraient avoir la possibilité d'exclure l'application des mécanismes d'octroi de licences et de l'exception ou de la limitation, introduits par la présente directive pour l'utilisation d'œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce, par rapport à l'ensemble de leurs œuvres ou autres objets protégés, par rapport à l'ensemble des licences ou des utilisations concernées par l'exception ou la limitation, ou encore par rapport à certaines œuvres ou certains autres objets protégés, ou par rapport à certaines licences ou utilisations concernées par l'exception ou la limitation, et ce à n'importe quel moment avant ou pendant la période de validité de la licence ou avant ou pendant l'utilisation concernée par l'exception ou la limitation* ».

⁸⁹² Art. 8 al. 1, dir. préc. : « *Les États membres prévoient qu'un organisme de gestion collective, conformément aux mandats donnés par les titulaires de droits, peut conclure un contrat de licence non exclusive à des fins non commerciales avec une institution du patrimoine culturel, en vue de la reproduction, la distribution, la communication au public ou la mise à disposition du public d'œuvres ou d'autres objets protégés indisponibles dans le commerce qui se trouvent à titre permanent dans la collection de l'institution, indépendamment du fait que tous les titulaires de droits couverts par la licence aient ou non mandaté l'organisme de gestion collective à cet égard* ».

⁸⁹³ Art. 8 al. 4, dir. préc. « *Les États membres prévoient que tous les titulaires de droits peuvent à tout moment, facilement et de manière effective, exclure leurs œuvres ou autres objets protégés du mécanisme d'octroi de licences énoncé au paragraphe 1 ou de l'application de l'exception ou de la limitation prévue au paragraphe 2, soit de manière générale, soit dans des cas spécifiques, y compris après la conclusion d'un contrat de licence ou après le début de l'utilisation concernée* ».

⁸⁹⁴ Section 77 de l'ERRA 2013 qui modifie le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, *Comm. com. électr.*, fév. 2014, n° 2, § 7, chron, P. Kamina. Cette consécration fait suite au Rapport anglais HABREAVES de 2012, *Digital Opportunity: a review of intellectual property growth*, en libre accès : <https://www.gov.uk/government/publications/digital-opportunity-review-of-intellectual-property-and-growth>, recommandation 4, p. 8., *Comm. com. électr.*, fév. 2012, n° 2, §6, chron P. KAMINA. Enfin, des dispositions similaires sont introduites pour les droits des artistes-interprètes (voir *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, ann. 2A).

lorsque l'œuvre recoupe les deux qualifications⁸⁹⁵. À notre sens, le mécanisme du livre indisponible étant davantage sectoriel, il doit logiquement évincer le régime de l'œuvre orpheline lorsqu'une même création relève des deux qualifications.

227. Processus d'éviction du contrat d'édition. Comme en matière de livre indisponible, le mécanisme de l'œuvre orpheline aboutit à la communication de l'œuvre au public, notamment sous la forme d'exemplaire numérique. Le régime juridique de l'œuvre orpheline est posé aux articles L. 135-1 et s. CPI. Lorsque le titulaire des droits patrimoniaux n'a pu être retrouvé à la suite de diligentes recherches⁸⁹⁶ et lorsqu'une œuvre est réputée orpheline, l'article L. 135-2 CPI al. 2 autorise les institutions visées à l'article L. 135-1 CPI⁸⁹⁷ à les communiquer nonobstant la volonté des ayants droit légitimes. Néanmoins, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 135-2 CPI cantonne cette communication aux seules activités culturelles, éducatives et de recherche et ce, à la condition de ne poursuivre aucun but lucratif à l'exception des recettes permettant de couvrir les frais de numérisation durant les sept premières années de la communication. Toutefois, ces institutions chargées de la communication de l'œuvre pourront, dans le cadre d'une mission bien délimitée, procéder à la communication d'œuvres dont elles ne sont pas titulaires des droits. À ce titre, bien que ce mécanisme soit par essence attentatoire au libre jeu contractuel, bien que les prérogatives des éditeurs soient mieux protégées qu'en matière de livre indisponible.

En définitive, on relèvera que le processus d'éviction du contrat d'édition en la présence d'une œuvre orpheline présente quelques similitudes avec le processus prévalant en matière de livre indisponible. Dans un cas comme dans l'autre, ceux-ci finissent par nier le droit d'exploitation de l'auteur ou le cas échéant de l'éditeur, privant d'effet, au moins dans une certaine mesure, le contrat d'édition conclu.

b. Le dessaisissement de jure du droit d'exploitation quant aux modalités d'exploitation

228. Plan. Trois hypothèses permettront de mesurer l'impact du dessaisissement *de jure* : la licence légale en matière de prêt de bibliothèque (i), l'exception d'« *open access* » (ii) et le droit de reprographie (iii).

i. Licence légale en matière de prêt en bibliothèque.

229. Ratio legis de la licence légale. La licence légale instaurée en 2003 en matière de prêt en bibliothèque est une entaille importante au monopole d'exploitation, ou plus précisément au monopole contractuel d'exploitation⁸⁹⁸. Le législateur souhaitait entériner une pratique bien connue, à savoir le prêt d'exemplaires d'œuvres en bibliothèque⁸⁹⁹. Pour souligner l'envergure de la pratique, le rapporteur de la loi Emmanuel HAMELIN a rappelé les chiffres suivants pour l'année 1999 : « 155 millions

⁸⁹⁵ C. CARON, « Ce que dit la loi sur les livres indisponibles », *Comm. com. électr.*, n° 11, nov. 2012, comm. 120, n° 2 : « Il est aussi possible qu'une œuvre soit indisponible et orpheline car nul ne connaît le titulaire des droits d'auteur. Autrement dit, les livres indisponibles peuvent concerner tant des œuvres orphelines que des œuvres dont les titulaires de droits sont connus ». Pour une compatibilité de ces deux mécanismes, v. C. CARON, *ibid.*, n° 7.

⁸⁹⁶ L. 135-3 CPI : « Un organisme mentionné au 1° de l'article L. 135-1 ne peut faire application de l'article L. 135-2 qu'après avoir : 1° Procédé à des recherches diligentes, avérées et sérieuses des titulaires de droits, en application du premier alinéa de l'article L. 113-10 ».

⁸⁹⁷ L. 135-2 al. 1 CPI : « Les organismes mentionnés au 1° de l'article L. 135-1 ne peuvent utiliser les œuvres mentionnées à ce même article que dans le cadre de leurs missions culturelles, éducatives et de recherche et à condition de ne poursuivre aucun but lucratif et de ne percevoir, le cas échéant et pour une durée ne pouvant excéder sept ans, que les recettes couvrant les frais découlant directement de la numérisation et de la mise à la disposition du public des œuvres orphelines qu'ils utilisent ».

⁸⁹⁸ Loi sur le droit de prêt en bibliothèque qui vise également à renforcer « la protection sociale des auteurs », JO 19 juin 2003, pp. 10241-10243.

⁸⁹⁹ C. CARON, « Le nouveau prêt public des œuvres en droit d'auteur », *Comm. com. électr.*, 2003, chron. 10, spéc. n° 8 ; Ch. HUGON, « Prêt en bibliothèque. L'arlésienne du droit d'auteur : le droit de prêt en bibliothèque est de droit positif » *Comm. com. électr.*, n° 9, Septembre 2003, act. 129.

d'imprimés ont été prêtés par les bibliothèques municipales, soit 4,2 prêts par habitant et 23 par emprunteur inscrit. Ils représentent 83 % de la totalité des prêts. Ce développement de l'activité des bibliothèques depuis une vingtaine d'années n'a fait que poser avec plus d'acuité la question de la rémunération des auteurs pour ce mode de diffusion de leurs œuvres »⁹⁰⁰. Toujours dans son rapport législatif, M. HAMELIN a pointé à cet égard les lourdeurs issues de la conclusion des contrats d'édition. Il a ainsi écrit : « En pratique, le droit de prêt est actuellement cédé par l'auteur à l'éditeur : le contrat type de l'édition comporte depuis 1996 une clause portant sur ce point. Cependant, qu'il soit cédé ou non, force est de constater que ce droit n'est pas exercé et ne donne lieu à aucune rémunération »⁹⁰¹. Cette licence est donc bien conçue, entre autres choses, comme un vecteur d'affaiblissement du contrat d'édition. Par ailleurs, on notera que le législateur n'a pas jugé bon de circonscrire la licence légale aux seules « œuvres écrites ». Son champ d'application risque donc d'être éprouvée concernant d'éventuelles bibliothèques numériques⁹⁰². À notre sens rien ne s'opposerait à une lecture extensive du procédé permettant aux bibliothèques numériques de se prévaloir de ladite licence.

230. Le mécanisme d'éviction du contrat d'édition. Le mécanisme est prévu à l'article L. 133-1 CPI énonçant que « lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public ».

Concernant le mécanisme d'éviction du contrat d'édition à proprement parler, on s'arrêtera un instant sur le mécanisme de la licence légale. En effet, il est intéressant de remarquer que le dispositif est subordonné à la conclusion d'un contrat d'édition. En somme, une fois ce dernier conclu, il en est déduit que l'auteur a souhaité communiquer des exemplaires de son œuvre au plus grand nombre, ce qui autorise le jeu de la licence légale.

ii. L'exception d'« open access » à la faveur de l'auteur

231. Le ratio legis de l'exception. L'exception dite *open data* s'impose en faveur de l'auteur⁹⁰³. À cet égard, certaines dispositions dans le Code de la recherche s'imposent au contrat d'édition. En effet, la loi du 7 octobre 2016 contient des dispositions qui intéressent directement l'étendue des prérogatives des éditeurs d'écrits scientifiques⁹⁰⁴.

232. Mécanisme d'éviction du contrat d'édition. À la suite du nouvel article L. 533-4 du Code de la recherche, lorsqu'une œuvre scientifique est le fruit d'un processus de recherche financé pour moitié par l'État ou les collectivités locales, l'auteur conserve le droit de la diffuser sur « la toile », quand bien même elle aurait fait l'objet d'un contrat d'édition numérique. Certes, la disposition ressemble davantage à une déclinaison particulière d'exception légale au droit d'auteur qu'à un trait constitutif du régime contractuel. Cependant, au fond, « le dispositif porte nettement atteinte aux intérêts des éditeurs en créant, à leur détriment, une exception au droit d'auteur qui ne dit pas son nom. L'éditeur d'une revue scientifique, pourtant titulaire à titre exclusif des droits d'exploitation en qualité de cessionnaire, voit ainsi le monopole qu'il a acquis par contrat amputé, puisqu'il ne peut s'opposer à la mise à disposition par l'auteur de l'œuvre protégée »⁹⁰⁵. En l'absence de précision textuelle, la question se pose de savoir si le mécanisme s'applique aux contrats en cours, de telle manière qu'il pourrait dessaisir rétroactivement l'éditeur de ses droits⁹⁰⁶.

⁹⁰⁰ E. HAMELIN, *Rapport relatif à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs*, n° 703, 19 mars 2003.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² Sur cette question voir, Civ. 1^{re}, 20 sept. 2017, n° 16-17.738, FS-P+B, *S^t SIREGE c/ SOFLA*, D. 2017, p. 1910 ; RTD com., 2017, p. 903, chron. Pollaud-Dulian.

⁹⁰³ T. AZZI, « Comment les droits de propriété intellectuelle coexistent-ils avec l'Open Data ? », *Panorama d'actualité du droit de l'économie numérique*, colloque organisé par l'Association française du droit de l'informatique et de la télécommunication (AFDIT), Paris, 27 mai 2016.

⁹⁰⁴ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁹⁰⁵ T. AZZI, « Open data et propriété intellectuelle », D. 2017. 583. V. également, C. BERNAULT, « Ouverture des données publiques et propriété intellectuelle », D. IP/IT 2018, p. 103.

⁹⁰⁶ T. AZZI, *ibid.*

iii. Le droit de reprographie

233. Présentation de la gestion collective du droit de reprographie. La mise en place d'une gestion collective du droit de reprographie est avant tout le fruit d'un constat simple : le développement massif de la photocopie conduisait à valider à grande échelle une pratique *contra legem*, la plupart des photocopies étant théoriquement des contrefaçons. Plutôt que de lutter inexorablement contre la pratique, le législateur a recouru à la licence légale et à la gestion collective afin de régler la situation.

Le CFC est en effet légalement habilité à gérer le droit de reprographie de toutes les œuvres publiées. Ainsi, la reprographie se définit comme étant la « reproduction sous forme de copie sur papier ou support assimilé par une technique photographique ou d'effet équivalent permettant une lecture directe »⁹⁰⁷. En clair, il s'agit de la photocopie. En tant que fragment du droit de reproduction, ce droit entre légitimement dans le patrimoine de l'auteur. La loi du 3 janvier 1995, que d'aucuns qualifient de « scélérate »⁹⁰⁸, venue compléter le Code de la propriété intellectuelle (CPI), a marqué une étape importante dans l'exercice du droit de reproduction par reprographie.

234. Potentiel d'éviction. L'article L. 122-10 CPI. Ainsi, l'article L. 122-10 CPI prévoit que « la publication d'une œuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à un organisme de gestion collective ». La question s'est logiquement posée de savoir comment s'articule ce dessaisissement lorsque l'auteur avait cédé, préalablement à la publication de l'œuvre, l'ensemble du droit de reproduction à un éditeur dans le cadre d'un contrat d'édition⁹⁰⁹. Il a été convenu très vite que, dans cette hypothèse, le dessaisissement était opposable à l'éditeur, qui se voit exproprié d'une fraction du droit de reproduction dont il est pourtant cessionnaire⁹¹⁰. Ainsi, le champ d'application du contrat s'élide de lui-même, la conclusion d'un tel contrat emportant transfert d'une fraction des droits au CFC.

235. Conclusion de section. Le contrat d'édition bénéficie en principe d'un champ d'application large. Il peut aussi bien porter sur le droit de reproduction que sur les droits dérivés et peut s'adapter aux nouveaux enjeux du numérique. Pourtant, l'étude a démontré que son champ d'application *ratione materiae* s'est considérablement rétréci au fil des réformes. De 1957 à nos jours, le domaine réel du contrat d'édition a connu la concurrence d'autres qualifications contractuelles. Qu'il s'agisse du contrat de production audiovisuelle ou du contrat de travail portant sur un logiciel ou sur une création journalistique, le législateur a promu des systèmes de transfert de droits qui réduisent d'autant le recours au contrat d'édition. De la même façon, la prolifération des licences légales du droit de reproduction au profit d'organismes de gestion collective remet en cause ce domaine d'application large. Le contrat d'édition souffre aujourd'hui des limites propres à tous « les droits communs », à savoir un émiettement progressif de son domaine d'application trouvant sa source dans la multiplication de mécanismes catégoriels.

⁹⁰⁷ Art. 122-10 CPI.

⁹⁰⁸ A. BERTRAND, « La loi du 3 janvier 1995 sur le droit de reprographie : une loi scélérate », *RDPI* 1997, n° 81.

⁹⁰⁹ JO Sénat CR 18 nov. 1994, p. 5826 : « Le fait matériel de la publication qui déclenche l'applicabilité du dispositif prévu ».

⁹¹⁰ Le texte précise que le mécanisme s'applique à toutes les œuvres, y compris celles déjà publiées avant son entrée en vigueur. Des parlementaires ont employé des expressions dénuées d'ambiguïté : « cession automatique » (M. JOLIBOIS, JO Sénat CR 18 nov. 1994, p. 5827), « cession forcée » (M. AUTAIN, JO Sénat CR 18 nov. 1994, p. 5837). V. cependant, M. JOLIBOIS qui évoque une simple « présomption irréfragable de cession », *Rapport Bignon* préc., p. 13.

Section II

LE DOMAINE RATIONE PERSONAE DU CONTRAT D'ÉDITION

236. Contrat d'auteur : polysémie. L'expression « *contrat d'auteur* » est pour le moins équivoque. Elle renvoie à une approche organique des conventions qu'il faudra dorénavant éprouver. Le contrat d'auteur serait alors le contrat de l'auteur, supposant qu'au moins l'une des parties dispose de cette qualité. L'affirmation touche à notre objet d'étude et pose en creux la question du caractère attiré ou non du contrat d'édition⁹¹¹.

237. Position du problème : la notion d'auteur. La doctrine est partagée sur la portée juridique que l'on reconnaît à la qualité des parties au contrat. Pour les Professeurs GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, la qualité ne devrait pas avoir d'influence sur la qualification contractuelle. Néanmoins exceptionnellement, elle peut être un critère de qualification⁹¹². Au contraire, les Professeurs COLLART-DUTILLEUL et DELEBECQUE considèrent que la qualité des parties peut, lorsque le législateur le prévoit, avoir une influence sur la qualification contractuelle⁹¹³. Dans sa thèse relative à la technique des qualifications contractuelles, le Professeur Xavier HENRY estime, quant à lui, que la qualité des parties peut être un critère de qualification secondaire⁹¹⁴. Pour autant, si l'on se fie à l'esprit de la loi de 1957, la protection instituée ne doit bénéficier qu'à la seule catégorie sociologique des « auteurs »⁹¹⁵. La figure de l'auteur s'est peu à peu imposée au fil des siècles afin d'acquérir au XIX^e la juridicité qu'on lui connaît dorénavant. Ainsi, il conviendra de définir juridiquement cette notion devenue cardinale.

238. Position du problème : l'article L. 132-1 CPI et l'affaire Perrier. Pour se saisir du problème *ratione personae* soulevé par le contrat d'édition, l'article L. 132-1 CPI, qui définit le contrat d'édition, doit être mis en perspective avec la jurisprudence dite *Perrier*. L'article L. 132-1 CPI prévoit que « *le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cède* » le droit de reproduire l'œuvre. Aussi, bien que le contrat d'édition soit un contrat d'auteur, le législateur de 1957 a clairement entendu autoriser aux ayants droit la possibilité de conclure de tels contrats.

Pourtant, la jurisprudence de l'arrêt *Perrier* est venue drastiquement cantonner ce domaine d'application. Dans cette affaire, la société Perrier a conclu un contrat publicitaire avec une agence de publicité. Cette dernière a commandé le travail de *design* des bouteilles à un illustrateur, qui lui a cédé les droits d'exploitation. L'agence de publicité a cédé à son tour les droits d'exploitation à la société Perrier afin que celle-ci puisse dupliquer le travail de l'illustrateur sur les bouteilles. Plusieurs années plus tard, la société Perrier a mis fin au contrat tout en continuant à utiliser les créations de l'illustrateur dont l'agence lui avait cédé les droits. C'est à ce stade que le contentieux est survenu. L'agence souhaitait remettre en cause la convention sur le fondement de l'article L.131-3 CPI, considérant que le formalisme n'avait pas été respecté et que le transfert de droit n'avait pas été délimité dans le temps et l'espace. La cour d'appel de Paris avait rejeté la demande, considérant que les dispositions n'étaient pas applicables à l'espèce. La Cour de cassation a rejeté à son tour le pourvoi, estimant « *que 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* »⁹¹⁶. Au sens de

⁹¹¹ V. sur ce point S. RAIMOND, th. préc. n° 241, p. 300.

⁹¹² J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^e éd. 2001, n° 71, p. 91.

⁹¹³ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis, 11^e éd. 2019, n° 27, p. 35

⁹¹⁴ X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. dact. Nancy, 1992, n° 900 et s. p. 1031 et s.

⁹¹⁵ G. SAPIRO, « Droit et histoire de la littérature : la construction de la notion d'auteur », *Rev. Hist. XIX^e*, n° 48, 2014, p. 107. Sur l'importance des catégories sociologiques dans la constitution du droit des contrats, v. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH*, 1937, p. 1.

⁹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1993, n° 91-11.241, *Sté Sogec Marketing c/ Sté générale des grandes sources d'eaux minérales françaises*, *JurisData* n° 1993-002380 ; *D.* 1994, p. 166, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1994,

la jurisprudence, le droit des contrats d'auteur ne concernerait que la personne de l'auteur. Cette restriction s'applique en toute logique au contrat d'édition sauf à considérer que seul le droit commun des contrats d'auteur soit réputé indisponible aux professionnels, ce qui manquerait clairement de cohérence. Notons également que les dispositions des articles L. 132 et s. CPI qui régissent le contrat d'édition ne sont pas claires sur la question. Bien que, pour l'essentiel, les articles fassent référence à l'auteur, ce qui militerait pour une approche restrictive du domaine d'application *ratione personae*, certains articles ne se privent pas d'évoquer le sort des ayants droit⁹¹⁷. Aussi, la légitimité de la jurisprudence *Perrier* devra être éprouvée dans la mesure où elle réduit considérablement le champ d'application du contrat d'édition.

239. Plan. L'étude menée dans la présente section aura pour point de repère l'arrêt *Perrier*. Au titre de ce dernier, le droit des contrats d'auteur est restreint dans son champ d'application et, *ratione personae*, le contrat d'édition est exclusivement dédié à la personne de l'auteur (§ 1). Cette interprétation des conventions, qui demeure valable sur le plan des concepts, est pourtant critiquée par une partie de la doctrine, qui la considère injustifiée, notamment quant à sa portée pratique. À l'aune de ce constat, il conviendra de s'interroger sur l'opportunité d'une extension du domaine d'application *ratione personae* du contrat d'édition (§ 2).

§ 1. LE DOMAINE D'APPLICATION RESTREINT RATIONE PERSONAE DU CONTRAT D'EDITION

240. Plan. Si le contrat d'édition est classiquement conclu entre un auteur et son éditeur, encore faut-il savoir ce que recouvrent les termes « auteur » et « éditeur » (A). Corrélativement, l'émergence d'Internet ayant créé de nouveaux exploitants, intermédiaires ou plateformes numériques, on constatera que la problématique liée à l'identification des parties au contrat d'édition est aujourd'hui renouvelée (B).

A. LA DÉTERMINATION DE LA QUALITÉ DES PARTIES

241. Plan. La qualité d'éditeur n'est pas un prérequis à la conclusion du contrat (1). En revanche, conformément à l'idée sous-tendue par l'expression de « *contrat d'auteur* », la qualité de l'auteur est d'une influence déterminante quant à l'identification du contrat d'édition (2).

1 L'influence résiduelle de la qualité de l'éditeur

242. Définition. Annonce. Au sens courant, celui du dictionnaire Larousse, un éditeur est une « *personne physique ou morale qui est responsable de l'entreprise d'édition et des choix effectués* »⁹¹⁸. Cette définition, qui est essentiellement téléologique et trouve un écho dans certaines dispositions de droit positif, est bien trop large au sens de notre étude. À cette approche courante doit être préférée une approche que l'on qualifiera de « contractualiste ». D'une part, parce que cette qualité est conditionnée par la conclusion d'un contrat d'édition et, d'autre part, parce que législateur lui-même prend de plus en plus

p. 272, obs. A. Françon ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle (GAPI)*, M. VIVANT (dir.), 3^e éd., Dalloz, 2019, n° 64, A. Maffre Baugé.

⁹¹⁷ Les seules mentions faites aux ayants droit apparaissent aux articles L. 132-7 al. 3 CPI (« *Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque le contrat d'édition est souscrit par les ayants droit de l'auteur*») et L. 132-17 al. 4 CPI (« *En cas de mort de l'auteur, si l'œuvre est inachevée, le contrat est résolu en ce qui concerne la partie de l'œuvre non terminée, sauf accord entre l'éditeur et les ayants droit de l'auteur*»). La seconde disposition renvoie manifestement aux héritiers de l'auteur (ayants droit de l'auteur décédé) et ne concerne pas les sous-exploitations. La première disposition évince tous les ayants droit du bénéfice des règles spéciales de capacité. Le problème reste toutefois entier dans la mesure où l'on pourrait toujours considérer, par une approche *a contrario*, que les autres dispositions, qui ne prévoient pas une telle éviction, s'appliquent précisément aux ayants droit.

⁹¹⁸ Larousse sous occurrence « *Éditeur* ».

de liberté avec l'approche juridique de la notion d'éditeur au profit d'une acception courante de celle-ci, créant par moment le trouble au sein du droit positif.

243. Qualité incidente. « *L'éditeur acquiert sa qualité du fait du contrat d'édition auquel il prend parti* »⁹¹⁹. Contrairement à la qualité d'auteur, reconnue au titre d'une création originale, les qualités de la personne sur laquelle reposera l'exploitation n'ont aucune incidence sur la qualification contractuelle⁹²⁰. En effet, bien que l'article L. 132-1 CPI parle de l'exploitant comme étant un éditeur, cette qualité se déduit de l'objet même du contrat. Ainsi, la cour d'appel de Paris a pu rappeler que « *la profession d'éditeur n'est pas une profession strictement réglementée et peut s'exercer sous une forme associative ou commerciale* »⁹²¹. Au sens de l'article L. 132-1 CPI, est éditeur toute personne, physique ou morale, qui s'engage auprès d'un auteur à exploiter commercialement une œuvre par la publication et la diffusion d'exemplaires, au sens matériel ou intellectuel⁹²². Le mode d'exploitation importe peu tant qu'il met en exergue le droit de reproduction par la réalisation de l'œuvre. Un arrêt rendu le 12 juillet 2005 explicite ce point. Un contrat d'édition avait été conclu entre un auteur et le dirigeant d'une maison d'édition ayant été mise en liquidation. De façon quelque peu opportune, l'auteur, afin de conserver un espoir d'indemnisation, considérait que le contrat était conclu non pas avec la société liquidée mais avec la personne physique dirigeante. Par conséquent, seul le dirigeant était tenu au titre contrat d'édition. Après que le tribunal d'instance a fait droit à la demande de l'auteur⁹²³, l'éditeur s'est pourvu en cassation. La juridiction suprême a confirmé la position des juges du fond en considérant que la qualité d'éditeur doit être reconnue à la personne qui s'est engagée au titre de l'instrumentum produit au titre du contrat d'édition⁹²⁴.

Cette approche téléologique de la qualité d'éditeur n'est pourtant pas absolue et le législateur emploie parfois le terme dans son sens courant pour qualifier certains intervenants de l'industrie culturelle.

244. Attribution abusive de la qualité d'éditeur. Tout d'abord, le CPI qualifie d'éditeur le cocontractant de l'auteur lorsque les parties ont signé un contrat « à compte d'auteur »⁹²⁵ ou un contrat « de compte à demi »⁹²⁶. Cette confusion doit être cantonnée à des questions purement terminologiques. Admettre par analogie que l'exploitant sollicité à compte d'auteur puisse se prévaloir de droits et actions similaires à un éditeur *stricto sensu* porterait à confusion.

En marge de cette approche « contractualiste », on retrouve encore le terme « éditer » à l'article

⁹¹⁹ S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. Ch. CARON, INPI, 2009, n° 348

⁹²⁰ N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009, n° 45.

⁹²¹ Paris, pôle 5, ch. 1, 31 Mars 2015, n° 13/23894 : « *Considérant que M. Yves B. et Mme Catherine B. demandent l'annulation du contrat d'édition du 15 mai 2011 aux torts exclusifs de la SARL ASCENT CONSULTING en ce qu'il ne répond pas aux exigences légales d'un contrat d'édition, telles que définies par les articles L 131-3 à L 132-18 du code de la propriété intellectuelle ; Qu'ils font valoir que les ÉDITIONS CALU, qui n'est ni l'enseigne, ni le nom commercial de la SARL ASCENT CONSULTING, ne sont référencées ni à la BNF, ni au Syndicat des éditeurs et qu'au jour de la conclusion du contrat elle n'avait absolument pas le statut d'éditeur qui est une profession strictement réglementée ; Qu'ils soutiennent ainsi que la SARL ASCENT CONSULTING, alors spécialisée en ingénierie, n'avait pas la qualité pour signer avec eux un contrat d'édition de livre d'art ; (...) Considérant qu'il sera rappelé en premier lieu que contrairement à ce que soutiennent M. Yves B. et Mme Catherine B., la profession d'éditeur n'est pas une 'profession strictement réglementée' et peut s'exercer sous une forme associative ou commerciale* ».

⁹²² *Supra* n° 49 et s.

⁹²³ TGI, Paris, 6^e sect., du 6 nov. 2001.

⁹²⁴ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, no 03-19.086, F-D : « *Attendu qu'après avoir constaté que le contrat dont le requérant sollicitait l'exécution, avait été souscrit par M. B. désigné comme éditeur, a, d'une part, retenu, sans inverser la charge de la preuve, que celui-ci ne prouvait pas qu'il eût conclu ce contrat non à titre personnel mais en qualité de représentant de la société d'édition, d'autre part, estimé, sans être tenu de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'il décidait d'écarter, qu'il n'était pas établi que M. B. eût satisfait à l'obligation contractuelle constatée, de mettre à la disposition du requérant lesdits exemplaires de l'œuvre éditée* », LMDI, n° 245-6.

⁹²⁵ L. 132-2 CPI : « *Ne constitue pas un contrat d'édition, au sens de l'article L. 132-1, le contrat dit à compte d'auteur* ».

⁹²⁶ L. 132-3 CPI : « *Ne constitue pas un contrat d'édition, au sens de l'article L. 132-1, le contrat dit de compte à demi* ».

6 III de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) afin de qualifier l'activité des personnes physiques ou morales ayant un « rôle actif » dans la communication des œuvres en réseaux. Néanmoins, conformément aux propos du Professeur CARON, nous nous garderons de « confondre l'éditeur d'un site internet avec l'éditeur du contrat d'édition. La polysémie est trompeuse. En effet, l'éditeur d'un site n'est pas forcément cessionnaire des droits d'auteur et, surtout, il ne fabrique pas en nombre des exemplaires. D'ailleurs, afin d'éviter toute confusion terminologique suscitée par la polysémie du terme "éditeur", il serait certainement préférable d'utiliser une expression telle que "responsable du site" »⁹²⁷.

Jusqu'à la réforme opérée par la directive du 17 avril 2019, qui met potentiellement fin au régime protecteur des hébergeurs techniques en propriété littéraire et artistique, la qualité d'éditeur était recherchée par les titulaires de droits car elle permettait d'appliquer une responsabilité pleine et entière de l'entité qui hébergeait illicitement un contenu artistique. Schématiquement, si le caractère actif du mis en cause n'était pas prouvé⁹²⁸, il échappait à la qualité d'éditeur et sa neutralité lui permettait de bénéficier du régime de responsabilité allégée des hébergeurs techniques⁹²⁹. À défaut de contrat de cession des droits d'exploitation, ces acteurs d'Internet ne sont pas liés par un contrat d'édition et ne peuvent en principe relever de la qualification d'éditeur au sens de l'article L. 132-1 CPI.

Dans le même esprit, un auteur a fait remarquer que la loi de 2009 sur la communication audiovisuelle était elle aussi vectrice d'incertitudes dans la mesure où elle porte à trois le nombre de catégories d'éditeur reconnues par le droit positif : l'éditeur au sens du contrat d'édition ; l'éditeur de contenu ; l'éditeur de service de médias audiovisuels⁹³⁰.

⁹²⁷ C. Caron, note sous TGI Paris, ord. réf., 22 juin 2007, *Lafesse c/ My Space*, *JurisData* n° 2007-344341, *Comm. com. électr.*, n° 12, Décembre 2007, comm. 143, n° 2.

⁹²⁸ CJUE 23 mars 2010, aff. C-236/08, *Google France SARL c/ Louis Vuitton Malletier*, pour qui « un prestataire est hébergeur si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke », *D.* 2010, p. 885, obs. C. Manara, 1966, obs. P. Tréfigny-Goy, et 2011. 908, obs. S. Durrande ; *RTD eur.* 2010 p. 939, chron. E. Treppoz. V. encore, Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *D.* 2010, p. 260, obs. C. Manara ; *RTD com.* 2010, p. 307, obs. F. Pollaud-Dulian. Pour un refus du statut mais contredit par plusieurs arrêts : Cass. com. 13 juill. 2010, n° 06-20.230, *D.* 2010, p. 1966, obs. P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2011, p. 908, obs. S. Durrand ; *D.* 2011, p. 1374 obs. F. Jault-Seseke, *D.* 2011, p. 2363, obs. J. Larrieu ; Cass. 1^{re} Civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896, *D.* 2011, p. 668, obs. C. Manara ; p. 1113, note L. Grynbaum ; p. 2164, obs. P. Sirinelli, et 2363, obs. J. Larrieu ; *RTD com.* 2011 p. 351, obs. F. Pollaud-Dulian ; V. égal., CJUE 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal*, « lorsque ledit exploitant a prêté une assistance laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres, il y a lieu de considérer qu'il a non pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels, mais joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres », *D.* 2011, p. 1965, obs. C. Manara ; *D.* 2011, p. 2363, obs. P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon, et 2836, obs. P. Sirinelli ; *RTD eur.* 2011, p. 847, obs. E. Treppoz

⁹²⁹ La jurisprudence intervenue à propos des sites communautaires prouve que la question est en réalité beaucoup plus compliquée et que le fournisseur d'hébergement peut être responsable, bien que de façon limitée, à cause du contenu hébergé. Il en résulte que la ligne de partage entre les qualifications d'éditeur et de fournisseur d'hébergement n'est pas si claire.

⁹³⁰ L. THOUMYRE, « Les notions d'éditeur et d'hébergeur dans l'économie numérique » *D.* 2010, p. 837 : « Un premier "éditeur" apparaît cependant dans l'article L. 132-1 du code de la propriété intellectuelle qui définit le contrat d'édition. On déduira aisément sa fonction des droits et obligations qui lui incombent au sein de ce contrat encadré : il a le droit de "fabriquer des exemplaires de l'œuvre" et doit en "assurer la publication et la diffusion". Un deuxième éditeur a surgi, plus récemment, dans la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision. Il s'agit de l'éditeur d'un service de médias audiovisuels, lequel a pour rôle de contrôler la sélection et l'organisation d'un catalogue de programmes (nouvel art. 2 de la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision). Enfin, un éditeur de service de presse en ligne est apparu dernièrement dans la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009. Ce dernier exerce une "maîtrise éditoriale" sur son contenu, consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original (...) », conformément à l'article 1^{er} de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986.

Enfin, depuis la loi du 24 juillet 2019 tendant à l'attribution d'un droit voisin pour les éditeurs de presse⁹³¹ et la directive sur le marché numérique du 17 avril 2019, les éditeurs de presse bénéficient d'un droit des voisins sur leur publication susceptible d'être opposé aux publicateurs dépourvus d'autorisation. L'article 15 de la directive énonce en substance que les éditeurs de presse⁹³² disposent du droit d'autoriser les communications de l'ensemble de leurs productions⁹³³. Au titre de la loi du 24 juillet 2019, un nouvel article L. 218-1 CPI prévoyant des dispositions analogues a été consacré⁹³⁴. Cette qualification d'éditeur peut sembler galvaudée dans la mesure où « l'éditeur » ne conclut aucun contrat d'édition au sens strict⁹³⁵.

245. Différences des ordres conceptuels. La qualification d'éditeur au sens du contrat d'édition et la qualification d'éditeur au sens des législations citées ci-dessus appartiennent à des ordres conceptuels différents. La première approche est « contractualiste » alors que la seconde approche se veut plus matérielle. Toutefois, ces deux ordres se situent sur des plans différents et ne sont pas par principe exclusifs l'un de l'autre. Aussi, un exploitant pourrait parfaitement éditer un service de média audiovisuel tout en concluant un contrat d'édition. Il aurait ainsi doublement la qualité d'éditeur.

2. L'influence déterminante de la qualité d'auteur

246. Plan. Après avoir présenté les tenants et aboutissants de la reconnaissance de la qualité d'auteur (a), il apparaît nécessaire d'en mesurer les enjeux et les conséquences sur le contrat d'édition (b).

a. L'identification de l'auteur-cédant

247. Plan. Les règles d'attribution de la qualité d'auteur sont pour le moins rudimentaires (i). Néanmoins, leur application donne lieu à ramification en cas de pluralité d'auteurs (ii) ou lorsque le contrat d'édition est signé par les héritiers de l'auteur (iii).

i. La qualité d'auteur

248. Créateur de l'œuvre. L'article L. 132-1 CPI énonce que c'est à l'auteur de céder le droit de reproduction. En suivant rigoureusement la lettre de l'article, on en déduit que cette qualité doit être prise en considération au moment d'analyser la nature de la convention passée. Outre les dispositions énoncées à l'article L. 111-1 CPI, le code n'envisage que très rarement la qualité d'auteur. Au sens de cet article, le créateur de l'œuvre a la qualité d'auteur, conformément à la conception personaliste qui règne sur la propriété littéraire et artistique⁹³⁶. La qualité d'auteur est d'ordre public : aucune convention

⁹³¹ Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019, JO n° 0172, *tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.*

⁹³² Art. L. 218 al. 2 CPI : « *Sont dénommées agences de presse, les entreprises inscrites auprès de la Commission paritaire des publications et agences de presse et dont la liste est publiée au Journal officiel.* »

⁹³³ Art. L. 218-1 al. 1 CPI : « *Sont soumises à l'autorisation de l'agence de presse la reproduction et la communication au public de ses productions, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la production lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image.* »

⁹³⁴ Art. 15 1. Dir. préc. : « *Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse établis dans un État membre les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation en ligne de leurs publications de presse par des fournisseurs de services de la société de l'information.* »

⁹³⁵ Sur ces éditeurs v. T. AZZI, « *Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle* », *D. IP/IT* 2019, p. 297.

⁹³⁶ Certains auteurs considèrent, en dépit de la lettre de l'article L. 111 CPI, que la qualité d'auteur et de salarié ne font pas bon ménage et qu'il faudrait tempérer la vigueur du lien de subordination en matière de création intellectuelle (L. FIN-LANGER, « *Les statuts de salarié et d'auteur sont-ils compatibles ?* », *Dr. et Pat.*, avr. 2006, n° 147).

ne peut lui retirer cette qualité⁹³⁷. En substance, il s'agit de la personne qui a déployé une activité créative et originale⁹³⁸ en exprimant sa personnalité à travers une forme⁹³⁹.

249. Absence de reconnaissance de la qualité d'auteur aux personnes morales. La qualité d'auteur ne peut être attribuée aux êtres et entités dénués de conscience, ceux-ci étant par principe incapables de communiquer leur esprit et leur personnalité à l'œuvre⁹⁴⁰. Il n'en reste pas moins que cette idée préconçue de l'auteur s'avère exclusivement doctrinale, ce qui pourrait autoriser certaines juridictions à prendre quelques largesses, notamment en reconnaissant la qualité d'auteur à des personnes morales. Dans un premier temps, la Cour de cassation a refusé de faire bénéficier les personnes morales de cette règle en estimant que l'inaptitude à avoir la qualité d'auteur rendait superflue la recherche d'une présomption de qualité d'auteur⁹⁴¹. Dans un second temps, la Cour de cassation, dans le cadre de la jurisprudence *Aréo*, a approuvé la cour d'appel d'avoir usé, au profit d'une personne morale, de la présomption instaurée par l'article L. 113-1 CPI⁹⁴². Certes, la Cour de cassation estime que la société peut être un titulaire des droits d'auteur. Néanmoins, elle lui dénie clairement la qualité d'auteur⁹⁴³. À ce titre, les sociétés, mêmes lorsqu'elles sont titulaires du droit d'auteur par le jeu de la présomption instaurée à l'article L. 113-1 CPI, doivent en principe être exclues du domaine d'application du contrat d'édition.

ii. La pluralité d'auteurs

250. Plan. La pluralité d'auteurs entraîne des règles particulières, à même de causer des difficultés au stade de la conclusion du contrat d'édition. À ce titre, les présents développements anticiperont la seconde partie de notre étude en envisageant d'ores et déjà certains de ces aspects portant sur le régime de la conclusion du contrat. La pluralité d'auteurs concerne quatre cas de figure : l'œuvre de collaboration (α), l'œuvre composite (β), l'œuvre collective (χ) et le cas particulier de l'œuvre complexe analysée sous l'angle topique du jeu vidéo et qui jouit d'un régime singulier et autonome (δ).

α . L'œuvre de collaboration : la volonté des coauteurs, parfois complétée par celle du juge

251. Définition. L'œuvre de collaboration est définie à l'article L. 113-2 CPI comme étant « l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». L'article L. 113-3 CPI ajoute que « l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs ». Formant un schéma juridique à mi-chemin entre la copropriété et la propriété collective, elle constitue le modèle le plus simple de pluralité

⁹³⁷ Civ. 1^{re}, 6 mai 2003, n° 01-02.237 : « la volonté contractuelle est impuissante à modifier les dispositions impératives des articles L. 111-1, L. 113-2 et L. 121-2 du code de la propriété intellectuelle », RTD civ. 2003, p. 696, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2004, 267, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁹³⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, nos 329 et 330, p. 284. V. par exemple, Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1989, *Rutman*, RIDA n° 141, 1989/3, p. 262, sur pourvoi Paris 18 déc. 1985, RIDA n° 132, 1987/2, p. 71 ; D. 1988. Somm. Comm. p. 204, obs. C. Colombet.

⁹³⁹ A. TRICOIRE, « Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur », D. 2014, p. 2007.

⁹⁴⁰ *Contra*, F. FOUILLAND, « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de la personnalité artistique », *Comm. com. électr.*, 2008, ét. 24.

⁹⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 19 fév. 1991, n° 89-14402.

⁹⁴² Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, *Sté Aréo c/ Syndicat d'initiative de l'office de tourisme de Villeneuve-Loubet et autres* : « qu'en l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé les clichés, ces actes de possession étaient de nature à faire présumer, à l'égard des tiers contrefacteurs, que la société SMD était titulaire sur ces œuvres », RIDA n° 158, 1993/4, p. 200 et obs. Kéréver, p. 9, note Greffe ; RTD com. 1995, p. 418, obs. Françon ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle (GAPI)*, M. VIVANT (dir.), 3^e éd., Dalloz, 2019, n° 47, A. Robin. Dans le même sens, Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, *Sté Bézéault c/ Sté Michallon et Prat*, RIDA n° 158, 1993/4, n° 158, p. 203, chron. A. Kéréver.

⁹⁴³ A. BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? » D. 2013, p. 376 ; V. également M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, qui soulignent de façon ironique que « des personnes morales créent » *op. cit.*, n° 309.

d'auteurs. À noter que les œuvres audiovisuelles⁹⁴⁴ jouissent d'un statut particulier dans la mesure où celles-ci sont des œuvres de collaboration par le biais d'une présomption de co-auteurs posée à l'article L. 113-7 CPI⁹⁴⁵.

Cette catégorie d'œuvre pose néanmoins des questions d'articulation des volontés propres de chacun des coauteurs, spécialement lorsque ceux-ci sont en désaccord sur la manière dont ils souhaitent mener l'exploitation de l'œuvre.

252. Accord des coauteurs et immixtion du juge en cas de désaccord. Le problème apparaît pour le moins évident. Sur le modèle de l'indivision, l'alinéa 2 de l'article L. 113-3 CPI énonce que les coauteurs exercent leurs droits « *d'un commun accord* ». La pluralité de co-indivisaires génère un risque de mésentente et de paralysie quant à l'éventuelle exploitation de l'œuvre⁹⁴⁶. À défaut d'accord de l'un d'entre eux, le contrat d'édition est constitutif d'une contrefaçon⁹⁴⁷.

De la même façon, si chacun des contributeurs a conclu un contrat d'édition avec un éditeur afin que celui-ci édite l'œuvre en question – prenons l'exemple d'une œuvre musicale mettant en cause un contrat conclu par le parolier et un contrat conclu par le compositeur de la musique –, la disparition de l'un entraînera alors logiquement la disparition de l'autre en raison de leur interdépendance⁹⁴⁸. En effet, l'œuvre étant indivisible, la disparition d'une convention rend caduques les autres conventions⁹⁴⁹.

Enfin, en cas de désaccord entre les auteurs, l'article L. 113-3 al. 3 CPI prévoit un recours devant les juridictions civiles. Il appartiendra donc au juge d'arbitrer le désaccord et, si la nécessité l'exige, de passer outre l'opposition du ou des coauteurs pour autoriser les autres à conclure le contrat d'édition⁹⁵⁰. En revanche, le juge n'est pas tenu de motiver sa décision.

253. Exploitation des contributions séparées. Les règles ci-dessus décrites ne s'appliquent pas aux contributions prises isolément. En effet, l'exploitation isolée des prestations est possible, permettant ainsi à chaque contributeur d'éditer sa contribution. Néanmoins, cette exploitation séparée est envisageable uniquement si trois conditions sont réunies : les contributions des coauteurs doivent relever de genres différents ; les contributions doivent être identifiables ; leur exploitation ne doit pas concurrencer celle de l'œuvre de collaboration⁹⁵¹. Sans cela, le contrat conclu verrait son objet frappé d'illicéité.

⁹⁴⁴ Rappelons que l'article L. 112-2 6° CPI définit l'œuvre audiovisuelle comme étant « *les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non* ».

⁹⁴⁵ Paris, 16 mai 1994, *Ram-Dam*, note X. Linant de Bellefonds ; *RIDA* n° 162, 1994/4, p. 474, chron. A. Kéréver. Paris, 7 juin 1995, *AT Productions c/ Ayache*, *RIDA* n° 167, 1996/1, p. 270, chron. A. Kéréver, Paris, 17 janv. 1995, *Système TV c/ F. Verrecchia*, *RIDA* 1995/3, n° 165, p. 332, chron. A. Kéréver. Paris, 7 juin 1995, *RIDA* n° 167, 1996/1, p. 270, A. Kéréver. TGI Strasbourg, 16 nov. 2001, *JurisData* n° 2001-159070, *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 2, note Ch. Caron.

⁹⁴⁶ Cass. 1^{re} civ. 19 déc. 1983, *Bull. civ. I*, n° 304 ; Cass. 1^{re} civ. 4 oct. 1988, *D.* 1989, 482, note P.-Y. Gautier ; *D.* 1989, somm. comm. 50 obs. Colombat.

⁹⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1976, *Bull. civ. I*, p. 195, *RIDA* n° 91, 1977/1, p. 104 ; *RTD. com.* 1977, p. 326, obs. Desbois ; Amiens, 17 avr. 1978 : *D.* 1978, p. 557, note Desbois.

⁹⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, *Les nouvelles éditions Méridian c/ Dabadie et Polnareff*, *Comm. com. électr.*, n° 6, Juin 2001, comm. 58, C. Caron.

⁹⁴⁹ Art. 1186 Code civil : « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ».

⁹⁵⁰ Art. L. 113-3 CPI : « *L'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs. Les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord. En cas de désaccord, il appartient à la juridiction civile de statuer* », v. Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1993, *RIDA* n° 160, 1994/2, p. 216, A. Kéréver, sous la réserve qu'il soit saisi avant qu'une décision quelconque ait été prise, l'office du juge ne pouvant aucunement servir à ratifier une manœuvre constitutive de contrefaçon (Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1976, *RIDA* n° 91, 1977/1, p. 104 ; *RTD. com.* 1977, p. 326, obs. Desbois ; v. également après sur renvoi, Amiens, 17 avr. 1978, *D.* 1978, p. 557, note Desbois ; Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1985 : *Bull. civ.* 1985, I, n° 45).

⁹⁵¹ V. Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2003, n° 00-19.086, *Archange international et a. c/ SA Emi publishing France*, *JurisData* n° 2003-017789, *D.* 2003, p. 1088, note S. Becquet ; *Légipresse* 2003, n° 203, III, p. 117, note

β. L'œuvre composite : la limitation des prérogatives des auteurs primaires

254. Définition. L'œuvre composite est régie par l'article L. 113-2 CPI, faisant apparaître plusieurs conditions à sa caractérisation. Elle est définie comme étant celle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante, sans qu'il n'y ait, de quelque façon, une collaboration entre les auteurs successifs. Ainsi, le créateur secondaire utilise l'œuvre initiale pour en constituer une nouvelle. L'auteur de l'œuvre composite peut multiplier les sources d'inspiration et utiliser autant d'œuvres qu'il le souhaite, à plus forte raison à l'ère du numérique.

255. Autorisations requises. Contrairement au schéma précédent, qui rend compte d'une pluralité simultanée d'auteurs, l'œuvre composite a cela de particulier qu'elle est organisée autour d'une pluralité successive d'auteurs. Au sens strict, l'œuvre composite ne constitue pas un réel cas de pluralité d'auteurs. L'article L. 113-4 CPI est toutefois plus nuancé. Si la première disposition de l'article corrobore cette première vue – « *l'œuvre composite est la propriété de celui qui en est l'auteur* » –, la seconde apporte un tempérament conséquent, dans la mesure où l'auteur secondaire est habilité à exercer ses droits « *sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ». L'auteur initial n'est donc pas totalement étranger à l'œuvre dérivée, celui-ci étant légalement associé au processus d'exploitation de l'œuvre dérivée par l'autorisation qu'il est censé délivrer à l'auteur secondaire. Cette autorisation est nécessaire seulement à la publication de l'œuvre et non à sa création⁹⁵². Dès lors, si l'auteur souhaite exploiter l'œuvre composite, notamment en signant un contrat d'édition, il devra au préalable recueillir l'autorisation de l'auteur de l'œuvre initiale⁹⁵³.

L'auteur primaire et l'auteur secondaire ont donc des « droits concurrents »⁹⁵⁴ sur l'œuvre composite jusqu'à ce que l'œuvre préexistante ne soit plus protégée⁹⁵⁵. Néanmoins, considérer le premier auteur comme partie au contrat d'édition serait excessif. En définitive, son accord n'est, ni plus ni moins, qu'une autorisation d'exploitation. Deux enseignements peuvent être déduits de cette situation. Premièrement, l'auteur de l'œuvre primaire n'étant pas un véritable signataire du contrat d'édition, il ne peut en principe bénéficier du régime favorable du contrat d'édition. Deuxièmement, l'auteur de l'œuvre primaire pourrait bloquer l'exploitation de l'œuvre composite. Des solutions alternatives existent en dehors du droit français : elles permettent à l'auteur de l'œuvre composite de se passer de l'autorisation de l'auteur de l'œuvre initiale. S'il convient de les présenter, notons d'ores et déjà que ces tempéraments qui portent atteinte aux droits du créateur de l'œuvre primaire sont à réprover.

256. Solution alternative : la licence judiciaire en droit européen. La jurisprudence européenne a nuancé sa position à l'occasion de l'affaire *Magill*⁹⁵⁶. Le litige a opposé la société d'édition

A. Singh et G. Corman ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 36, obs. Ch. Caron ; *RIDA* 2003/4, p. 279, obs. A. Kéréver.

⁹⁵² Cass. 1^{re} civ. 14 fév. 1995, *D.* 1995. 74, « *Vu l'article L. 113-4 du Code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article 1351 du Code civil ; (...) Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il avait été irrévocablement jugé par l'arrêt du 20 mars 1991 que l'édition de 1990 du guide était une œuvre composite, propriété des époux X..., qui l'avaient réalisée en y incorporant, avec l'accord des époux Y..., le guide original, œuvre préexistante, d'où il résultait que les époux X... pouvaient exploiter l'œuvre composite sans avoir à solliciter de nouveau l'autorisation des époux Y..., la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

⁹⁵³ V. néanmoins DESBOIS et FRANÇON, qui affirment qu'en cas d'adaptation, le consentement doit être obtenu avant même l'élaboration de l'œuvre seconde : DESBOIS, *op. cit.*, n° 613 ; A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999, p. 198.

⁹⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 22 juin 1959, *D.* 1960, p. 129, note Desbois ; Paris, 14^e ch. B, 10 févr. 1989, *JurisData* n° 1989-020500.

⁹⁵⁵ Paris, 1^{re} ch., 10 mars 1970, *D.* 1971, p. 114.

⁹⁵⁶ CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-241/91 et C-242/91, *Radio TelefisEireann* : Rec. CJCE 1995, I, p. 743, concl. C. Gulmann ; *D. Aff.* 1996, p. 127, obs. G. Bonnet ; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. Françon ; *JDI* 1996, p. 530, obs. M.-A. Hermitte ; *Europe*, juill. 1995, p. 1, C. Carreau ; *RJDA*, août 1995, n° 8, p. 735, L. de Gaulle ; *EIPR*, août 1995, n° 8, p. 361 T. Vinje ; *D.* 1996, chron. p. 119 B. Edelman ; J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Bruylant, 2012, n° 384 et s.

Magill à trois entités de télévision diffusant l'ensemble des chaînes irlandaises. La société d'édition Magill a décidé d'exploiter un programme télévisé en reprenant les grilles des trois chaînes de télétransmission, pourtant protégées par le *copyright*. Ces dernières ont fait valoir leur droit en justice. Le contentieux est d'abord porté devant la Commission européenne par l'éditeur lui-même puis devant le tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE). Deux décisions contraires ont été rendues⁹⁵⁷. Saisie par l'éditeur, la CJCE a estimé que le comportement des chaînes de télévision est constitutif d'un abus de position dominante à l'endroit de la société souhaitant créer un programme. Dès lors, au sens de la CJCE, le seul moyen de mettre fin au trouble de marché consistait en l'octroi d'une licence judiciaire délivrée sous l'autorité des tribunaux nationaux compétents.

À l'échelon national, la jurisprudence est en sens inverse. En effet, à l'occasion d'un contrat d'édition portant sur l'exploitation d'une œuvre composite, les co-auteurs de l'œuvre dérivée ont fait valoir que le refus de l'auteur de l'œuvre primaire était abusif. La Cour de cassation a rejeté les prétentions des demanderesses en estimant que l'auteur est « titulaire d'un droit de propriété intellectuelle opposable à tous »⁹⁵⁸. Tout au plus, l'auteur de l'œuvre initiale pourrait engager sa responsabilité si l'usage de sa propriété est abusif conformément à la jurisprudence *Clément Bayard*⁹⁵⁹. Le positionnement de la Cour de cassation doit être approuvé. Sa solution édictée relève d'une application stricte de l'article L. 113-4 CPI qui exige l'autorisation de l'auteur initial.

257. Solution alternative (2) : le *fair use* et le *transformative work* en droit américain. Aux États-Unis, la jurisprudence a pris un tour différent en rendant possible l'exploitation d'une œuvre composite tout en se passant de l'accord de l'auteur originaire. Pour ce faire, est employée la règle dite du *fair use*, variante plus énergique des exceptions au monopole de l'auteur⁹⁶⁰. Celle-ci s'applique notamment lorsque la création composite est réputée « transformative », c'est-à-dire lorsqu'elle « dépasse », « supplante » et est totalement détachable de la création originale qui lui sert pourtant de point d'ancrage⁹⁶¹. En 2008, une affaire a mis en cause Richard Prince, connu pour ses démêlés judiciaires avec le photographe français Patrick Cariou. Ce dernier se plaignait de la réutilisation de plusieurs de ses photographies incorporées dans des peintures et collages, vendue pour plusieurs millions de dollars sans qu'aucun droit ne lui soit reversé et dont l'autorisation n'avait même jamais été

⁹⁵⁷ Déc. Comm. 21 déc. 1988, JOCE 21 mars 1989, n°L-078, p. 43 ; TPICE, 10 juill. 1991, aff. T-69/89 : Rec. II-485, parmi une littérature fournie voir : RTD. eur. 1993, p. 525 G. Bonnet ; RIDA n° 151, 1992/1, p. 216, T. Desurmont ; RTD. com. 1992, p. 372, A. Françon.

⁹⁵⁸ Cass. 1^e civ. 1, 9 fév. 1994, n° 91-20.525 : « d'abord, que Mme Barbier 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 ; que toute référence aux articles L. 113-3 et L. 113-7 du Code de la propriété intellectuelle se trouve donc dépourvue de pertinence ».

⁹⁵⁹ Req. 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément Bayard*, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, GAJC, Dalloz, 13^e éd. 2015, n° 69 ; DP 1917. 1. 79. (10).

⁹⁶⁰ Copyright Act. 1976. § 107. Limitations on exclusive rights : Fair use : « Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include : (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes ; (2) the nature of the copyrighted work ; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole ; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work ». Rappelons qu'aux États-Unis, et plus généralement dans les pays de *copyright*, le droit d'auteur n'est pas enfermé dans une conception personnaliste et que la doctrine du *fair use* a justement vocation à permettre l'émulation créative sans craindre d'action en contrefaçon, V. le juge P. N. LEVAL, « Toward a Fair Use Standard », *Harv. Law. Rev.* 1105, 1107 (1990) : « the copyright is not an inevitable, divine, or natural right that confers on authors the absolute ownership of their creations. It is designed rather to stimulate activity and progress in the arts for the intellectual enrichment of the public ».

⁹⁶¹ *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) ; *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985).

sollicitée. Alors que Richard Prince a été condamné en première instance, la cour d'appel a infirmé le jugement en appliquant la théorie du *fair use* en matière d'œuvre composite⁹⁶².

Difficilement concevable, une transposition de la jurisprudence américaine n'est pourtant pas impossible au regard des instruments proposés en droit français. Tout d'abord, la jurisprudence tend de plus en plus à faire application du principe de liberté d'expression afin d'exploiter une œuvre composite sans avoir à rechercher l'accord de l'auteur initial⁹⁶³. Ensuite, la loi du 7 juillet 2016 apporte un argument de poids à cette thèse en consacrant, en son article 1^{er}, la liberté de création artistique⁹⁶⁴. Certes, la liberté de créer n'implique pas *ipso jure* celle d'exploiter. Toutefois, quel intérêt pour le législateur d'inciter à la création tout en restreignant ensuite l'exploitation⁹⁶⁵. Pour cette raison une conception maximaliste de la disposition au profit de l'auteur secondaire n'est pas à exclure. Toutefois, une telle solution engendrerait des conséquences drastiques pour l'auteur primaire. Ce dernier se verrait ainsi définitivement refoulé à l'entrée du contrat d'exploitation conclu par l'auteur secondaire avec l'éditeur, ce qui paraît difficilement acceptable.

χ. L'œuvre collective : disparation des créateurs du processus contractuel

258. Définition (renvoi). L'œuvre collective ayant déjà fait l'objet de développements conséquents sous l'angle du contenu contractuel, un simple renvoi aux développements qui y sont relatifs suffira⁹⁶⁶. Seuls les aspects touchant à la qualité d'auteur dans le cas spécifique de l'œuvre collective seront ici traités.

259. Disparition des auteurs dans le processus contractuel et incertitudes. Comme précédemment annoncé, l'œuvre collective repose sur un système dérogatoire de reconnaissance des droits *ab initio* au profit de l'exploitant qui évince les auteurs du processus contractuel⁹⁶⁷. Les prétoires expriment quelques réserves quant à la qualification de la convention initiée par l'exploitant titulaire des droits de l'œuvre collective. L'exploitant n'étant pas auteur et la qualité de partie faible ne lui étant pas acquise, il doit être exclu du bénéfice des dispositions impératives en matière d'édition⁹⁶⁸.

⁹⁶² *Patrick Carion v. Richard Prince*, n° 11-1197 (2d Cir. 2013), 714 F.3d 694, § 53 : « Here, our observation of Prince's artworks themselves convinces us of the transformative nature of all but five, which we discuss separately below. These twenty-five of Prince's artworks manifest an entirely different aesthetic from Carion's photographs ».

⁹⁶³ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, *Affaire Klasen*, n° 13-27.391 (n° 519 FS-P+B), *D.* 2015, p. 1672, comm. A. Bensamoun, P. Sirinelli ; Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-28.467, *Affaire Dialogue des carmélites*, *D.* 2017, p. 1955, note P. Malaurie ; *D. IP/IT* 2017, p. 536, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2017, p. 891, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2017, n° 890, note X. Daverat ; *Propri. intell.* 2017/4, n° 65, p. 60, obs. A. Lucas et après renvoi, Versailles, 30 nov. 2018, n° 17/08754, *D. IP/IT*, 2019, p. 101, P.-Y. Gautier.

⁹⁶⁴ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, art. 1^{er} : « La création artistique est libre » ; Notons que l'étude d'impact était claire quant à la portée normative de ce texte : « La mesure proposée a une indéniable portée normative puisqu'elle porte sur un droit, même si cette reconnaissance aura davantage de portée symbolique que pratique », Étude d'impact, MCCB1511777L/Bleue-1, 1.1.1.3 Impacts, n° 14, http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2954-ei.asp#P430_23439. v. à propos de la liberté de création, I. PIGNARD, *La liberté de création*, th. dactyl., n° 6, p. 12 : « La protection de la liberté de création se fait par le mécanisme d'équilibre inhérent aux droits de propriété intellectuelle entre les droits des créateurs et ceux des futurs créateurs. L'équilibre entre les différents intérêts, la cohérence des droits passe par la préservation de grands principes, tels que la liberté de création » ; B. EDELMAN, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique. Esquisse d'une théorie du sujet », *D.*, 1970, chron., p. 197, n° 1 : « la liberté paraît être de l'essence de la création, entendue alors comme libre production de la personne humaine ».

⁹⁶⁵ Nous pouvons notamment nous appuyer sur l'article 2 de la même loi : « La diffusion de la création artistique est libre. Elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du code de la propriété intellectuelle ».

⁹⁶⁶ *Supra* n° 202-204.

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ R. FIEVET, « Œuvre collective. Ne pas confondre auteur et titulaire des droits ! », *JAC* 2015, n° 22, p. 13.

260. Contrat d'édition sur les prestations séparées. Au contraire, les auteurs des contributions, bénéficiant d'un droit sur leur propre contribution⁹⁶⁹, peuvent conclure des contrats d'exploitation pour leur seule contribution⁹⁷⁰. Néanmoins, si l'exploitation de la contribution est réalisée concurremment à celle de l'œuvre collective, le titulaire des droits sur l'œuvre collective doit être autorisé à faire cesser cette concurrence lorsque celle-ci est déloyale⁹⁷¹. Dans certaines décisions de justice, la jurisprudence a même conditionné la validité du contrat d'édition des contributions au consentement du titulaire des droits sur l'œuvre collective⁹⁷². Une telle interprétation des textes doit être à notre avis proscrite. Si l'auteur s'adonnant à des actes de concurrence déloyale doit logiquement être condamné, il est excessif d'encadrer sa liberté contractuelle *a priori* en subordonnant la validité des cessions qu'il pourrait conclure sur sa propre contribution à l'autorisation du titulaire des droits sur l'œuvre collective.

δ. L'œuvre complexe : le cas du jeu vidéo

261. Réalité économique du jeu vidéo. Selon certaines études, l'industrie du jeu vidéo représente en France un chiffre d'affaires évalué à près de 2,5 milliards d'euros, soit la part la plus importante de l'industrie culturelle⁹⁷³. De plus, dans ce secteur prospère, les éditeurs se caractérisent traditionnellement par leur toute-puissance⁹⁷⁴. Malgré cela, le cadre juridique de leur exploitation a connu nombre d'atermoiements, principalement en raison d'une nature juridique qui échappa un temps aux juridictions. La raison était que les éditeurs de jeux vidéo, principaux financeurs des développeurs⁹⁷⁵,

⁹⁶⁹ Paris, 15^e ch., 6 mars 1981, *D.* 1982, IR p. 46, obs. C. Colombet ; *RTD com.* 1982, p. 429, obs. A. Françon ; Paris, 4^e ch. A, 12 déc. 1989 : *Légipresse* 1991, I, p. 4. ; Paris, 1^{re} ch. A, 29 mai 1990, *JurisData* n° 1990-022971. V. également, posant nettement le principe du droit des journalistes sur leurs contributions, même lorsque le journal est qualifié d'œuvre collective, TGI Paris, 1^{re} ch., 14 avr. 1999, *D.* 1999, IR p. 131 ; *JCP E* 1999, p. 1481, obs. S. Grégoire ; *Expertises* 1999, p. 195 ; *Gaz. Pal.* 23 juill. 1999, p. 38, note C. Rojinski ; Paris, 1^{re} ch., sect. A, 10 mai 2000, n° 1999/14473, *Le Figaro c/ SNJ et a.*, *JurisData* n° 2000-112151 ; *JCP E* 2000, p. 923 ; *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 73, 1^{re} esp., note Ch. Caron ; *JCP E* 2001, p. 328, note Brochard ; *RIDA* n° 187, 2001/1, p. 314, chron. A. Kéréver.

⁹⁷⁰ B. EDELMAN, « Le recyclage d'une œuvre collective », *D.* 2008, p. 2643.

⁹⁷¹ M.-E. LAPORTE-LEGEAIS, « Objet des droits d'auteur et titularité » *J.-Cl. Commercial*, Fasc. n° 710, n° 126.

⁹⁷² Paris, 6 mars 1981, *D.* 1982, IR p. 46, obs. C. Colombet ; *RTD com.* 1982, p. 429, obs. A. Françon.

⁹⁷³ L. CHÉRY, « Jeux vidéo : ce qu'il faut retenir des chiffres impressionnants de 2017 » : « Avec un chiffre d'affaires à 2,4 milliards d'euros, soit 56 % de la valeur totale du marché, l'écosystème console (hardware, software et accessoire) constitue le moteur de l'industrie. Les lancements de la Nintendo Switch, de la Xbox One X et les ventes soutenues de la PlayStation 4 et de la PlayStation 4 Pro hissent les ventes de consoles à leur plus haut niveau depuis 2010 », *Le Point.fr*, 27 fév. 2018.

⁹⁷⁴ F. ROUET, « La création dans l'industrie du jeu vidéo », *Et. Cult.*, notamment pp. 7-8 : « En définitive, celui qui détient la marque, en général l'éditeur, possède la valeur commerciale, tandis que les studios, eux, situent leur valeur dans les équipes et leur capacité à créer, dans l'« IP » et dans leur modèle d'affaires. (...) Souvent, les studios commencent comme simples prestataires des éditeurs, y compris pour développer des idées dont ils sont à l'origine car ils n'ont pas, pour la plupart, les moyens de faire face à des périodes de préproduction de plusieurs mois ». P.-J. BENGHOZI, Ph. CHANTEPIE, « Pourquoi le jeu vidéo est l'industrie culturelle du XXI^e siècle », *Nectart*, 2019/1, n° 8, p. 46, spéc. p. 49 : « Les éditeurs de jeux ont accompagné la transformation des modèles économiques du numérique en révolutionnant leur façon de tarifier l'utilisation des jeux vidéo pour produire des revenus : paiement à l'acte, micro-paiements, abonnement, gratuité, freemium, financement participatif, etc. Cette évolution profonde des modèles d'affaires s'est répercutée en cascade sur l'ensemble de la chaîne de valeur de l'industrie : en amont, sur les producteurs, les créateurs, les artistes et personnels de développement ; en aval, sur les plates-formes et les circuits de distribution ».

⁹⁷⁵ *Ibid.*

avançaient tour à tour que le jeu vidéo répondait à la qualification d'œuvre logicielle⁹⁷⁶, collective⁹⁷⁷ ou audiovisuelle⁹⁷⁸. Toutes ces qualifications s'évertuaient pour l'essentiel à évincer l'application du contrat d'édition en attribuant *ipso jure* les droits d'exploitation à la société éditrice. Finalement, la question a été tranchée de manière originale par la Cour de cassation.

262. Arrêt *Cryo*⁹⁷⁹. Le 25 juin 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation a tranché la question dans une affaire opposant un éditeur de jeux vidéo à l'organisme SESAM qui bénéficie d'une délégation aux fins d'agir pour le compte d'adhérents de la SACEM. La SESAM reprochait à l'éditeur d'avoir incorporé des compositions musicales dans le jeu vidéo sans avoir recueilli au préalable les autorisations des auteurs. Non sans maladresse, l'éditeur s'est défendu en estimant que le jeu vidéo est tout à la fois une œuvre collective, un logiciel et une œuvre audiovisuelle. Derrière ce moyen juridique, la volonté de l'éditeur semble claire : l'exploitant souhaitait s'affranchir du régime contraignant du contrat d'édition et s'assurer par la même de la pleine titularité des droits d'exploitation par le dessaisissement automatique des coauteurs. La Cour de cassation a rejeté le moyen par le biais d'un attendu on ne peut plus clair : « *Mais attendu qu'un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature* »⁹⁸⁰. D'autres décisions ont confirmé par la suite ce positionnement prétorien⁹⁸¹.

⁹⁷⁶ Caen, 19 déc. 1997, *LPA* 18 nov. 1999. 11 s. *Aff. Mortal Kombat*, Crim. 21 juin 2000, *Comm. com. électr.*, sept. 2001, n° 17, note C. Caron. Civ. 1^{re}, 27 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 117, *D.* 2004. AJ, p. 1528, obs. J. Daleau ; *RTD. Com.* 2004, p. 484, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. ind.* 2004, n° 9, comm. 74, par P. Kamina ; *Comm. com. électr.*, 2004. comm. 84, C. Caron ; *Légipresse* avr. 2005, n° 220, p. 62, note Sardain. Tandis que certains auteurs étaient favorables à cette qualification (E. TREPPOZ, « La qualification logicielle d'un jeu vidéo : un modèle pour les œuvres multimédia », *LPA* 1999. 10 ; X. LINANT de BELLEFONDS, « Jeux vidéo : le logiciel gagne des points », *Comm. com. électr.*, 2003. 9 s.), elle était profondément combattue par d'autres (Ph. GAUDRAT, « Brèves observations sur le régime de l'œuvre multimédia », *RTD. Com.* 2000, p. 99 ; F. SARDAIN, « La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia - à propos de l'arrêt *Midway* », *JCP E* 2001. ét. 312).

⁹⁷⁷ Versailles, 13^e ch., 18 nov. 1999, *M. Vincent c/ Cuc Software International*, *Comm. com. électr.*, févr. 2000, p. 13, obs. Ch. Caron ; *D.* 2000. 205, T. Hassler, V. Lapp.

⁹⁷⁸ Généralement rejetée en raison de la dimension interactive de la création : Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, Bull. civ. I, n° 29 : « *qu'ayant constaté l'absence d'un défilement linéaire des séquences, l'intervention toujours possible de l'utilisateur pour en modifier l'ordre, et la succession non de séquences animées d'images mais de séquences fixes pouvant contenir des images animées, elle a pu juger que lesdites créations ne pouvaient s'assimiler à des productions audiovisuelles, et, sur la troisième branche, qu'en relevant que Guy X... en était l'auteur et qu'il avait par contrat d'édition valablement cédé ses droits, elle a suffisamment fait justice des conclusions prétendument délaissées* », *D.* 2003. Jur. 1688, note Sardain ; *Comm. com. électr.* 2003. comm. 35, note Caron ; *JCP E* 2003. 588, note Caron ; *ibid.* 1508, n° 1, obs. Bougerol ; *Légipresse* 2003, n° 202, III, p. 79, note Varet ; *Propr. intell.* 2003, n° 7, p. 159, obs. Lucas ; *RIDA* 2003/2. 279, obs. Kéréver ; Versailles, 13^e ch., 18 nov. 1999, préc. : « *les premiers juges ont parfaitement démontré que le CD-rom ne pouvait être qualifié d'œuvre audiovisuelle ; qu'ils ont notamment relevé que cette qualification ne saisit pas la caractéristique essentielle de l'interactivité (...) qu'en raison de l'inclusion des images dans le logiciel de jeu la partie audiovisuelle de l'œuvre est ainsi devenue secondaire, sinon marginale, et ne saurait donner sa qualification à l'ensemble de l'entreprise* » ; Paris, 4^e ch., 28 avr. 2000, *Havas Interactive c/ Casaril*, *Comm. com. électr.*, sept. 2000, p. 14, obs. Ch. Caron. V. néanmoins A. LATREILLE, « La création multimédia comme œuvre audiovisuelle », n° 2 : « *La création multimédia se situe aux confins de l'audiovisuel, du logiciel, et de l'œuvre littéraire lato sensu. Pourtant, au terme de longues recherches, il nous est apparu que, sauf exception, le rattachement au régime du contrat de production audiovisuelle s'impose. Malgré le risque de dénaturation des catégories existantes, l'approche unitaire a le mérite de la simplicité et de la sécurité : elle limite les incertitudes tant pour les producteurs que pour les créateurs* ».

⁹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, n° 07-20.387, FS-P+B+R+I, *Lefranc c/ Sté SESAM* (dit *Affaire Cryo*), *JurisData* n° 2009-048920, *D.* 2009. 1819, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2009. 710, obs. F. Pollaud-Dulian ; *ibid.* 2010. 319, chron. P. Gaudrat ; *JCP* 2009, n° 42, 328, note E. Treppoz ; *RIDA* n° 221, 2009/3. 305, note P. Sirinelli.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ TGI Lyon, 3^e ch., 8 sept. 2016, n° 05/08070, *D. IP/IT*, 2017, p. 651, J. Groffe.

263. Œuvre complexe. En définitive, le jeu vidéo est un assemblage et peut être tout à la fois une œuvre logicielle, sonore, visuelle, de collaboration, ou encore composite, sans qu'il soit possible de le ramener à une qualification plutôt qu'une autre. Le jeu vidéo est donc une œuvre complexe ou multimédia constituée autour de plusieurs composantes relevant de qualifications différentes⁹⁸². Pour cette raison, les auteurs peuvent se voir automatiquement dessaisis de leur droit au profit de l'exploitant selon la nature de telle ou telle composante.

264. Contrat complexe. Corrélativement à la qualification d'œuvre complexe, c'est l'exploitation contractuelle du jeu vidéo qui devient complexe. En effet, l'éditeur, tantôt bailleur de fonds, tantôt producteur, tantôt simple exploitant, doit procéder à une analyse profonde de la nature juridique et formelle des composantes de l'œuvre afin de leur appliquer le régime adéquat. Certains auteurs ont le privilège de devoir consentir à la conclusion d'un contrat d'édition, protecteur de leurs intérêts moraux et pécuniaires, d'autres seront automatiquement dessaisis de leur droit. C'est le cas des créateurs de la composante logicielle qui se voient appliquer la règle de transfert issue de l'article L. 113-9 CPI. Les auteurs de composantes artistiques accessoires doivent céder purement et simplement leur droit en vertu de la jurisprudence du 2 juillet 2014 précédemment analysée⁹⁸³. Lorsque l'œuvre est en plus composite, les auteurs initiaux doivent autoriser l'exploitation sans pouvoir bénéficier d'un contrat d'édition⁹⁸⁴. Enfin, l'éditeur peut malgré tout tenter de se prévaloir de la qualification d'œuvre collective pour récupérer *a posteriori* les droits sur l'œuvre complexe. Cette superposition des régimes présente deux écueils. D'une part, le système instaure une inégalité patente entre les différents auteurs en les discriminant selon la nature de leur contribution. D'autre part, il convient de noter la superposition trop importante des systèmes de transfert automatique qui peut rendre le régime très complexe. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le CSPLA avait émis l'idée d'un régime autonome pour le jeu vidéo⁹⁸⁵. Au-delà, l'on soulignera d'autres incidences sur le régime de l'œuvre multimédia. Ainsi, elles peuvent justifier par exemple le recours au forfait dans des hypothèses distinctes et plus variées que celles du droit commun, conformément à l'article L. 132-6 CPI⁹⁸⁶.

Cette complexité déconcertante a de quoi décourager par les coûts de transaction qu'elle impose aux exploitants⁹⁸⁷. Si l'on suit les préconisations du CSPLA, le législateur pourrait créer une règle de cession légale sur le modèle du contrat de production audiovisuelle à la personne qui prend la responsabilité juridique et financière du projet artistique⁹⁸⁸. Le cas échéant, plutôt que de créer un nouveau contrat nommé, cette cession légale pourrait prendre les traits d'un contrat d'édition.

⁹⁸² T. AZZI, « Les créations multimédias (bases de données, jeux vidéos...) », in *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, J.-M. BRUGUIERE (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011, p. 31.

Th. MORISSET, « De quoi le jeu vidéo est-il l'art ? », *Nectart*, vol. 8, n° 1, 2019, p. 38, pour qui « les jeux vidéo ne sont pas un art de l'image » (p. 40) mais « art du geste » ou « la promesse d'une possible interaction » (p. 41) entre l'image et d'autres composantes par le geste du joueur.

⁹⁸³ *Supra* n° 61.

⁹⁸⁴ *Supra* n° 251 et s.

⁹⁸⁵ Avis du CSPLA n° 2005-1, 7 déc. 2005, adopté à la suite du rapport de Monsieur MARTIN-LALANDE, v. P. MARTIN-LALANDE, *Rapport de Mission parlementaire sur le régime juridique du jeu vidéo en droit d'auteur* : AN 30 mai – 30 nov. 2011, p. 29 et s.

⁹⁸⁶ V. Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, n° 00-20.294, *JurisData* n° 2003-017439 ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 35, Ch. Caron ; *Propri. intell.* 2003/2, n° 7, p. 159, obs. P. Sirinelli ; *D.* 2003, p. 1688, note F. Sardain ; *Légipresse* 2003, n° 202, III, p. 79, note M.-A. Gallot Le Lorier et V. Varet. Plus largement, sur les impacts de nature particulière de l'œuvre multimédia sur les contrats d'exploitation, v. J.-L. GOUTAL « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, p. 357.

⁹⁸⁷ Sur ce constat, P. MARTIN-LALANDE, *Rapport de Mission parlementaire sur le régime juridique du jeu vidéo en droit d'auteur* ; v. également CSPLA, *Rapport sur les aspects juridiques des œuvres multimédias*, présidée par V.-L. BENABOU et J. MARTIN, 26 mai 2005, p. 9, et, l'avis du CSPLA n° 2005-1, 7 déc. 2005, adopté à la suite de ce rapport, p. 1.

⁹⁸⁸ P. MARTIN-LALANDE, rapp. préc. p. 6 : « Dès lors que les modalités de reconnaissance de la qualité d'auteur retenues par le Conseil supérieur s'inscrivent dans le cadre des principes généraux de la propriété littéraire et artistique,

iii. Les héritiers de l'auteur

265. Enjeu. Plan. Évidente aujourd'hui, l'application des règles du droit spécial des contrats d'auteur aux héritiers n'était pas acquise. Les termes du débat se présentaient ainsi : fallait-il retenir une lecture stricte des dispositions applicables ou était-il possible de se prévaloir d'une lecture extensive ? Tenant un raisonnement qui sera repris par la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire *Perrier*, la jurisprudence a dans un premier temps refusé d'étendre la protection du droit d'auteur aux héritiers⁹⁸⁹. Finalement, sans jamais se prévaloir d'un attendu de principe, la Cour a validé l'extension aux héritiers des règles impératives du contrat d'édition.

Au rang des successeurs de la personne de l'auteur, se trouvent en premier lieu les héritiers en ligne directe, au profit de qui la possibilité de conclure un contrat d'édition est admise depuis longtemps (α). En raison de spécificités juridiques, la question se pose avec une acuité certaine à l'égard du conjoint survivant (β). Enfin, un sort tout particulier sera réservé à l'hypothèse, dorénavant célèbre, du conflit opposant l'héritier des droits patrimoniaux à l'héritier du droit moral (χ).

α . L'héritier en ligne directe

266. Assimilation pure et simple à l'auteur. En qualité de continuateur légitime, l'héritier en ligne directe recueille le droit d'exploitation en lieu et place de l'auteur et bénéficie d'une protection similaire à celui-ci. Au décès de l'auteur, l'article L. 123-1 CPI lui reconnaît le bénéfice du droit d'exploitation pour les soixante-dix années suivantes.

Tout d'abord, en affirmant qu'en cas de décès de l'auteur, le contrat d'édition prend fin pour la partie de l'œuvre qui n'a pas été achevée, l'article L. 132-17 al. 2 CPI laisse entendre que le contrat d'édition se poursuit en faveur des héritiers pour la partie achevée⁹⁹⁰. Au-delà de l'argument légal, la fiction juridique par laquelle l'héritier « continue » la personne du défunt offre un semblant de cohérence avec la règle *ratione personae* édictée à l'article L. 132-1 CPI. C'est d'ailleurs le sens de la jurisprudence, qui applique à l'héritier l'article L. 132-7 CPI, prévoyant que le consentement au contrat d'édition doit être donné de manière expresse⁹⁹¹. Le cas n'appelle aucun débat doctrinal et la jurisprudence sur ce point est pléthorique.

β . Le conjoint survivant

267. Limitation naturelle de l'usufruit. En vertu des règles de dévolution posées à l'article L. 122-3 CPI, le conjoint survivant peut opter pour le bénéfice d'un usufruit spécial différent de celui qui existe en droit civil⁹⁹². Compte tenu de la nature spéciale de ce droit transmis, la question ne se pose pas en des termes similaires à celui de l'héritier « classique ». La question est de savoir si cet usufruit permet au conjoint de conclure un contrat d'édition. Le principal obstacle à la reconnaissance d'un contrat d'édition réside dans le fait que le conjoint survivant n'est titulaire que d'un usufruit sur le droit d'auteur. Or, les prérogatives du conjoint survivant étant limitées par sa qualité d'usufruitier, ses possibilités de disposer du droit de reproduction paraissent compromises. En d'autres termes, le

l'action envisagée en faveur de la sécurité juridique des investissements porterait essentiellement sur l'attribution des droits patrimoniaux nécessaires à l'investisseur».

⁹⁸⁹ Paris, 10 mai 1973, « Romain Rolland », *JCP G.*, 1973 II 17475, concl. Cabannes.

⁹⁹⁰ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Étude de jurisprudence française, 1927, p. 114.

⁹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, n° 05.19352, *infra* n° 467 et s.

⁹⁹² M. De LOS SANTOS, « Succession et droits d'auteur, particularités civiles et fiscales », *JCPN*, n° 21, 23 Mai 2014, 1204.

conjoint survivant ne serait pas éligible au contrat d'édition, faute de pouvoir disposer du droit d'exploitation⁹⁹³, ce qui minorerait l'intérêt d'un tel usufruit⁹⁹⁴.

268. Extension du principe. Pour le Professeur CARON, « *il faut appliquer au droit de la propriété intellectuelle, et au droit d'auteur en particulier, la solution retenue par un arrêt selon lequel l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres* »⁹⁹⁵. Avec d'autres auteurs⁹⁹⁶, nous nous rallions à cette analyse. Nous ajoutons à cela que le contrat d'édition est un contrat d'exploitation. À cet égard, le contrat d'édition impose à l'éditeur d'*user* des droits d'édition pour réaliser les exemplaires de l'œuvre qui peuvent s'analyser comme étant des fruits⁹⁹⁷. Sur ce constat, on peut considérer que ce contrat relève davantage du droit d'usufruit⁹⁹⁸.

γ. Les conflits entre héritiers

269. Dualité d'hypothèses. Le conflit entre héritiers peut être envisagé de deux manières différentes : il peut soit concerner les rapports entre co-indivisaires du droit d'exploitation (*) ou bien des héritiers titulaires de droits de nature différente, à savoir, d'une part, le titulaire du droit d'exploitation et, d'autre part, le titulaire du droit moral (**).

* Le concours entre héritiers du droit d'exploitation

270. Reprise des règles issues du Code civil. Le droit d'exploitation connaît des règles de dévolution successorale qui ne sont pas différentes de celles des biens meubles corporels « classiques ». Ainsi, en présence de plusieurs héritiers, ceux-ci reçoivent le bien dévolu en indivision, conformément aux articles 815 et suivants du Code civil. Les règles applicables à son exercice contractuel varieront selon la nature juridique attribuée au contrat d'édition. S'il est qualifié d'acte d'administration, seule une majorité des deux tiers est requise par les indivisaires pour conclure un contrat d'édition. Si, au contraire, la qualification d'acte de disposition est attribuée au contrat d'édition, sa conclusion emporte cession des droits patrimoniaux sur une œuvre de l'esprit, et suppose, lorsqu'ils sont plusieurs, l'accord unanime des co-titulaires indivis des droits cédés⁹⁹⁹.

Le contrat d'édition étant classiquement qualifié d'acte de disposition, la règle d'unanimité s'applique entre les indivisaires¹⁰⁰⁰.

⁹⁹³ Ch. CARON, « Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle », *Dr. et Pat.*, mai 2005, n° 137 : « *c'est sur ce modèle (celui de la cession), par exemple, que fonctionne le contrat d'édition. Seulement, la cession peut s'apparenter à un acte de disposition que l'usufruitier ne devrait pas pouvoir réaliser puisqu'il ne dispose pas de l'abusus* ».

⁹⁹⁴ *Ibid.* : « *il serait cependant irréaliste de dénier à l'usufruitier la possibilité de céder ses droits. L'usufruit n'aurait alors que bien peu d'intérêt. En effet, les œuvres sont des biens meubles qui s'exploitent usuellement par des cessions. Il en est d'ailleurs de même pour les valeurs mobilières* ».

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préf. A. LUCAS et F. COLLART DUTILLEUL, PUAM 2006, n° 457.

⁹⁹⁷ *Supra* n° 48.

⁹⁹⁸ C. SIFFREIN-BLANC et G. GIL, « Usufruit – Prérogatives de l'usufruitier – Pouvoir de l'usufruitier » *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 20, n° 100.

⁹⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 45

¹⁰⁰⁰ Paris, 4^e ch., sect. B, 18 janv. 2008, n° 07/10797 : « *Considérant, cela exposé, que les dispositions des articles 815-2 et suivants du Code civil et de l'article 2009 de ce code ne sauraient en l'espèce être invoquées dès lors que la cession de droits d'auteur aux fins d'édition ne constitue pas un acte d'administration mais un acte de disposition ; qu'en outre, l'article L. 113-3 du CPI énonce que "les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord" ; que l'argumentation reposant sur l'existence d'un mandat tacite n'est pas fondée* ».

271. Position du problème. Contrairement aux droits patrimoniaux qui sont transmis en indivision aux héritiers, le droit de divulgation est attribué exclusivement à l'exécuteur testamentaire désigné par l'auteur¹⁰⁰¹. Il dispose alors du droit de divulgation conformément à l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, lorsque les titulaires respectifs des droits patrimoniaux, d'une part, et du droit de divulgation, d'autre part, se trouvent en désaccord, ce problème s'avère difficilement soluble dans les textes du Code civil ou du CPI.

272. Arrêt *Levinas*¹⁰⁰². De loin la plus épineuse, cette hypothèse est désormais appréhendée par la jurisprudence à la suite de l'affaire *Levinas*, qui portait sur l'édition d'une œuvre posthume. Ce sujet n'a, *a priori*, rien d'extraordinaire, tant l'hypothèse de la divulgation *post-mortem* d'une œuvre est fréquente. Toutefois, en l'espèce, Emmanuel Levinas avait confié par voie testamentaire l'exercice du droit de divulgation de ses œuvres posthumes exclusivement à son fils. Ce dernier ayant conclu seul un contrat d'édition, sa sœur lui reprochait, en sa qualité d'indivisaire du droit d'exploitation, d'avoir agi en méconnaissance des droits patrimoniaux qui lui revenaient.

L'héritier indivisaire du droit d'exploitation et investi par stipulations testamentaires du droit de divulgation des œuvres posthumes peut-il conclure un contrat d'édition sans le concours et le consentement de ses co-indivisaires ? Sans la moindre ambiguïté, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative en estimant « *que la cour d'appel a relevé, sans encourir le grief de dénaturation, que par dispositions testamentaires Emmanuel X... avait confié l'exercice de ce droit exclusivement à son fils Michaël, ce dont il résultait que ce dernier était seul habilité à décider de la communication au public des œuvres posthumes de son père, du choix de l'éditeur et des conditions de cette édition* ». La Cour de cassation a conclu à la supériorité du droit moral sur le droit d'exploitation, y compris au moment de conclure un contrat d'édition. La dimension économique qui est conférée à un tel droit ne peut être niée et nous partageons les vues du Professeur CARON en estimant que le droit de divulgation peut être présenté comme le plus patrimonial des droits moraux¹⁰⁰³. Toutefois, cette solution pose un certain nombre de problèmes conceptuels.

273. Critique et proposition. La réponse des hauts magistrats n'est pas à l'abri des reproches. Tout d'abord, d'un point de vue théorique, cette solution contrarie l'approche dualiste propre au droit d'auteur en conférant une dimension patrimoniale au droit de divulgation. Surtout, elle revient à nier les droits indivis des autres héritiers ainsi que leur rôle dans le processus de conclusion du contrat d'édition. Cela est d'autant plus discutable que cette dénégation se fait au profit du droit de divulgation, dont la nature prête encore à débat. Comme l'écrit le Professeur CARON, « *il faudra expliquer précisément*

¹⁰⁰¹ Art. L. 121-2, al. 2, CPI renvoie ainsi aux « *exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur* ». À défaut de désignation, le droit moral et principalement le droit de divulgation des œuvres posthumes est exercé par les descendants, puis par le « *conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage* », puis par « *les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession* », et enfin par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir. En dernier lieu, l'exercice du droit moral sera dévolu au fils naturel de l'auteur dont le lien de filiation a été reconnu par jugement (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 12-12.356 et n° 12-20.507).

¹⁰⁰² Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010, n° 09-65.515, FS-P+B+R+I, 006 JCP G 2010, 439, note Ch. Caron ; D. 2010, p. 1599, note B. Edelman, RLDI 2010/60, n° 1574 obs. L. C. ; JCP E 2010, 1602, note M.-E. Laporte-Legeais, Dr. et pat. 2010, juill., 196. D. Velardocchio, RIDA 2010/2 p. 249, P. Sirinelli.

¹⁰⁰³ Ch. Caron, note préc. : « *Même si la Cour de cassation affirme haut et fort que « le droit de divulguer une œuvre » est un « attribut du droit moral d'auteur », il n'en demeure pas moins que le droit de divulgation semble remplir une mission au croisement du droit moral et du droit patrimonial qui n'est pas sans évoquer l'approche moniste allemande (V. d'ailleurs, dans ce sens, à propos du droit de divulgation, l'affaire Cosima Wagner, Bundesgerichtshof, 26 nov. 1954 : GRUR 1955, p. 201). D'ailleurs, la jurisprudence française n'est pas dupe de cette fusion entre l'extrapatrimonial et le patrimonial (V. Paris, 25 janv. 1968 : RIDA juill. 1968, p. 174, qui évoque une "prérogative morale de l'auteur mettant en œuvre des droits patrimoniaux". V. aussi, Paris, 17 févr. 1988 : RIDA 1989/04, n° 142, p. 325, qui évoque "les droits patrimoniaux de reproduction et de divulgation" ».*

comment un éditeur, qui ne contracte qu'avec le titulaire du droit de divulgation et d'une partie des droits patrimoniaux détenus en indivision, se trouve finalement valablement investi de l'ensemble des droits d'exploitation »¹⁰⁰⁴.

Sans doute est-il préférable d'appliquer les règles classiques de l'indivision à la conclusion d'un contrat d'édition et de laisser l'exercice du droit de divulgation à son titulaire. Ainsi, le titulaire du droit patrimonial est seul habilité à contracter un contrat d'édition, sous réserve de l'accord de l'héritier du droit moral. En cas de désaccord entre les héritiers, peut-être serait-il intéressant de proposer une solution intermédiaire consistant à imposer à l'indivisaire qui refuse de divulguer l'œuvre, de présenter une motivation à sa décision. En cas de motif insatisfaisant, celui-ci pourrait être contesté en justice par les titulaires du droit patrimonial.

b. La portée attachée à la qualité d'auteur cédant

274. Arrêt Perrier et ses suites. La portée attachée à la qualité de l'auteur quant au domaine d'application du contrat d'édition, a été déterminée par l'arrêt *Perrier*. Pour mémoire, la Cour de cassation a estimé « *que 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* »¹⁰⁰⁵. La jurisprudence *Perrier* est maintenue et réitérée à plusieurs reprises par les juridictions du fond comme par la Cour de cassation.

Pour cantonner les effets de la décision, certains auteurs n'ont pas manqué de souligner qu'elle a été rendue au détriment d'une agence de publicité. Elle ne vaudrait donc que pour cette branche du secteur audiovisuel. L'argument est recevable mais ne prend pas en compte le fait que la Cour de cassation, alors même qu'elle n'y était pas contrainte, compte tenu de la nature du litige, a souhaité répondre par une solution de principe. De plus, cette solution a été réitérée par un arrêt du 8 juin 1999¹⁰⁰⁶, puis par un arrêt du 5 novembre 2002¹⁰⁰⁷.

Bien que ces différents arrêts portent sur l'applicabilité du seul article L. 131-3 CPI, la position a été reconduite à l'endroit des dispositions très spéciales régissant les contrats nommés du droit d'auteur¹⁰⁰⁸, notamment en matière de rémunération proportionnelle par un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 16 janvier 2004¹⁰⁰⁹. Un autre arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en date du 28 mai 2010 peut également être cité. En l'espèce, un compositeur avait lui-même produit ses compositions. Cherchant à diffuser commercialement son œuvre, il avait sollicité un exploitant avec lequel il avait conclu une licence d'exploitation. Constatant que le régime du contrat d'édition lui était bien plus favorable, il a décidé d'agir en justice aux fins de voir son contrat requalifié. Sa demande a été rejetée au motif « *que le contrat, qui fut signé par Monsieur GAULA, sous son pseudonyme Dominic Mario, en sa qualité de "producteur", la société PHOENIX RECORDS étant elle-même désignée comme le "licencié"* »¹⁰¹⁰. Ainsi, un

¹⁰⁰⁴ C. Caron, *ibid.*

¹⁰⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1993, n° 91-11.241, *Sté Sogec Marketing c/ Sté générale des grandes sources d'eaux minérales françaises*, *JurisData* n° 1993-002380 ; D. 1994, p. 166, note P.-Y. Gautier ; RTD com. 1994, p. 272, obs. A. Françon ; *GAPI*, préc., n° 64, A ; Maffre Baugé.

¹⁰⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, n° 96-22.536, *Sté Colorado c/ Sté Lee Cooper International*, *Comm. com. électr.*, 1999, comm. 8, C. Caron.

¹⁰⁰⁷ Cass. com. 5 nov. 2002, *Comm. com. électr.* 2003, n° 1, note Caron ; PIBD 2003. III. 160 ; *Propr. ind.* 2002, n° 5, note Kamina ; RDPI 2003, n° 145, p. 48 : « *Mais attendu, d'une part, que 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 les sous-exploitants* ».

¹⁰⁰⁸ S. RAIMOND, th. préc., n° 354, p. 234 : « *Il en résulte que ni le droit commun des contrats d'auteur, ni même les régimes spéciaux, ne doivent pouvoir être invoqués à leur profit [les exploitants], sauf exceptions expressément prévues par la loi* » ; P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 469 : « *Il s'agira en effet à peu près dans tous les cas d'un professionnel commerçant qui n'a guère besoin de ces règles protectrices* » ; B. MONTELS, *Les contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, PUAM, 2001, n° 16, p. 40 ; A. BORIES, « *Le formalisme dans les contrats d'auteur* », *Comm. com. électr.*, n° 9, Septembre 2008, étude 18, n° 22 et s.

¹⁰⁰⁹ Paris, 16 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-234796 ; *Propr. intell.* 2005, p. 63, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.*, 2004, comm. n° 38, p. 23, note Ch. Caron ; *Légipresse*, 2004, n° 217, III, p. 219, note C.-E. Renault.

¹⁰¹⁰ Paris, Pôle 5, 2^e ch., 28 Mai 2010, n° 08/22927 : « *que le contrat, qui fut signé par Monsieur GAULA, sous son pseudonyme Dominic Mario, en sa qualité de "producteur", la société PHOENIX RECORDS étant elle-même*

compositeur qui contracte en usant de sa qualité de producteur ne pourra se prévaloir de la qualification de contrat d'édition, celle-ci étant réservée à l'auteur. Par ces différents aspects, la jurisprudence *Perrier* conduit à limiter drastiquement le champ d'application *ratione personae* du contrat d'édition.

275. Commentaire. Établissant une corrélation évidente entre la qualité d'auteur et la protection du droit d'auteur, la Cour de cassation écarte manifestement du champ de la protection les ayants droit à titre contractuel. Une doctrine estime que, sous couvert d'éviction des cessionnaires, cette jurisprudence réalise un évincement des professionnels de la protection des auteurs¹⁰¹¹. Ramenée au contrat d'édition, la jurisprudence *Perrier* instaure une distinction entre les ayants droit à titre successoral, pouvant toujours solliciter le bénéfice des contrats d'auteur, et les ayants droit à titre contractuel qui, compte tenu de leur qualité de professionnel, sont privés de la protection du droit d'auteur¹⁰¹². Le Professeur BLANC adopte une position plus nuancée. Partant de la définition édictée à l'article L. 132-1 CPI, énonçant que le contrat d'édition peut être conclu par un auteur ou ses ayants droit, elle conclut à l'indifférence de principe de la qualité des parties¹⁰¹³. Toutefois, elle constate que « *la plupart des dispositions ne s'appliquent que lorsque l'auteur est partie à la convention* »¹⁰¹⁴ et conclut que les professionnels qui passent des contrats d'édition ne peuvent pas se prévaloir du régime protecteur édicté par les dispositions spéciales. Il s'agit d'un contrat d'édition, mais privé de son régime juridique protecteur¹⁰¹⁵.

Avant d'envisager plus en détail les moyens permettant d'atténuer la vigueur de la jurisprudence *Perrier*, l'étude du domaine d'application *ratione personae* du contrat d'édition impose au préalable de mesurer l'impact de la révolution numérique sur la qualité des parties.

B. L'ADAPTATION NUMÉRIQUE DE LA QUALITÉ DES PARTIES

276. Plan. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'émergence du numérique n'a pas été d'une influence déterminante sur la façon dont est appréhendé l'auteur (1). En revanche, on s'appesantira un instant sur le cas des plateformes numériques, qui génèrent de plus en plus d'interrogations (2).

désignée comme le "licencié" disposant d'une organisation de distribution de phonogrammes, prévoit en son article 2 que les enregistrements sont réalisés sous la seule responsabilité, à la seule charge et aux frais exclusifs du producteur, lequel possède le droit exclusif d'effectuer l'enregistrement sur phonogrammes et vidéogrammes, et qui s'engage à les fournir au licencié sous la forme d'un matériel d'excellente qualité technique ; que les exigences tenant à la rémunération proportionnelle des auteurs s'imposent au cessionnaire des droits d'auteur mais non pas aux sous-cessionnaires qui n'ont pas de relation directe avec les auteurs ».

¹⁰¹¹ B. MONTELS, « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr.*, n° 6, Juin 2001, chron. 17, n° 17 : « Cette éviction des règles protectrices de l'auteur au détriment de son cessionnaire est au demeurant conforme au courant général de droit des contrats qui aggrave la condition du professionnel. (...) En vertu de l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*, il faut en effet réserver à ces dernières le bénéfice des exceptions au principe de la liberté contractuelle. L'application catégorielle du droit des contrats d'auteur n'est donc qu'une illustration de la prise en compte de la situation des parties admise en droit privé général. Comme l'observe M. Virassamy, l'influence de la qualité de professionnel, par la présomption de compétence qu'elle emporte, est aujourd'hui une réalité incontestable de l'ensemble du droit des contrats ».

¹⁰¹² À rapp. C. CARON, « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Propri. intell.*, 2003/2, n° 7, p. 127, spéc. n° 14, p. 136 qui, après avoir fustigé l'usage *contra legem* des cessions implicites, relève que celui-ci est tolérable lorsque le cédant est un professionnel (« Il est en effet judicieux que le formalisme soit réservé à la protection des faibles. Et il est normal que les dispositions protectrices des auteurs ne bénéficient pas pleinement aux professionnels »).

¹⁰¹³ N. BLANC, th. préc. n° 48, p. 49.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, n° 51, p. 52.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

1. L'influence résiduelle sur la qualification d'auteur

277. Présentation. L'émergence de l'Internet n'a pas réellement remis en cause la façon dont le CPI appréhende la création¹⁰¹⁶. Seuls deux points modifient, à la marge, la manière d'appréhender la situation de l'artiste.

D'une part, les processus de création se veulent sans doute plus concertés sur le web. Se multiplient ainsi les œuvres de collaboration, composites, collectives ou complexes.

D'autre part, Internet est sans doute l'espace par excellence de création des œuvres transformatives ou sous *copyleft*, qui remettent en cause les processus d'exploitation classique comme peut l'être le contrat d'édition¹⁰¹⁷. Au-delà de la question de ces œuvres, les règles de reconnaissance de la qualité d'auteur n'ont pas été ébranlées par l'avènement du numérique. En revanche, le maintien en l'état de ces règles risquerait bien d'ébranler le rapport à l'exploitation contractuelle.

278. Problème du contrat d'édition de « contenus ». La prolifération des créations artistiques sur Internet 2.0 peut conduire paradoxalement à verrouiller le marché de l'édition. Pour nous en convaincre, nous prendrons l'exemple suivant. Un internaute crée une page internet sous une dénomination particulière et selon une « ligne éditoriale » précise et identifiable auprès des autres internautes. Ces derniers, réactifs à la ligne tenue par la page, postent un certain nombre de contributions personnalisées qui révéleraient l'empreinte de leur personnalité. Le succès de la page se faisant ressentir, un exploitant contacte le gestionnaire de la page et lui propose d'exploiter les contributions en les compilant. À défaut de licence globale, la multiplication des contributeurs rendrait délicate toute exploitation, la simple perspective de recueillir au préalable l'accord de chacun d'entre eux découragerait tout exploitant potentiel. En outre, l'éditeur doit être auparavant en mesure de les identifier et même d'en apprécier l'existence. Sur le plan des principes, cette situation n'emporte aucune difficulté. En revanche, sur le plan pratique, l'effervescence d'Internet et la démultiplication des contributeurs peuvent devenir un frein à l'exploitation des créations numériques, le risque de contrefaçon étant lui aussi démultiplié¹⁰¹⁸.

279. Solution radicale et solutions de fortune. La solution la plus radicale consisterait à transférer légalement la titularité des droits d'exploitation au créateur de la page. La simplification des rapports juridiques dans l'espace virtuel passerait alors une fois de plus par la création d'une licence

¹⁰¹⁶ Encore que la digitalisation du processus de création imposerait peut-être une refonte du paradigme de l'appréhension juridique de l'empreinte de la personnalité en droit d'auteur, sur ce point v. M.-Ch. PIATTI « De la main au doigt de l'artiste. Quel impact sur le droit de la propriété intellectuelle ? », *RTD com.* 2016. 253 ; D. BERNHEIM, *La main de l'artiste et le droit*, *Lett. de l'Académie des Beaux-Arts*, n° 64, 2011, p. 22. Il serait néanmoins logique que reconnaisse l'empreinte de la personnalité au « clicteur ». En ce sens, à l'occasion des affaires *Guino* (Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1973, 71-14.469, B) et *Salinas* (Paris, 4^e ch. sect. A, 6 avr. 2005, *Éditions Cercle d'Art et M. Salinas c/ Danner, Lévy et Picasso*, inédit, *RTD com.* 2005, p. 489, note F. Pollaud-Dulian), la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris ont pu considérer que « l'œuvre réalisée selon les instructions ou sous le contrôle de l'artiste est assimilée à l'œuvre de sa main ».

¹⁰¹⁷ *Supra* n° 205-206.

¹⁰¹⁸ D. OLIVENNES *Rapport sur Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, remis le 23 novembre 2007 au ministre de l'Économie qui déboucha sur la loi dite « HADOPI » (loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet) ; Union des fabricants (Unifab) *Rapport sur l'impact de la contrefaçon vu par les entreprises en France*, remis le 13 avril 2010, à la ministre de l'Économie : « le vote des lois Hadopi et la mise en œuvre des accord de l'Élysée suite au rapport Olivennes pourraient contribuer à mettre un coup d'arrêt à l'explosion du téléchargement illégal, mais ne pourront endiguer le développement des multiples formes de pirateries sur internet, en constante évolution », *RLDI*, mai 2010, n° 60, comm. L. COSTES ; A. BENSAMOUN « Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne » *D. IP/IT* 2016. 182 ; F.-G. LASSEMBLÉE-LÉON, A. MARIE, « La contrefaçon sur internet : nouvelles difficultés, nouveaux enjeux », *AJ pénal*, 2012, p. 263 ; L.-M. AUGAGNEUR « Vers des nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique », *RTD com.* 2015, p. 455 qui parle de la « puissance de multitude » et de « l'économie de la contribution ».

légale¹⁰¹⁹. Les propriétaires des noms de domaine se verraient attribuer le droit d'exploiter, selon une règle d'attribution variable : soit en pleine titularité, ce qui exproprierait définitivement les créateurs de leur droit – sur le modèle de ce qui existe en matière de logiciel¹⁰²⁰ –, soit en autorisant seulement le propriétaire du nom de domaine à réaliser des exploitations sur les contributions, tout en laissant l'auteur propriétaire de sa contribution. Cette solution a le mérite de la simplicité juridique. Néanmoins, elle ferait débat, compte tenu de la négation des droits de l'auteur qu'elle implique.

La deuxième solution serait de recourir à la notion d'œuvre collective pour transférer *ipso jure* le droit d'exploitation au propriétaire du nom de domaine¹⁰²¹. Cela s'avérerait toutefois risqué, compte tenu de la définition sans doute trop étreinte de l'article L. 113-5 CPI, qui supposerait que le titulaire du nom de domaine ait pris l'initiative des diverses créations, ce qui semble douteux dans notre cas. L'œuvre collective étant dérogoire par nature, une extension inconsidérée de son champ d'application nuirait à l'équilibre du droit d'auteur.

La dernière solution, la plus respectueuse du droit d'auteur en l'état actuel, serait de prévoir une stipulation particulière au sein des conditions générales d'usage. De la sorte, les contributeurs s'engageraient à transférer leur droit d'exploitation au créateur de la page ou au propriétaire du nom de domaine. Certains réseaux sociaux, tels que Facebook ou Twitter¹⁰²², prévoient d'ores et déjà de telles stipulations dans les conditions d'usage. Cette solution poserait néanmoins la question du transfert *a posteriori*, toutes les fois où le propriétaire de la page n'a pas pris le soin *ab initio* de prévoir une telle stipulation dans ses conditions d'utilisation. En attendant que le temps et l'expérience résorbent de tels risques, les détenteurs de pages n'ayant pas pris le soin de stipuler des clauses de transfert dans leur condition générale ne pourront pas exploiter les contributions présentes sur leur page.

Quelle que soit la solution retenue, celle-ci pose des difficultés quant à l'établissement du champ d'application *ratione personae* du contrat d'édition. Le contractant de l'exploitant n'étant plus l'auteur lui-même mais un tiers, on retomberait inexorablement sur la contrariété énoncée par l'article L. 132-1 CPI et sur la jurisprudence *Perrier* pointée ci-dessus¹⁰²³.

2. L'influence potentielle sur la qualification d'éditeur

280. Présentation. Plan. La situation juridique des éditeurs appelle plus de développements. En effet, la dématérialisation de l'exploitation a sans doute modifié notre rapport à l'édition et, de fait, notre rapport aux contrats d'auteur.

Ce constat suppose un surcroît de vigilance à propos des différentes plateformes qui prennent part, de près ou de loin, à la diffusion des œuvres. Il en va ainsi des hébergeurs, tels Youtube ou Dailymotion. D'autres plateformes dites « d'autoédition » ou encore des plateformes de *crowdfunding*, à l'instar de KissKissBankBank, dépassent leur rôle de financement et imposent que l'œuvre créée soit commercialisée via leur plateforme. La question est donc la suivante : lorsqu'un auteur, souhaitant diffuser son œuvre auprès du public, conclut un contrat de prestation avec l'une de ces plateformes, l'appellation de prestataire de cette dernière ne cacherait-elle pas un comportement d'éditeur ? Partant, la convention conclue ne devrait-elle pas être requalifiée en contrat d'édition ?

À partir d'une analyse des comportements réels de ces divers intervenants, il paraît parfois vraisemblable de voir en eux de véritables éditeurs et de soumettre ainsi à la qualification de contrat d'édition certaines situations jusqu'à présent réputées *sui generis* (b). Au préalable, il faut déterminer une méthode de qualification qui prenne en compte les spécificités de l'exploitation numérique, notamment au regard du comportement du cocontractant de l'auteur (a).

¹⁰¹⁹ J. HUET, « Le beurre et l'argent du beurre », *D.*, 2009, p. 2939.

¹⁰²⁰ *Supra* n° 208

¹⁰²¹ *Supra* n° 202

¹⁰²² Pour une présentation de clauses reportées dans les conditions générales d'utilisation de ces réseaux sociaux, voir V. FACHOUX, P. DEPRESZ, J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 20 et 21, p. 16.

¹⁰²³ *Supra* n° 273.

a. *Méthode de qualification du contrat d'édition numérique au regard du comportement du cocontractant de l'auteur*

281. Position du problème : validité fonctionnelle et contrariété substantielle. Les intermédiaires du numérique sont difficiles à appréhender juridiquement¹⁰²⁴. Tantôt se prévalant du « principe de neutralité d'internet », tantôt revendiquant des droits de concession en vertu de leur qualité de prestataire contractuel, ces acteurs redoublent d'ingéniosité et adoptent des postures à la lisière de la légalité pour bénéficier d'un régime le plus protecteur possible¹⁰²⁵. Le Professeur SUPIOT soulignait déjà en 2000 les travers de la vie en réseau et blâmait le comportement de nouveaux acteurs qui, au moins formellement, respectaient les règles élémentaires du droit des contrats mais s'affranchissaient substantiellement des contraintes légales¹⁰²⁶. Dans cet esprit, on notera l'effort législatif de moralisation des plateformes afin de leur imposer une « obligation de loyauté » à l'égard des consommateurs depuis la loi du 7 octobre 2016¹⁰²⁷. Cet effort doit être poursuivi dans le domaine des contrats d'auteur.

Comme déjà énoncé, la qualité d'éditeur est attachée exclusivement à la conclusion d'un contrat d'édition. Pour être qualifié de la sorte, le contrat doit remplir les modalités de l'exploitation éditoriale. Il doit d'une part permettre de réaliser des exemplaires en nombre diffusés au public¹⁰²⁸ et doit, d'autre part, s'inscrire dans un modèle commercial qui implique une intention pour l'éditeur de réaliser des profits¹⁰²⁹. Si l'éditeur agit de façon purement désintéressée, rappelons que la qualification du contrat d'édition doit être rejetée¹⁰³⁰. Dès lors, si l'auteur est partie à une convention dont les effets relèvent de la fonction d'exploitation d'une œuvre¹⁰³¹, la dénomination de plateforme numérique ne saurait suffire à évincer la qualification de contrat d'édition. Au contraire, on sera invité à examiner avec un surcroît d'attention la teneur des stipulations contractuelles qui seraient soumises au régime du contrat d'édition. Pour autant, la démarche adoptée ne doit pas conduire à la qualification systématique de contrat d'édition. Le simple fait de tenir un site sur lequel sont commercialisées des œuvres ne devrait pas conduire de plein droit à la qualification d'édition. Une distinction doit être établie entre ce qui relève

¹⁰²⁴ Conseil d'État *Rapport Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998, spéc. p. 174 s. ; M. VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet » *JCP G*, 10 Nov. 1999, n° 45, doctr. 180

¹⁰²⁵ F. TERRÉ « Être ou ne pas être... responsable. À propos des prestataires de service par Internet », *JCP G*, 24 Oct. 2011, n° 43-44, p. 1175. J. LARRIEU : « *Ce statut d'hébergeur est tellement favorable que beaucoup d'opérateurs techniques de l'Internet en revendiquent le bénéfice, que ce soit les plateformes de ventes aux enchères (Paris, 9 nov. 2007, RG n° 06/16286, eBay, JurisData n° 2007-350066), les moteurs de recherche (Cass. com., 20 mai 2008, n° 06-15.136, Google c/ CNNRH, JurisData n° 2008-043991), les sites sociaux ou les sites de partage (J. Larrien, Ch. Le Stanc, P. Tréfigny, Droit du numérique : D. 2009, p. 1998) », *Propri. ind.* n° 4, avr. 2010, comm. 25, sous arrêt Paris, pôle 5, ch. 1, n° 07/20549, 23 sept. 2009, *SEDO GMBH c/ INPI, JurisData n° 2009-016310*.*

¹⁰²⁶ A. SUPIOT, *La contractualisation de la Société*, in *Université de tous les savoirs - Qu'est-ce que l'homme ?*, vol. 2, Odile Jacob, 2000, p. 166 : « *Le trait commun de tous ces avatars du contrat est d'inscrire des personnes (physiques ou morales, publiques ou privées) dans l'aire d'exercice du pouvoir d'autrui, sans porter atteinte, au moins formellement, aux principes de liberté ou d'égalité... Loin de désigner la victoire du contrat sur la loi, la « contractualisation de la Société » est bien plutôt le symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat et de la réactivation des manières féodales de tisser le lien social. Mieux vaut prendre acte de cette reféodalisation et s'efforcer de la maîtriser plutôt que de la nier... ».* Sur les rapports qu'entretiennent le contrat, la neutralité d'Internet et la responsabilité, v. A. TOURETTE, *Responsabilité civile et neutralité de l'internet. Essai de conciliation*. Droit. Univ. Nice Sophia Antipolis, 2015, n° 474 et s. ; P. SIRINELLI, « *L'apport de la future loi dans la confiance dans l'économie numérique et le contrôle de l'utilisation des œuvres sur les réseaux* », *RIPLA*, 2005.

¹⁰²⁷ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (1), v. J. ROCHFELD et C. ZOLYNSKI, « La "loyauté" des "plateformes". Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *D. IP/IT* 2016, p. 520 ; C. ZOLYNSKI et C. BERTHET, « *Quelle loyauté pour les plateformes numériques ?* », *JAC* 2016, n° 36, p. 14.

¹⁰²⁸ *Supra* n° 51-54.

¹⁰²⁹ *Supra* n° 55-59.

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *Supra* n° 50-54.

de l'édition et ce qui relève de la simple « *place commerciale virtuelle* »¹⁰³². Pour ces raisons, une analyse *in concreto* qui s'appuie sur le comportement effectif de ces exploitants est préférable afin d'identifier les deux conditions de l'exploitation éditoriale : la diffusion de l'œuvre auprès du public sous la forme d'exemplaire et sa dimension lucrative.

282. Critère de la maîtrise des éléments de communication au public. Lorsqu'une convention numérique est conclue, le premier critère applicable pour qu'elle soit qualifiée de contrat d'édition n'est autre que la diffusion d'exemplaires de l'œuvre auprès du public¹⁰³³. En somme, le prestataire numérique doit prendre en charge la communication de l'œuvre au public. Ce critère se heurte pourtant à une conception très « collaborative » de la communication des œuvres sur la toile. En effet, les prestataires de service de contenus observent en règle générale une position neutre et laissent les internautes gérer la publication des contenus. Dans le domaine voisin de la responsabilité, le cas d'école est celui de Youtube, eBay, Dailymotion. Avant que la directive « marché unique numérique » ne remette en cause les rouages du mécanisme, ces entités faisaient valoir la neutralité de leur comportement pour bénéficier du régime très protecteur des hébergeurs techniques¹⁰³⁴. Aussi, les prestataires de contenus, alors qu'ils seraient tenus contractuellement, peuvent toujours faire valoir la neutralité de leur comportement pour échapper cette fois-ci à la qualification de contrat d'édition.

Néanmoins, un arrêt rendu par la Cour de cassation, en 1984, semble exploitable : il s'agit de l'arrêt *Ranou-Graphie*¹⁰³⁵. Dans cette affaire, un commerçant mettait à la disposition de ses clients une photocopieuse. À la suite de photocopies donnant lieu à contrefaçon, une action en justice a été menée contre le commerçant, qui s'est défendu en estimant qu'il s'était contenté de mettre à disposition une photocopieuse sans réaliser lui-même les photocopies litigieuses. La Cour de cassation a considéré que le « copiste », étymologiquement la personne qui effectue la reproduction, n'est pas le client qui fait des photocopies mais la personne physique ou morale qui détient le matériel de reproduction¹⁰³⁶. En conséquence de quoi elle a estimé que le commerçant, qui laisse faire sur ses appareils des photocopies d'œuvres protégées par un droit d'auteur en un nombre d'exemplaires qui permettent de penser qu'ils ne sont pas destinés à un usage privé, est complice de contrefaçon¹⁰³⁷.

Revenons maintenant au domaine numérique et contractuel. Sur la base de ce raisonnement, on peut considérer que l'entité qui réalise la communication de l'œuvre n'est pas l'auteur mais le prestataire qui permet de charger l'œuvre sur les réseaux. Rappelons à cet effet que la nouvelle directive sur le marché unique numérique se donne pour objectif de réglementer par le droit d'auteur le

¹⁰³² M. VIVANT, A. ROBIN, « Places commerciales virtuelles » *J.-Cl. Commercial*, n° 825.

¹⁰³³ *Supra* n° 60-65.

¹⁰³⁴ Affaires *Dailymotion, Fuzze et Amen*, Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896, *Sté Nord-Ouest et a. c/ Sté Dailymotion*, *JurisData* n° 2011-001684 ; Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-13.202, *M. c/ Sté Bloobox-net (site Fuzze)*, *JurisData* n° 2011-001674 ; Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-15.857, *Sté Agence des médias numériques (Amen) c/ K.*, *JurisData* n° 2011-001675 ; Commentaire d'arrêts groupés *in Comm. com. électr.*, 2011, comm. 32, note Ch. Caron ; *Resp. civ. et ass.* n° 6, Juin 2011, étude 8, L. Marino – Commentaire de l'arrêt *Dailymotion : Propr. intell.* 2011, n° 39, p. 197, note A. Lucas ; *JCP G* 2011, 520, A. Debet ; *D.* 2011, p. 1113, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/69, n° 2258, note C. Castets-Renard ; *D. Actu.*, 25 fév. 2011, obs. C. Manara ; *D.* 2011, p. 1113, obs. C. Manara ; *D.* 2011, p. 2164, obs. P. Sirinelli ; *D.* 2011, p. 2363, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *RTD com.* 2011. 351, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁰³⁵ Cass. 1^{re} civ. 7 mars 1984 *Ranou-Graphie* *JCP G*, 1985, II p. 20351, note R. Plaisant.

¹⁰³⁶ Arrêt préc : « *Le copiste au sens de l'article [L.122-5], est celui qui, détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la confection de photocopies, exploite ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients. Se rend coupable de contrefaçon une officine de photocopie, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du fait que le client procédait suivant la technique du libre-service, dès lors qu'elle a tiré de l'opération un bénéfice analogue à celui d'un éditeur, et ne peut se prévaloir de l'exception apportée par l'article [L.122-5] au monopole d'exploitation accordé par la loi à l'auteur et, par suite, à l'éditeur régulièrement cessionnaire des droits de celui-ci* » ; v. également Paris 4^e ch. 25 juin 1997, *CFC c/ Reprint*, *D. Aff.*, 1997 n° 29 chron. 936.

¹⁰³⁷ T. com. Paris 20 oct. 1980 *Ranou-Graphie c/ Bordas*, *D.* 1982 somm. p. 42 ; Paris 4^e ch. 8 oct. 1982, *RIDA* n° 115, 1983/1, p. 138 ; Cass. 1^{re} civ. 7 mars 1984 *JCP G* 1985, II, 20351 note R. Plaisant.

« téléversement » des œuvres sur des plateformes diverses réalisé par les internautes¹⁰³⁸. Lorsque ce téléversement intervient à la suite d'un contrat de « licence » conclu entre l'auteur d'une œuvre et Youtube, ne pourrait-on pas considérer que c'est le prestataire qui maîtrise la communication de l'œuvre ? Le cas échéant, le premier critère d'élection du contrat d'édition pourra être caractérisé.

283. Critère de la rémunération du contractant de l'auteur. Au moment de dresser un tableau fonctionnel du contrat d'édition, la dimension commerciale de l'opération s'est révélée déterminante quant à l'identification d'un contrat d'édition, et ce, peu importe le modèle économique suivi¹⁰³⁹. Dans cette optique, toutes les fois où l'exploitant bénéficiera d'une rémunération en corrélation avec la consultation de l'œuvre, la qualification de contrat d'édition pourrait être recherchée. Cette rémunération doit s'apprécier de la façon la plus large. Elle peut être directe – rémunération directe du public – ou indirecte – rémunération par la publicité, en monnaie, en crypto-monnaie ou même en données personnelles...

284. Conclusion : le contrat d'édition de contenus numériques. Ainsi, lorsqu'un contrat est conclu entre un créateur et une plateforme numérique qui propose des services en lien avec la communication d'une œuvre, la maîtrise dont la plateforme dispose sur les moyens de diffusion et sa propension à se faire rémunérer en fonction de la diffusion de ladite œuvre sont autant d'éléments propres à établir la qualification de contrat d'édition. Dès lors, le contrat en question, supposé de prestation ou d'hébergement, pourra être requalifié en contrat d'édition de contenus.

b. L'application de la méthode de qualification

285. Plan. Parmi la multitude d'intervenants pouvant faire l'objet de développements, seulement deux retiendront notre attention, ceci bien que notre méthode puisse être reconduite à propos d'autres : d'une part, les plateformes d'autoédition (i) et, d'autre part, les plateformes de *crowdfunding* (ii). Depuis la directive marché unique numérique, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ont l'obligation d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour communiquer les œuvres au public¹⁰⁴⁰. Aussi, les plateformes comme Youtube ne peuvent plus bénéficier de la responsabilité alléguée des hébergeurs techniques et doivent, si elles souhaitent échapper à des actions en contrefaçon, conclure de véritables contrats d'auteur¹⁰⁴¹. Potentiellement ces contrats pourront se voir appliquer le standard

¹⁰³⁸ Considérant n° 3 Dir. préc. : « Afin de réaliser un marché performant et équitable pour le droit d'auteur, il devrait également exister des règles sur les droits dans les publications, sur l'utilisation des œuvres ou autres objets protégés par les prestataires de services en ligne qui stockent et donnent accès à des contenus téléversés par leurs utilisateurs, sur la transparence des contrats d'auteurs et d'artistes interprètes ou exécutants, et sur la rémunération de ces auteurs et artistes interprètes ou exécutants, de même qu'il devrait exister un mécanisme de révocation des droits que les auteurs et artistes interprètes ou exécutants ont transférés sur une base exclusive ».

¹⁰³⁹ *Supra* n° 58.

¹⁰⁴⁰ Art. 17 § 1, dir. 2019/790 : « Les États membres prévoient qu'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne effectue un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public aux fins de la présente directive lorsqu'il donne au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs. Un fournisseur de services de partage de contenus en ligne doit dès lors obtenir une autorisation des titulaires de droits visés à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE, par exemple en concluant un accord de licence, afin de communiquer au public ou de mettre à la disposition du public des œuvres ou autres objets protégés ».

¹⁰⁴¹ P. SIRINELLI, « Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne » D. IP/IT 2019, p. 288 : « Au prétexte d'un prétendu « rôle passif » (critère de qualification de l'activité), les plateformes revendiquent le bénéfice de ces dispositions dont l'application les dispense de toute recherche d'accord avec les ayants droit et les soustrait de tout grief de contrefaçon dès lors qu'elles se seront montrées promptement réactives après que la présence d'un contenu illicite leur aura été signalée (le plus souvent via une notification). Les plateformes ne sont pas tenues de surveiller les contenus stockés. Ni d'éviter qu'un contenu illicite réapparaisse après un premier retrait puisque la pratique américaine du « take down, stay down » n'a pas été reconnue comme s'imposant à elles par la Cour de cassation française. (...) Cette situation paraissait d'autant plus choquante que, sur un plan purement juridique, les plateformes ne devraient pas pouvoir bénéficier du régime des hébergeurs dans la mesure où les activités qu'elles déploient font sérieusement douter de l'existence d'un rôle purement passif qui en commande le bénéfice. L'objectif de l'article 17 est justement de faire

proposé. Mais, au regard de la jeunesse des dispositions et des nombreuses inconnues qu'elles recèlent – notamment quant à la nature et au contenu des accords qui seront mis en place –, le point ne fera pas l'objet de plus de développements.

i. Les plateformes d'autoédition

286. Définition. Les plateformes d'autoédition se présentent comme exerçant des fonctions supports à la diffusion des œuvres en mettant à disposition des auteurs des « stands » numériques¹⁰⁴². L'opération vise ainsi à permettre à des artistes de diffuser leurs œuvres, notamment sous forme d'exemplaires, sans passer par le processus éditorial classique. En profitant des réseaux numériques, l'auteur s'assurerait seul de la diffusion de son œuvre. L'idée sous-jacente à l'autoédition numérique est que la plateforme se contente d'une prestation neutre – la mise à disposition d'un stand numérique –, ce qui la mettrait hors-champ du CPI¹⁰⁴³.

Toutefois, sur le modèle de la jurisprudence *eBay* et conformément à l'esprit finaliste qui irrigue la solution énoncée, un examen scrupuleux du comportement de la plateforme et des stipulations contractuelles permettrait, le cas échéant, d'adhérer à la qualification d'éditeur.

287. Différentes hypothèses. Qu'il s'agisse du domaine du livre, du jeu vidéo ou, dans une mesure moindre, du cinéma, les plateformes d'autoédition présentent des modalités contractuelles très variées. Seule une mise en pratique des conditions générales des plateformes d'utilisation donne des indications sur le comportement adopté par ces dernières.

À titre d'exemple, le système proposé par Amazon repose sur un mode de rémunération faisant bénéficier les auteurs d'un pourcentage sur le prix de vente hors taxes¹⁰⁴⁴. Ce régime autorise-t-il une requalification de l'opération en un contrat d'édition ? À tout le moins, un rapprochement est permis. À notre connaissance, aucune jurisprudence ne confirme cette vue, mais le fait de permettre à ces plateformes de se soustraire aussi facilement au régime du contrat d'édition tout en bénéficiant des avantages d'un tel contrat serait pour le moins discutable.

Que penser, par ailleurs, des plateformes qui mettent gratuitement à la disposition des internautes des logiciels de réalisation de jeux-vidéo, à la condition que les éventuelles créations soient commercialisées exclusivement sur leur site de vente en ligne, leur permettant par la même de prélever une rémunération qui devient ainsi proportionnelle au produit d'exploitation ? Dans cette hypothèse, la qualification de contrat d'édition doit s'imposer. Les exemples sont multiples. En définitive, lorsque les grandes fonctions du contrat d'édition – diffusion de l'œuvre et rémunération en lien avec l'œuvre – sont respectées, la qualification devra s'imposer.

proclamer l'opposabilité des droits de propriété littéraire et artistique à certains fournisseurs de services de partage de contenu en ligne » ; P. SIRINELLI, « Premières vues sur la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique », *D. IP/IT* 2019, p. 279 ; F. POLLAUD-DULIAN « Le droit d'auteur et les droits voisins en demi-teinte dans le marché numérique », *RTD com.* 2019, p. 648.

¹⁰⁴² À propos des différentes questions soulevées par l'émergence de ces plateformes, v. N. de ROQUEFEUIL, « Remous juridiques autour de l'édition électronique », *Gaz. Pal.* 17 juill. 2001, p. 7

¹⁰⁴³ A. ENTRAYGUES, J. CROUZET, « Le big bang du livre numérique », *RLDI*, n° 112, fév. 2015, p. 46 : « Selon le Code de la propriété intellectuelle, l'éditeur est celui qui se voit céder par l'auteur le droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre ou de la réaliser sous une forme numérique, avec l'obligation corrélatrice d'en assurer la publication et la diffusion. Or, le programme "Kindle Direct Publishing" propose une plate-forme d'autoédition pour les internautes mettant en ligne leur propre texte. Dès lors, le contrat conclu par l'auteur est beaucoup plus libre, souple et précaire qu'un contrat d'édition puisqu'il est à la fois non exclusif, librement révoquant et dépourvu d'obligation corrélatrice de distribuer ou de promouvoir ».

¹⁰⁴⁴ Si le consommateur opte pour un compte « lecture-illimitée » (qui permet d'avoir accès à toutes les œuvres présentes sur la plateforme), les auteurs seront éligibles au paiement d'une redevance à condition que l'abonné ait choisi le livre pour la première fois et qu'il en ait lu plus de 10 %. À ces deux conditions, l'auteur percevra un pourcentage du fonds monétaire créé par Amazon.

ii. Les plateformes de *crowdfunding*

288. Définition. Le *crowdfunding* est une technique de financement issue de l'Internet 2.0 et du renouveau conceptuel qui s'en est suivi¹⁰⁴⁵. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une technique de mutualisation du financement¹⁰⁴⁶ caractérisée par sa souplesse et son adaptabilité à la vie en réseau¹⁰⁴⁷. Après quelques hésitations, le législateur s'est finalement résigné à donner corps et régime à ces opérations d'un genre nouveau. Du point de vue juridique, il est de coutume de considérer que l'enjeu majeur soulevé par cette technique est d'ordre monétaire et financier. Finalement, l'opération est définie à l'article L. 548-1 al. 1 du Code monétaire et financier comme étant « *l'intermédiation en financement participatif [qui] consiste à mettre en relation, au moyen d'un site internet, les porteurs d'un projet déterminé et les personnes finançant ce projet* », ceci selon des modalités prédéfinies et arrêtées aux alinéas suivants de l'article. Alors même que cette technique de financement porte fréquemment sur des projets à caractère artistique, cet aspect est totalement occulté par les auteurs et le législateur. Pourtant les rapports entre l'auteur et la plateforme ne se limitent pas nécessairement à ce rapport d'intermédiation financière.

Cette technique de financement est largement utilisée dans le domaine de l'industrie culturelle¹⁰⁴⁸. Peut-on aller jusqu'à admettre que les plateformes puissent être qualifiées d'éditeur au sens du droit de la propriété intellectuelle ? La question est légitime dès lors que les plateformes assurent la diffusion numérique du projet ainsi que la diffusion d'exemplaires dans les conditions déjà énoncées.

289. Respect des conditions du contrat d'édition. Comme les Professeurs Nathalie MARTIAL-BRAZ et Philippe DIDIER le relèvent à propos du *crowdfunding*, « *dès lors qu'il est admis que les plateformes peuvent recevoir cette qualification d'éditeur, il convient de s'assurer du respect des nombreuses conditions légales qui encadrent ce contrat aux articles L. 132-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. Ainsi qu'il a été dit précédemment, il conviendrait de réaliser un examen scrupuleux de l'ensemble des CGU des plateformes de crowdfunding pour s'assurer du respect des conditions de fond et de forme* »¹⁰⁴⁹. Là encore, il apparaît nécessaire de mettre en perspective le contenu du contrat conclu avec le comportement de la plateforme et, le cas échéant, de qualifier l'opération de contrat d'édition. Plusieurs clauses attireront l'attention comme celles prévoyant une exclusivité dans la distribution¹⁰⁵⁰, une rémunération proportionnelle et partagée entre les parties prenantes à l'opération ou encore la place occupée par la plateforme au moment de la communication de l'œuvre au public. Dans leur mise en œuvre, ces différentes clauses pourraient bien révéler une fois de plus les grandes fonctions du contrat d'édition, à savoir la diffusion de l'œuvre et la rémunération en lien avec l'œuvre.

§ 2. L'EXTENSION DU DOMAINE D'APPLICATION RATIONE PERSONAE DU CONTRAT D'ÉDITION

290. Plan. Après avoir pointé les contradictions juridiques issues des évolutions socio-économiques (A), on militera pour une expansion *ratione materiae* du domaine d'élection du contrat d'édition (B).

¹⁰⁴⁵ V. N. MARTIAL-BRAZ, « De quoi l'« ubérisation » est-elle le nom ? », *D. IP/IT* 2017, p. 133.

¹⁰⁴⁶ D. LEGAIS, « *Crowdfunding* », *RTD com.* 2014, p. 672 ; C. DELZANNO, « La foule au secours du financement », *Dr. et patr.*, avr. 2014, p. 6 ; V. RICORDEAU, *Crowdfunding*, éd. Fyp., coll. Stimulo juin 2013

¹⁰⁴⁷ F. MAYAUX, « Financement - Financement participatif - Pourquoi choisir une plateforme privative ? », *JAC*, 2018, n° 573, p. 43.

¹⁰⁴⁸ R. FIEVET, « La culture, terreau du crowdfunding », *JAC*, 2014, n° 16, p. 29 ; *Baromètre 2016 du Crowdfunding en France*.

¹⁰⁴⁹ Ph. DIDIER et N. MARTIAL-BRAZ, « Certitudes et incertitudes en matière de *crowdfunding* », *D.*, 2016, p. 267 n° 15.

¹⁰⁵⁰ Voir par exemple l'article 4 du contrat proposé par *kisskissbankbank*.

A. LES ÉVOLUTIONS SOCIO-ÉCONOMIQUES

291. Plan. Centré sur les parties, le paradigme qui domine la qualification juridique des contrats d'auteur peut être qualifié de microjuridique ou microcontractuel (1). Compte tenu de certaines incohérences de régime et de l'évolution de l'industrie culturelle, nous souhaitons lui substituer un paradigme macrojuridique – ou macrocontractuel –, plus en phase avec l'organisation de l'industrie de la culture¹⁰⁵¹ (2).

1. Le paradigme constaté : l'approche microcontractuelle

292. Approche recentrée du contrat. L'approche microcontractuelle consiste à analyser les contrats un à un, abstraction faite des rapports économiques qu'ils peuvent entretenir entre eux. Pour les besoins de notre étude, nous partirons de l'hypothèse suivante : le réalisateur d'un film cède ses droits à son producteur à la suite d'un contrat de production audiovisuelle. Ce dernier cède à son tour ses droits à un éditeur qui commercialise le film en DVD. L'approche microcontractuelle n'envisage pas l'opération dans son ensemble. Chaque contrat est envisagé indépendamment de l'autre. Dès lors, la qualification de contrat d'édition est, de fait, exclue. Pour le premier, il s'agit d'un contrat de production audiovisuelle ; pour le second, il s'agit d'exploitation où l'auteur n'est pas partie. D'un point de vue logique, l'analyse n'encourt aucun grief, ces contrats étant juridiquement autonomes : ils sont conclus à des dates différentes, selon des modalités financières différentes et selon des règles d'exécution différentes.

293. Absence de parallélisme et liberté contractuelle. Sous cette approche, le cessionnaire-cédant ne peut pas invoquer un principe de parallélisme pour solliciter, dans les mêmes conditions que l'auteur, la protection du contrat d'édition¹⁰⁵². Il n'est pas possible de faire valoir la présence de l'auteur en amont de l'opération dans la mesure où le second contrat n'a pas d'effet juridique sur le premier contrat conclu. Ce contrat est donc totalement hermétique, comme le principe de l'effet relatif des contrats permet de se le figurer. C'est l'approche choisie par l'arrêt *Perrier*, qui prive les cessionnaires de la qualification de contrat d'auteur dans leur rapport avec les sous-cessionnaires. Dans notre exemple, le contrat d'exploitation conclu entre le producteur de l'œuvre audiovisuelle et l'éditeur de DVD se retrouve soumis, pour l'essentiel de ses stipulations, au principe de la liberté contractuelle. Cette situation n'est pas satisfaisante. L'idée de circonscrire de la sorte le champ d'application *ratione personae* du contrat d'édition doit être réprouvée. Ces considérations poussent à opter pour une approche macrocontractuelle.

2. Le paradigme émergent : l'approche macrocontractuelle

294. Présentation. Plan. Par opposition à l'approche microcontractuelle, l'approche macrocontractuelle vise à analyser une opération juridique dans sa globalité, et non contrat par contrat. À l'aune de cette approche, la question de l'identification du contrat d'édition est replacée dans son contexte économique et social. Les contrats qui composent une chaîne d'exploitation sont mis en perspective les uns avec les autres. En sus, cette approche globale autorise la prise en compte d'un certain nombre de facteurs sociaux, comme le sort des artistes-interprètes, la place des sociétés de production ou l'industrialisation croissante de la culture. Deux raisons encouragent à inverser ainsi la

¹⁰⁵¹ Pour une présentation des approches microjuridique et macrojuridique du contrat, voir O. PENIN, *La distinction entre la conclusion et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, pref. Y. LEQUETTE, LGDJ 2006, n° 415 et s., p. 175 et s.

¹⁰⁵² *Vocabulaire juridique*, CAPITANT, préc., sous occurrence « *parallélisme des formes* » qui renvoie à « *correspondance* », ou « *concordance* », *identité de support technique* « *entre l'acte qui crée un état de droit et celui qui le modifie ou y met fin* ». Traditionnellement, la règle concernait le régime applicable au *mutuus dissensus* qui devait répliquer les mêmes conditions de constitution (Pomponius, *Digeste*, XLVI, III, *De solutionibus et liberationibus*, 80 et Gaius, L, XVII, 100). Plus récemment sur ce point, v. R. VATINET, « *Le mutuus dissensus* », RTD. civ. 1987, p. 274, sur le « *prétendu parallélisme des formes* » qu'elle préconise d'abolir.

perspective. D'une part, les exploitants sont, pour l'essentiel, des professionnels de moins en moins avertis (a). D'autre part, le degré de densification des chaînes de contrats en droit d'auteur est tel qu'on ne peut occulter cette réalité (b).

a. Des professionnels de moins en moins avertis

295. Postulat. À la lumière des divers travaux préparatoires des textes réglementant le contrat d'édition, on a constaté que le législateur postule l'existence d'une asymétrie entre un auteur et son éditeur. Plutôt que de considérer l'éditeur comme une partie forte, le législateur a surtout souhaité protéger l'auteur supposé partie faible¹⁰⁵³. Si cette fiction se justifie dans les rapports entre l'auteur et l'éditeur, elle perd naturellement de sa pertinence dans les rapports qui peuvent opposer l'exploitant à d'autres professionnels. Est-ce à dire que tout contrat entre un exploitant et un autre professionnel est nécessairement équilibré ? Il serait pour le moins spécieux de le présumer. Dans ces rapports intra-professionnels, l'approche dogmatique qui est la nôtre – lorsque l'auteur est directement partie au contrat – devrait pouvoir s'effacer au profit d'une approche réaliste, qui prend en compte la relation réelle entre les parties.

296. Statistiques. Concernant les professionnels de la culture, la règle suivante est postulée : en tant que professionnel, ils sont des parties fortes au contrat d'exploitation qu'ils sont susceptibles de signer. Cela s'explique par leur puissance financière supposée et l'habitude qu'ils ont d'exploiter des œuvres. Pourtant, une analyse étayée à partir de quelques statistiques concernant différentes branches de l'économie de la culture permet d'infléchir ce postulat.

S'agissant du domaine audiovisuel, le ministère de la Culture et de la Communication a rendu, il y a dix ans, un rapport sur les statistiques dans l'industrie de la culture¹⁰⁵⁴. En 2003, sur 20 113 entreprises toutes tailles confondues, on dénombrait 19 000 micro-entreprises et très petites entreprises pour 24 000 emplois. Pour déterminer la part exclusivement réservée à l'édition, il convient de diviser ces chiffres par deux. Ainsi, parmi les 9483 entreprises spécialisées dans l'édition, 9000 seraient des micro-entreprises¹⁰⁵⁵.

En matière musicale, la répartition est encore plus accentuée en faveur des petites entreprises. Le rapport sur les PME de l'industrie musicale¹⁰⁵⁶ atteste que, sur 2 052 entreprises de production musicale, 2 002 comportent moins de 10 salariés, 27 emploient entre 10 et 20 salariés et 13 d'entre elles ont un nombre supérieur d'employés. Seules trois entreprises atteignent une taille critique avec plus de 250 salariés. Ainsi, 94 % des maisons de production seraient des TPE¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵³ Il faut bien souligner que l'auteur est supposé être en position de partie faible dans la négociation des contrats, tant au niveau économique (A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Les Cours de droit 1999, p. 265) qu'au niveau juridique (J. KERNOCHAN, « Practical limitations on authors' rights », in *Mélanges Gunnar Karnell*, Stockholm 1999, p. 323).

¹⁰⁵⁴ Département des études de la prospective et des statistiques (DEPS), *Aperçu statistique des industries culturelles*, janv. 2006. On relèvera que DEPS a clos son activité en 2013 ce qui justifie que l'ancienneté des chiffres utilisés.

¹⁰⁵⁵ *Ibid*, p. 21.

¹⁰⁵⁶ Sur ces différents chiffres, v. Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), *Rapport final, Contrat d'étude prospective pour la branche professionnelle de l'édition phonographique*, mars 2010.

¹⁰⁵⁷ C. GILLET, l'emploi dans le disque : Réussir la mutation, 30 nov. 2010, <http://www.irma.asso.fr/L-EMPLOI-DANS-LE-DISQUE-Reussir-la>.

L'exploitation du livre connaît une répartition similaire. Sur les 3 143 maisons d'édition recensées par ministère de la Culture en 2008, 64 % d'entre elles n'ont aucun salarié et seules 4 % disposent d'un effectif supérieur à 20 salariés¹⁰⁵⁸.

Il est possible de trouver de telles statistiques dans le domaine du jeu vidéo ou de la presse écrite, ou même de changer d'étalon en s'appuyant, par exemple, sur le nombre élevé de créations d'entreprises annuelles dans ces différents secteurs et le nombre tout aussi élevé de liquidations annuelles. Attestant, certes, d'un dynamisme en la matière, la donnée démontre aussi un recours trop fréquent et trop rapide, de la part des dirigeants de ces entreprises, au droit des procédures collectives¹⁰⁵⁹.

297. Analyse. Cette radiographie fait état d'une évolution de l'industrie culturelle marquée par la diversité de nature des exploitants. Toutes ces entreprises ne se valent pas, tant en ce qui concerne leur capacité financière que leur connaissance du marché. Exclure purement et simplement ces « petits exploitants » de la protection du CPI au prétexte qu'ils exercent une activité professionnelle paraît excessif. Ces petits exploitants sont également des parties faibles. Ne pas le reconnaître revient à manquer de discernement entre, d'une part, certaines micro-entreprises dont la survie dépend souvent du succès commercial d'une seule œuvre par an¹⁰⁶⁰ et, d'autre part, les majors de l'industrie culturelle¹⁰⁶¹. En outre, ces petites entités sont très impliquées dans la création des œuvres. Ainsi, un petit producteur de musique peut facilement prendre part à la création artistique des auteurs qu'il produit. Son intervention peut même dépasser le simple domaine des idées. Le cas échéant, il peut devenir co-auteur¹⁰⁶². Enfin, dans ces petites entreprises, il est de coutume que l'auteur lui-même soit l'un des associés-fondateurs. Dans un arrêt rendu le 28 mai 2010 par la cour d'appel de Paris, nous avons pu ainsi constater la situation paradoxale qui peut en résulter. Dans l'affaire en question, un contrat d'exploitation d'œuvres musicales a été conclu entre Monsieur Gaula, à la fois auteur et producteur de ces œuvres, et une société d'édition. Alors que Monsieur Gaula faisait valoir sa qualité d'auteur pour obtenir la requalification de la convention en contrat d'édition, la cour d'appel a rejeté cette demande. Les magistrats ont justifié leur position en raison du fait que Monsieur Gaula avait conclu le contrat d'exploitation en sa qualité de producteur et non en sa qualité d'auteur¹⁰⁶³. Le contrat d'édition lui était donc indisponible.

Cette dimension socio-économique – taille des exploitants et proximité avec les auteurs – doit conduire à revenir sur la jurisprudence *Perrier* en autorisant ces petits professionnels ayants droit à solliciter la protection du contrat d'édition.

¹⁰⁵⁸ DEPS, *Aperçu statistique des industries culturelles*, janv. 2006, p. 21, v. également, p. 16 où le DEPS note l'écart entre le nombre d'entreprises de moins de 20 salariés et le poids au regard du chiffre d'affaires : « Si l'on considère le poste « édition, imprimerie, reproduction », la reproduction recouvre en effet des activités pour lesquelles la contribution sectorielle des petites entreprises artisanales est la plus forte en comparaison des autres activités industrielles (comme l'aéronautique, la pharmacie, l'automobile...), et la plus proche en structure des activités de services. En 2001, ces entreprises, qui emploient chacune moins de 20 salariés, représentent 94 % du nombre des entreprises du secteur, 36 % de l'emploi et réalisent 22 % du chiffre d'affaires sectoriel. C'est pourquoi les activités de l'édition (ici, hors imprimerie et reproduction) sont jugées comparables à celles des services et des activités audiovisuelles en particulier ».

¹⁰⁵⁹ B. LEGENDRE, « Regard sur les petits éditeurs », *Ét. Cult.*, avr. 2007, p. 1 : « Entre 1988 et 2004, 692 maisons d'édition ont été créées et une sur deux a cessé d'exister. Chaque année, une vingtaine parviennent à s'installer durablement ».

¹⁰⁶⁰ Pour un exposé des difficultés que peuvent rencontrer v. G. PAUL, « Problématique de la petite entreprise en phase de démarrage focalisée sur la nécessité d'un management stratégie performant le cas d'une petite entreprise de l'industrie de l'audiovisuel », *Univ. Québec*, nov. 1989.

¹⁰⁶¹ B. LEGENDRE et C. ABENSOUR. « Quelles préconisations ? », in *Regards sur l'édition, volume 1. Les petits éditeurs. Situations et perspectives*, Ministère de la Culture - DEPS, 2007, p. 104 : « De manière générale, un paradoxe majeur réside dans le fait que les petits éditeurs se définissent d'abord comme des acteurs culturels, moins soumis aux lois du marché que les grands éditeurs, mais ne sont pas pour autant spontanément reconnus comme tels. C'est là un effet second de l'image dominante d'artisan ou d'artiste qui s'impose couramment à leur sujet et qu'ils développent parfois ».

¹⁰⁶² Paris, 25 avr. 1975, *Ann. Propr. ind.* 1976, p. 113.

¹⁰⁶³ Paris Pôle 5, 2^e ch., 28 mai 2010, n° 08/22927.

b. Des chaînes contractuelles de plus en plus denses

298. Industrialisation de la culture et chaîne de valeur. Un second phénomène justifie la remise en cause de la jurisprudence *Perrier* : le phénomène de spécialisation des entreprises et de segmentation du marché¹⁰⁶⁴. Cette densification des industries de la culture a intensifié la circulation des droits patrimoniaux du droit d'auteur, créant des chaînes contractuelles de plus en plus denses. Les droits d'exploitation sont démembrés en fonction de leurs utilités, leur destination est davantage précisée et l'édition est finalement répartie entre différents cessionnaires, parfois dans plusieurs pays¹⁰⁶⁵. Ces cessionnaires cèdent à leur tour les droits d'exploitation qu'ils ont acquis, parfois entre les mains de cessionnaires primaires. Concrètement, l'hypothèse peut se présenter de la façon suivante : un auteur de musique sollicite un éditeur afin qu'il exploite son œuvre. L'éditeur apporte son droit de reproduction mécanique à la Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique (SDRM). Cette dernière autorise un producteur musical à reproduire l'une des chansons de l'auteur afin de réaliser une compilation. Ce producteur, à son tour, s'attache les services d'un exploitant pour qu'il diffuse l'œuvre, et ainsi de suite. Ce constat est valable dans tous les domaines culturels¹⁰⁶⁶. L'approche macroéconomique consisterait à considérer l'opération économique dans son ensemble afin d'envisager les rapports entre « contractants extrêmes ».

299. Complexification des chaînes de valeur. Cette approche globale des contrats met en lumière un autre phénomène qui dépasse le seul cas des auteurs. En effet, cette intensification des rapports contractuels est corrélée à l'apparition de nouveaux partenaires économiques, elle-même favorisée par l'émergence des nouveaux systèmes d'exploitation numérique¹⁰⁶⁷. À la multiplication des acteurs s'ajoute une complexification des mouvements financiers, dont l'appréhension s'avère délicate en raison de leur grande opacité¹⁰⁶⁸. La pratique a ainsi créé de véritables chaînes d'exploitation qui donnent lieu à la création de chaînes de valeur¹⁰⁶⁹. Après s'être adonné au délicat travail d'analyse des

¹⁰⁶⁴ V. par exemple sur le marché du jeu vidéo : P.-J. BENGHOZI et Ph. CHANTEPIE. « Chapitre I. Une industrie numérique culturelle », in *Jeux vidéo : l'industrie culturelle du XXI^e siècle ?*, Ministère de la Culture - DEPS, 2017, p. 35, sur l'organisation de la chaîne de travail, v. p. 68 ; v. également Ch. BARRÈRE, « Les liens entre culture, industries culturelles et industries créatives », in *Création et diversité au miroir des industries culturelles*, La documentation française, 2006, p. 2 qui, partant de l'exemple des créations de mode, dresse un constat de segmentation des industries culturelles. De façon générale, dès les années 60, Edgar MORIN écrit : « *Le grand art nouveau, art industriel type, cinéma, a institué une division du travail rigoureuse, analogue à celle qui s'opère dans une usine depuis l'entrée de la matière brute jusqu'à la sortie du produit fini* » M. EDGAR, « L'industrie culturelle », *Communications*, 1, 1961. pp. 38-59.

¹⁰⁶⁵ P.-Y. GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *D.* 1995, chron. 262, spéc. n° 12. note 20.

¹⁰⁶⁶ V. également en matière d'œuvre cinématographique, M.-E. LAPORTE-LEGEAIS, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle » *JCP G*, 4 Déc. 1991, n° 49, doctr. 3540, n° 4 : « *Le contrat d'achat de droits de diffusion n'est qu'un maillon d'une chaîne beaucoup plus longue des contrats audiovisuels. Ces contrats se caractérisent par leur objet, l'œuvre audiovisuelle, soit qu'ils en assurent la création comme notamment les contrats de production ou de coproduction, soit qu'ils en assurent l'exploitation, c'est le cas du contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle mais aussi, par exemple, des contrats d'édition de vidéogrammes, de distribution cinématographique... Les contrats audiovisuels sont nés avec les œuvres audiovisuelles et l'explosion du marché de l'audiovisuel a favorisé leur multiplication et leur diversification* ». Plus largement, en matière de chaînes de droits d'auteur v. M. GUILLEMAIN, *Les chaînes de contrats de droit d'auteur*, th. dactyl, Poitiers, 2011, du même auteur, « La réforme du droit des contrats et le droit d'auteur », *JCP E*. n° 24, 16 juin 2016, 1368, spéc. n° 18.

¹⁰⁶⁷ à propos de l'émergence de nouveaux acteurs dans la chaîne de valeur v. A. BUSSON Y. ÉVRARD, *Les industries culturelles et créatives Économie et stratégie*, oct. 2013, spéc. p. 191 et s.

¹⁰⁶⁸ L.-M. AUGAGNEUR, « Vers des nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique », *RTD com.* 2015, p. 455.

¹⁰⁶⁹ I. SAYERS « Une nouvelle façon d'élaborer une stratégie d'exportation : Mettre à profit la chaîne de valeur », *Rev. OCDE*, vol. 4, n° 2, 2003, p. 87 : « *Une méthode fondée sur la chaîne de valeur correspond à une démarche systémique, participative et représentative répondant à ces différentes exigences, ainsi qu'à la nécessité d'élaborer une politique et une stratégie commerciales. Elle reflète la dynamique du marché ainsi que les liens entre les entreprises, les produits et les services sur les marchés mondiaux* ».

chaînes d'exploitation numériques, le Professeur SIRINELLI conclut sur ce point « *que l'on est en présence d'un écosystème complexe où chacun trouve sa place et une source de profit à partir d'un phénomène simple : le désir de consommation d'œuvres de l'esprit de la part des internautes. Mais s'il y a bien une valeur originelle et création de nouvelles valeurs, il n'est pas sûr que ces valeurs soient toujours partagées de manière parfaitement équitable* »¹⁰⁷⁰. La directive du 17 avril 2019 s'inscrit en ce sens et réitère à plusieurs reprises la nécessité de protéger tous les titulaires de droits sans distinguer selon qu'ils soient auteurs ou ayants droit¹⁰⁷¹. Ces difficultés qui règnent sur les réseaux numériques font planer un risque d'effacement ou de dilution de la rémunération que partagent tout autant les auteurs et les artistes-interprètes. Auteurs et artistes se verraient spoliés d'une partie substantielle de leur rémunération en raison d'un contrôle inexistant ou peu efficient. Ici réside le sens l'article de l'article 18 de la DAMUN, qui prévoit l'obligation pour les États membres de veiller à ce que les auteurs bénéficient en tout état de cause d'une rémunération adaptée¹⁰⁷². À notre sens, la qualification de contrat d'édition permet une telle cohérence des chaînes d'exploitation. En retenant le plus souvent possible la qualification de contrat d'édition pour les contrats conclus par les cessionnaires et les sous-cessionnaires, on astreindra systématiquement l'exploitant en bout de chaîne au régime rigoureux du contrat d'édition qui impose une obligation d'exploitation et une rémunération proportionnelle. En effet, imaginons l'hypothèse classique d'un auteur qui conclut un contrat de production audiovisuelle ou un contrat d'édition avec un exploitant qui cède à son tour les droits d'édition à une tierce personne. L'application de la jurisprudence *Perrier* aurait pour effet contre-productif de ne pas soumettre le sous-exploitant à la rémunération proportionnelle et à l'obligation d'exploitation ce qui aurait pour conséquence de priver l'auteur des vertus du contrat d'édition. Comment assurer la rémunération proportionnelle de l'auteur si l'éditeur ou le producteur ne peut imposer au sous-exploitant une rémunération proportionnelle et une exploitation continue de l'œuvre ? Dans ce cas, l'application du régime du contrat d'édition permettrait de naturellement d'éviter cet écueil et de respecter les dispositions de la directive du 17 avril 2019. Comme nous le verrons en seconde partie au moment d'envisager les conséquences des présents développements sur le régime juridique, l'approche macrocontractuelle justifierait en outre l'ouverture d'une action directe au profit de l'auteur à l'encontre du sous-exploitant¹⁰⁷³.

À la lumière de ces différents développements, un constat s'impose : les ayants droit parties faibles étant dans une situation similaire à celle des auteurs, il ne devrait pas être exclu de leur faire partager le régime juridique renforcé du contrat d'édition. Dans ce contexte, la lecture figée tirée de la jurisprudence *Perrier* pose un problème de cohérence, principalement dans les rapports entre l'auteur et le sous-cessionnaire¹⁰⁷⁴.

B. L'EXPRESSION JURIDIQUE

300. Plan. L'extension du domaine *ratione personae* du contrat d'édition ne doit pas se faire de manière désorganisée. *De lege lata*, on constate que certains ayants droit à titre contractuel sont habilités à conclure des contrats d'édition (1). *De lege feranda*, il convient d'étendre cette possibilité à tous les cessionnaires des droits d'édition à condition qu'ils soient des parties faibles (2).

¹⁰⁷⁰ P. SIRINELLI, *Flux économiques et droit du Web 2.0*, D. IP/IT, 2016, p. 167.

¹⁰⁷¹ Considérant n° 2, Dir. préc. : « *Les directives qui ont été adoptées dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins contribuent au fonctionnement du marché intérieur, assurent un niveau élevé de protection aux titulaires de droits, facilitent l'acquisition des droits et instaurent un cadre permettant l'exploitation des œuvres et autres objets protégés* ».

¹⁰⁷² Article 18 Principe de rémunération appropriée et proportionnelle : « *1. Les États membres veillent à ce que, lorsque les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants octroient sous licence ou transfèrent leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres ou autres objets protégés, ils aient le droit de percevoir une rémunération appropriée et proportionnelle. 2. Aux fins de la mise en œuvre en droit national du principe énoncé au paragraphe 1, les États membres sont libres de recourir à différents mécanismes et tiennent compte du principe de la liberté contractuelle et d'un juste équilibre des droits et des intérêts* ».

¹⁰⁷³ *Infra* n° 592 et s.

¹⁰⁷⁴ S. VIDAL, *Droits dérivés et œuvres audiovisuelles*, préf. P.-Y. GAUTIER, IRPI, 2014, n° 585, qui avance pour sa part un « *principe de cohérence de la chaîne contractuelle* ».

1. L'extension de lege lata aux ayants droit

301. Plan. De *lege lata*, cette extension se constate à propos des sociétés gestionnaires de droits (a) et des personnes publiques cessionnaires (b).

a. L'extension aux sociétés gestionnaires

302. Typologie. L'éclatement des droits contraint parfois les divers titulaires à se regrouper au sein de sociétés instituées dans le but de gérer efficacement les divers droits d'exploitation, l'exemple idoine étant le décès de l'auteur laissant derrière lui une multitude de légataires soucieux d'optimiser leur mode de gestion. Par le truchement d'une personne morale, on garantit ainsi l'unité du patrimoine intellectuel et l'on optimise l'exploitation des œuvres. On songe, par exemple, à la société chargée de gérer les droits d'auteur et les droits dérivés tirés des œuvres d'Antoine de Saint-Exupéry, qui a permis de réunir les huit titulaires de droits dans une entité unique, qui a conclu divers contrats d'édition¹⁰⁷⁵. Cependant, l'auteur peut décider de son chef d'instituer une société de gestion par souci d'efficacité et de simplicité¹⁰⁷⁶.

303. Application. Actuellement, la conclusion de contrats d'édition entre ces sociétés de gestion et des exploitants s'avère fréquente¹⁰⁷⁷. Si la qualification de contrat d'édition ne semble pas avoir fait l'objet d'une remise en question devant les prétoires, la jurisprudence *Perrier* fait peser un sérieux risque de requalification sur les associés, qu'ils soient auteurs ou héritiers. Toutefois, dans cette hypothèse, la qualification de contrat d'édition relèverait directement la volonté du législateur. La raison en est que l'auteur ou ses ayants droit sont eux-mêmes associés de la société, si bien que, derrière la protection de la société, ce sont les auteurs ou leurs ayants droit qui, en dernier lieu, bénéficieront de la protection instillée par le CPI. Cela est d'autant plus vrai que la société de gestion n'a pas de réelle fonction d'exploitation au sens des articles 1832 et 1833 du Code civil. Elle peut alors être assimilée en une technique de rationalisation patrimoniale¹⁰⁷⁸. Dans ce cas de figure, l'idée d'un principe de transparence de la personne morale devrait conduire à calquer le régime de la société sur celui des associés¹⁰⁷⁹.

b. L'extension aux personnes publiques cessionnaires

304. Exemple du « guide d'information ». Le droit spécial des contrats d'auteur trouve à s'appliquer à tout type d'œuvres, même les plus insolites, telles que les guides et brochures d'information. Si la possibilité d'éditer de telles œuvres ne pose aucune difficulté de principe, tel n'est pas le cas lorsque l'initiateur de l'édition n'est autre qu'une personne publique. Ainsi, il est des cas parfaitement validés en jurisprudence où les personnes publiques souhaitent recourir à des contrats d'édition. Rappelons tout d'abord que les personnes publiques étant par essence des personnes morales, elles ne peuvent normalement se voir reconnaître la qualité d'auteur. Néanmoins, elles bénéficient d'un régime de cession automatique prévu aux articles L. 131-3-1 et s. CPI¹⁰⁸⁰. Ainsi, lorsque la personne

¹⁰⁷⁵ Cass. com. 5 avr. 2018, Affaire *St Exupéry*, n° 16-15813.

¹⁰⁷⁶ J. VALLÉE, *Les enjeux du millénaire : le capital-risque et innovation*, Hachette, 1998.

¹⁰⁷⁷ Pour une illustration v. par exemple Paris, Ch. 4 16 Juin 2000 *Digisoft Music c/ Frederic S.*, *JurisData* n° 2000-124085. Il s'agissait en l'occurrence d'un contrat d'édition en vertu duquel une société s'est engagée à fournir à une autre société des phonogrammes musicaux contre rémunération sur la base des ventes effectuées.

¹⁰⁷⁸ R. MORTIER, « L'instrumentalisation de la personnalité morale », in *La personnalité morale*, Journées nationales de l'association, Henri Capitant, La Rochelle, Dalloz, p. 31.

¹⁰⁷⁹ N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, th. dact. Paris II, 2001, n° 464.

¹⁰⁸⁰ Art. L. 131-3-1 al. 1 CPI : « Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État ». Ce à quoi il est ajouté à l'article L. 13-3-2 CPI : « Les dispositions de l'article L. 131-3-1 s'appliquent aux collectivités territoriales, aux établissements publics à caractère

publique-cessionnaire souhaite exploiter l'une des œuvres dont elle a acquis la propriété des droits, la question se pose de la qualification du contrat passé avec les tiers. Plusieurs affaires portées devant le Conseil d'État recoupaient cette situation à propos de l'édition de guides d'information. Les collectivités souhaitant exploiter des brochures touristiques avaient convenu d'un contrat d'édition avec un exploitant. Les affaires ne portaient pas directement sur la nature du contrat en question, mais uniquement sur l'applicabilité ou non des règles d'appel d'offre¹⁰⁸¹. Validant la qualification de contrat d'édition, le Conseil d'État a rappelé aux personnes publiques que le contrat devait être soumis à la contraignante procédure des appels d'offres¹⁰⁸². Quoi qu'il en soit, la qualification de contrat d'édition est ici retenue.

2. L'extension de lege ferenda aux ayants droit à titre contractuel-parties faibles

305. Présentation. Outre ces hypothèses d'extension très particulières, étendre le domaine d'application du contrat d'édition aux ayants droit à titre contractuel partie faible semble judicieux. Ce schéma aurait le mérite de renouer, d'une part, avec l'article L. 132-1 CPI qui autorise expressément les ayants droit à conclure des contrats d'édition et, d'autre part, avec l'esprit protecteur du contrat d'édition. Pour Benjamin MONTELS, « *ce cessionnaire des droits doit donc aujourd'hui (...) bénéficier de la même protection que ces derniers* »¹⁰⁸³.

306. Établissement de la faiblesse. La quête de rééquilibrage devant être cantonnée à la présence d'une partie faible¹⁰⁸⁴, deux hypothèses sont alors concevables afin de considérer le professionnel digne de la protection du droit d'auteur. Sans entrer dans un asservissement total du droit à l'économie¹⁰⁸⁵, ce prisme permet de relativiser la vigueur du texte en débouchant sur une extension *ratione personae* du champ d'application du contrat d'édition.

- En premier lieu, on pourrait procéder à une analyse de la situation de l'ayant droit lui-même par le biais d'une approche plurifactorielle. Il faudrait alors s'enquérir de la taille, de l'expérience et des capacités financières du professionnel qui souhaite obtenir l'application du contrat d'édition. Cette approche est parfois retenue dans d'autres branches du droit. À titre d'exemple, l'article L. 121-16-1 III du Code de la consommation, prévoit qu'en cas de vente à distance, les dispositions « *applicables aux relations entre consommateurs et professionnels, sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq* »¹⁰⁸⁶. Alors que les professionnels ne

administratif, aux autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale et à la Banque de France à propos des œuvres créées par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions reçues ».

¹⁰⁸¹ CE, sect., 6 nov. 2009, n° 297877, *Société Prest'action*, Lebon ; *AJDA* 2009. 2401, note M. Lascombe et X. Vandendriessche ; *Contrats Marchés publ.* 2009. Comm. 384, G. Eckert ; CE 10 févr. 2010, n° 301116, *Société Prest'action*, Lebon ; *AJDA* 2010, p. 293 ; *RDI* 2010, p. 265, obs. R. Noguellou ; *Contrats Marchés publ.* 2010. Comm. 133, G. Eckert.

¹⁰⁸² M. MORALES, « Le prix négatif dans les marchés publics », *AJDA* 2015, p. 1527 ; J.-D. DREYFUS, « Marché public et contrat administratif vont-ils nécessairement de pair ? », *AJCT*, 2015, p. 623.

¹⁰⁸³ Rapp. P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 262 : « *À la vérité, les transferts de droit, en propriété littéraire et artistique sont pour la plupart d'essence fiduciaire, le cédant conservant un intérêt fondamental à la mise en valeur de la chose* ».

¹⁰⁸⁴ V. notamment sur la problématique du professionnel en situation de faiblesse, J. ROCHFELD, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001, p. 671.

¹⁰⁸⁵ Sur ce point d'épistémologie v. R. MARTIN, « Loi économique et règle de droit », *D.* 1990, p. 259, n° 8 : « *Il est vain alors de parler d'une priorité de l'économique sur le juridique. Le droit doit être autre chose que « la traduction institutionnelle de l'organisation socio-économique (pour reprendre négativement une affirmation de M. C. Champaud, in Libre entreprise et droit français, Rev. int. dr. écon. 1987, p. 307). La règle de droit détermine pour le moins l'organisation socio-économique tout autant que la norme économique ; et on peut même se demander, renversant les termes, si la règle de droit n'est pas antérieure à la norme économique, sinon ontologiquement du moins méthodologiquement* ».

¹⁰⁸⁶ Pour une critique de cette approche objective de la disposition, v. F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, Essonne, 2015, note de bas de page n° 610.

peuvent en principe bénéficier des dispositions protectrices du Code de la consommation, certains d'entre eux, en raison de la situation de faiblesse objectivement constatée au regard du nombre de leurs salariés, pourront tout de même solliciter les règles protectrices en matière de vente à distance. Ramenée à notre sujet d'étude, cette méthode permettrait de rendre applicables les règles du contrat d'édition aux ayants droit professionnels qui disposeraient d'un faible nombre de salariés ou d'un chiffre d'affaires relativement bas.

- En second lieu, il serait possible d'analyser la nature de la relation entre les parties. Si à la suite de cette étude, le cédant se trouve effectivement en situation de dépendance économique, alors le contrat d'édition devra retrouver son empire. En matière de contrat de commerciaux, l'existence d'un état de dépendance est conditionnée par la nature de la relation entre les parties, notamment sur le fait de savoir si l'un des contractants dispose de solutions alternatives. Cette relation est éclairée par des circonstances économiques. Quatre critères cumulatifs ont été rappelés à plusieurs reprises par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui estime que la relation de dépendance « *s'apprécie en tenant compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur et de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents* »¹⁰⁸⁷. Au regard de cette jurisprudence, la caractérisation d'une partie faible passe par l'existence de circonstances purement personnelles – chiffre d'affaires, notoriété... – mais également d'une circonstance interpersonnelle, à savoir l'impossibilité pour la partie supposée faible de changer de partenaire économique. La nature de la relation constitue donc bien un facteur d'établissement de la partie faible en droit commercial. Concernant le contrat d'édition, une partie faible sera identifiée si, outre l'existence des circonstances objectives déjà citées, l'ayant droit se trouve dans l'impossibilité de contracter avec un autre exploitant – par exemple parce qu'il a signé un contrat d'exclusivité avec tel ou tel exploitant. Le cas échéant, l'empire du contrat d'édition doit être restauré.

307. Hypothèses. La qualification de contrat d'édition pourra être retenue à propos des contrat conclus par un producteur audiovisuel avec un exploitant. La doctrine est partagée sur la question. Pour M. SOULIÉ, l'œuvre audiovisuelle « *bénéficie selon la loi d'un régime propre* » qui la rend inappropriée à la conclusion d'un contrat d'édition¹⁰⁸⁸. Au contraire, pour le Professeur BERNAULT, la qualification du contrat sera elle-même assez variable selon les circonstances. « *Il pourra s'agir d'un mandat si l'éditeur intervient au nom et pour le compte du producteur ou d'un contrat de commission s'il agit en son nom mais pour le compte du producteur. En outre, on pourra être en présence d'un contrat d'édition au sens de l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle si l'éditeur est tenu d'une obligation d'exploiter* »¹⁰⁸⁹. Le Professeur KAMINA quant à lui évoque plutôt un contrat de diffusion-distribution¹⁰⁹⁰, singularisé par l'absence d'effet translatif¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁷ Cass. com., 3 mars 2004 *Bull. civ.* 2004, IV, n° 44 et Cass. com., 16 déc. 2008, *St. Concurrence c/ Sony*, n° 08-13423. V. également l'affaire *Cora*, Déc. Cons. conc. du 8 juin 1993, affaire *Cora*, *BOCCRF* 25 juill. 1993, p. 197 ; *C.C.C.*, 1993, n° 153 ; Paris 25 mai 1994, *Cora*, *BOCCRF* 24 juin 1994 et Cass. com., 10 déc. 1996, *Cora*, n° 94-16192, *Bull.* 1996, IV, n° 310, p. 263 : « *l'importance du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur, de l'importance du distributeur dans la commercialisation du produit concerné, des facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur et de l'existence et de la diversité éventuelle de solutions alternatives* ». F. de BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2007 n° 319 et s. p. 191 et s. V. également MICHEL-AMSELLEM, « Les abus de domination », in, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, J. VIALENS, LGDJ, 2008, p. 233 et s. : « *Nous pouvons citer à cet effet les nombreux critères cumulatifs qu'a fait émerger la pratique décisionnelle, tels que la notoriété de la marque, la part de marché du partenaire, la part qu'il détient dans le chiffre d'affaires de la partie faible et l'absence de solution alternative équivalente. Peuvent être ajoutés d'autres critères dans certains secteurs, comme la nécessité technique pour un fournisseur de recourir à un distributeur bien précis. V. sur ce point les nombreuses références* ».

¹⁰⁸⁸ C. SOULIÉ, « Les droits nécessaires à l'édition vidéo », *Lamy droit des médias et de la communication*, n° 345-61.

¹⁰⁸⁹ C. BERNAULT, « Contrats en matière de spectacle », *Synth. PL*, 120, n° 35.

¹⁰⁹⁰ P. KAMINA, « Contrat de production audiovisuelle », *J.-Cl. PL*, Fasc. n° 1340, n° 18.

¹⁰⁹¹ *Infra* n° 380

Selon l'approche macrocontractuelle précédemment retenue, un tel contrat pourra être qualifié de contrat d'édition et autorisera le producteur à se prévaloir de la protection de son régime s'il est une partie faible et, naturellement, si le contrat en question ressortit aux fonctions du contrat d'édition.

Pareillement, lorsque l'employeur est légalement investi des droits d'exploitation, le bénéfice du contrat d'édition doit lui être étendu s'il est une partie faible. Sont ici concernés les titres de presse qui emploient des journalistes et les personnes qui emploient des créateurs de logiciels lorsque ceux-ci concluent des contrats d'exploitation avec des tiers.

De la même façon, lorsque le commanditaire d'un contrat de commande se voit transférer les droits d'exploitation à la suite dudit contrat, il paraît légitime de lui ouvrir le bénéfice des articles L. 132-1 et s. CPI, s'il est une partie faible¹⁰⁹². Rajoutons que, dans cette hypothèse, si le donneur d'ordre – ou commanditaire – n'est pas un auteur, son travail peut malgré tout orienter la création artistique¹⁰⁹³. À titre d'exemple, si un producteur de musique qui commande une œuvre, l'enregistre *via* la conclusion d'un contrat d'enregistrement et se voit transférer les droits de l'auteur, en l'état actuel du droit, la nature du contrat qu'il conclura avec un exploitant serait un contrat de licence¹⁰⁹⁴. Il conviendrait alors de requalifier l'opération en un contrat d'édition lorsque ce producteur est une partie faible. Un partage de la rente entre l'auteur et le producteur serait obligatoire.

308. Conclusion de section. *Ratione personae*, le contrat d'édition est en principe cantonné à un domaine d'application restreint. En effet, la jurisprudence considère que les cessionnaires de droits ne peuvent conclure des contrats d'auteurs et, par conséquent, d'édition. Ce positionnement s'explique principalement par la volonté d'inscrire le contrat d'édition dans la protection de l'auteur, réputé partie faible. À défaut d'auteur à protéger, le contrat d'édition perdrait sa raison d'être, puisqu'il détient avant tout une fonction de protection. Pourtant, une restriction trop catégorique de son champ d'application relèverait d'une vision étriquée de l'opération éditoriale et s'avérerait contreproductive dans un certain nombre d'hypothèses. Une extension raisonnée du champ d'application *ratione personae* doit être envisagée, principalement lorsque l'ayant droit en question est une partie faible. Ce faisant, le contrat renouerait avec la volonté du législateur qui, d'une part, a souhaité instaurer un régime protecteur des parties faibles et, d'autre part, a autorisé expressément les ayants droit à conclure de tels contrats.

309. Conclusion de chapitre. Le présent chapitre a été l'occasion d'appréhender les mutations juridiques que connaît le contrat d'édition sous l'angle de son domaine d'application. Ce contrat relevant de la catégorie des contrats d'auteur, deux conditions *sine qua non* transparaissent de cette qualification : une condition quant à son objet, à savoir le droit patrimonial d'auteur, et une condition quant à la personne du transmettant, à savoir l'auteur lui-même. Compte tenu de l'analyse menée, l'on peut conclure que le contrat d'édition connaît une évolution à géométrie variable selon le trait caractéristique envisagé. Large dans son principe, son champ d'application, lorsqu'il est envisagé *ratione materiae*, a peu à peu perdu en étendue. Au contraire, lorsque le contrat d'édition est appréhendé *ratione personae*, son domaine d'application se veut des plus restrictifs. Dès lors, nous préconisons une lecture *lato sensu*, plus en phase avec la réalité économique et qui permettrait d'étendre le domaine d'application du contrat d'édition à diverses cessionnaires, notamment lorsque ceux-ci sont des parties faibles. Cette lecture restituerait au contrat d'édition son prestige et sa prédominance en matière d'exploitation des œuvres.

¹⁰⁹² Est visé le contrat de commande dans son acception la plus large, qu'il trouve sa source dans un contrat d'entreprise ou dans un contrat de travail.

¹⁰⁹³ À moins que ces instructions soient assez précises pour abolir la liberté de création et transférer la qualité d'auteur à l'employeur (V. en ce sens Cass. soc., 22 sept. 2015, n° 13-18.803).

¹⁰⁹⁴ Paris Pôle 5, 2^e ch., 28 Mai 2010, n° 08/22927, « *Considérant que Monsieur GAULA, appelant incident, fait grief aux premiers juges de l'avoir débouté de sa demande de requalification du contrat de licence portant sur l'album intitulé « Renaissance », signé par les parties le 21 octobre 2006, en contrat de cession et d'édition musicale (...) que le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de requalification du contrat de licence* ». Pour un autre exemple de la nature de licence du contrat régissant les rapports entre éditeur et producteur, v. Cass. 2^e civ., 20 nov. 2014 n° 13-22.826.

310. Conclusion de titre. L'étude a permis de mettre en avant les problèmes suscités par l'identification du contrat d'édition. D'une part, le législateur a créé des mécanismes concurrents qui nuisent à la lisibilité de son champ d'application et, d'autre part, la Cour de cassation adopte une posture ambivalente lorsqu'il s'agit d'étendre ou non le bénéfice du contrat d'édition à des personnes autres que l'auteur. C'est pourquoi le premier chapitre de notre titre a été dédié à l'étude des fonctions du contrat d'édition, qui servent de boussole lorsque l'identification du contrat d'édition devient trop obscure à établir, notamment lorsque la qualification est éprouvée à l'échelle numérique. Ces fonctions confèrent son originalité à la convention et permettent, lorsque les éléments essentiels sont réunis, de conclure à la présence d'un contrat d'édition. Toutefois, toutes les fonctions ne se valent pas et il est nécessaire d'être prudent au moment de procéder à l'identification du contrat. Il faut à présent compléter notre opération de qualification du contrat d'édition et tenter de lui restituer sa nature profonde, son *identité* au sens du droit civil.

TITRE II

L'IDENTITÉ DU CONTRAT D'ÉDITION

311. Définition. Intérêt. Au sens courant, on entend par identité le « *caractère permanent et fondamental de quelqu'un, d'un groupe, qui fait son individualité, sa singularité* »¹⁰⁹⁵. Il s'agit dorénavant d'analyser l'ossature du contrat d'édition, sa charpente. Cette étude imposera donc de revenir à l'essence du droit des contrats, tel qu'il a été imaginé par les rédacteurs du Code civil, et consistera à déterminer, à la lumière des mécanismes du droit civil, la qualification adéquate du contrat d'édition. Une grande partie du régime applicable, à titre complémentaire du droit d'auteur, découlera de la qualification contractuelle civiliste¹⁰⁹⁶.

312. Historique. Si l'on s'en tient à son identité, le contrat d'édition connaît un historique agité. Une brève rétrospective confirme cette idée.

En premier lieu, l'hypothèse du mandat a été avancée pour justifier la nature juridique du contrat d'édition. À l'ère prérévolutionnaire, comme le rappelle le Professeur PFISTER, l'idée d'un mandat entre l'auteur et son éditeur au titre d'un contrat d'édition trouve sa source dans un contentieux de 1769. La corporation des éditeurs parisiens poursuit alors l'écrivain Luneau de Boisjermain pour avoir écoulé des exemplaires de son œuvre pourtant placée sous privilège royal d'éditeur. De façon anachronique, on parlera, par simplicité, de contrefaçon. Linguet, alors avocat de l'écrivain, avance tout d'abord la dimension *jusnaturaliste* de la propriété intellectuelle. Ainsi, le droit naturel de l'auteur primerait le privilège royal des éditeurs. Cependant, LINGUET va plus loin puisqu'il estime que les éditeurs ne sont que des mandataires agissant au nom et pour le compte des auteurs¹⁰⁹⁷. Sur le terrain de la contrefaçon, son argumentation prospère et l'écrivain n'est finalement pas condamné pour atteinte au monopole corporatif. Par la suite, le régime des rapports entre auteurs et éditeurs, instauré en 1777 et 1778, reprend l'idée d'un mandat. En effet, l'article 2 de l'acte de 1778 énonce que l'auteur peut faire exploiter son œuvre « pour son compte » par le libraire et l'imprimeur de son choix¹⁰⁹⁸.

Après la Révolution française, le débat porte sur la reconnaissance d'une véritable propriété. En 1887, la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 juillet, a estimé que le droit d'auteur constitue une propriété, quoique différente à celle consacrée par le Code civil¹⁰⁹⁹. Plusieurs auteurs de l'époque y voient « *plus qu'un changement dans les mots, une véritable révolution dans les idées* »¹¹⁰⁰. En substance, l'idée défendue par ces auteurs est la suivante : en s'attachant à employer le terme de propriété pour qualifier le droit d'auteur, il apparaît que la conclusion d'un contrat de cession entre un créateur et un exploitant aboutit à céder la propriété de son œuvre. Cela conduit à dépouiller irrévocablement l'auteur au profit de son éditeur. Or, pour la doctrine majoritaire de l'époque, le droit d'auteur étant incessible car attaché à la personne, il faut préférer la qualification de concession à celle de cession. En effet, l'exploitant, c'est-à-dire l'éditeur, n'est que le concessionnaire, pendant un temps limité, d'un privilège d'exploitation.

Cette thèse rencontre de nombreuses approbations. Dans l'avant-projet sur le contrat d'édition, la société d'études législatives définit le contrat à son article premier, comme étant celui « *par lequel l'auteur d'une œuvre intellectuelle concède un droit d'exploitation à un tiers nommé éditeur* ». Jean ZAY s'est justifié en estimant que « *l'auteur ne doit plus désormais être considéré comme un propriétaire, mais bien comme un travailleur,*

¹⁰⁹⁵ Larousse, sous l'occurrence « *Identité* », 3^e définition.

¹⁰⁹⁶ *Infra* n° 697 et s.

¹⁰⁹⁷ L. PFISTER, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n° 4, 2012, p. 13.

¹⁰⁹⁸ V. *Mémoires pour le Sieur Abbé Luneau de Boisjermain contre le Sieur Grangé imprimeur*, BNF, Manuscrits français, 22069.

¹⁰⁹⁹ Req. 25 juill. 1887, *S*, 1887, I, p. 17, jurisprudence reprise par le célèbre arrêt « *Lecocq* », Civ. 24 juin 1902, *S*, 1902, I, p. 305.

¹¹⁰⁰ A. COLIN, cité par J. ZAY, Exposé des motifs, JO Documents parlementaires, projet de loi, 13 août 1936, p. 1707.

auquel la société reconnaît des modalités de rémunération exceptionnelles, en raison de la qualité spéciale des créations issues de son labour»¹¹⁰¹.

S'appuyant sur le principe d'incessibilité des œuvres, d'autres auteurs ont pris le parti de rapprocher davantage le contrat d'édition d'un usufruit ou du moins d'un démembrement de propriété. Rappelons un instant que la doctrine, qu'elle soit récente¹¹⁰² ou plus ancienne¹¹⁰³, a toujours validé l'idée que l'on puisse constituer un usufruit à partir d'un bien intellectuel. Cette conception du contrat d'édition, qui est généralement attribuée à PARDESSUS¹¹⁰⁴, est complétée par d'autres auteurs, notamment TROPLONG qui relaie l'idée selon laquelle « la substance de l'ouvrage appartient toujours à celui qui l'a créée, tandis que l'éditeur n'en a que l'usage »¹¹⁰⁵. PORTALIS lui-même soutient que le créateur reste le propriétaire en vertu du principe légal d'aliénabilité des œuvres. Il estime ainsi qu'à « l'auteur seul appartient le droit de disposer de son ouvrage », et ce, peu important l'étendue du contrat d'édition signé¹¹⁰⁶. Aujourd'hui encore, on retrouve parfois au sein de la doctrine l'expression de démembrement pour qualifier le droit d'exploitation dont l'éditeur aurait l'usage¹¹⁰⁷.

Historiquement, la question de la qualification du contrat d'édition dépend donc pour l'essentiel de la nature du droit d'auteur. Or, compte tenu de l'absence de consensus sur la nature de la propriété intellectuelle, la qualification contractuelle est pour le moins incertaine, y compris au sein de la doctrine actuelle.

313. Doctrine actuelle : identité en berne. L'effort de qualification du contrat d'édition repose traditionnellement sur une distinction cardinale, qui est pourtant contestée aujourd'hui, opposant cession de droits et licence de droits¹¹⁰⁸. Alors que la première figure – la cession – renvoie au modèle civil de la vente, la seconde – la licence – renvoie au bail¹¹⁰⁹. À titre indicatif, notons que, pour certains auteurs, le contrat d'édition évoque tour à tour une vente, un contrat d'entreprise et une fiducie¹¹¹⁰. D'autres auteurs assimilent le contrat d'édition à une vente avec charge¹¹¹¹, voire à une cession

¹¹⁰¹ J. ZAY, *Exposé des motifs*, JO. Documents parlementaires – Chambre, projet de loi, 13 août 1936, p. 1707.

¹¹⁰² A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, préf. J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, p. 50, n° 14 : « 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 ».

¹¹⁰³ E. GALTIER, *De la constitution d'usufruit par la volonté de l'homme*, 1912, Imprimerie Firmin et Montane Montpellier, p. 44, n° 8, pp. 40-42.

¹¹⁰⁴ PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Paris, 3^e éd. 1825, T. 2, n° 308-310, p. 314 et s.

¹¹⁰⁵ TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, Bruxelles, 1836, n° 206, pp. 127-129.

¹¹⁰⁶ PORTALIS, Chambre des pairs, séance du 27 mai 1839, Archives parlementaires, T. 124, p. 711 ; « L'auteur "reste toujours le souverain" de ses œuvres "comme il en est le père avec (...) un domaine inaliénable" sur elles » ; P. BRESSOLLES, De la propriété littéraire, rapport présenté à l'Académie de législation de Toulouse : Toulouse, 1862, p. 19 et p. 23.

¹¹⁰⁷ Voir par exemple B. KERJEAN qui évoque les « démembrements du droit d'auteur prévus au contrat », « L'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition littéraire à l'épreuve du numérique », *Comm. com. électr.*, n° 9, Septembre 2012, prat. 15.

¹¹⁰⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1360 et s. ; HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd. 2012, n° 21125, p. 626 : « Dans le domaine des droits intellectuels, il faut distinguer 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 » ; A. BOISSON, « Cession et licence en droit d'auteur », *Légicom* 2014/2, n° 53, p. 59.

¹¹⁰⁹ Pour ROUBIER, la licence est 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 », P. ROUBIER, « Licences et exclusivités », *Ann. dt commercial*, 1936, p. 289 ; *Le droit de la propriété industrielle*, TII, Sirey, 1954, p. 286.

¹¹¹⁰ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 768.

¹¹¹¹ N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009, n° 300 (notre thèse inclinera davantage pour cette proposition, *infra* n° 401).

fiduciaire¹¹¹² ou plus simplement à une opération complexe¹¹¹³. Timidement, la Cour de cassation reprend la lettre de l'article L. 132-1 CPI pour accrédi-ter l'usage du terme de cession sans pour autant calquer le régime du contrat d'édition sur le modèle de la vente¹¹¹⁴. Pour d'autres, il contient une part de licence plus ou moins significative, ce qui renvoie nécessairement à la qualification de bail¹¹¹⁵. Cette dernière position semble corroborée par certains auteurs du début du XX^e siècle qui n'hésitaient pas à parler de louage d'œuvres à propos du contrat d'édition¹¹¹⁶. Cette position perdue chez des auteurs contemporains¹¹¹⁷. Sous la plume de Monsieur RAIMOND, la doctrine redécouvre une distinction élaborée entre droit d'exploitation et fruits d'exploitation. Cet auteur souligne « *que la qualification de bail s'imposait en tout état de cause* » et qu'elle se double d'un transfert de propriété des fruits à la manière d'un bail à ferme¹¹¹⁸. Une doctrine moderne tente de dépasser ces clivages doctrinaux, plus séculaires que structurels, en mettant l'accent non pas sur la nature du droit transmis, mais sur la situation d'exclusivité qui pourrait en résulter¹¹¹⁹. Par le passé, certains magistrats ont même considéré qu'il s'agissait d'une société en participation¹¹²⁰ ou plus simplement encore d'un contrat de participation¹¹²¹. Pour finir, certains estiment qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* reposant sur une architecture et un

¹¹¹² P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 473 et s.

¹¹¹³ Ph. GAUDRAT : « *Le code civil accueille deux types de louages d'ouvrage : l'un simple (pure prestation de services, tel le médecin), l'autre complexe (combinant une prestation avec un dépôt - garagiste, par exemple - ou une vente de matière ouvrée - artisan). Le contrat d'édition appartient nécessairement au type complexe, notamment par l'articulation entre une cession de droits d'auteur et un louage d'ouvrage* », Répertoire PL*A*, préc., n° 141.

¹¹¹⁴ Voir par exemple Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, Bull. civ. I n° 296. Sur ce point, voir notamment N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009, n° 357 et s. qui souligne la « *persistance d'incertitudes* » lorsqu'il s'agit d'évoquer la potentielle transposition des garanties issues de l'article 1625 et s. du Code civil aux contrats d'auteur. Notons par ailleurs que la qualification de cession n'engage pas *ipso jure* celle de vente, en dépit des raccourcis notionnels parfois proposés en doctrine, les deux qualifications appartenant à des ordres conceptuels différents si bien que toutes les ventes demeurent des cessions, mais que, bien évidemment, toutes les cessions ne sont pas des ventes. Pour s'en convaincre, il faut songer au contrat de fiducie qui, indépendamment du débat concernant l'effectivité du transfert de propriété, pourrait être qualifié de cession sans pour autant être une vente. Par ailleurs, nous verrons que le terme de cession est usité afin de démontrer un transfert de propriété s'effectuant dans la sphère immatérielle.

¹¹¹⁵ A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, th. préc., n° 416 et s., p. 378 et s. ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd. 2012 n° 32138, pp. 1229-1230 ; M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique, Etude de droit comparé et de droit international privé*, Joly, 1995, n° 49 et s.

¹¹¹⁶ À titre indicatif, voir E. EISENMANN, *Le contrat d'édition et les autres louages d'œuvres*, th. dactyl. Paris, 1894, p. 13 ; W. LAUTERBOURG, *Du contrat d'édition et de la nature juridique des droits d'auteur*, th. dactyl. Paris, Sirey, 1915, p. 59.

¹¹¹⁷ V. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., Dalloz, 1999, n° 290, p. 237 : « *Le Code de la propriété intellectuelle, contrairement à de nombreuses lois étrangères, n'a traité que des cessions de l'œuvre, et n'a jamais distingué celles-ci des concessions ; selon une distinction reconnue en droit commun, la cession transférerait un droit réel, la concession un droit personnel ; alors que le concessionnaire aurait toute liberté quant aux droits transmis, le concessionnaire devrait exploiter l'œuvre. Malgré le terme de cession qui est employé, il faut bien déduire du dispositif de la loi qu'une telle distinction a été bannie : bien que le verbe céder ait été utilisé à propos du contrat d'édition, la liberté n'est pas accordée à l'éditeur qui a l'obligation de fabriquer des exemplaires de l'œuvre* ».

¹¹¹⁸ S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, Litec, 2009, n° 489 et s. et n° 579, v. également dans le même ordre d'idées, H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 491.

¹¹¹⁹ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 724-725, pp. 610-611, qui, tout en optant pour la qualification de cession, assimilent la licence exclusive à un véritable contrat d'édition, n° 711, pp. 621-622 ; voir néanmoins A. LUCAS, « *Le contrat de mise à disposition d'une œuvre de l'esprit* », in *Mélanges en l'honneur de Fr. Collart Dutilleul*, p. 497, n° 15 : « *Le contrat d'édition, "prototype des contrats de droit d'auteur", n'est jamais que la combinaison d'un contrat d'entreprise et d'une cession de droits d'auteur* ».

¹¹²⁰ T. com, 4 juin 1896, DP 1899, 2, 73, obs. J. Valéry ; S. 1899, 2, 217, obs. P. Esmein.

¹¹²¹ Trib. Comm. Seine 21 juin 1937 *Gaz. Pal.* 1937, p. 583 : « *Le contrat d'édition est, d'une manière générale, un contrat de participation où l'auteur et l'éditeur mettent en commun, l'un le produit de son talent littéraire, artistique ou scientifique, l'autre ses capitaux et son potentiel commercial, à l'effet de publier, c'est-à-dire de vendre une ou plusieurs œuvres déterminées* ».

enchevêtrement des obligations trop originaux pour être saisis par les mécanismes désuets du Code civil¹¹²². La comparaison avec d'autres systèmes juridiques n'apporte pas plus de certitude.

314. Limites du droit européen et du droit comparé. Le droit européen n'apporte aucune certitude sur les qualifications contractuelles. Ce droit souhaitant laisser une marge de manœuvre aux États membres, aucun modèle contractuel, qui s'imposerait de plein droit, n'est posé péremptoirement. Selon la directive de 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, « 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 »¹¹²³. La DAMUN du 17 avril 2019 emploie indifféremment les termes de « licence » ou de « transfert » lorsqu'il s'agit d'évoquer le nouveau régime juridique des contrats d'auteur¹¹²⁴. Aussi, le droit européen ne permet-il pas de dégager une inclination particulière pour tel ou tel modèle contractuel.

La comparaison avec d'autres systèmes juridiques n'apporte pas non plus de réponse univoque. Bien au contraire, en fonction des conceptions respectives de la propriété intellectuelle, les réponses varient d'une législation à l'autre.

315. Droits germains. Le droit allemand de la propriété littéraire et artistique protège de manière unitaire les intérêts moraux et économiques des auteurs¹¹²⁵. Les utilités morales ne pouvant être transmises, la Cour fédérale en tire logiquement les conséquences au moment de déterminer le régime juridique des contrats d'auteur qu'elle qualifie expressément de concession simple ou exclusive du droit d'usage¹¹²⁶. De son côté, l'ABGB (Code civil autrichien) prévoit en son article 1172 que le contrat d'édition appartient à la catégorie des contrats de services et pourrait même s'apparenter à un contrat de mandat – l'éditeur exploitant l'œuvre pour le compte de l'auteur¹¹²⁷.

¹¹²² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e éd. 2020, n° 444, p. 443 ; POUILLET, *Traité de propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Marchal, Billars et C., 1879, n° 287 : « Ce qu'on est convenu d'appeler le contrat d'édition n'est qu'une modalité des rapports entre auteur et éditeur, celle qui consiste, pour l'auteur, à conférer à l'éditeur le droit d'exploiter l'œuvre, moyennant tant pour cent sur le nombre d'exemplaires tirés ; c'est bien un contrat sui generis, qui n'est ni un louage d'ouvrage, puisque l'éditeur travaille à ses risques et périls, ni une vente, puisque l'auteur conserve la propriété de son œuvre intellectuelle ».

¹¹²³ Considérant n° 30, Dir. 2001/29 CE, 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

¹¹²⁴ Voir notamment art. 22 et art. 27, Dir. 2019/790, 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

¹¹²⁵ A. DIETZ, Étude réalisée à la demande de la Commission, *Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du traité instituant la communauté économique européenne*, 1976, p. 73 et p. 91.

¹¹²⁶ Art. 29 : « Le droit d'auteur peut être transmis en exécution d'une disposition testamentaire, ou des cohéritiers par la voie de la liquidation d'héritage ; sinon il est intransmissible » ; Art. 31. al. 1 : « L'auteur peut concéder à un tiers le droit d'utiliser l'œuvre selon certains modes d'utilisation. Le droit d'utilisation peut être concédé comme droit simple ou comme droit exclusif » ; art. 31 § 2 : « Le droit d'usage simple confère au titulaire le droit d'utiliser l'œuvre concurremment avec l'auteur ou avec d'autres titulaires, selon le mode qui lui a été permis » ; art. 31 § 3 : « Le droit d'usage exclusif confère au titulaire le droit d'utiliser l'œuvre, à l'exclusion de toute autre personne et même de l'auteur, selon le mode qui lui a été permis, et d'accorder des droits d'usage simples » ; voir également A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Propr. intell.*, n° 3, 17, p. 403 ; T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005, n° 297 ; M. JOSSELIN-GALL, th. préc. n° 55.

¹¹²⁷ § 1172 ABGB : « Par le contrat d'édition, l'auteur d'une œuvre littéraire, d'art sonore ou des beaux-arts ou son successeur légal s'engage à remettre l'œuvre à une autre personne, l'éditeur, afin que celui-ci la reproduise sous forme de copies et la diffuse pour son compte ».

316. Droits de *common law*. Les droits de *common law*, qui connaissent un droit moral bien réel mais « amoindri »¹¹²⁸, davantage teinté de considération économique pour certains¹¹²⁹, adoptent une conception radicalement opposée à celle du droit allemand. Le *copyright* est par essence unitaire et réel. À ce titre, les législations de *common law* admettent que le *copyright* puisse être cédé, loué, prêté, etc.¹¹³⁰. Ainsi, en droit anglais le *publishing contract* repose en principe sur une licence, mais il n'est pas exclu que les droits puissent être définitivement cédés¹¹³¹. Quant au droit américain, l'article 101 de l'*Act of copyright* règle définitivement la question en estimant que le droit d'auteur peut être cédé ou concédé de manière simple ou exclusive¹¹³². Néanmoins, les magistrats et la doctrine s'accordent pour estimer que l'intensité de ces modes de transfert n'est pas identique. À titre d'exemple, on notera que les cessions doivent être constatées par écrit¹¹³³, tandis qu'une licence de *copyright* peut être déduite du comportement des parties prenantes, à la manière d'un quasi-contrat¹¹³⁴.

317. Droit russe. En droit russe, l'alinéa 1^{er} de l'article 1287 du Code civil qualifie le contrat d'édition comme étant une licence d'édition par laquelle « l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit chargent l'éditeur d'assurer la publication et la diffusion de ladite œuvre »¹¹³⁵.

318. Droits de tradition latine. Les droits continentaux de culture latine partagent un embarras similaire au nôtre. À titre d'exemple, le droit espagnol des contrats d'auteur s'est construit sur le modèle de la cession¹¹³⁶. Néanmoins, il est de coutume de considérer que les magistrats ne sont pas tenus des errances de plume du législateur, qui plus est dans le domaine particulier de la propriété intellectuelle, si bien qu'ils seraient en mesure d'en faire abstraction au stade de la qualification des contrats¹¹³⁷. Inversement, la législation italienne parle de concession¹¹³⁸.

319. Droit musulman. On notera encore que dans les pays de droit musulman, bien qu'il existe

¹¹²⁸ Ce qui autoriserait plus facilement sa contractualisation, sur cette question voir C. P. RIGAMONTI, « Deconstructing Moral Rights », 2006, vol. 47 *Harv. Int. Law. Journ.* p. 353, spéc. p. 373 : « *It is part of the moral rights orthodoxy that mandatory terms in contracts relating to the rights of attribution and integrity are discussed under the rubric of waivers of moral rights* ». ; H. HANSMANN, M. SANTILLI, « Authors' and Artists' Moral Rights : A Comparative Legal and Economic Analysis », *Yale Law School*, 1997, Faculty Scholarship Series. 5065, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/5065, p. 124 : « *It appears that every jurisdiction that recognizes the right of integrity places restrictions on the artist's ability to alienate that right". Those restrictions typically take one of two forms. First, there are jurisdictions, such as France, that make the right of integrity completely inalienable.8 Second, there are jurisdictions, such as the United States and England, that make the right nontransferable but waivable* ».

¹¹²⁹ Voir notamment dans une perspective comparatiste en droit canadien, M. RUSHTON « The moral rights of artists : droit moral ou droit pécuniaire ? », *Journ. of Cult. Eco.*, mars 1998, Vol. 22, Issue 1, p. 15.

¹¹³⁰ M. JOSSELIN-GALL, th. préc. n° 80 ; A. DIETZ, ét. préc., « *la grande liberté laissée aux structures conceptuelles des cessions de droit ou de licence permet en théorie de faire des contrats sur mesure en fonction du but recherché* », p. 58, n° 75.

¹¹³¹ Art. 90, 91 et 92 Copyright, Designs and Patents Act (C. 48) du 15 novembre 1988.

¹¹³² Art. 101 Act of copyright 1976 : « *le transfert de titularité du droit d'auteur est une cession, une hypothèque, une licence exclusive ou tout autre mode de transmission, d'aliénation ou d'affectation hypothécaire d'un droit d'auteur, qu'il y ait ou non limitation de temps ou de lieu, mais à l'exception de toute licence non exclusive* ».

¹¹³³ Copyright Act, section 204 (a).

¹¹³⁴ BEURSKENS, P. KAMOOCKI, E. KETZMAN, P. KAMOOCKI, « Les autorisations tacites – une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique, perspective étasunienne, allemande et française », *RIDA* n° 239, 2014/1, p. 3.

¹¹³⁵ V. SIMONENKO, « Les créations salariées en droit d'auteur russe : quel bénéfice et pour qui ? » *Comm. com. électr.*, n° 10, oct. 2010, ét. 20.

¹¹³⁶ Art. 50 de la loi 22/1987 du 11 novembre 1987 qui parle de « *Cessionnaire exclusif* ».

¹¹³⁷ A. DELGADO, « *La nueva ley española* » *RIDA* 1988/4, n° 138, p. 238.

¹¹³⁸ Art. 118 loi du 22 avril 1941 : « *il contratto con il quale l'autore concede a un editore l'esercizio del diritto di pubblicare per le stampe, per conto e a spese del editore stesso, l'opera del ingegno* ».

un débat portant sur l'existence même de la propriété intellectuelle¹¹³⁹, la doctrine favorable à sa reconnaissance ne manque pas de préciser que les contrats d'exploitation qui lui seraient subséquents relèveraient exclusivement de la liberté contractuelle. Les contrats d'exploitation peuvent donc prendre les traits d'une cession ou d'une licence¹¹⁴⁰.

320. Problématique. Méthodologie. Plan. La diversité des opinions doctrinales et l'absence de clarté des textes applicables sont des sources de confusion. Dans le doute, doit-on se contenter de reprendre la qualification de cession envisagée par le législateur à l'article L. 132-1 CPI ou au contraire prendre quelques distances avec le texte ? Une démarche positiviste consisterait à ne pas mettre en doute la dénomination délibérément choisie par le législateur. Dès lors, le débat sur la qualification contractuelle devrait cesser lorsque la qualification litigieuse trouve son inspiration dans la volonté de ce dernier¹¹⁴¹. Cependant, la volonté du législateur et la « réalité juridique » sont deux choses distinctes¹¹⁴². Seule la réalité juridique nous intéresse ici. Aussi, après tant d'autres, nous essaierons-nous à la qualification du contrat d'édition en droit civil. Dans un premier temps, nous tenterons de déterminer un mode de qualification adapté au contrat d'édition (Chapitre 1) et, dans un second temps, nous appliquerons au contrat d'édition les critères de qualification précédemment déterminés (Chapitre 2).

Chapitre 1. La détermination du mode de qualification

Chapitre 2. L'application des critères de qualification

¹¹³⁹ S. BOUHERAOUA, Sh. MOHAMAD, N. S. KASRI, S. ABDULLAH, « Shariah issues in intangible assets », *Shariah Journal*, Vol. 23, n° 2, 2015, p. 287.

¹¹⁴⁰ V. S. D. JAMAR, « The protection of intellectual property under islamic law », 21 cap. *U. L. Rev.* 1992, p. 1079. L'auteur concède néanmoins que certaines dérogations d'ordre public seraient compatibles avec le droit musulman ce qui le rapprocherait de notre système juridique : « *The limitations on future assignments and compulsory licensing comport with shari'a concepts. Limitations of the time of exclusive exploitation rights reflect a derogation of traditional strict property rights held by owners of realty and tangible personal property, but reflect an appropriate accommodation of the individual's exploitation rights and society's desire to have knowledge freely available to all. Some areas may require full exploration such as the relationship between the use of royalty systems and gharar, but these concerns do not appear to be insurmountable hurdles to effective protection of intellectual property consistent with Islamic law. If shari'a principles become fully ascendant, certain relatively peripheral aspects of the law could be changed such as the inheritance or devise structures and perhaps the balance currently struck concerning right of a person to make a copy of any copyrighted work for his or her own use would be restructed in favor of greater protection of the property interest held by the creator or owner of the copyright* », p. 1106.

¹¹⁴¹ O. CAYLA, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », « *La qualification* », *Droits*, n° 18, 1993, p. 3 et s., spéc. p. 13.

¹¹⁴² J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit et François Géný, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Rev. Inter. Etu. Jur.*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 85.

CHAPITRE 1^{er}

LA DÉTERMINATION DU MODE DE QUALIFICATION

321. Inversion méthodologique. Plan. Le contrat d'édition est une institution complexe, peu en phase avec les techniques rationnelles de qualification¹¹⁴³. Les particularités du contrat d'édition font qu'il se dérobe trop aisément aux modèles classiques de qualification dits « conceptuels ». Trop subjectives, ces méthodes ne paraissent pas donner toutes les garanties au moment de définir un mode de qualification incontestable (section 1). Dans cette mesure, on se tournera davantage vers un modèle de qualification empirique (section 2).

Section 1. L'insuffisance des méthodes conceptuelles : l'exemple de la prestation caractéristique

Section 2. Le recours aux données empiriques

Section I

L'INSUFFISANCE DES MÉTHODES CONCEPTUELLES : L'EXEMPLE DE LA PRESTATION CARACTÉRISTIQUE

322. Présentation. Dans les présents développements, on entendra par « méthodes conceptuelles » de qualification des conventions, celles qui s'appuient sur un mode préétabli s'appliquant nonobstant les effets tirés du réel. La recherche de la prestation caractéristique qui permet de déceler la véritable nature d'un contrat est un exemple de méthode conceptuelle. La théorie de la prestation caractéristique est à l'origine dédiée à l'étude des contrats en droit international privé¹¹⁴⁴. En l'absence de législation internationale unifiée, le domaine est sujet à de nombreuses incertitudes touchant aux conflits de lois et de juridictions¹¹⁴⁵. Lorsqu'un contrat présente un caractère d'extranéité, deux hypothèses s'offrent aux parties : soit elles choisissent d'elles-mêmes la loi compétente pour régir la relation contractuelle, soit elles s'abstiennent de toute stipulation en la matière. À défaut de choix, l'article 4.1 de la Convention de Rome prévoit que le contrat sera soumis à la loi du pays avec lequel il présente « *les liens les plus étroits* »¹¹⁴⁶. L'article 4.2 énonce ainsi que les liens les plus étroits doivent être déterminés à l'aune de la prestation caractéristique¹¹⁴⁷. À titre d'exemple, « *en droit de la propriété littéraire et artistique, il est donc indispensable de savoir qui du cédant ou du cessionnaire du monopole, est le débiteur de cette*

¹¹⁴³ Sur ce point, voir notamment PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil. Résultats généraux de la jurisprudence moderne : les assurances terrestres, les rapports entre patrons et ouvriers, l'emphytéose, le contrat d'édition*, T. I, 1928, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, n° 125.

¹¹⁴⁴ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd., T. II, n° 581 et s., p. 292 et s. ; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11^e, 2014, n° 764 et s. ; BATTIFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey 1938, n° 44 ; P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991, p. 287 et s., spéc., p. 307 et s.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ Art. 4.1. Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (remplacée par Règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008 entre les États membres) : « *Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».

¹¹⁴⁷ Art. 4.2. Convention de Rome préc. : « *Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale* ».

prestation, puisque la loi du pays où il demeure va s'appliquer»¹¹⁴⁸. Ces principes ont été partiellement repris dans le règlement Rome I du 17 juin 2008¹¹⁴⁹. Alors que le considérant 19 du règlement fait état de la nécessité de recourir à l'analyse de la prestation caractéristique¹¹⁵⁰, l'article 5.2 prévoit expressément le rattachement à « *la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* »¹¹⁵¹. Ce principe permet donc d'isoler les principaux effets matériels d'un contrat et permet corrélativement de le rattacher à la loi applicable sur le territoire où ces effets se produisent. En principe, lorsque le contrat comporte une prestation monétaire, le rattachement s'opère en faveur de la contreprestation non-monétaire¹¹⁵².

La théorie de la prestation caractéristique s'est ensuite invitée dans le droit interne des contrats. Sa fonction est toujours la même, à savoir assurer la qualification des conventions avec suffisamment de prévisibilité, cette fois-ci dans le but de trancher les conflits de « régimes juridiques » pouvant exister entre différents contrats spéciaux¹¹⁵³. Comme en droit international, lorsqu'un contrat présente une prestation monétaire, l'usage est de considérer que celle-ci ne peut être tenue pour caractéristique¹¹⁵⁴. Concernant la qualification du contrat d'édition, plusieurs obligations peuvent être érigées au rang de prestation caractéristique en raison de la pluralité d'obligations en nature. Alors qu'une partie de la doctrine concède traditionnellement que l'exploitation de l'œuvre demeure la prestation caractéristique (§ 1), le raisonnement est réversible et il serait possible de soutenir que la prestation caractéristique porte davantage sur le transfert des droits d'édition (§ 2). Par conséquent, la méthode est incertaine dans notre domaine.

§ 1. LA THESE ADMISE : L'EXPLOITATION DE L'ŒUVRE

323. Difficulté d'application au contrat d'édition. Actuellement, la thèse partagée par une grande majorité de la doctrine met l'accent sur l'obligation d'exploitation¹¹⁵⁵.

Dans sa thèse dédiée à l'étude de la prestation caractéristique du contrat, le Professeur Marie-Élodie ANCEL estime que l'application stricte des préceptes destinés à déterminer la prestation caractéristique n'offre pas de réponse satisfaisante à propos du contrat d'édition, qu'elle classe dans la catégorie des contrats dits « *d'intérêt commun* »¹¹⁵⁶. L'inconvénient majeur au sein de ces conventions

¹¹⁴⁸ T. AZZI, « Les contrats d'exploitation de la propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », *RIDA* 2007/4, n° 214, p. 3, spéc. p. 29.

¹¹⁴⁹ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

¹¹⁵⁰ Considérant n° 19 : « *En l'absence de choix, la loi applicable au contrat doit être déterminée en suivant la règle prévue en fonction des catégories de contrat. Lorsque le contrat ne peut être classé dans l'une des catégories définies, ou que ses caractéristiques le font appartenir à plusieurs des catégories définies, le contrat devrait être régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle. Dans le cas d'un contrat consistant en un faisceau de droits et d'obligations, qui peuvent être rattachés à plusieurs des catégories de contrat définies, la prestation caractéristique du contrat devrait être déterminée par rapport à son centre de gravité* ».

¹¹⁵¹ Art. 5.2 : « *Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à b) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* ».

¹¹⁵² T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2169 : « *Illustration du principe de proximité, la méthode est précisée grâce à l'article 4.2. Le pays qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat est présumé être celui où est établie la partie qui fournit la prestation caractéristique, laquelle est généralement la prestation due en échange d'une rémunération* ».

¹¹⁵³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 12 : « *c'est l'obligation caractéristique convenue qui permet de qualifier le contrat* ».

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ M. JOSSELIN-GALL, th. préc., n° 316 : « *La cession ou concession des droits de propriété littéraire par l'auteur à l'exploitant est inhérente à tous les contrats d'exploitation du droit d'auteur, elle n'est pas propre au contrat d'édition, il est difficile par conséquent de l'envisager comme la prestation caractéristique de ce contrat spécial* » ; S. RAIMOND, th. préc. n° 481 : « *Ainsi, c'est finalement l'obligation d'exploiter qui révèle que le contrat confère un droit personnel de jouissance au lieu de transférer un démembrement réel* ».

¹¹⁵⁶ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, *Economica*, 2002, n° 175 et s.

réside dans la multiplicité des obligations non-monétaires pouvant chacune prétendre au rang de prestation caractéristique. Afin de contourner cet obstacle, les auteurs ont donné corps à une distinction entre prestation instrumentale et prestation finale. La première permettrait la réalisation d'un objectif commun, tandis que la seconde permettrait la mise à disposition des éléments nécessaires à sa réalisation de l'objectif commun¹¹⁵⁷. Pour le Professeur Suzanne LEQUETTE, ce type contractuel se traduisait par l'existence « d'un lien de complémentarité ordonné » entre les différentes obligations toutes consubstantielles à l'opération déterminée¹¹⁵⁸.

324. La distinction proposée : la prestation finale et la prestation instrumentale. Dans les contrats-coopération, auxquels appartiendrait le contrat d'édition, le régime de la cause est légèrement altéré afin de tenir compte de cette nouvelle réalité. Les causes ne seraient plus croisées mais « latéralisées » : l'exploitation de l'œuvre par un tiers suppose préalablement le transfert du droit patrimonial ; la rémunération de l'auteur suppose au préalable l'exploitation du droit d'auteur. Ainsi, pour le Professeur Suzanne LEQUETTE, la cause-coopération, à l'inverse de la cause-permutation, permet d'exiger une co-prestation¹¹⁵⁹.

Cette organisation de la structure du contrat implique des conséquences sur son économie générale. Il faudrait voir dans le contrat de franchise une obligation instrumentale de mise à disposition de la marque, de l'enseigne et du savoir-faire, et une obligation finale d'exploitation de ces éléments afin d'en dégager une rente¹¹⁶⁰. « Pour le métayage, c'est la prestation du preneur qui apparaît caractéristique, en vue de laquelle la jouissance de l'immeuble est conférée »¹¹⁶¹. De même, le contrat d'édition se scinderait en deux obligations : la première, instrumentale, prévoyant le transfert du droit de reproduction, et la seconde, finale, supposant l'exploitation de l'œuvre à des fins communes¹¹⁶². « En conséquence, pour le contrat d'édition, la prestation caractéristique est celle fournie par l'éditeur, car c'est au service de celle-ci qu'est mise la prestation de l'auteur et c'est par rapport à elle que l'auteur est rémunéré ». Ainsi présentée, la qualification du contrat d'édition s'apprécierait d'une obligation de faire, le faisant entrer dans la catégorie des contrats d'entreprise. Le Professeur Yves LEQUETTE, dans son cours général de droit international privé, admet tout d'abord que le contrat d'édition se prête mal à l'analyse mais propose ensuite, en raison de son caractère d'intérêt commun, d'identifier la prestation caractéristique dans l'obligation d'exploitation¹¹⁶³.

Une telle approche de la prestation caractéristique n'appelle aucune critique tant elle est incontestable sur le plan conceptuel. Toutefois, il est possible d'adopter un postulat différent qui conduit à un autre résultat tout aussi incontestable.

§ 2. LA THESE ALTERNATIVE : LA TRANSMISSION DES DROITS D'ÉDITION

325. Inversion de la perspective. Ce schéma de pensée proposé ci-dessus n'est pas le seul. En effet, rien n'interdit de considérer que le contrat d'édition se décompose en deux temps dans lesquels s'intercale l'obligation d'exploitation afin de se présenter de la sorte : le transfert du droit de reproduction, l'exploitation de l'œuvre par l'éditeur permettant la rémunération de l'auteur. L'analyse en termes de prestation instrumentale et finale devrait davantage porter sur les deux derniers temps de l'opération. Dans ce schéma, l'obligation d'exploitation a pour fonction la réalisation de l'obligation monétaire assurant la rémunération de l'auteur. L'obligation d'exploitation serait l'instrument de la

¹¹⁵⁷ S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale des contrats*, préf. C. BRENNER, n° 198 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 13^e éd. 2022, n° 356.

¹¹⁵⁸ S. LEQUETTE, th. préc., n° 198.

¹¹⁵⁹ S. LEQUETTE, th. préc. n° 200 et s.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ M.-E. ANCEL, th. préc. n° 181.

¹¹⁶² *Ibid.* ; S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148.

¹¹⁶³ Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2018, T. 387, pp. 105-106.

rémunération de l'auteur. En tant que prestation instrumentale, l'obligation d'exploitation s'efface laissant subsister deux obligations : le transfert du droit de reproduction et l'obligation monétaire. Finalement, cette technique de qualification ferait le lit de la qualification de cession ou de bail.

326. Justification. En effet, le contrat d'édition demeure un « contrat d'auteur » visant à protéger les intérêts de ce dernier. Dans cette mesure, l'obligation d'exploitation sert uniquement à s'assurer du fait que l'auteur sera correctement rémunéré. Les récentes dispositions prévues à l'article L. 132-17-4 CPI semblent valider le propos. Celui-ci reconnaît aux parties le droit de solliciter la résiliation du contrat d'édition si « *pendant deux années consécutives au-delà d'un délai de quatre ans après la publication de l'œuvre, les états de comptes ne font apparaître de droits versés ou crédités en compensation d'un à-valoir* ». Seul l'état financier de l'auteur importe au législateur – en droit d'auteur du moins –, celui-ci s'intéresse davantage au transfert du droit et à sa contrepartie.

Pour aller plus loin, devrait-on requalifier la cession de parts sociales en contrat de prestation de services sous prétexte que les parties aient prévu une clause de performance corrélée à l'exploitation de la société ? De la même façon, les donations avec charge demeurent dans le giron des cessions en dépit de la lourdeur de la charge¹¹⁶⁴.

Le recours à la notion de prestation caractéristique s'avère donc malaisé lorsqu'au moins deux obligations inhérentes à la qualification juridique en cause supposent une exécution en nature. Si certains estiment que la prestation caractéristique n'est autre que l'exploitation de l'œuvre menée par l'éditeur, on pourrait vraisemblablement soutenir que le contrat d'édition est avant tout une technique d'organisation du monopole d'exploitation dont le seul but est d'assurer la rémunération de l'auteur. L'obligation d'exploitation pouvant parfaitement tenir lieu de prestation instrumentale en ce qu'elle aspire à l'accomplissement d'une contreprestation – en principe monétaire – de l'éditeur.

De manière générale, la théorie de la prestation caractéristique est bien trop réversible pour conférer une qualification incontestable du contrat d'édition. C'est pourquoi, le Professeur Tristan AZZI écrit que « *pour le contrat d'édition, la dernière proposition de Mlle ANCEL peut être inversée. En effet, on peut aussi considérer que la prestation caractéristique est celle fournie par l'auteur, car c'est au service de celle-ci qu'est mise la prestation de l'éditeur (qui contribue à la diffusion de l'œuvre) et c'est par rapport à elle que l'éditeur est rémunéré (meilleure l'œuvre sera, plus elle rencontrera de succès et, par conséquent, mieux l'éditeur sera rémunéré)* »¹¹⁶⁵.

327. Démarche incertaine. La méthode de la prestation caractéristique est précieuse lorsque la convention litigieuse est enclavée dans le rapport binaire classique prestation en nature/prestation monétaire, la seconde de ces prestations pouvant difficilement prétendre à la qualité de discriminant ou de prédominant. Elle est au contraire d'un intérêt limité lorsque la convention, comme le contrat d'édition, n'est pas monolithique et ne reprend pas ce schéma. En effet, s'il existe bien une prestation monétaire à la charge de l'éditeur, chacune des parties a pour obligation une prestation en nature : l'auteur transmet le droit de reproduction et l'éditeur exploite l'œuvre en faisant usage de ce droit. Cette dualité rend délicate la détermination d'un schéma économique ou d'une prestation qualitativement supérieure. En matière de droit international privé, le CSPLA, dans un rapport rendu en 2003, souligne déjà l'ambivalence de la prestation caractéristique en matière de contrat d'auteur¹¹⁶⁶. Au fond, rien ne justifie la primauté de l'une sur l'autre prestation si ce n'est la sensibilité personnelle des analystes. Sans être pernicieuses, les conclusions auxquelles conduiraient ces techniques seraient aisément réversibles, ce qui leur ôterait toute pertinence.

¹¹⁶⁴ *Infra* n° 404

¹¹⁶⁵ T. AZZI, th. préc. p. 441, n° 597, note de bas de page n° 139.

¹¹⁶⁶ CSPLA, *Rapport de la commission spécialisée portant sur la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique*, 2003, p. 10 : « *Si l'on met l'accent, d'un point de vue économique, sur le fait que ces contrats sont normalement destinés à organiser l'exploitation d'œuvres ou « d'objets protégés », il peut paraître logique de considérer que la prestation caractéristique est fournie par l'exploitant. A l'inverse, si l'on estime, d'un point de vue plus philosophique, que ces contrats ont pour objet le droit cédé ou concédé, sans lequel aucune exploitation ne serait possible, on est enclin à considérer que cette prestation consiste dans cette cession ou cette concession* ».

328. Conclusion de section. Le recours à la prestation caractéristique n’offre pas toutes les certitudes. Bien que l’on fasse parfois état du fait que la prestation caractéristique du contrat d’édition soit l’obligation d’exploitation, rien n’interdit de mettre l’accent sur l’obligation de transférer le droit, ce qui conduirait à une qualification contractuelle différente. Pour ces raisons, l’inversion de la perspective semble pertinente afin de procéder à la qualification du contrat d’édition à partir de données objectives recueillies dans le droit positif. Les méthodes conceptuelles présentant l’inconvénient d’être ambivalentes, on optera pour une qualification contractuelle de nature empirique.

Section II

LE RECOURS AUX DONNÉES EMPIRIQUES

329. Méthodologie. Pour tenter de se faire une idée plus précise de l’identité du contrat d’édition, nous proposons d’inverser la méthode de qualification et d’avoir recours à une analyse empirique fondée sur l’observation de certains éléments de régime. L’empirisme, faut-il le rappeler, désigne les différentes théories philosophiques reposant sur l’expérience sensible. En droit, l’empirisme et le pragmatisme renvoient parfois à des méthodes d’application du droit qui autoriseraient le juge à appliquer une norme en se souciant uniquement de son effet concret sur les litigants. Il s’agit donc d’une doctrine de l’effectivité des normes¹¹⁶⁷. Par exemple, si le juge estime qu’une norme aura un effet qu’il estime néfaste, il pourra s’affranchir de la rigueur de la règle et procéder à une interprétation qui créera une nouvelle norme¹¹⁶⁸. Bien loin de ces considérations qui relèvent d’une étude philosophique du droit, nos aspirations sont plus modestes. Dans notre cas, l’empirisme s’entend de l’approche suivante : dans un premier temps, établir un panel de données sensibles sur un objet d’étude et, dans un second temps, utiliser un raisonnement inductif qui permettra de comprendre la source du phénomène étudié. Ainsi, en fonction du régime juridique que le droit attribue au contrat, il se rapprochera davantage de telle ou telle qualification contractuelle en droit civil. En ce qui concerne le contrat d’édition, l’empirisme conduira à constater des éléments de régime juridique et à induire la qualification adéquate. Si le contrat d’édition transfère simplement la jouissance des droits d’édition, il se rapprochera d’un bail. Si au contraire, l’expérience démontre que l’éditeur se voit transférer les attributs de la propriété, alors le contrat d’édition se rapprochera d’une vente. Si l’auteur et l’éditeur se partagent les risques issus de l’exploitation, le contrat d’édition pourra s’apparenter à une société. Si l’auteur conserve l’intégralité des attributs des droits d’édition et que l’éditeur n’a pour mission que de réaliser l’exploitation, sans doute serons-nous face à un contrat d’entreprise.

330. Étalonnage. Plan. Notre postulat est simple : si le législateur a souhaité ériger l’éditeur au rang de propriétaire en qualifiant ainsi le contrat d’édition de vente, le droit positif le placera dans une situation analogue à celle de l’acquéreur d’un bien corporel. Comme un propriétaire¹¹⁶⁹, l’éditeur aura

¹¹⁶⁷ V. B. BARRAUD. *Le pragmatisme juridique*, L’Harmattan, 2017, Bibliothèque du droit, p. 34 : « *Les théories pragmatiques définiraient le droit principalement à travers le critère de l’effectivité : seraient juridiques et donc dignes d’être analysées par les scientifiques du droit, les normes et institutions qui produisent concrètement des effets de régulation, quelles que soient leurs origines et leur éventuelle validité* » et pp. 281-282 : « *Le pragmatisme pourrait être au droit postmoderne ce que le dogmatisme dit « positiviste » est au droit moderne. Et l’effectivité des normes pourrait être au droit postmoderne ce que la validité des normes est au droit moderne. Richard Rorty fait du pragmatisme l’attitude épistémologique la mieux adaptée à la culture que les mutations actuelles du monde et des sociétés réclameraient. Peut-être le pragmatisme juridique est-il l’attitude jus-épistémologique la mieux adaptée à la culture juridique que les mutations actuelles du monde du droit réclameraient* ».

¹¹⁶⁸ J.-B. BELDA, *Apparence et réalité des discours de la Cour de cassation : Étude positive et critique d’un office en mutation*, th. dactyl. Montpellier, 2016. n° 367 et s., p. 261 et s.

¹¹⁶⁹ Rappelons que le Conseil constitutionnel qualifie lui-même les créations intellectuelles de propriété, Cons. const. 2006-540 DC, 27 juill. 2006, Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information, JO 3 août 2006, p. 11541 ; D. 2006, p. 2157, C. Castets-Renard ; *Légipresse* 2006, p. 129, L. Thoumyre ; *RTD civ.* 2006, p. 791, T. Revet qui salue la décision en estimant que « *dénier aux*

« le droit de jouir et disposer (...) de la manière la plus absolue »¹¹⁷⁰ des droits d'édition. Il serait en mesure de constituer des droits réels sur son bien ou de disposer librement des droits. Par ailleurs, il serait habilité à opposer son droit de propriété en se prévalant d'une action en contrefaçon. De la même façon, si l'éditeur est un propriétaire, lorsque celui-ci exploite l'œuvre et use des droits d'édition, il assume seul les risques issus de cette exploitation comme le propriétaire d'un fonds de commerce qui exploite sa propriété commerciale à ses risques et périls¹¹⁷¹. La comparaison n'est pas insignifiante, dans la mesure où la doctrine classique, sous l'autorité de ROUBIER et de DABIN, rapprochait la propriété intellectuelle de la propriété commerciale en les qualifiant de « droits de clientèle »¹¹⁷². Lorsqu'un fonds de commerce est menacé de faillite, le risque pèse sur le propriétaire du fonds, non sur les salariés. Ainsi, plus le canevas choisi pour l'éditeur est celui d'un propriétaire, plus il doit être exposé au risque d'exploitation de l'œuvre.

La méthode adoptée repose sur l'analyse de données légales et jurisprudentielles qui permettent de déterminer l'intensité de la maîtrise et du risque qu'entretient l'éditeur vis-à-vis des droits

*créations intellectuelles la nature d'objets de propriété, c'est aller contre l'universalité de domaine de la propriété, qui constitue l'une des conséquences de sa réunification par la rupture révolutionnaire, autrement dit, de sa réhabilitation à compter de cette période. Le droit de propriété est constitué par le pouvoir d'une personne d'exclure par principe tous les tiers de l'accès à une chose » ; D. 2006, p. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid.* p. 2878, chron. X. Magnon ; *ibid.* 2007, p. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; *RTD civ.* 2007, p. 80, obs. R. Encinas de Munagorri ; *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 240, chron. V.-L. Benabou ; *ibid.* 2007, n° 23, p. 193, obs. M. Vivant ; *Comm. com. électr.*, 2006. Comm. 140, obs. C. Caron ; ; V. depuis, Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, *AJDA* 2009 p. 1132 ; *D.* 2009, p. 1770, J.-M. Bruguière ; *ibid.* p. 2045, L. Marino ; *ibid.* 2010 p. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *Dr. soc.* 2010, p. 267, chron. J.-E. Ray ; *RFDA* 2009, p. 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; *Constitutions* 2010, p. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; *ibid.* p. 293, obs. D. de Bellescize ; *RSC* 2009, p. 609, obs. J. Francillon ; *RTD civ.* 2009. 754, obs. T. Revet ; *ibid.* p. 756, obs. T. Revet ; *RTD com.* 2009, p. 730, étude F. Pollaud-Dulian ; *GAPI, Grands arrêts de la propriété intellectuelle (GAPI)*, M. VIVANT (dir.), 3^e éd., Dalloz, 2019, n° 6, note D. Rousseau.*

¹¹⁷⁰ Art. 544 du Code civil.

¹¹⁷¹ Cass. 3^e civ., 27 mars 2002, n° 00-20.732, *JurisData* n° 2002-013715 ; *D.* 2002, J. 2400, note H. Kenfack ; *D.* 2002, somm. comm. 3006, obs. D. Ferrier ; *AJDI* 2002, p. 376, obs. J.-P. Blatter.

¹¹⁷² P. ROUBIER, « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 251, spéc. p. 291 : « il s'agit, grâce à une emprise sur la clientèle, d'obtenir des bénéfices dans la concurrence économique » ; DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. de lég. et de jur.* 1939, p. 413. La théorie des droits de clientèle est toutefois sujette à caution tant elle est combattue par la doctrine contemporaine.

d'édition¹¹⁷³. La maîtrise éditoriale dont l'éditeur est investi devra être mesurée (§1) afin de contenir au mieux le risque éditorial qui lui est corrélatif¹¹⁷⁴ (§2).

§ 1. LA MAÎTRISE ÉDITORIALE

331. Maîtrise. Plan. Au sens courant, la notion de maîtrise fait appel à l'idée de puissance. On définit la maîtrise comme l'exercice d'une supériorité absolue sur les êtres ou les choses¹¹⁷⁵. En tant que telle, la maîtrise n'est pas une notion juridique, mais un simple constat factuel. Dans le cadre du contrat d'édition, la maîtrise suppose d'ériger l'éditeur au rang de maître. Rappelons-le, plus les éléments de maîtrise seront nombreux, plus la situation de l'éditeur se rapprochera de celle d'un véritable propriétaire. Dans cette perspective, la maîtrise de l'éditeur peut se décliner en deux occurrences : une maîtrise sur les droits d'édition eux-mêmes (A) et une maîtrise sur la façon dont l'éditeur mène son activité éditoriale (B).

A. LA MAÎTRISE DES DROITS D'ÉDITION

332. Plan. Sur les droits d'édition, la maîtrise peut s'exprimer de deux manières : de manière positive, l'éditeur devra être en mesure de prendre des actes visant au transfert des droits d'édition (1) et, de manière négative, il sera en mesure d'opposer sa qualité de titulaire aux tiers (2).

1. Le transfert des droits d'édition

333. Plan. Le pouvoir de transférer les droits d'édition suppose que l'éditeur puisse en disposer librement (a). Par ailleurs, ce pouvoir suppose que l'éditeur puisse faire apport de ses droits aux organismes de gestion collective (b).

a. La disposition des droits d'édition

334. Annonce. L'*abusus* – le droit de disposer de la chose – est essentiel à la propriété. En effet, si un propriétaire peut transférer l'*usus* ou le *fructus* d'un bien, le droit de propriété s'éteint si l'*abusus* lui échappe. Dans un esprit similaire, il peut, à sa libre volonté, renoncer à son bien en abdiquant

¹¹⁷³ En ce sens, S. RAIMOND qui évoque l'idée de « la maîtrise de l'exploitation » sous l'angle du « pouvoir de décision » dont il fait dépendre la qualification contractuelle du contrat d'édition, th. préc., n° 480 : « Un examen de l'influence croisée de l'obligation d'exploiter et des modalités de la maîtrise de l'exploitation permet d'identifier la qualification adéquate, au regard du droit civil, des contrats d'édition ». Cela étant, son étude du contrat d'auteur étant globale, il ne procède à aucune analyse approfondie de la notion. En outre, une précision doit être apportée quant à notre démarche. Pour les besoins d'une telle démonstration, nous concentrerons sur les aspects de droit des contrats. Dès lors, le droit fiscal et le droit comptable ne seront pas appréhendés compte tenu de leurs logiques propres et ce, en dépit des leurs apports évidents aux notions de maîtrise et de risque. À titre d'exemple, le fait que le droit comptable considère que le monopole d'exploitation soit un actif immobilisé (« Une immobilisation corporelle est un actif non monétaire sans substance physique, détenue soit pour produire ou fournir des biens ou des services, soit pour être louée à des tiers, soit à des fins administratives, et dont l'entité attend qu'il soit utilisé au-delà de l'exercice en cours » (N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, préf. G. BONNET et M. GERMAIN, Litec LexisNexis, 2007, n°429) est assurément pertinent quant à la maîtrise de l'éditeur. En effet, la comptabilisation du droit d'auteur à l'actif du bilan au sens de l'IAS 38 suppose la réunion de trois critères : l'existence d'avantages économiques futurs relatifs à l'actif pouvant être clairement identifiés et dont l'évaluation suppose une certaine fiabilité pour l'avenir (L'IAS 38, JOUE, 13 oct. 2003, L. 261/337, §7, N. BINCTIN, *op. cit.* n°430 ; N. BINCTIN, « Le capital intellectuel », *Comm. Com. Électr.*, sept. 2005, n° 9, étude n° 32, n° 12). Ces critères semblent parfaitement correspondre à notre démarche. Toutefois, afin que la démonstration n'encoure pas le grief de méprendre les logiques propres à chacune de ces matières, ces aspects ne seront pas davantage développés.

¹¹⁷⁴ H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, préf. J. MESTRE, PUAM n° 5, p. 26, qui appréhende la prise de risque commercial sous l'angle de la récompense en cas de succès de l'entreprise.

¹¹⁷⁵ Dictionnaire Larousse, sous occurrence « Maîtrise ».

unilatéralement ses droits¹¹⁷⁶. L'éditeur peut-il se comporter comme un véritable propriétaire et disposer des droits d'édition qui lui sont transférés ? La réponse appelle à la prudence au regard des modalités de l'article L. 132-16 CPI qui distingue le transfert simple du bénéfice du contrat d'édition et le transfert accessoire à la cession du fonds de commerce de l'éditeur. Ces deux schémas doivent être brièvement présentés puis commentés.

335. Le transfert du bénéfice du contrat d'édition sous condition d'autorisation de l'auteur¹¹⁷⁷. L'article L. 132-16 CPI prévoit que « *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* ». L'article envisage le « transfert du bénéfice » dont l'ambivalence doit être relevée. L'expression peut en effet renvoyer à deux réalités différentes.

D'une part, le transfert peut être la conséquence d'une cession de contrat. D'autre part, le bénéfice du contrat à un tiers pourrait désigner le transfert des seuls droits d'édition. On pourrait ainsi envisager qu'un éditeur souhaite racheter les droits d'exploitation d'un concurrent sans pour autant s'engager à l'obligation d'exploitation continue.

De part et d'autre, la validité de l'opération reste subordonnée à l'accord préalable de l'auteur. Son défaut entraîne la nullité du transfert¹¹⁷⁸.

336. Le transfert du contrat d'édition accessoire à la cession de fonds de commerce. En revanche, lorsque le transfert des droits est réalisé dans le cadre de la cession du fonds de commerce, l'article L. 132-16 CPI dispense l'éditeur de recueillir l'autorisation préalable de l'auteur¹¹⁷⁹. En intégrant pleinement le fonds de commerce de l'exploitant¹¹⁸⁰, le contrat d'édition se transmet de façon accessoire¹¹⁸¹.

337. Constitution de sûretés réelles. La possibilité de constituer une sûreté est assimilée au pouvoir de disposition d'un bien. Conformément à la nature incorporelle des propriétés intellectuelles, la constitution de sûretés sur les droits d'édition doit être qualifiée de nantissement¹¹⁸². Cette qualification est d'ailleurs expressément envisagée en matière de sûreté sur logiciel¹¹⁸³. Bien que cela puisse paraître évident, rappelons que seul le propriétaire d'un bien est en mesure de constituer une telle sûreté¹¹⁸⁴. Une fois la sûreté constituée, le créancier se voit attribuer un droit de préférence et un

¹¹⁷⁶ Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 1992, *D.* 1993, somm. p. 35, obs. Robert.

¹¹⁷⁷ A. CHAVAGNON, « Le transfert du contrat d'édition », *Légipresse*, 2008, n° 249, II, p. 27.

¹¹⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *RIDA* 2007/2, p. 243 et p. 209, obs. P. Sirinelli ; *JCP G* 2007, I, 176, n° 12, obs. C. Caron ; *Propri. intell.* 2007, p. 219, obs. A. Lucas. Pour un exemple de transmission valable, faite avec l'accord de l'auteur v. Paris 16 mai 1991, *JurisData* n° 1991-022288 ; Cass. 1^{re} civ. 26 janv. 1994 *Glénat c/ Bourgeon, Gaz. Pal.* 1994. 1. Panor ; *RIDA* n° 161, 1994/3, p. 309, A. Kéréver.

¹¹⁷⁹ TGI Paris, 3^e ch., 7 mai 1996, *RIDA* 1996/4, p. 308 A. Kéréver ; Riom, 1^{re} ch., 24 mai 2007 *SARL de Borée diffusion distribution c/ SARL Pastre et fils, JurisData* n° 2007-345481, *JCP G* 2008, IV, 1615 : « *Qu'en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 132-16 du même code, la cession du fonds de commerce d'édition emporte cession du contrat d'édition, réputé transmis en même temps que le fonds dès lors que l'auteur, estimant que ses intérêts n'étaient pas gravement compromis par cette cession, ne s'y est pas opposé ; Qu'il en résulte que la Société PASTRE est bien titulaire du contrat d'édition des œuvres de M. MARGERIT père et fils, en vertu des cessions de fonds de commerce* ».

¹¹⁸⁰ M. FILIOL de RAIMOND, « Un 105^e Congrès des notaires sous le signe de l'audace et de la simplicité », *RLDA*, n° 40, juill. 2009.

¹¹⁸¹ M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. ROCHFELD, LGDJ 2013, spéc. n° 529 et s. estimant notamment que le transfert incident est automatique dès lors qu'il s'agira de protéger la destination ou l'affectation du bien transmis.

¹¹⁸² D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd. n° 457 ; D. BUREAU, « le gage-espèce », *Dr. et pat.*, 1999, n° 27, p. 22 ; H. SYNDET, « le nantissement de biens incorporels », *Dr. et pat.*, 2005, n° 140, p. 65 ; C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. C. CARON, Litec, 2009, n° 116, p. 99.

¹¹⁸³ Art. 132-34 CPI : « *Sans préjudice des dispositions de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, le droit d'exploitation de l'auteur d'un logiciel défini à l'article L. 122-6 peut faire l'objet d'un nantissement* ».

¹¹⁸⁴ Art. 2335 du Code civil : « *Le gage de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui* ».

droit de suite sur le bien « assiette ». La question est donc de savoir si l'éditeur peut constituer des sûretés sur le droit qui lui a été transmis. La réponse jurisprudentielle est positive bien qu'au regard des principes du droit des sûretés cette solution ne soit pas évidente¹¹⁸⁵.

À cet égard, il revient au Professeur MARTIAL-BRAZ d'avoir mis en lumière l'inadaptabilité du droit d'auteur au droit des sûretés¹¹⁸⁶. Elle propose un régime original adapté aux propriétés intellectuelles qui repose essentiellement sur l'absence de dépossession des exemplaires de l'œuvre et du droit d'exploitation lui-même¹¹⁸⁷. Sans entrer dans le détail technique du droit des sûretés qui dépasse largement notre domaine d'étude, notons simplement que l'exploitant est en mesure de constituer des sûretés sur les droits d'édition moyennant quelques adaptations de régime.

338. Commentaire. Que penser de ces développements ? Lorsque les droits sont cédés accessoirement au fonds de commerce, le régime du transfert n'emporte aucune difficulté. De la même façon, en cas de cession du contrat d'édition, celui-ci étant *intuitu personae*, il est logique de subordonner l'opération à l'accord de toutes les parties¹¹⁸⁸. Au contraire, le régime applicable en cas de cession des seuls droits d'édition appelle à commentaire. Une analyse trop rapide conduit à dénier le pouvoir de disposition de l'éditeur, celui-ci devant obtenir l'accord de l'auteur pour réaliser la cession. En conséquence, il serait bien difficile de l'assimiler à un véritable propriétaire et la nature du contrat d'édition serait peu compatible avec le modèle de la vente. Est-ce suffisant pour dire que l'éditeur n'exerce aucune maîtrise sur les droits d'exploitation et que celle-ci demeure entre les mains de l'auteur ? La réponse est évidemment négative. Pas plus que l'éditeur, l'auteur ne peut seul céder les droits d'édition ayant déjà fait l'objet d'un contrat d'édition¹¹⁸⁹. Au contraire, on relèvera que c'est l'éditeur qui cède les droits et que l'auteur se contente d'avaliser l'opération. La jurisprudence est globalement en ce sens. La Cour de cassation a rappelé que seul l'éditeur est en mesure d'autoriser les exploitations ultérieures menées par des tiers dans l'arrêt *Coluche*¹¹⁹⁰.

Comment justifier ainsi que l'éditeur soit en situation de maîtrise, sans qu'il puisse librement transférer les droits d'édition ? À notre avis, il faut simplement reconsidérer le problème et se résoudre à soutenir que tout type de transfert des droits d'édition entraîne obligatoirement le transfert de l'obligation d'exploitation¹¹⁹¹. Droits d'édition et obligation d'exploitation étant insécables, lorsque l'éditeur décide de céder les seuls droits d'édition, la charge d'exploitation doit être transférée de façon

¹¹⁸⁵ Paris, 17 janv. 1874, DP. 1875, 2, p. 43 ; Cass. Civ. 25 mars 1901, *S*, 1901, 1, p. 305 ; Pour une critique de cette proposition en ce qu'elle ne tient pas compte de l'essence profonde du droit d'auteur, voir : M. VIVANT, « L'immatériel en sûretés », in *Mélanges en l'honneur de M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 405, principalement §6.1 et s.

¹¹⁸⁶ N. MARTIAL-BRAZ, *Droit des sûretés sur propriétés intellectuelles*, avant-propos M. VIVANT, préf. D. LEGEAIS, PUAM 2007, n° 143 et s. et 177 et s.

¹¹⁸⁷ N. MARTIAL-BRAZ, *ibid.*

¹¹⁸⁸ J. FRANÇOIS, *Les obligations. Régime Général*, Economica, 6^e éd. 2022., n° 677 et s., A. CHAVAGNON, « Le transfert du contrat d'édition », *Légipresse*, 2008, n° 249, II, p. 27. Certains auteurs considèrent néanmoins que l'opération s'analyse davantage comme une novation par changement de débiteur, en ce sens A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, LGDJ 1962, préf. R. SAVATIER, n° 89, ou encore POUILLET, *op. cit.* n° 349.

¹¹⁸⁹ Dans l'hypothèse où l'éditeur cède les droits d'édition sans l'autorisation de l'auteur, la cour d'appel a estimé que l'auteur « avait manqué à ses obligations contractuelles », Paris, 27 nov. 1991, 14^e ch. sect. A, 27 nov. 1991, *D*. 1992, p. 63. Si l'éditeur n'était pas propriétaire, la cour aurait dû tout simplement invoquer la maxime « *nemo plus juris* » pour sanctionner l'éditeur qui a transféré les droits dont il ne disposait pas (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* : Personne ne peut transférer à un autre plus de droits qu'il n'en a lui-même). La Cour de cassation a réitéré sa position en sens inverse à l'égard de l'auteur qui a cédé les droits d'édition sans l'accord de l'éditeur, Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, 13-10.560, Inédit.

¹¹⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2006, n° 03-20.960 « en soumettant la commercialisation des enregistrements litigieux à l'autorisation préalable de la société PPL, laquelle est titulaire des droits exclusifs d'édition phonographique sur les interprétations de l'artiste, la cour d'appel n'a fait qu'appliquer les dispositions du Code de la propriété intellectuelle qui requièrent l'autorisation de tous les titulaires de droits pour procéder à leur exploitation ».

¹¹⁹¹ M. N. STOJANOVIC, « Du contrat d'édition », *RIDA* 1967/1, n° 52, p. 79.

incidente¹¹⁹². Les mécanismes du droit des contrats peuvent justifier cette relation particulière entre droits d'édition et obligation d'exploitation. Ces mécanismes seront présentés ultérieurement lorsque la qualification civiliste sera définitivement arrêtée¹¹⁹³.

b. L'apport réalisé au profit d'organismes de gestion collective.

339. Délimitation. Présentation. Un propriétaire doit être en mesure de pouvoir disposer de ses biens en procédant à un apport en société. Pour être maître des droits d'édition, l'éditeur est en mesure de disposer de ses droits de la sorte. D'emblée, une distinction doit être posée selon la catégorie de société à laquelle l'éditeur décide d'apporter ses droits. L'apport se fait soit au profit d'une société au sens classique du terme soit au profit d'une société de gestion collective des droits d'auteur.

Dans le premier cas, l'éditeur qui devient associé apporterait son droit d'exploitation à une société éditrice, à charge pour elle de procéder à l'édition de l'œuvre. Dans ce cas, l'apport est soumis aux dispositions de l'article L. 132-16 CPI dont les modalités viennent d'être expliquées¹¹⁹⁴. On se concentrera davantage sur les particularismes qui entourent les apports aux organismes de gestion collective des droits. Il est acquis que l'apport réalisé au bénéfice des organismes de gestion de droits n'est en rien comparable à celui prévu en matière de sociétés classiques¹¹⁹⁵. La raison étant que le droit d'exploitation apporté ne concourt pas à la constitution du capital social comme dans les sociétés classiques¹¹⁹⁶. Seule la cotisation obligatoire à l'adhésion est versée à la trésorerie de la société.

Rappelons que les organismes de gestion collective sont des sociétés privées dont le but est de recueillir les droits d'exploitation afin d'en assurer la gestion selon deux modalités : percevoir et distribuer la rémunération dévolue aux auteurs et mettre à la disposition des utilisateurs un carnet d'œuvres, moyennant une rémunération qu'elles répartissent entre les ayants droit. Cette pratique de l'apport, à l'initiative des éditeurs, a connu un essor sans précédent à la fin du XX^e siècle, principalement dans le domaine musical. Il s'agit du domaine s'étant le mieux adapté aux évolutions technologiques, qu'il s'agisse de la diffusion par fréquences hertziennes ou de la communication par voie numérique. Dans le domaine musical, la SACEM demeure l'organisme de gestion collective le plus connu. Par-delà ce seul domaine, on dénombre actuellement vingt-et-un organismes de gestion, tous domaines confondus, dont onze explicitement rangés dans la catégorie « sociétés d'auteurs et d'éditeurs »¹¹⁹⁷.

340. Enjeu sur la qualification du contrat d'édition. Aux termes de l'article L. 321-1 CPI, les adhérents de ces sociétés de gestion peuvent être les auteurs eux-mêmes, les artistes-interprètes, les producteurs, les éditeurs ou les ayants droit. Comme les auteurs, les éditeurs sont en mesure de transférer les droits aux organismes de gestion collective¹¹⁹⁸. Au regard de la présente étude, il importe

¹¹⁹² Il s'agirait d'une « obligation réelle », c'est-à-dire d'une obligation qui est adossée à un bien, v. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, éd. 1963, réédition 2005, p. 217, W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 130 et s et plus précisément n° 130-3, p. 251 ; J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, PUAM, préf. P. JOURDAIN, 2002, n° 141 et s.

¹¹⁹³ Sur ce point, v. *infra* n° 409.

¹¹⁹⁴ Pour une application rigoureuse du principe posé à l'article L. 132-16 CPI en dépit des circonstances de faits pouvant laisser entendre une autorisation préalable à une telle opération, v. Paris, 3 déc. 1996, *JurisData* n° 1996-024321 ; Sur les différentes formes d'apport des droits intellectuels, v. N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, préf. M. GERMAIN et G. BONNET, 2009, Litec, n° 244, p. 278.

¹¹⁹⁵ F. FOUILLAND, « L'apport en droit d'auteur à une société de gestion collective », *JCP E*, 2007, p. 2464, n° 1 ; O. CARMET, « Statut de la SACEM », *RIDA* n° 140, 1989/2, p. 19, spéc. p. 37.

¹¹⁹⁶ Civ. 1^{re}, 7 févr. 1989, n° 87-12.293 ; Bordeaux, 21 janv. 1986, *LPA* 1987, n° 8, p. 6, obs. M. Gérinet ; v. par ailleurs statuts de la SACEM, art. 2 ter et statuts de la SACD, art. 4.

¹¹⁹⁷ <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Liens-utiles/Societe-de-perception-et-de-repartition-des-droits-SPRD>

¹¹⁹⁸ V. X. DAVERAT, par exemple en matière musicale, « Édition musicale », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1325, n° 10 : « La cession des droits d'exploitation n'est pas uniquement l'objet d'une relation individuelle entre l'auteur et l'éditeur, mais intègre une bonne part de gestion collective. L'auteur, sociétaire de la SACEM, fait apport de ses œuvres au répertoire de celle-ci, et dans le même temps, cède par contrat les droits d'exploitation sur ces mêmes œuvres à son éditeur.

de constater que la nature de l'apport peut être translatrice. En effet, s'il est admis que les éditeurs peuvent transférer la propriété des droits au bénéfice de ces organismes de gestion collective, alors le contrat d'édition aura eu pour effet de leur transférer au préalable la propriété des droits. Dès lors, le modèle contractuel du contrat d'édition se rapprochera davantage d'une cession.

341. Apport-gérance et apport-cession. Une analyse des contrats-types d'apport auprès des organismes de gestion collective fait état d'une dichotomie quant à leur nature juridique. Pour certains d'entre eux, l'apport concerne la gestion¹¹⁹⁹, pour d'autres, l'apport exige une cession des droits d'exploitation de la part du titulaire¹²⁰⁰.

Dans la première hypothèse, la doctrine et les magistrats considèrent dans leur ensemble qu'il s'agit d'un contrat de mandat à la suite de quoi l'Organisme de gestion peut exercer les pouvoirs du titulaire des droits. Le Professeur SIIRIANIEN estime que « *ce type d'apport convient aussi particulièrement aux modes d'exploitation dans lesquels l'exercice des droits peut s'accommoder d'une intervention individuelle de l'auteur ou du titulaire de droits voisins, voire nécessite celle-ci en raison notamment du droit moral* »¹²⁰¹. Dans l'affaire *Hugo*, la cour d'appel de Paris a confirmé la qualification de mandat tout en énonçant qu'il s'agissait d'un mandat dérogatoire. D'une part, ce mandat n'est pas librement révocable¹²⁰² et, d'autre part, la cour d'appel de Paris a estimé que l'adhésion d'un auteur à la SACEM « *ne le prive pas de ses droits sur l'œuvre dont il peut demander la protection* »¹²⁰³. Compte tenu de la qualification de mandat, cet apport est dépourvu d'effet translatif.

Dans la seconde hypothèse, il est de coutume de considérer que l'apporteur est véritablement dessaisi. L'apport peut s'analyser comme une cession. Cette conception s'évince d'un arrêt rendu le 5 novembre 1985 au sein duquel la chambre commerciale a estimé que « *la S.A.C.E.M., société civile, est un organisme professionnel d'auteurs au sens de l'article 43, alinéa 2, de la loi du 11 mars 1957 ; que loin de se livrer à une action d'entremise, elle agit directement au lieu et place de ses adhérents et non comme leur mandataire, en vertu de tout ou partie des droits d'auteur qu'ils lui ont apportés, afin de recouvrer, en son nom propre, les redevances stipulées dans les contrats tels que celui souscrit par Mme X* »¹²⁰⁴. La SACEM qui agirait ainsi en lieu et place des apporteurs disposerait d'un véritable droit de propriété sur les droits d'édition. Cette catégorie d'apport semble exploitable dans le cadre de la détermination des effets juridiques du contrat d'édition. En effet, si les organismes de gestion collective sont des propriétaires, les personnes à l'initiative de l'apport, notamment l'éditeur, doivent nécessairement disposer du droit de propriété. En conséquence, le contrat

À son tour, l'éditeur adhère à la SACEM à laquelle il confie une part de la gestion des droits. C'est la raison pour laquelle la SACEM accueille les éditeurs de musique en même temps que les auteurs, possibilité ouverte expressément par l'article L. 321-1, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle. La relation éditoriale est donc tripartite, à la différence du traditionnel contrat d'édition passé entre l'auteur et l'éditeur ».

¹¹⁹⁹ Art. 1^{er} II des statuts de la SACD : « *Sous réserve des articles 8 et 9, tout auteur 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 : 1) de la gérance du droit d'adaptation et de représentation dramatiques de ses œuvres (...) 3) de la gestion de son droit à percevoir toute rémunération au titre des systèmes de licence légale et de gestion collective obligatoire de ses œuvres, notamment lorsque celles-ci ont fait l'objet d'une publication* ».

¹²⁰⁰ Art. 1^{er}, al. 2 des statuts de la SACEM : « *Tout auteur, auteur-réalisateur ou compositeur admis à adhérer aux présents statuts fait apport à la société (...) du droit d'autoriser ou d'interdire l'exécution ou la représentation publique de ses œuvres dès que créées* ».

¹²⁰¹ F. SIIRIANIEN, « Gestion des droits d'auteur et des droits voisins par un organisme », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1550, n° 49.

¹²⁰² Paris, 6 mars 1933, *Hugo et P. Meurice c/ Platrier, Gaz. Pal.* 1933, 1, jurispr. p. 260 ; S. 1935, I, p. 193, note GÉNY « *Considérant que les rapports juridiques respectifs de la SACD et de ses adhérents, parmi lesquels les intimés, sont régis par les principes ordinaires du mandat qui, par dérogation au droit commun en cette matière, ne peut toutefois être révoqué, les mandants étant en même temps membres de la société ; que celle-ci, en qualité de mandataire, se substitue à l'auteur dont elle gère ainsi les intérêts, moyennant une rétribution constituée par une retenue sur le montant de ses droits, pour confier à un entrepreneur de spectacles la faculté de représentation, à titre onéreux, de ses œuvres* ».

¹²⁰³ Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 1991, 89-20.232, Bull. civ. 1991, I, n° 115 ; D. 1992, p. 261, note P.-Y. Gautier « *L'apport des droits à la SPADÉM, n'emportant pas aliénation du capital et ne modifiant pas de façon permanente et irrévocable les droits des indivisaires, n'est pas un acte de disposition* ».

¹²⁰⁴ Cass. com., 5 nov. 1985, n° 83-10.481, *SACEM c/Mme Héroult*, *JurisData* n° 1985-702930, *RIDA* 1986/3, p. 125.

d'édition se rapprocherait d'une cession. Notre raisonnement semble toutefois remis en cause par une partie de la doctrine qui, en dépit de la jurisprudence en la matière, conteste le caractère translatif de l'apport-cession. Il convient d'entendre ces critiques et d'en relativiser la portée.

342. Rejet des contestations fondées sur la possibilité offerte aux auteurs de conclure des contrats d'édition. Le premier argument provient du fait que l'organisme de gestion collective ne dessaisit pas totalement les auteurs. Lorsque l'adhésion se fait au profit d'un Organisme de gestion qui prévoit dans ses statuts un apport-cession, comme c'est le cas par exemple de la SACEM, en principe il n'est plus possible de céder une seconde fois les droits apportés¹²⁰⁵. Toutefois, la cour d'appel de Paris a nuancé sa position en la matière. Dans un arrêt du 23 mars 2012, la cour d'appel a infléchi le principe en admettant que la SACEM « *n'a pas vocation à assurer la promotion et la commercialisation des œuvres de ses adhérents et ne saurait donc s'opposer à ce que l'auteur affilié agisse pour faire valoir ses droits si ceux-ci s'avéraient être lésés par le producteur avec lequel il a contracté* »¹²⁰⁶. L'arrêt contredit le caractère translatif dans la mesure où l'auteur est encore en droit de conclure des contrats d'exploitation pour des œuvres dont il n'est plus censé disposer des droits.

Le Professeur SIIRIAINEN concède l'existence de « *quelques difficultés à concilier l'apport antérieur fait par un auteur à la SACEM avec le contrat d'édition musicale que celui-ci conclut ensuite avec un éditeur* »¹²⁰⁷ : « *comment justifier que le même acte effectué par la même personne sur la base du même droit soit autorisé et payé deux fois* »¹²⁰⁸ ? À défaut de réponse, il serait possible de considérer que l'apport-cession n'est pas véritablement une cession et nos développements s'arrêteraient là. Le Professeur propose une solution originale : « *La réponse, qui vient en premier à l'esprit, est que le droit serait « divisé » (démembré) entre deux propriétaires différents (la société de gestion collective et le producteur). Mais dans quelle mesure ce démembrement opère-t-il ? « Qui a quoi » ? Il est bien difficile de se prononcer, comme en témoignent les hésitations de la jurisprudence lorsqu'elle doit aborder ces questions* »¹²⁰⁹. Aussi, le caractère translatif de l'apport aux organismes de gestion collective n'est pas remis en cause.

On ajoutera à ce constat que dans l'arrêt du 23 mars 2012, la cour d'appel autorise les auteurs à conclure des contrats afin de protéger leur intérêt financier en s'entourant d'éditeurs susceptibles de mener des efforts commerciaux conséquents. Ainsi, cette jurisprudence relève davantage de l'autorisation ponctuelle et opportune que d'une véritable remise en cause du caractère translatif de l'apport-cession.

343. Rejet des contestations fondées sur la possibilité offerte aux auteurs d'agir en contrefaçon. Un autre argument tend à remettre en cause l'effet translatif de l'apport-cession. La raison étant que la jurisprudence considère que « l'apporteur » peut, en dépit de l'apport réalisé à l'organisme de gestion collective, agir en contrefaçon¹²¹⁰. La doctrine réfractaire à l'idée que le contrat d'apport ait un quelconque effet translatif, a pu tirer argument de cette jurisprudence par le syllogisme suivant : « l'apporteur » ayant conservé son droit d'agir, il a donc conservé la fraction du monopole d'exploitation

¹²⁰⁵ TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 3 juin 2011, *N. B. c/ DailyMotion et al.*, qui fonde la nullité de la seconde cession sur la cause illicite.

¹²⁰⁶ Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 mars 2012, *EURL Hypetraxx Records c/ F. H.*, inédit, *Com. comm. électr.*, n° 6, juin 2012, chron. 6, B. Montels.

¹²⁰⁷ F. SIIRIAINEN, « Gestion des droits d'auteur et des droits voisins par un organisme », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1550, n° 62.

¹²⁰⁸ F. SIIRIAINEN, « Des “démembrements” du droit d'auteur : de la théorie à la théorie, par le détour de la pratique », *Rev. inter. dr. éco.*, vol. T.28, n° 3, 2014, p. 387, spéc. p. 393.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 1998, n° 95-22.282, *Bull. civ. I*, n° 75 ; *D.* 1998, p. 471, note A. Françon, et 1999, p. 64, obs. C. Colombat ; *RTD. com.* 1998, p. 592, obs. A. Françon : « *Attendu que la cour d'appel a retenu, à bon droit, que les auteurs et éditeurs ayant adhéré à la SACEM n'en conservaient pas moins l'exercice de leurs droits sur l'œuvre, dont ils pouvaient demander la protection, notamment, par l'action en contrefaçon* ». V. également Paris, 4^e ch., 22 nov. 1990, *Affaire Boréades*, *JCP G* 1991, II, 21736, note M. Gautreau « *l'apport d'un droit d'auteur sur une composition musicale à une société de perception s'analysant non comme une cession emportant aliénation, mais comme une convention visant à faire assurer par cette société l'exploitation du droit d'auteur dans l'intérêt de son titulaire, ne fait pas perdre à ce dernier la qualité pour agir en vue de faire sanctionner un défaut d'autorisation d'exploiter* ».

auquel est attachée l'action en question ce qui exclut tout caractère translatif ; dès lors le contrat d'apport ne peut en aucun cas s'analyser comme une cession, mais comme une forme de mandat spécial¹²¹¹. Nous verrons aux paragraphes suivants que l'action en contrefaçon est l'apanage de la propriété. Dès lors, seul le cessionnaire est en mesure d'en user.

Ce dernier argument n'a pourtant rien d'invincible. La doctrine explique l'arrêt en qualifiant l'apport de « *cession fiduciaire* »¹²¹² qui autorise l'apporteur à agir en conservation de ses droits¹²¹³. Mais même sans convoquer une telle notion, la solution peut s'expliquer au regard des concepts classiques du droit des obligations. La possibilité d'agir en contrefaçon peut s'expliquer par l'exercice d'une action oblique. Cette dernière se définit comme l'action en vertu de laquelle « *lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur* »¹²¹⁴. Par application de cet article, dès lors que l'inertie de l'organisme de gestion collective met en péril les intérêts pécuniaires de l'apporteur, rien n'interdit que ce dernier puisse agir en lieu et place de l'Organisme afin d'améliorer sa situation juridique. La Cour de cassation a précisé le régime de l'action dans un arrêt du 13 novembre 2014. Elle estime qu'en « *application de l'article 1^{er} des statuts de la Sacem, l'auteur ayant, par son adhésion, fait apport de l'exercice de ses droits patrimoniaux, est dès lors irrecevable, sauf carence de cette société, à agir personnellement en défense de ceux-ci* »¹²¹⁵. La mention faite à l'état de carence de la société de gestion semble confirmer la qualification d'action oblique.

On peut donc affirmer que l'effet translatif de l'apport-cession n'est pas remis en cause par la présente jurisprudence. Dès lors, le droit positif considère que l'éditeur peut céder les droits d'édition, ce qui suppose au préalable qu'il ait été propriétaire des droits.

2. L'opposabilité de la « titularité » du droit de reproduction

344. Plan. Dans son versant négatif, la maîtrise juridique permettrait à l'éditeur d'opposer sa qualité aux tiers. Le cas échéant, il fera sanctionner judiciairement certains comportements attentatoires à ses droits par le biais d'une action en contrefaçon (a). Par ailleurs, si en sa qualité de propriétaire, l'auteur a le pouvoir de s'opposer à la licence légale en matière de livre indisponible, l'éditeur devrait, s'il est cessionnaire, disposer de la même prérogative (b).

a. La titularité de l'action en contrefaçon « patrimoniale »

345. Présentation. La contrefaçon littéraire et artistique résulte d'une atteinte portée au droit d'auteur aussi bien pris dans son versant patrimonial que moral. Elle est une infraction sanctionnée pénalement et civilement par la voie d'une action éponyme : l'action en contrefaçon. Elle est prévue aux articles L. 331-1 et suivants du CPI. On recense plusieurs formes de contrefaçon par reproduction :

- La contrefaçon peut reposer sur une reprise partielle ou totale d'une œuvre par un tiers contrefacteur¹²¹⁶. Ce cas donne lieu à un « conflit » entre deux créations. En cas de contentieux, plusieurs modes de défense sont envisageables. Tout d'abord, lorsque la contrefaçon est réalisée par

¹²¹¹ F. FOUILLAND, art. préc. n° 25 et s.

¹²¹² P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 720 ; F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1663 et 1664, pp. 1116-1117 ; C. CARON, *op. cit.*, n° 505.

¹²¹³ Sur le caractère fiduciaire du contrat d'édition, v. *infra* n° 419 et s. et 809 et s.

¹²¹⁴ Art. 1341-1 Code civil.

¹²¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-22.401, FS-P+B, *Chapman et Mpondo c/ TF1*, *JurisData* n° 2014-027265, *D.* 2015, p. 410, note A. Etienney De Sainte Marie, *Comm. com. électr.*, 2015, *comm.* 2, *Ch. Caron* ; Cass. 1^{re} civ., 9 avr. 2014, n° 12-19.427, *Sté Carthago c/ M. Y. et a.*, *RLDI* mai 2014, n° 3455 ; *Propri. intell.* 2014, p. 282, J.-M. Bruguière.

¹²¹⁶ 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. Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L. 122-6* ».

imitation, les juges devront établir les ressemblances pour qualifier la contrefaçon¹²¹⁷. Le prétendu contrefacteur devra donc mettre en exergue l'absence de ressemblance ou leur caractère purement fortuit. Il pourra également établir la preuve que la création première n'est pas originale – création banale – et qu'elle n'est donc pas protégée par le droit d'auteur. La charge de la preuve incombant au supposé contrefacteur, d'aucuns déduisent que l'œuvre initiale se voit ainsi protégée par une forme de présomption d'originalité¹²¹⁸.

- La contrefaçon peut être le fruit d'une copie servile. Dans cette hypothèse, le contrefacteur commercialise des copies d'une œuvre identifiée et protégée par le droit d'auteur. Contrairement à la situation précédente, le contrefacteur ne revendique aucune création. Au sens du CPI, « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit »¹²¹⁹. De la même façon, « seront punis des mêmes peines le débit, l'exportation, l'importation, le transbordement ou la détention aux fins précitées des ouvrages contrefaisants »¹²²⁰.

D'un point de vue fonctionnel, l'action en contrefaçon est difficile à cerner, celle-ci protégeant indistinctement droits moraux et droits patrimoniaux¹²²¹. Par définition, le contrat ayant pour objet les droits patrimoniaux, la contrefaçon morale ne sera pas envisagée. Par ailleurs, l'ampleur de la contrefaçon est sans incidence sur la portée de l'action en contrefaçon. Elle est indifféremment appliquée selon qu'elle soit commise à « échelle commerciale » ou à taille humaine¹²²².

Quant au régime de la titularité de l'action en contrefaçon, il a été profondément modifié par la loi du 29 octobre 2007¹²²³. L'action est désormais reconnue au licencié exclusif du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes¹²²⁴. Il en est de même pour le licencié exclusif en matière de dessins et modèles¹²²⁵. En revanche, le législateur est resté silencieux à propos des autres droits

¹²¹⁷ V. notamment l'affaire *Autant en emporte le vent*, Paris 20 nov. 1991, *Desforges et Editions Ramsay c/ Trust company bank et consorts Mitchell* : « Les ressemblances entre deux ouvrages “Autant en emporte le vent” et “La Bicyclette bleue” étant limitées à des éléments insusceptibles d'appropriation, le second roman, en raison de sa conception générale, de l'esprit de l'œuvre, du style et de l'évolution de l'action décrite, ne constitue pas une adaptation contrefaisante de la première création, mais une œuvre personnelle et originale ».

¹²¹⁸ V. notamment, G. VERCKEN, « L'originalité vue par la pratique : vers une reconnaissance de présomptions généralisées d'originalité ? », *LPA* 2007, n° 244, p. 17.

¹²¹⁹ L. 335-2 al. 1 CPI.

¹²²⁰ L. 335-2 al. 3 CPI.

¹²²¹ Pour une réponse positive à la question de savoir si les atteintes au droit moral relèvent bien de l'action en contrefaçon, v. Paris, 1^{re} ch., 23 mars 1992, *RIDA* n° 155, 1993/1, p. 181, obs. Kéréver ; Paris, 4^e ch., 5 oct. 1995, *RIDA* n° 168, 1996/2, 303 obs. Kéréver.

¹²²² En dépit de la lettre de l'article 61 des accords sur ADPIC qui réserve l'application des procédures pénales aux seules « atteintes à un droit d'auteur, commis à l'échelle commerciale » et des dispositions générales énoncées à l'article 3 de la directive du 29 avril 2004, 2004/48/CE, incitant les États membres à instaurer des procédures « loyales et équitables », ne devant pas être « inutilement complexes ou coûteuses » et ne devant pas comporter « de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés ». On relèvera néanmoins avec le Professeur Tristan AZZI « que la contrefaçon individuelle et immatérielle (...) connaît un développement sans limite depuis l'apparition d'internet », T. AZZI, « La loi du 29 octobre sur la lutte contre la contrefaçon, présentation générale », *D.* 2008, p. 700, n° 1, v. également en ce sens, MARIE-CHRISTINE PIATTI, « Commerce électronique et propriétés intellectuelles », *RTD com.* 2006, p. 1.

¹²²³ L. n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon (1).

¹²²⁴ Art. L. 331-1, al. 3 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 ».

¹²²⁵ Art. L. 521-2, al. 2 CPI : « 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 ».

d'auteur¹²²⁶. Ce silence implique qu'il ne soit pas reconnu une telle action aux licenciés exclusifs ou non. Un arrêt du 15 mai 2015 est parfois mis en avant pour inférer le contraire¹²²⁷. Dans cette affaire, le cessionnaire du droit d'auteur sur des photos concède une licence exclusive à son partenaire contractuel. Ce licencié exclusif souhaite agir en contrefaçon à l'égard de tiers. Condamné, le tiers se pourvoit en cassation. Il estime que la décision n'est pas fondée dans la mesure où l'œuvre n'est pas originale. La Cour de cassation rejette la demande en estimant que le débat sur l'originalité de l'œuvre relève du pouvoir souverain des juges du fond¹²²⁸. Certes, en dernier lieu, l'action en contrefaçon a pu prospérer, mais faut-il vraiment inférer de cet arrêt l'octroi d'une action en contrefaçon ? La réponse est négative. D'une part, l'arrêt est inédit, ce qui laisse entendre qu'il dispose d'une portée relative pour un point aussi important. D'autre part, la question de la validité de l'action en contrefaçon n'est tout simplement pas posée à la Cour de cassation qui se contente de répondre à la question qui lui est posée.

346. Nature de l'action en contrefaçon civile. Le débat lié à la nature juridique de l'action en contrefaçon semble aujourd'hui tari. En ce qu'elle tend à la défense d'une propriété¹²²⁹, l'action en contrefaçon doit être rapprochée, en principe, des actions pétitoires dans la mesure où elle rétablit le titulaire dans son droit de propriété et met fin à l'acte illicite¹²³⁰. En son temps, ROUBIER a mis en évidence le fait que l'action en revendication a vocation à protéger le droit subjectif de propriété¹²³¹. Aussi, seul le titulaire de ce droit subjectif est juridiquement habilité à agir en contrefaçon. Aujourd'hui, l'opinion du maître fait autorité et semble unanimement partagée par la doctrine¹²³². Pour Madame SIMLER, « l'action engagée contre l'initiateur de la contrefaçon (...) pourrait présenter les traits d'une action en contrefaçon »¹²³³. Elle ajoute que « l'action en contrefaçon est ainsi une action réelle »¹²³⁴.

Cette première fonction visant à faire cesser un trouble doit être complétée par sa fonction, si ce n'est punitive, au moins réparatrice¹²³⁵. Cette seconde dimension étant sans intérêt pour les besoins des présents développements, nous nous contenterons de la mentionner et nous renvoyons le lecteur aux paragraphes dédiés¹²³⁶.

¹²²⁶ N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2010, n° 336.

¹²²⁷ A. LUCAS, *J.Cl. PLA* préc. n° 12.

¹²²⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-15.957, *Propri. intell.* 2015, p. 297, obs. C. Bernault : « Attendu que, sous le couvert de violation de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle et de défaut de base légale au regard du même texte, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation les appréciations souveraines des juges d'appel par lesquelles ils ont estimé que les auteurs avaient cédé leurs droits à la société Masterfile Corporation avant que celle-ci ne consente à la société Masterfile France une licence exclusive d'exploitation des photographies litigiennes ; qu'il ne peut être accueilli ».

¹²²⁹ M. VIVANT, J.-M. BRUGIÈRE, *op. cit.*, n° 1051 et s. ; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, Tome 1, 1956, n° 100 et s. ; L. MARINO, *op. cit.*, n° 25 et s., p. 52, et s.

¹²³⁰ Art. L. 331-4 CPI : « En cas de condamnation civile pour contrefaçon, atteinte à un droit voisin du droit d'auteur ou aux droits du producteur de bases de données, la juridiction peut ordonner, à la demande de la partie lésée, que les objets réalisés ou fabriqués portant atteinte à ces droits, les supports utilisés pour recueillir les données extraites illégalement de la base de données et les matériaux ou instruments ayant principalement servi à leur réalisation ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée ».

¹²³¹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, éd. 1963, rééd. 2005, p. 109, « L'action spéciale qui sert de sanction au droit subjectif doit forcément être engagée s'il y a contestation sur l'existence du droit : alors on agira par exemple par l'action en revendication à l'encontre de celui qui voudrait prétendre qu'il est lui-même propriétaire pour refuser de restituer le bien en litige ».

¹²³² Ch. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux*, 6^e éd., n° 197 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 43, p. 86.

¹²³³ Ch. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. Ch. CARON, LexisNexis, 2010, n° 152, p. 121.

¹²³⁴ *Ibid.*, n° 154, p. 123.

¹²³⁵ Sur la double nature de l'action en contrefaçon, voir P. ROUBIER, *op. cit.*, n° 100 et s. ; C. MASSON, *La dualité de l'action en contrefaçon de droit d'auteur. Contribution à la théorie des droits subjectifs*, préf. Ch. CARON, 2017, IRPI, sur la fonction de revendication v. n° 27 et sur la fonction relative à la responsabilité civile v. n° 100.

¹²³⁶ *Infra* n° 770 et s.

347. Intérêt. Dans le domaine voisin du droit des brevets, les Professeurs FOYER et VIVANT ont pu écrire que « *l'action en contrefaçon a pour objet de faire cesser cet état de choses qui voit le breveté privé, de facto d'une partie de ses prérogatives, de restituer à celui-ci la pleine maîtrise de ses droits* »¹²³⁷. Plus qu'un élément de maîtrise, l'action en contrefaçon est la garantie de cette maîtrise. Dès lors, seul un transfert de propriété peut habilitier le bénéficiaire à agir en contrefaçon. Il faut donc observer avec le plus grand soin la distinction opérée en propriété industrielle entre les contrats translatifs de propriété, qui donnent au cessionnaire la qualité de propriétaire, et ceux qui ne le sont pas. Les deux modèles contractuels sont prévus à l'article L. 613-8 CPI qui prévoit, d'une part, que les droits attachés à un brevet « *sont transmissibles* »¹²³⁸, ce qui renvoie à la figure de la cession, et d'autre part, que les droits peuvent être concédés¹²³⁹, ce qui renvoie davantage au contrat de bail. La distinction est fondamentale dans la mesure où « *la cession a également pour effet de transférer au cessionnaire le droit d'agir en contrefaçon pour tous les actes commis postérieurement à la cession* »¹²⁴⁰. Cette distinction est reprise en droit des marques¹²⁴¹ et en droit des dessins et modèles¹²⁴².

En notre domaine, l'enjeu qui couve derrière l'attribution de l'action en contrefaçon est bien connu. Si le droit positif investit l'éditeur de l'action en contrefaçon, alors le contrat d'édition doit répondre à la qualification de cession¹²⁴³ bien qu'une partie de la doctrine prenne parfois ses distances avec l'énoncé du principe¹²⁴⁴. En ce sens, la Cour de cassation a jugé que « *la simple autorisation de reproduire une œuvre délivrée par le titulaire des droits d'auteur n'investit pas son bénéficiaire de ces droits, de sorte que ce bénéficiaire n'est pas recevable à exercer l'action en contrefaçon* »¹²⁴⁵.

348. Attribution de l'action en contrefaçon à l'éditeur. Sans que cela ne prête à débat, la Cour de cassation reconnaît à l'éditeur la qualité et le droit d'agir en contrefaçon patrimoniale¹²⁴⁶, « *dans la mesure et pour la défense des droits qui lui ont été conférés* »¹²⁴⁷. En effet, sa qualité de titulaire lui confère naturellement un intérêt personnel et direct à agir¹²⁴⁸. Il pourra solliciter les tribunaux judiciaires afin de faire cesser le trouble à sa jouissance, comme le suppose l'action pétitoire dans le domaine des choses

¹²³⁷ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 331 ; J.-J. MOUSSERON, *Traité des brevets*, n° 1049, p. 1012, qui met l'accent sur le caractère illicite des contrats d'exploitation conclus « *a non domino* » lorsque sont établis des faits de contrefaçon.

¹²³⁸ Art. L. 613-8 al. 1 CPI : « *les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie* ».

¹²³⁹ Art. L. 613-8 al. 2 CPI : « *Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive* ».

¹²⁴⁰ J. AZÉMA, J.Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis, Dalloz 8^e éd. : n° 589, p. 413 ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, T. 2 LGDJ, 2013, n° 577, p. 618.

¹²⁴¹ Art. L. 714-1 CPI.

¹²⁴² Art. L. 513-2 CPI.

¹²⁴³ T. AZZI, th. préc. n° 296, p. 213 : « *dans le sens d'une cession véritable, on avancera le fait que le contractant de l'auteur devient titulaire de l'action en contrefaçon* ».

¹²⁴⁴ S. RAIMOND qui souligne que seul l'ayant droit d'une cession ou d'une concession exclusive du droit d'exploitation pourrait agir en contrefaçon (th. préc., n° 623 et s.) tout en considérant qu'il n'y a qu'une simple concession entre l'auteur et l'éditeur (n° 579 et s.) ; A. BOISSON, th. préc., n° 416 et s., p. 378 et s. ; A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, rappelant que le droit allemand s'accommode parfaitement de cette singularité en donnant à l'éditeur qualité à agir en contrefaçon alors même qu'il n'est qu'un simple licencié, *op. cit.*, n° 1191, pp. 938-940 (la référence au toutefois disparu au sein de la nouvelle édition de l'ouvrage, pour une telle mention v. 4^e éd. 2012, n° 630, pp. 557-558 et n° 1029, pp. 830-831).

¹²⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, n° 07-21.498, Affaire des *Trois cavaliers de Kandinsky*, *JurisData* n° 2009-046658, v. *infra* n° 387.

¹²⁴⁶ Paris, pôle 5, Ch. 1, 14 nov. 2012, n° 11 07473 ; Trib. comm. Paris Ch. 15, 23 mars 2010, n° 2007-053677.

¹²⁴⁷ J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, IRPI, litec, 1997, n° 53.

¹²⁴⁸ Pour une étude de l'action en contrefaçon sous l'angle de l'intérêt à agir du cessionnaire v. N. BLANC, th. préc. n° 337-338, pp. 292-294.

matérielles¹²⁴⁹. Pour démontrer la vigueur de l'action, on peut citer un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en date du 9 avril 2010. En effet, dans cet arrêt, les magistrats valident l'action en contrefaçon du bénéficiaire d'un contrat d'édition vidéographique à l'encontre d'un hébergeur technique pourtant protégé par le régime instauré par la loi du 21 juin 2004¹²⁵⁰. Corrélativement, la jurisprudence considère que l'auteur qui a transféré ses droits à un éditeur n'a plus qualité pour l'exercer¹²⁵¹. Il est, à notre avis, difficile de rester insensible à cet élément de régime lorsqu'il s'agit d'en induire la nature juridique du contrat d'édition. L'attribution d'une action en contrefaçon renvoie grandement à la qualification de cession.

b. La faculté d'opposition à l'exploitation collective des droits en matière de livres indisponibles

349. Présentation. Intérêt. La consécration de la catégorie du livre indisponible a pour effet d'investir, au moins partiellement, de nouveaux organismes de gestion collective du droit d'exploitation d'œuvres faisant pourtant l'objet d'un contrat d'édition. Il convient d'analyser à nouveau les rapports pouvant exister entre l'éditeur et l'Organisme concerné. L'idée est la suivante : si le contrat d'édition s'apparente à une vente, alors l'éditeur devrait être en mesure d'affirmer sa propriété de façon équivalente à l'auteur qui est le propriétaire *ab initio* des droits d'édition. Si l'éditeur dispose de prérogatives dont la portée est moins importante, le contrat devrait davantage être rapproché d'un bail ou d'une prestation de services. Aussi, il importe de présenter le mécanisme en détail pour mesurer l'intensité des prérogatives de l'éditeur sur les droits d'édition. Rappelons que le mécanisme a été censuré par la CJUE et que de nouvelles dispositions ont été consacrées dans la directive marché unique numérique. Par souci d'exhaustivité et afin de mieux cerner les enjeux, les deux régimes juridiques seront présentés.

350. Livres indisponibles : mécanisme légal censuré. Aux termes des articles L. 134-1 et s. CPI, l'auteur et l'éditeur sont les seuls titulaires de droits disposant d'un pouvoir d'opposition. Les articles L. 134-4 CPI et L. 134-5 CPI énoncent ainsi que l'éditeur titulaire des droits « papier », tout comme l'auteur, dispose d'un délai de six mois après l'inscription de l'œuvre pour s'opposer à la gestion collective auprès de la SOFIA¹²⁵². Il devra alors, dans les deux années suivantes, procéder à des actes effectifs d'exploitation. Cette faculté d'opposition reconnue à l'éditeur le place dans une situation

¹²⁴⁹ V. par exemple, TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 5 sept. 2003, *SA Éditions Grasset et Fasquelle c/ SA Éditions Albin Michel et Mademoiselle Ni Yan dite Shan Sa*. Dans cette affaire, une jeune écrivaine célèbre avait, par contrat, cédé à son éditeur habituel ses droits sur « son prochain roman ». Après avoir indiqué à celui-ci sa volonté d'abandonner le projet évoqué, elle s'est rapprochée d'une maison d'édition concurrente pour publier un nouveau roman. Dès la sortie de celui-ci, le premier éditeur considérant qu'il s'agissait du « prochain roman » qui lui avait été promis, a demandé qu'il soit fait interdiction à son concurrent de commercialiser l'ouvrage litigieux. Par jugement du 5 sept. 2003, le Tribunal de grande instance de Paris a fait droit à cette demande et a interdit à la société d'édition de mettre le roman à la disposition du public, *Comm. com. électr.*, n° 11, nov. 2003, act. 163, Ch. Hugon. Par ailleurs, la jurisprudence pose en présomption la titularité du droit d'exploitation à l'exploitant demandeur venant ainsi pallier l'inapplicabilité classique de l'article 2276 du Code civil aux choses incorporelles, v. notamment Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2004, *Propr. intell.* 2005/1 n° 54, p. 68, note A. Lucas ; sur l'étendue de la question v. P. TAFFOREAU, « Possession et propriété intellectuelle », *Propriété intellectuelle en droit commun*, J.-M. BRUGIÈRE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN (dir.), PUAM, 2007, p. 111 et s.

¹²⁵⁰ Paris, pôle 5, 2^e ch., 9 avr. 2010, n° 08/09558, *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2011, prat. 5, A. Neri.

¹²⁵¹ Cass. crim., 7 prairial an II, S. 1807, 2, p. 875. Plus récemment voir Rennes, 2^e Ch., 14 fév. 2006, *JCP G* 2006, IV, 2491 ; Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2007, *D.* 2007, act. p. 1280, F. Chatelain ; *RIDA* n° 213, 2007/3 obs., p. 341, P. Sirinelli ; *Propr. intell.*, 2007/3, n° 24, obs. p. 332, J.-M. Brugière ; *RTD com.* 2007, p. 544, obs. F. Pollaud-Dulian ; Versailles Ch. 1, section 1, 4 avr. 2013, n° 11/03051.

¹²⁵² Pour une présentation des dispositions réglementaires, voir « Propriété intellectuelle - Exploitation numérique - Livres indisponibles du XX^e siècle », *JAC.* 2013, n° 1, p. 9, 10 avr. 2013 ; N. BRESSON-PARIS, « Droit d'auteur - Gestion collective - Œuvres indisponibles : le dispositif en marche » *JAC.*, 2013, n° 2, p. 8, 10 mai 2013.

analogue à celle de l'auteur¹²⁵³. Ainsi, de prime abord, tout comme le propriétaire *ab initio*, il peut opposer à la SOFIA sa titularité des droits. Passé ce délai, l'éditeur voit sa maîtrise se dégrader et ne disposerait que d'un « droit de préférence » imposant à la SOFIA de lui proposer une concession non-exclusive à titre d'exploitation¹²⁵⁴. Contrairement à l'auteur qui conserve sa faculté d'opposition, l'éditeur serait déchu de son droit. Le Professeur GAUTIER parle ainsi d'expropriation¹²⁵⁵.

Toutefois, lorsque la CJUE a été sollicitée, elle a considéré que ces règles n'étaient pas conformes au droit européen¹²⁵⁶, et ce, en dépit de l'avis favorable donné par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a été saisi¹²⁵⁷.

351. Livres indisponibles. Mécanisme promu à l'échelle européenne. La DAMUN a remis à plat la législation sur les œuvres indisponibles et propose un système protecteur des intérêts en présence. Le recours à la gestion collective en cas d'œuvre indisponible est fortement encouragé comme cela transparaît dans les considérants 31¹²⁵⁸ et 32¹²⁵⁹.

Les titulaires de droits doivent bénéficier en tout état de cause de la possibilité de révoquer le recours à la gestion collective et de recouvrer la plénitude de leurs droits comme l'édicte le considérant 35¹²⁶⁰. Il en résulte un mécanisme plus nuancé, prévu aux articles 8, 9 et 10 de la directive. Le mécanisme se trouve aux alinéas 1 et 4 de l'article 8 qui autorise, d'une part, les États membres à recourir à la gestion collective et qui prévoit, d'autre part, que les titulaires de droits peuvent s'opposer à tout moment à l'exploitation ainsi menée par l'organisme de gestion collective¹²⁶¹.

¹²⁵³ CE. 19 déc. 2013, n° 368208, Inédit, et CE. 6 mai 2015, n° 368208, Inédit, *D.* 2015, p. 1427, Considérant n° 1, « *que l'auteur d'un livre indisponible ou l'éditeur disposant sur celui-ci du droit de reproduction sous une forme imprimée peut s'opposer à l'exercice de ce droit au plus tard six mois après l'inscription du livre dans la base de données* ».

¹²⁵⁴ F. MACREZ parle de « *droit de préférence à l'éditeur* », « *L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ?* », *D.*, 2012, p. 749, n° 7.

¹²⁵⁵ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 158.

¹²⁵⁶ CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Marc Soulier et Sara Doke c/ Premier ministre et ministre de la Culture et de la Communication*, *Rev. UE*, 2017, p. 78 ; *D.* 2017. 84, L. el Badawi.

¹²⁵⁷ Cons. const., 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, *D.* 2014. 542 ; *Comm. com. électr.*, 2014. Ét. 6, J.-M. Bruguière ; *RLDI* 2014/103, n° 3424, obs. E. Derieux, *GAPI*, préc. n° 8, D. Rousseau et sur la décision du Conseil d'état qui décida de renvoyer la QPC, CE, 6 mai 2015, n° 368208, *D.* 2015, p. 1427, note S. Nérison.

¹²⁵⁸ Considérant n° 31, *Dir. préc.* : « *Tous les États membres devraient disposer de mécanismes juridiques qui permettent que les licences délivrées à des institutions du patrimoine culturel par des organismes de gestion collective concernés et suffisamment représentatifs, relativement à certaines utilisations d'œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce, s'appliquent aux droits des titulaires de droits qui n'ont pas mandaté d'organisme de gestion collective représentatif à cet égard. Ces licences devraient pouvoir couvrir, en vertu de la présente directive, l'ensemble des États membres* ».

¹²⁵⁹ Considérant n° 32, *Dir. préc.* : « *Les dispositions relatives à l'octroi de licences collectives sur des œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce introduites par la présente directive pourraient ne pas offrir de solution pour tous les cas dans lesquels les institutions du patrimoine culturel éprouvent des difficultés à obtenir toutes les autorisations nécessaires de la part des titulaires de droits pour l'utilisation de ces œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'il n'existe aucune pratique de gestion collective de droits pour un certain type d'œuvres ou autres objets protégés ou lorsque l'organisme de gestion collective concerné n'est pas suffisamment représentatif de la catégorie des titulaires de droits et des droits concernés* ».

¹²⁶⁰ Considérant n° 35, *Dir. préc.* : « *Des garanties appropriées devraient être mises en place pour tous les titulaires de droits, qui devraient avoir la possibilité d'exclure l'application des mécanismes d'octroi de licences et de l'exception ou de la limitation, introduits par la présente directive pour l'utilisation d'œuvres ou autres objets protégés indisponibles dans le commerce, par rapport à l'ensemble de leurs œuvres ou autres objets protégés, par rapport à l'ensemble des licences ou des utilisations concernées par l'exception ou la limitation, ou encore par rapport à certaines œuvres ou certains autres objets protégés, ou par rapport à certaines licences ou utilisations concernées par l'exception ou la limitation, et ce à n'importe quel moment avant ou pendant la période de validité de la licence ou avant ou pendant l'utilisation concernée par l'exception ou la limitation* ».

¹²⁶¹ Art. 8 al. 1, *dir. préc.* : « *Les États membres prévoient qu'un organisme de gestion collective, conformément aux mandats donnés par les titulaires de droits, peut conclure un contrat de licence non exclusive à des fins non commerciales avec une institution du patrimoine culturel, en vue de la reproduction, la distribution, la communication au public ou la*

À la lumière de ces nouvelles dispositions, l'éditeur devrait recouvrer un plein pouvoir d'opposabilité de sa qualité de titulaire à la SOFIA. En effet, une lecture stricte de la disposition conduit, d'une part, à conférer un droit d'opposition qui n'est pas limité dans le temps et, d'autre part, à ne pas discriminer au sein des détenteurs de droits, l'article prenant soin de viser « tous » les titulaires. Aussi, il advient fort logiquement que l'éditeur se trouve dans une position assimilable à celle d'un propriétaire, ce qui abonde là encore dans le sens de la qualification de vente.

B. LA MAÎTRISE DE L'ACTIVITÉ ÉDITORIALE

352. Présentation. Plan. L'étude de la maîtrise de l'activité éditoriale renvoie à la façon dont l'éditeur mène son activité. En fonction du degré de liberté de l'éditeur, sa situation se rapprochera ou s'éloignera de celui d'un véritable propriétaire. Si l'éditeur est libre de mener l'exploitation de l'œuvre indépendamment des vœux et des directives de l'auteur, alors le contrat d'édition pourra difficilement se réduire à un contrat d'entreprise. Pour mesurer ce degré de liberté, il convient tout d'abord d'éclaircir un point de régime fréquemment mis en avant par la doctrine pour induire la qualification du contrat de cession : l'exclusivité. Notons-le d'emblée, la présence ou non de l'exclusivité de l'éditeur est sans influence sur la qualification du contrat d'édition (1). Cette ambiguïté levée, l'éditeur dispose d'une maîtrise totale tant sur la politique commerciale menée (2) que sur la ligne éditoriale qu'il choisit (3).

1. L'indifférence de l'exclusivité de l'éditeur

353. Intérêt concret de l'exclusivité pour l'éditeur. Économiquement, l'exclusivité permet aux commerçants d'asseoir une position monopolistique. Le monopole est un état de fait ou de droit grâce auquel un agent économique serait seul sur un marché à offrir un produit ou un service donné. Il est une position économique singulière où « le vendeur est confronté à une multitude d'acheteurs »¹²⁶². De par les pouvoirs de gestion conférés au vendeur, « le monopole entraîne un transfert de richesse des consommateurs vers le monopoleur. Il engendre aussi une perte sèche pour les consommateurs »¹²⁶³. Ainsi, le monopole confère le pouvoir économique le plus absolu¹²⁶⁴.

354. Influence supposée de l'exclusivité sur le contrat d'édition. Juridiquement, l'exclusivité consiste dans son habillage le plus simple en un droit d'autoriser ou d'interdire. À ce titre, l'exclusivité constituerait le terreau de la propriété¹²⁶⁵. En propriété littéraire et artistique, une doctrine éminente considère l'exclusivité comme étant la clé de voûte de la véritable *summa divisio* au sein des contrats d'auteur. Il existerait les contrats d'auteur conclus à titre exclusif et ceux qui sont dépourvus

mise à disposition du public d'œuvres ou d'autres objets protégés indisponibles dans le commerce qui se trouvent à titre permanent dans la collection de l'institution, indépendamment du fait que tous les titulaires de droits couverts par la licence aient ou non mandaté l'organisme de gestion collective à cet égard ». Art. 8 al. 4, dir. préc. « Les États membres prévoient que tous les titulaires de droits peuvent à tout moment, facilement et de manière effective, exclure leurs œuvres ou autres objets protégés du mécanisme d'octroi de licences énoncé au paragraphe 1 ou de l'application de l'exception ou de la limitation prévue au paragraphe 2, soit de manière générale, soit dans des cas spécifiques, y compris après la conclusion d'un contrat de licence ou après le début de l'utilisation concernée ».

¹²⁶² R. PINDYCK, D. RUBINFELD, *Microéconomie*, 8^e éd., Pearson, 2009, p. 441.

¹²⁶³ E. MACKAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2008, Dalloz, n° 359.

¹²⁶⁴ Ch. GOETHALS, A. VINCENT, M. WUNDERLE. « Le pouvoir économique », *Dossiers du CRISP*, vol. 82, n° 2, 2013, p. 11.

¹²⁶⁵ LAROCHE, « Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens », *Deffrénois*, 2007, n° 252, qui estime que « l'exclusivisme se divise en deux éléments indissociables. D'une part, la face interne de la propriété, l'exclusivité. Le propriétaire dispose d'un bénéfice plénier de son bien. D'autre part, la face externe de la propriété, le droit d'exclure ». M. XIFARAS, *La propriété, Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, pour qui la propriété doit être rapprochée d'une « réservation privative des seuls usages de la chose », p. 440 ; M. FABRE-MAGNAN qui estime que l'exclusivité est de l'essence de tous les droits subjectifs, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD. civ.* 1997, n° 3, p. 583 ; voir plus nuancé W. DROSS, pour qui, certes l'exclusivité est une composante de la propriété, mais seulement dans son versant négatif qui autorise à agir par voie d'action en revendication, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 42 et s., p. 84 et s.

d'exclusivité¹²⁶⁶. On retrouve en partie le principe de l'exclusivité au sein de législations étrangères. En droit allemand, la Section 31a prévoit que le contrat d'exploitation doit être conclu par écrit lorsqu'il prévoit une clause d'exclusivité¹²⁶⁷. Les droits de *common law* reprennent la distinction entre transfert à titre exclusif et transfert à titre non exclusif. Le cas échéant, la validité du transfert suppose l'élaboration d'un écrit¹²⁶⁸. L'influence de l'exclusivité ne doit pas être surestimée quant à la qualification du contrat d'édition. Certes, l'exclusivité est présumée mais elle n'est pas impérative. Elle est uniquement supplétive de volonté.

355. Exclusivité supplétive de volonté. Pour le Professeur GAUTIER, l'exclusivité n'est autre que « *le cœur de la plupart des contrats, conclus en amont avec les auteurs et en aval avec les exploitants. L'exclusivité est de l'essence du droit d'auteur et surtout de l'âme du commerce de la culture* »¹²⁶⁹. Dès le XIX^e siècle, on assiste à une prolifération des clauses d'exclusivité contractuelle dans les contrats relevant de la propriété littéraire et artistique¹²⁷⁰.

La jurisprudence en la matière est classique. Par un arrêt du 3 mai 1878, la Cour d'appel de Paris a en effet considéré que « *s'il est facultatif à l'artiste de se répéter dans ses œuvres, alors qu'il est resté le seul et unique propriétaire de son modèle, il n'en pourrait plus être de même quand il a aliéné son droit de propriété et de libre reproduction et quand, surtout, il a livré son œuvre à un tiers commerçant avec une part d'intérêt stipulée à son profit. Qu'il est constant qu'alors il est devenu lui-même un tiers au regard de son cessionnaire* ». L'arrêt ajoute que toute reproduction de la part de l'auteur « *constituerait une contrefaçon ou tout au moins un fait de concurrence illicite* »¹²⁷¹. La cour d'appel de Paris entérine ainsi les évolutions de la pratique. Elle déduit tout naturellement une interdiction générale de conclure un nouveau contrat d'édition venant s'imputer sur la personne de l'auteur prolongeant d'autant la maîtrise juridique de l'éditeur¹²⁷². Les magistrats estiment que l'atteinte aux droits de l'éditeur est caractérisée, y compris lorsque l'auteur conclut un second contrat d'édition sur une autre œuvre à partir du moment où celle-ci met en péril le succès du premier ouvrage¹²⁷³. La portée de cette jurisprudence ne doit pas être surestimée au regard de l'article L. 132-8 CPI.

¹²⁶⁶ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 724, p. 610.

¹²⁶⁷ Section 31 a : « (1) A contract where the author grants rights in respect of unknown types of use, or where he undertakes the obligation to do so, shall be drawn up in writing. There shall be no need for a written contract in cases where the author grants an unremunerated non-exclusive right of use for every person ».

¹²⁶⁸ § 204, Copyright Act U.S., oct., 19, 1976 : « (a) A transfer of copyright ownership, other than by operation of law, is not valid unless an instrument of conveyance, or a note or memorandum of the transfer, is in writing and signed by the owner of the rights conveyed or such owner's duly authorized agent ».

¹²⁶⁹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 475. V. également N. ERÉSÉO, « La clause d'exclusivité », *J.-Cl. Conc. Conso.*, Fasc. n° 635, n° 43, pour qui « le contrat (d'édition) présente une grande affinité avec la pratique de l'exclusivité », *contra v. H. TILLIET*, « L'exclusivité de la cession », *Lamy droit média et communication*, n° 245-31 : « Le principe posé par l'article L. 132-8 du Code de la propriété intellectuelle est celui d'une cession exclusive des droits, sauf convention contraire. Celle-ci ne saurait se présumer et devrait se trouver expressément mentionnée dans le contrat. Toutefois, dans certaines hypothèses, il est admis par l'usage que l'acquisition des droits de reproduction d'une œuvre par un éditeur ne saurait comporter à son profit une exclusivité ; c'est le cas par exemple pour les reproductions isolées d'œuvres d'art ou de photographies ». Il nous semble que cette seconde vue procède d'une confusion entre exclusivité des droits et plénitude des droits. À l'occasion d'un contrat d'édition, l'auteur accorde des droits à l'éditeur. En l'absence de clause, ce dernier sera investi exclusivement de la fraction de droit sur laquelle porte le contrat. Néanmoins, il ne recueillera pas l'ensemble des droits de reproduction. Il sera en situation d'exclusivité sans pour autant disposer de la plénitude des droits d'édition.

¹²⁷⁰ N. ERÉSÉO, *J.-Cl. Conc. Conso.*, préc. n° 2.

¹²⁷¹ Paris, 3 mai 1878, affaire *Hellbronner c/ Clésinger et syndic Moseler*, *D.* 79. 2. 11 ; *S.* 78. 2. 204.

¹²⁷² Ainsi, l'auteur qui méconnaîtrait son obligation de garantir l'exercice exclusif du droit cédé engagerait sa responsabilité, par exemple en publiant dans une revue une part importante de son œuvre pour laquelle il avait au préalable conclu un contrat d'édition littéraire (v. Paris, 10 déc. 1908, *DP* 1911, II, p. 399). Notons d'ores et déjà que dans ces hypothèses au combien nombreuses en pratique, le premier éditeur en situation d'exclusivité pourrait se retourner contre l'auteur, mais également contre le second éditeur (Angers, 3 mai 1950, *D.* 1950, p. 585, *Ann. propr. ind.* 1950, p. 213 ; TGI Seine, 7 mai 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, p. 298).

¹²⁷³ Paris, 26 sept. 1978, *D.* 1980, jur., p. 146, note Plaisant.

356. Rejet des critiques fondées sur l'article L. 132-8 CPI et la « cession non-exclusive ». L'article L. 132-8 CPI prévoit la possibilité pour l'auteur de réserver son droit d'exploitation à l'occasion de la conclusion du contrat d'édition. La position monopolistique de l'éditeur serait largement remise en question. En effet, l'auteur ne saurait transférer la propriété des droits d'édition tout en la retenant¹²⁷⁴. Pour une partie de la doctrine, l'éditeur est ainsi relégué au rang de locataire¹²⁷⁵.

Ce raisonnement doit être rejeté. Effectivement, dans le monde des choses matérielles, il est logique d'estimer qu'un propriétaire ne puisse vendre successivement deux fois le même bien. *Mutatis mutandis*, il serait donc contestable de qualifier de cession le contrat d'édition dans la mesure où l'auteur pourrait céder le même droit à plusieurs personnes ou pourrait céder le droit d'édition tout en le conservant. L'argument n'est pas dénué de sens. On objectera pourtant plusieurs arguments. Le premier tient au fait que l'absence d'exclusivité renvoie davantage à la nature des choses et plus précisément à la spécificité de la propriété intellectuelle, par essence non-rivale et non-exclusive¹²⁷⁶. La question serait inexorablement posée qu'importe la qualification contractuelle. À la question de savoir si l'on peut successivement prêter ou louer le même bien corporel à deux personnes à la fois, la réponse reste invariablement négative. En ce sens, le Professeur RAYNARD écrit avec discernement que « l'ubiquité de l'objet du droit fait que la chose (l'invention, pour s'en tenir à cet exemple) pourra être exploitée par plusieurs simultanément et sur le même territoire au titre, par exemple, de licences non exclusives (situation bien différente d'une "colocation"), car procédant de la conclusion de contrats distincts portant sur la même chose avec des titulaires distincts et sans rapport. À l'inverse de la chose corporelle pour laquelle le louage est nécessairement exclusif »¹²⁷⁷. Le deuxième argument est plus conceptuel. En effet, certains auteurs considèrent que l'exclusivité est un critère « douteux » de la propriété¹²⁷⁸. Pour ces auteurs, seul le droit subjectif est exercé de façon exclusive. Le troisième argument relève de la syntaxe et de la plume du législateur. En effet, même en considérant que la propriété doit être exercée en exclusivité, l'article L. 132-8 CPI prévoit l'exclusivité de l'éditeur « sauf convention contraire ». Cela laisse entendre, au moins de manière sibylline, que la règle de principe demeure l'exclusivité, ce qui serait de nature à atténuer les critiques relatives à la pluralité d'éditeurs. La possibilité de conclure un contrat d'édition non-exclusif ne permet donc pas de rejeter la qualification de cession.

2 La maîtrise de la politique commerciale

357. Plan. L'éditeur mène comme il l'entend la politique tarifaire et de distribution de son entreprise : en vertu de la première, il fixe seul le prix des biens qu'il commercialise (a) ; en vertu de la seconde, il choisit les acteurs constituant la chaîne de distribution (b).

¹²⁷⁴ La règle « donner et retenir ne vaut » trouve notamment sa source dans de vieilles coutumes (Coutume de Paris, art. 273 et Coutume d'Orléans, art. 283). On la retrouve aujourd'hui dans l'article 894 du Code civil qui énonce que « 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 », mais l'idée s'applique naturellement à toutes les cessions.

¹²⁷⁵ Ainsi, Monsieur RAIMOND écrit « qu'en l'absence d'exclusivité, il est exclu de mettre en œuvre la qualification de contrat de cession d'un démembrement du monopole, lequel est nécessairement un démembrement exclusif. Le critère sert donc à départager essentiellement ces deux qualifications, dans la mesure où le bail s'adapte au contraire à l'absence d'exclusivité » (S. RAIMOND, th. préc. n° 456). Et d'ajouter que « la technique du droit personnel est apte à rendre compte aussi bien de la concession d'une jouissance exclusive que non exclusive » (*Ibid.*, n° 457).

¹²⁷⁶ Ph. CHANTEPIE et A. Le DIBERDER. « IV. L'exploitation numérique : tout change », in *Révolution numérique et industries culturelles*, La Découverte, 2010, p. 55

¹²⁷⁷ J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2006/2, p. 597, spéc. p. 603.

¹²⁷⁸ V. notamment Ch. LARROUMET, *Droit civil*, T. 2. *Les biens. Droits réels principaux*, 5^e éd. Economica, 2006, n° 197.

a. *La fixation unilatérale du prix des exemplaires*

358. Prérogative discrétionnaire. Conformément à l'article L. 410-2 du Code de commerce, la fixation du prix des biens et des services est en principe libre¹²⁷⁹. L'éditeur est donc libre de fixer comme il le souhaite le prix des exemplaires qu'il compte écouler. Cette prérogative s'explique par le principe fondamental de liberté du commerce et de l'industrie et relève ainsi de sa seule responsabilité¹²⁸⁰. Le principe de liberté de fixation du prix de vente est parfois même expressément rappelé dans certains contrats-types d'édition¹²⁸¹. Le caractère discrétionnaire connaît malgré tout des tempéraments devant faire l'objet d'une analyse.

359. Tempéraments. La prérogative n'étant pas d'ordre public, la liberté contractuelle peut encadrer cette prérogative avec une intensité variable. Les parties peuvent fixer conjointement le prix de vente ou en arrêter les modalités de détermination dès la conclusion du contrat d'édition. En pratique, la faiblesse structurelle de l'auteur face à son éditeur ne permettra que très difficilement de tels aménagements¹²⁸².

La Cour d'appel de Paris a déjà accueilli favorablement la demande d'un auteur estimant que le prix de vente des exemplaires, anormalement bas, portait atteinte, d'une part, à ses intérêts patrimoniaux¹²⁸³ – ce qui peut aisément se comprendre au regard de la rémunération proportionnelle – et, d'autre part, à ses intérêts moraux, ce même prix laissant présumer une notoriété amoindrie de l'auteur et une qualité relative de l'œuvre. À rebours, il a déjà été admis qu'un prix trop haut pouvait nuire à la bonne exploitation de l'œuvre en la rendant inaccessible à un certain public¹²⁸⁴. Certaines législations édictent directement des dispositions en la matière comme c'est le cas en Suisse, l'article 384 du Code civil énonçant que « *l'éditeur (...) fixe le prix de vente, sans toutefois pouvoir l'élever de façon à entraver l'écoulement de l'ouvrage* ».

L'édition littéraire, de loin la plus commune en nombre de contrats signés, fait l'objet de dispositions particulières venant encadrer la liberté de l'éditeur. Le dispositif vise à limiter les discriminations par les prix et s'inscrit dans la lutte contre l'inflation des produits culturels justifiée par le besoin impérieux d'intérêt général de simplifier l'accès à la culture¹²⁸⁵. Aux termes de la loi Lang¹²⁸⁶, le législateur a posé le principe selon lequel l'éditeur de livres a pour obligation d'apposer sur la couverture le prix des exemplaires qui s'imposera au détaillant. En substance, l'éditeur est tenu de fixer un prix unique, apparaissant sur l'exemplaire, auquel les détaillants seront tenus, sous réserve d'une éventuelle décote de 5 %¹²⁸⁷. Bien qu'ayant suscité une vive opposition de la part des détaillants,

¹²⁷⁹ Art. L. 410-2 al. 2 Code de commerce : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

¹²⁸⁰ La fixation du prix relève, sauf stipulation contraire, de la responsabilité de l'éditeur (Paris, 4^e ch., 27 nov. 1976 : D. 1977, IR, p. 280). V. également, A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, préc., spéc. n° 197.

¹²⁸¹ V. modèle de contrat d'édition SGDL, art. 22 – Prérogatives de l'éditeur : « *L'éditeur détermine, sous réserve du droit moral de l'auteur : (...) Le prix de vente de l'ouvrage* ».

¹²⁸² On notera tout de même des cas marginaux, dans lesquels la notoriété de l'auteur a permis de neutraliser la puissance économique de l'éditeur dans l'édification des rapports contractuels, et notamment le cas de Michel HOULLEBECQ ayant négocié un à-valoir à hauteur de 300 000 euros pour « *Ennemis Publics* » (co-écrit avec Bernard-Henry LEVY), tiré à 150 000 exemplaires pour 30 000 exemplaires vendus.

¹²⁸³ Paris, 6 fév. 1981, D. 1982, IR, p. 280, obs. C. Colombet.

¹²⁸⁴ Paris, 27 nov. 1976, D. 1977, IR, n° 280.

¹²⁸⁵ Arr. n° 84-72/A, 19 nov. 1984 repris dans D. n° 86-1309, 29 déc. 1986.

¹²⁸⁶ Loi n° 81-766 du 10 août 1981, dite « loi Lang », complétée par le décret n° 81-1068 du 3 décembre 1981 modifié (D. n° 85-272, 26 févr. 1985, JO 27 Février 1985, RIDA n° 124, 1985/2, p. 248 ; D. n° 90-73, 10 janv. 1990, JO 20 Janvier 1990, JCP G 1990, III, 63547 ; D. 1990, Législ. p. 105).

¹²⁸⁷ D. n° 81-1068, 3 déc. 1981, préc. art. 3. Il existe néanmoins plusieurs dérogations au dispositif. Quant au domaine d'application tout d'abord, en particulier les associations, l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics d'enseignement, de formation ou de recherche, les syndicats

notamment lorsqu'il a été question d'appliquer la règle aux importateurs d'ouvrages, le Conseil d'État a répondu que le régime du prix unique ne portait pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie¹²⁸⁸. Après un avis favorable de l'Autorité de la concurrence¹²⁸⁹, le dispositif a été élargi au livre numérique par la loi du 26 mai 2011¹²⁹⁰.

b. La fixation unilatérale des modalités de distribution des exemplaires

360. Prérrogative discrétionnaire. La gestion unilatérale de la distribution témoigne de la maîtrise dont dispose l'éditeur. Là encore, ce caractère discrétionnaire ressort parfois des stipulations figurant dans les modèles de contrats d'édition fournis par les syndicats représentatifs¹²⁹¹. Par conséquent, la décision de fabriquer en nombre les exemplaires de l'œuvre destinés à sa commercialisation et d'arrêter la politique commerciale, notamment en matière de gestion des stocks, revient à l'éditeur et à lui seul¹²⁹². À titre d'exemple, sauf cas particulier, il doit déterminer le nombre d'exemplaires issus du premier tirage¹²⁹³. Corrélativement, lorsque l'éditeur est confronté aux divers surplus résultant des invendus, il peut procéder à des « allègements » totaux ou partiels¹²⁹⁴. Dans cette mesure, l'article L. 132-17 al. 1 CPI estime que « *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 bien d'une faculté ouverte à l'éditeur.

361. Tempéraments. La gestion des exemplaires est toutefois encadrée. Dès lors, si l'éditeur est libre d'organiser son édition comme il l'entend, il doit nécessairement disposer d'un stock permettant de répondre aux éventuelles demandes du public. En effet, « *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* »¹²⁹⁵. En outre, la cour d'appel de Paris rappelle la règle dans son arrêt du 25 septembre 1989 en imposant que le stock ne soit pas « *détruit trop rapidement* », à défaut de quoi, l'éditeur aurait la possibilité de s'affranchir de son obligation d'exploitation en mettant en avant son « *droit* » au pilon¹²⁹⁶.

La gestion de la distribution est également encadrée. Tout d'abord, la prérogative cesse d'être discrétionnaire lorsque l'éditeur a pris un engagement particulier à la conclusion du contrat¹²⁹⁷.

représentatifs, ou encore les bibliothèques, pouvant bénéficier d'une décote supérieure à 5 % (v. article et circulaires précités). Quant au mode de réduction ensuite, les ristournes (TGI Paris, 29 févr. 1984, D. 1984, jurispr. p. 541, note J.-P. Pizzio), les ventes avec primes (Cass. com., 1^{er} avr. 1997, Bull. civ. 1997, IV n° 87 p. 77, confirmant Paris, 4^e ch. A, 25 oct. 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 2, somm. p. 492) et les soldes (art. 5 D. n° 81-1068, 3 déc. 1981) étant validés en jurisprudence.

¹²⁸⁸ CE, n° 68121-68218, 22 nov. 1991.

¹²⁸⁹ Aut. Conc., avis n° 09-A-56 du 18 déc. 2009.

¹²⁹⁰ C. DUREZ, « Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011, relative au prix du livre numérique. Un prix de vente unique », *JAC*, 2013, n° 7, p. 23.

¹²⁹¹ V. encore le modèle de contrat d'édition fourni par la SGDL qui prévoit à l'article 22 : « *L'éditeur détermine, sous réserve du droit moral de l'auteur : Le format de l'ouvrage (la version numérique devant être homothétique de celle imprimée) ; La présentation de l'ouvrage (...); Les textes promotionnels relatifs à l'ouvrage sont de la responsabilité de l'éditeur et doivent être soumis à l'auteur pour approbation. La date de mise en vente sera déterminée par l'éditeur dans la limite du délai prévu à l'article 23 du présent contrat* ».

¹²⁹² B. KERJEAN « Pratique contractuelle. Gestion des stocks et contrat d'édition : une liberté sous contrôle », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2011, prat. 13 : « *Sous réserve du respect de ces obligations, le principe d'indépendance entre l'œuvre et son support doit permettre à l'éditeur de disposer d'une certaine liberté contractuelle quant à la constitution et à la gestion du stock initial* ».

¹²⁹³ TGI de Paris, 10 nov. 1983, D. 1985, IR, 315, obs. Colombet.

¹²⁹⁴ B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. Gestion des stocks et contrat d'édition : une liberté sous contrôle ». préc. : « *L'éditeur peut également être confronté à des problématiques de gestion du fait des surplus le contraignant à des « allègements ». Le désintérêt du public, parfois combiné à un tirage inadapté, en sont généralement la cause, provoquant d'abord les retours, par les libraires, des exemplaires mis à l'office* ».

¹²⁹⁵ L. 132-10 al. 3 CPI.

¹²⁹⁶ Paris, 25 sept. 1989 cité par B. KERJEAN, art. préc.

¹²⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1971, 70-10.900, B. I. n° 219, p. 183 : « *Attendu, en effet, qu'un nombre de 200 exemplaires ayant été prévu aux différents contrats pour la première reproduction des chansons retenues, la cour d'appel,*

Ensuite, il n'est pas exclu que des usages aménagent légèrement cette liberté. Par exemple, le Code des usages, en matière de littérature générale, « impose » à l'éditeur de détenir un stock minimum d'exemplaires avec néanmoins pour seule sanction une forme particulière de mise en concurrence¹²⁹⁸. La mise au pilon est également encadrée. Comme le rappelle M. KERJEAN, « *le pilon partiel est surtout encadré par les usages d'où il ressort que l'éditeur peut pilonner une partie du stock, à tout moment, sous réserve de ne pas compromettre les chances de succès de l'œuvre, étant précisé que le respect d'un certain délai avant le premier pilon est parfois préconisé* »¹²⁹⁹. Les usages peuvent donc là encore suppléer la maîtrise de l'éditeur. Par exemple, à la lecture de l'article 4 du Code des usages en matière de littérature générale, l'éditeur est tenu d'informer l'auteur en cas de pilon partiel¹³⁰⁰. Si la règle est destinée au pilon partiel, elle joue à plus forte raison pour le pilon total.

Au-delà de ces normes, la cour d'appel de Paris ajoute dans un arrêt du 12 février 1980 précité que l'éditeur est libre de ne pas réimprimer, sans entraîner la résiliation du contrat, à moins que l'absence de réimpression soit motivée par « *une volonté fautive de paralyser la diffusion de l'œuvre* »¹³⁰¹.

362. Conclusion. En définitive, si le travail d'édition peut être légèrement encadré, la politique est tout de même menée sous l'autorité stricte de l'éditeur. Il en découle une maîtrise importante de l'éditeur sur l'activité éditoriale.

3. La maîtrise de la ligne éditoriale

363. Présentation. La ligne éditoriale a une importance capitale dans le processus d'édition. Elle confère au contrat son caractère d'*intuitu personae*¹³⁰². Outre le fait qu'elle donne les grandes lignes politiques et philosophiques sous l'égide desquelles l'éditeur choisira les œuvres dont il mènera l'édition, la ligne éditoriale s'étendra jusqu'au mode de fabrication et de publication des exemplaires, réalisés d'une façon singulière. L'éditeur dispose d'une réelle liberté dans la détermination de sa ligne éditoriale, traduisant ainsi sa propre conception de l'édition. Dès lors, l'exploitation d'une œuvre implique nécessairement une activité créatrice plus ou moins importante.

Elle se diffusera dans les différents exemplaires de l'œuvre. En matière littéraire, l'activité intellectuelle de l'éditeur se fera principalement lors de la conception de la maquette du livre, selon une procédure balisée, incluse dans la « feuille de style » de la maison d'édition. Cette « feuille de style » qui fixe des détails techniques – typographie, format...¹³⁰³ – donnera lieu à la constitution de ce qu'il est de coutume d'appeler un « chemin de fer »¹³⁰⁴. Dans ce cas de figure, l'éditeur remet un plan du livre maqueté, page par page. En parallèle de cette activité d'agencement, l'éditeur travaillera sur la

justement, a déclaré : "que la stipulation d'un minimum de droits d'auteur garanti par l'éditeur, si elle dégage celui-ci de l'obligation de préciser au contrat le nombre minimum d'exemplaires devant constituer le premier tirage (art. 51 de la loi du 11 mars 1957), ne le libère pas pour autant de l'engagement qu'il a pu prendre, comme en l'espèce, de réaliser une première reproduction en un nombre déterminé d'exemplaires" ».

¹²⁹⁸ L'article 1^{er} du Code des usages de la littérature générale fixe un seuil de cinquante exemplaires en stock. Si au terme de la cinquième année d'exploitation, le stock n'est pas constitué, il pourra, après mise en demeure, solliciter un nouvel éditeur aux fins d'une « *édition seconde* ». Cependant, la seconde édition n'entraîne pas la résiliation du contrat, l'objectif étant d'accroître le potentiel de commercialisation de l'œuvre au-delà d'une durée de vie raisonnable et non de véritablement sanctionner l'éditeur.

¹²⁹⁹ B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. Gestion des stocks et contrat d'édition : une liberté sous contrôle », préc.

¹³⁰⁰ Art. 4 du Code des usages en matière de littérature générale de 1981 : « *L'éditeur est tenu d'informer l'auteur de tout pilonnage important et de tenir à sa disposition, une fois l'opération réalisée, un certificat de pilonnage attestant de la destruction effective des exemplaires en stock* ».

¹³⁰¹ Paris, 12 fév. 1980 *Goigny c/ Librairie Tallandier et Dumoncel, SCAM*, Le contrat d'édition, comprendre ses droits et contrôler ses comptes, p. 169, <https://www.snac.fr/pdf/cpe-snac-comptes.pdf>.

¹³⁰² *Infra* n° 814

¹³⁰³ P. DESALMAND, *Guide pratique de l'écrivain*, <http://www.enviedecrire.com/wp-content/uploads/Guide-pratique-ecrivain1.pdf>, p. 30.

¹³⁰⁴ B. LEGENDRE, *op. cit.*, p. 215 ; Ph. SCHUWER, *Traité pratique d'édition*. Éditions du Cercle de la Librairie, 2002, p. 431.

réalisation de la première et de la quatrième de couverture¹³⁰⁵. Les éditions d'œuvres musicales, audiovisuelles ou multimédias reprennent ce schéma¹³⁰⁶. Le support numérique soulève davantage de questions du point de vue organisationnel. À l'heure actuelle, mise à part l'édition musicale et multimédia, le marché du numérique, aussi porteur soit-il, ne semble pas suffisamment mûr pour proposer des lignes éditoriales élaborées et affranchies des simples contraintes techniques. Par ailleurs, le faible nombre d'éditeurs faisant la part belle au numérique induit nécessairement une concurrence plus faible et une ligne éditoriale moins élaborée.

Quoi qu'il en soit, la fabrication et la publication des œuvres relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'éditeur, à moins que les parties en aient décidé autrement par voie conventionnelle¹³⁰⁷. En somme, l'auteur ne dispose pas d'un droit de regard *ab initio* sur le travail matériel de l'éditeur et n'a donc pas la possibilité de s'opposer par principe à ses choix éditoriaux.

L'article L. 132-11 CPI pose une limite légale mais marginale à la liberté de l'éditeur. De fait, s'il est libre d'élaborer le visuel des exemplaires, il devra de plein droit y faire figurer « *le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur* »¹³⁰⁸. Cette obligation n'est que l'écho du principe posé à l'article L.121-1 du CPI, reconnaissant à l'auteur un droit à la paternité de l'œuvre¹³⁰⁹. Outre le fait que cette obligation est des plus marginales – le texte ne prévoyant même pas les modalités d'inscription de la mention –, il est important de noter l'absence de caractère impératif de la règle, si bien que l'auteur peut valablement y renoncer contractuellement¹³¹⁰.

364. Absence de droit d'auteur. Reconnaître un droit de propriété littéraire et artistique à l'éditeur en raison du travail éditorial qu'il effectue paraît exagéré. En effet, même si depuis la directive « marché unique numérique »¹³¹¹ et la loi du 24 juillet 2019¹³¹², les éditeurs de presse disposent d'un droit voisin du droit d'auteur, ce droit est strictement délimité et ne peut être transposé à l'ensemble des éditeurs¹³¹³. Une telle reconnaissance relèverait d'une confusion des genres, susceptible de nuire à

¹³⁰⁵ Pour la première de couverture, il s'entourera de graphistes, d'infographistes et d'illustrateurs. Pour la quatrième de couverture, il composera seul le résumé du livre, ainsi qu'une brève présentation de l'auteur. *Ibid.*

¹³⁰⁶ Pour une approche analytique des particularismes entourant l'édition de ces différentes catégories d'œuvres, v. O. BOMSEL, *Protocoles éditoriaux, qu'est-ce que publier*, Armand Colin, 2013.

¹³⁰⁷ L. 132-11 CPI : « *L'éditeur est tenu d'effectuer ou de faire effectuer la fabrication selon les conditions, dans la forme et suivant les modes d'expression prévus au contrat. (...) À défaut de convention spéciale, l'éditeur doit réaliser l'édition dans un délai fixé par les usages de la profession* ». A. A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 851 et s., p. 698 et s. ; J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Étude de jurisprudence française, 1927, p. 415 ; sur la validité des clauses prévoyant des exigences de format et de présentation des ouvrages, voir par exemple Paris, 19 fév. 1991, *Légipresse* 1991, I, p. 98 ; sur la validité des clauses prévoyant une « *mise en forme au format défini pour l'impression* » et « *la remise à l'auteur d'une épreuve finalisée pour les dernières corrections et la signature du bon à tirer définitif* », Douai, 12 juill. 2012 n° 423/12, 11/01997 ; sur la clause prévoyant une certaine qualité du papier prévue dans un contrat de commande, voir notamment Paris, 19 déc. 1962, s'appliquant *mutatis mutandis* au contrat d'édition, *D.* 1963, p. 609, note A. Françon.

¹³⁰⁸ En sus, cette obligation est souvent envisagée contractuellement par les parties de l'obligation, ex : Lyon, 16 oct. 2008, n° 07/01132.

¹³⁰⁹ A. LUCAS, « Le contrat d'édition », *J.-Cl. Communication*, fasc. 6082, n° 92.

¹³¹⁰ Art. L. 132-11 CPI al. 3 : « *Il doit, sauf convention contraire, faire figurer sur chacun des exemplaires le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur* ».

¹³¹¹ Art. 15 1. Dir. préc. : « *Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse établis dans un État membre les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation en ligne de leurs publications de presse par des fournisseurs de services de la société de l'information* ».

¹³¹² Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019, JO n°0172, tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, qui a ainsi créé l'article L.218-1 al. 1 CPI : « *Sont soumises à l'autorisation de l'agence de presse la reproduction et la communication au public de ses productions, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la production lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image* ».

¹³¹³ T. AZZI, « *Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle* », *D. IP/IT* 2019, p. 297 ; T. AZZI, « *Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique* », *JAC*, 2017, n° 47, p. 26.

la *ratio legis* de la propriété intellectuelle¹³¹⁴. Nous savons que le droit français de la propriété industrielle n'est pas aussi flexible que celui de ses homologues américains ou chinois, qui permettent, entre autres, la protection des *business methods*¹³¹⁵. Le droit européen n'incline pas en ce sens¹³¹⁶. La qualification d'un éventuel savoir-faire commercial semble plus appropriée et serait envisageable¹³¹⁷, à condition qu'un secret de fabrication soit identifiable¹³¹⁸. Cependant, la jurisprudence affirme l'existence d'une certaine indépendance entre le savoir-faire et le droit d'auteur, de telle sorte que celui-ci ne puisse être que la seule mise en forme de celui-là¹³¹⁹.

365. Protection par défaut : la concurrence déloyale. À défaut d'une protection « réelle » du travail de l'éditeur, la maîtrise intellectuelle sur la ligne éditoriale sera protégée uniquement sur le terrain de la responsabilité civile extracontractuelle. Il s'agira alors d'une action en concurrence déloyale, destinée à protéger les agents économiques contre les agissements de leurs concurrents, notamment lorsqu'ils ont pour effet de détourner la clientèle en créant la confusion dans l'esprit des consommateurs. À titre d'exemple, la Cour de cassation a déjà estimé que l'imitation de la jaquette et de la maquette d'un ouvrage était susceptible de « *provoquer une confusion entre des œuvres de même genre* »¹³²⁰. Pour être caractérisée, la confusion par imitation suppose qu'elle n'ait pas été dictée par une exigence réglementaire, mais qu'elle résulte uniquement du choix arbitraire de l'éditeur concurrent, qui détermine les méthodes à utiliser en fonction des objectifs qui lui sont assignés¹³²¹. Les faits délictueux peuvent s'accompagner d'une dimension parasitaire, lorsque les agissements ont placé l'éditeur imitateur dans

¹³¹⁴ En ce sens, C. CARON, « Lettre au Professeur Georges B**** sur le droit d'auteur économique », in *Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum Georges Bonnet*, IRPI, 2014 p. 127, et plus précisément p. 130 qui, soulignant le caractère englobant de la propriété littéraire et artistique au nom de l'unité de l'art, avertissait de la raréfaction de l'usage des dispositions de la propriété industrielle, et plus précisément des dispositions propres aux dessins et modèles ; dans le même sens, J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, IRPI, Litec, 1997, n° 314 ; A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP G, 9 juin 1993, I 3681, notamment n° 18 qui distingue « *l'originalité et l'effort intellectuel* » et pour qui « *la dérive est ici beaucoup plus grave, car elle peut remettre en cause les fondements du droit d'auteur français* ».

¹³¹⁵ Voir notamment les décisions de la Cour d'appel fédérale *Street Bank v/ Signature Financial Group*, 149 F.3d 1368, 23 juill. 1998, et surtout Supreme Court *Bilski et Al v/ Kappos* n°08-964, 28 juin 2010, qui valident la brevetabilité des *business methods* à la condition que l'objet de la demande soit annexée à une machine physique et tangible ou si elle entraîne une transformation consécutive du produit, *Propri. ind.*, n° 10, oct. 2010 Chron. 8, n° 3, P. Kamina. Pour un rappel des conditions de brevetabilité en droit américain voir 35 U.S. Code Chapter 10, § 102 et 103.

¹³¹⁶ V. notamment article 52 2. c. de la Convention sur le brevet européen, qui répute « *les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles (...) dans le domaine des activités économiques* », hors du champ de la brevetabilité.

¹³¹⁷ R. FABRE, L. SERSIRON, « réservation du savoir-faire », *J.-Cl. Commercial*. Fasc. n° 4200, n° 7, sur la validité, notamment en matière de franchise, d'un savoir-faire dans le secteur commercial potentiellement applicable au travail de l'éditeur ; J. SCHMIDT SZALEWSKI, « savoir-faire », *Répertoire commercial*, Dalloz, n° 8 ; J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 7^e éd., 2012, n° 956. L'article 39 de l'Accord sur les ADPIC ne pose aucune limite à la réservation d'un savoir-faire, notamment quant à sa nature, commerciale ou non. Sur l'éventuelle assimilation de l'effort intellectuel au savoir-faire, voir A. LUCAS et P. SIRINELLI *ibid.*, n° 19.

¹³¹⁸ Sur le refus de caractériser un secret de fabrication pour des emballages de produits cosmétiques, en l'absence de « *mise en œuvre d'un moyen de fabrication particulier, tenu caché* », voir Cass. com. 6 mai 2002, n°01-81455 ; v. aussi Bordeaux, 15 nov. 1989, *JurisData* n° 1989-05095. Le support n'étant qu'un habillage de l'œuvre, la solution pourrait être analogue en la matière.

¹³¹⁹ TGI Créteil, 1^{er} Ch., 4 mai 1999, *RIDA* n° 188, 2001/2, p. 3 ; Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1974, *D.* 1974, p. 267 ; A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 55, pp. 73-75, soulignant toutefois les inepties d'un tel raisonnement poussé à l'extrême, dans la mesure où « *toute œuvre implique une part de savoir-faire* ».

¹³²⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, n° 90-12.360, *Éd. Rivages c/ Sté Hachette*, *JurisData* n° 1991-001485.

¹³²¹ Paris, 4^e ch., sec. A, 11 mars 1998, *Perrot c/ Sté Matériel Scolaire*, *JurisData* n° 1998-022155.

le sillage de son rival, en tirant profit de son art et en usurpant son travail¹³²². Quoi qu'il en soit, la maîtrise de l'éditeur, bien qu'elle soit totale, ne fait de lui, ni un auteur, ni un titulaire de droit voisin.

§ 2. LE RISQUE ÉDITORIAL

366. Présentation. Intérêt. Plan. Le risque éditorial provient du fait que l'éditeur est obligé d'exploiter l'œuvre, en la réalisant et en la commercialisant¹³²³. L'existence du risque éditorial participe pleinement à l'identité du contrat d'édition. Ainsi, la jurisprudence sanctionne les stipulations qui allègeraient la charge du risque éditorial de l'éditeur. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans le cadre de l'affaire *Glénant*, dont un contentieux portait sur la validité de la pratique des exemplaires de passe. La clause de passe est une pratique qui permet à l'éditeur de déduire de la rémunération de l'auteur le prix des exemplaires détruits ou perdus. La clause revient à faire supporter le risque d'inventus à l'auteur. Compte tenu de l'effet de la clause, l'auteur a souhaité obtenir sa nullité. La Cour de cassation a estimé que « *la clause litigieuse, qui imposait en plus à l'auteur une réduction de sa rémunération, revenait à lui faire supporter des risques que le contrat d'édition met à la charge de l'éditeur* »¹³²⁴. Ce faisant, elle a annulé la clause. Dans une affaire similaire, la Cour d'appel de Versailles a énoncé le principe du risque éditorial de façon plus explicite. En l'espèce, l'auteur se plaignait de la présence de stipulations contractuelles qu'il jugeait non conformes aux règles du contrat d'édition. Il s'agissait, pour l'essentiel, de clauses qui organisaient les modalités de l'exploitation. La Cour d'appel a énoncé que « *le législateur n'a sanctionné que les conventions ayant pour effet de transférer le risque éditorial sur la personne de l'auteur, tandis qu'en l'espèce, c'est bien l'éditeur qui a assumé les aléas inhérents à l'édition* »¹³²⁵. Peut être également cité un jugement du tribunal de grande instance de Paris, qui a déduit des circonstances entourant la conclusion d'un contrat d'exploitation, que dans la mesure où il n'était prévu « *aucun partage des risques financiers (...), les parties ont bien entendu se lier par un contrat d'édition* »¹³²⁶. Le tribunal de grande instance de Paris a pris soin de rappeler qu'il s'agissait d'une spécificité du contrat d'édition, en soulignant que celui-ci, contrairement à d'autres contrats, faisait porter l'ensemble du risque éditorial à l'éditeur¹³²⁷.

L'intérêt de l'analyse qui sera ici brièvement menée est simple : si le risque de l'exploitation incombe systématiquement à l'éditeur, alors il sera difficile de considérer que ce dernier mène son activité dans le cadre d'un contrat de prestation de services ou de mandat. Au contraire, sa liberté induit qu'il est propriétaire des moyens d'activité, ce qui orienterait de nouveau vers la qualification de contrat de cession.

Afin de respecter le même schéma de pensée, nous reprendrons un plan similaire à celui employé au paragraphe précédent. Ainsi verrons-nous dans un premier temps le risque relatif aux droits d'édition (A) et, dans un second temps, le risque relatif à l'activité éditoriale (B).

A. LE RISQUE RELATIF AUX DROITS D'ÉDITION

367. Risque d'exploitation d'œuvre illicite. L'éditeur ne peut user des droits d'édition portant sur une œuvre illicite. Le cas échéant il court un risque et s'expose à des actions de la part des tiers. Cela est le cas lorsque l'œuvre revêt un caractère diffamatoire ou contrefaisant. Sans qu'il ne soit nécessaire de déflorer son régime juridique, qui sera essentiellement abordé dans la seconde partie¹³²⁸, il importe

¹³²² T. com. Paris, 15^e ch., 8 janv. 1999, *SA Magnard c/SA Larousse Bordas*, *JurisData* n° 1999-042543 ; Paris, 4^e ch., sect. A, 11 mars 1998, n° 96/08291, *Perrot c/Sté Le matériel scolaire*, *JurisData* n° 1998-022155.

¹³²³ *Infra* n° 507 et s.

¹³²⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995, *SA Éditions Glénat c/Bourgeon*, n° 93-15.485, Bull. 1995 I n° 244 p. 171.

¹³²⁵ Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect. 07 janv. 2016, n° 20160107 13/09456.

¹³²⁶ TGI, Paris, 3^e ch., 3^e sect., 17 Mars 2010, n°08/10966.

¹³²⁷ TGI Paris, 30 nov. 1999 : « *s'il n'est pas contestable que l'édition d'ouvrages de sciences humaines est risquée à l'heure actuelle, ce risque ne saurait être supporté dans le cadre d'un contrat d'édition par l'auteur, la loi ayant prévu d'autres formes de contrats (contrat à compte d'auteur ; contrat de compte à demi) pour le partage des risques entre l'auteur et l'éditeur lorsque ce dernier estime que la commercialisation de l'ouvrage sollicité est problématique* », *RIDA* 2000/3, n° 185, p. 435, *Comm. com. électr.*, 2001 n° 87, note C. Caron.

¹³²⁸ *Infra* n° 726.

de souligner qu'en cas d'exploitation d'une œuvre illicite, un éditeur engage sa responsabilité. Dans ce cas de figure, la Cour de cassation considère que la communication de l'œuvre au public est tout aussi préjudiciable que la seule création de l'œuvre litigieuse¹³²⁹. Aussi est-il admis que l'éditeur pourra toujours refuser d'exploiter l'œuvre en excipant de l'illicéité¹³³⁰.

Les codes des usages fournissent des exemples de responsabilité de l'éditeur en cas d'exploitation d'une œuvre illicite. À titre d'exemple, le code des usages en matière d'édition photographique prévoit que l'éditeur est seul responsable si une œuvre porte atteinte au droit à l'image d'un tiers¹³³¹.

La jurisprudence fournit également plusieurs exemples de condamnation d'éditeurs ayant exploité des œuvres portant atteinte aux droits de tiers. Dans l'affaire du « *Grand secret* », un contrat d'édition était conclu entre le médecin de l'ancien président de la République, François Mitterrand, et une société d'édition. L'œuvre présente la spécificité de révéler la condition médicale du président, peu de temps avant son décès, alors que ces informations étaient couvertes par le secret médical. Les héritiers du défunt président ont revendiqué une atteinte à la vie privée et ont obtenu la condamnation de l'éditeur¹³³². Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt, rendu le 12 septembre 2007 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, un éditeur de mangas a également été condamné en raison du caractère pédophile de ses publications¹³³³. Une autre affaire portant sur l'édition d'un ouvrage intitulé *Suicide - Mode d'emploi* s'est conclue par la condamnation de l'éditeur, pour avoir édité un ouvrage appelant ouvertement les jeunes au suicide¹³³⁴. Néanmoins, les magistrats concèdent que l'interdit pénal doit se concilier avec la liberté d'expression¹³³⁵.

L'éditeur engage ensuite sa responsabilité si l'œuvre emporte contrefaçon. Comme énoncé dans les paragraphes précédents, l'article L. 122-4 CPI définit, sans la nommer, la contrefaçon comme étant : « 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

¹³²⁹ Cass. req., 25 oct. 1909, DP 1, 1911, p. 423.

¹³³⁰ En ce sens, voir notamment A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 855, p. 701 ; voir aussi J. RAULT, considérant que pareille situation relèverait davantage de l'illicéité de la cause, th. préc. p. 274, *infra* n° 726.

¹³³¹ Art. 1.3.1 Code des usages en matière d'illustration photographique : « responsabilité de l'éditeur : l'éditeur, décidant du choix de la mise en page du texte accompagnant les images, est seul responsable vis-à-vis des personnes photographiées lorsque le texte ou le contexte, ou encore la légende, autre que celle fournie par le photographe, sont jugés préjudiciables à celles-ci ».

¹³³² Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, D. 2000, Jur. p. 372, note B. Beignier, Somm. p. 266, obs. C. Caron ; RTD civ. 2000, p. 291, obs. J. Hauser ; JCP 2000, II, n° 10241, concl. C. Petit ; *Com., com. élect.*, 2000, n° 39, note A. Lepage ; LPA, 22 mai 2000, note S. Prieur ; v. pour les décisions du juge du fond, Paris, 27 mai 1997 et TGI Paris, 23 oct. 1996, D. 1998, Somm. p. 86, obs. T. Massis. Toutefois, la CEDH a considéré que la mesure édictée par l'État français était disproportionnée, v. CEDH, 18 mai 2004 n° 58148/00, D. 2004. 1838.

¹³³³ Dans cette affaire, des mangas ont été importés en France et diffusés sous forme de vidéogrammes. La cour a considéré qu'il y avait infraction à l'article 227-23 du Code pénal dans la mesure où le protagoniste s'adonnant à des actes sexuels présentait de façon inconstable « les caractéristiques d'un jeune enfant, compte tenu, notamment, de sa petite taille par rapport aux personnages adultes qui l'entourent, l'absence de signes morphologiques laissant supposer qu'il pourrait s'agir d'un adulte et des traits de son visage le faisant au surplus apparaître comme un très jeune enfant ». Peu importe ainsi que le mineur soit réel ou virtuel, sa seule représentation dans une situation pornographique avec des adultes suffit à consommer le délit (Cass. crim., 12 sept. 2007, n°06-86.763, *JurisData* n° 2007-040914).

¹³³⁴ TGI Paris, ch. acc., 4 nov. 1986, *Alain Moreau, Suicide-Mode d'emploi, JurisData* n° 1986-028764. Le même éditeur a également été condamné par le tribunal correctionnel de Paris devant lequel il était poursuivi pour « provocation au suicide » (T. corr. Paris, 11 avr. 1995, *Alain Moreau, Suicide-Mode d'emploi, JurisData* n° 1995-604147). Toutefois, la Cour d'appel de Paris a confirmé une ordonnance du juge d'instruction qui avait dit n'y avoir pas lieu à saisir les exemplaires encore chez l'éditeur pour des motifs purement procéduraux sur lesquels nous ne reviendrons pas (Paris, 1^{re} ch. acc., 19 déc. 1991).

¹³³⁵ V. TGI Bordeaux, 7 oct. 1998, *Flammarion et Bettina Rheims*, la publication d'un livre d'art, intitulé *INRI*, avec pour couverture une représentation d'une femme crucifiée aux seins nus à la place du Christ, a donné lieu à une décision d'interdiction, sous peine d'une astreinte de 500 francs (76 euros) par infraction constatée. Afin de concilier les règles d'ordre public, et la liberté d'expression et de communication, le juge autorise la présence de l'ouvrage, en vue de sa vente dans un rayon discret.

reproduction par un art ou un procédé quelconque ». L'article L.335-2 CPI complète le principe en énonçant que « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit ». Le risque est donc protéiforme. Il concerne aussi bien les tiers que l'auteur lui-même. Dans un contentieux qui portait sur une biographie de Napoléon, l'éditeur a été condamné pour contrefaçon, dans la mesure où un tiers éditeur avait recueilli préalablement les droits d'édition¹³³⁶. Dans d'autres affaires, l'éditeur, qui outrepassait les limites posées par la convention, s'exposait à une action en contrefaçon de la part de l'auteur¹³³⁷. Il en va évidemment de même pour l'éditeur s'attelant à la traduction de l'œuvre pour le marché anglophone, alors même que ces droits ne lui ont pas été transférés¹³³⁸.

368. Imprécision des stipulations contractuelles. Concrètement, ce contentieux pléthorique se nourrit de l'imprécision des stipulations contractuelles laissant entendre à l'éditeur qu'il disposerait de plus de droits qu'il n'en a réellement¹³³⁹. Assez logiquement, les tribunaux sanctionnent ces comportements sur le terrain de la contrefaçon, les stipulations des contrats d'auteur devant être interprétées en faveur de l'auteur¹³⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, la clause d'usage en matière d'édition – appliquée avant la réforme de 1957 – par laquelle l'auteur transmet à l'éditeur « la propriété pleine et entière de l'œuvre » sera dépourvue d'effets par manque de précision¹³⁴¹.

Quels que soient les faits litigieux, le risque de « contrefaçon patrimoniale » entre un éditeur et son auteur se résoudra systématiquement sur le terrain de l'étendue et de la destination des droits mentionnés dans le contrat d'édition¹³⁴².

B. LE RISQUE RELATIF À L'ACTIVITÉ ÉDITORIALE

369. Exploitation à ses risques et périls. Annonce. Au regard du principe énoncé par la jurisprudence *Glénant* précédemment rappelée¹³⁴³, il est logique que « l'auteur n'a[ît] normalement pas à participer aux frais de l'entreprise »¹³⁴⁴. À partir de ce postulat, les parties au contrat d'édition ne peuvent prendre des stipulations qui aboutissent à une mutualisation du risque économique. La prohibition est absolue. En revanche, il n'est pas exclu pour l'éditeur « d'externaliser » le risque, en ayant recours par exemple à une assurance. En somme, il pourra externaliser son activité pour en alléger le poids financier.

¹³³⁶ Paris Pôle 5 ch. 2, 5 nov. 2010, n° 09/09918 : « la société France Empire et Monsieur O. ont, par la publication de l'ouvrage *Napoléon fils du comte Marbeuf... contrefait l'intégralité des droits d'auteur qu'elle détient, et de condamner in solidum la société France-Empire et Monsieur O. à lui verser les sommes de 10.000 euros, de 12.317, 22 euros et de 3.000 euros au titre, respectivement, de son préjudice moral, de l'atteinte à ses droits patrimoniaux d'auteur et de ses frais non répétables en les condamnant, en outre, aux entiers dépens* ». V. également, Paris, 4^e ch. A, 3 déc. 1997, *D.* 1999. 66.s

¹³³⁷ Voir par exemple Montpellier 12 avr. 2005, *JurisData* 2005-291863 ; en matière d'édition musicale, voir parmi une abondante jurisprudence : Paris Pôle 5, ch. 2, 17 déc. 2010, n° 06/15835 ; Paris Pôle 5, ch. 2, 17 Décembre 2010 n° 06/15843.

¹³³⁸ Cass. com., 16 fév. 2010, n°09-12.262, *JurisData* n° 2010-051631, *Comm. com. électr.*, 2010, comm. 33, C. Caron.

¹³³⁹ La question se pose notamment lorsqu'en l'absence de convention particulière au contrat d'auteur, l'exploitant s'estime en droit de se référer à l'existence d'un contrat-type tacitement accepté par l'auteur. La Cour de cassation a par ailleurs déjà abondé dans le sens des exploitants, voir notamment Cass. 1^{re} civ. 4 févr. 1986, *Brussard Communications c/ RVI, RIDA* n° 129, 1986/3, p. 128 ; *JCP G* 1987, II, 20872, note Plaisant ; *RTD. com.* 1987, p. 198, obs. Françon.

¹³⁴⁰ *Infra* n° 669.

¹³⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1991, *Bull. civ. I*, p. 253, *JurisData* n° 1991-002927 ; 1^{re} civ. 12 juill. 2006, *Mussotte*, *JCP E* 2007, n° 2065, obs. M.-E. Laporte-Legeais. Sur la validité d'une telle clause dans les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957, voir notamment Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2005, *Colette*, *RIDA* n° 207, 2006/1, p. 349 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 109, note C. Caron ; *D.* 2006, p. 661, B. Edelman.

¹³⁴² Pour une affirmation claire du principe, voir Paris Pôle 5, 1^{re} ch., 17 oct. 2012, n° 10.20895.

¹³⁴³ *Supra* n° 366.

¹³⁴⁴ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 484

370. Prohibition des clauses de mutualisation du risque financier. Les parties ont interdiction de répartir entre elles le risque d'exploitation, de manière directe ou indirecte. Dans le premier cas, l'auteur accepte de financer *a priori*, pour tout ou partie, la fabrication et la communication des exemplaires. Dans le second cas, l'auteur consent à diminuer sa marge financière au profit de l'éditeur, qui répercute ses pertes d'exploitation sur le prix de vente. En pratique, cette répercussion du risque se fait sous couvert de fausses commissions.

Plusieurs jurisprudences peuvent être citées. Nous soulignerons tout d'abord la tentative de transfert de coûts par l'éditeur Fayard, qui prévoyait dans ses contrats une diminution de 50 % de la rémunération de l'auteur pour couvrir les frais d'exploitation et de distribution d'un ouvrage à l'étranger¹³⁴⁵. En jurisprudence, les cas de transferts directs de risques sont rares, pour ne pas dire inédits¹³⁴⁶. L'éditeur usera généralement de voies détournées pour faire peser indirectement la charge financière d'exploitation sur l'auteur. Le cas le plus connu demeure celui de la clause d'usage « d'exemplaires de passe ». Par cette stipulation, il est prévu que le montant des exemplaires invendables – soit parce qu'ils sont défectueux, soit parce qu'ils vont être donnés à des fins promotionnelles – sera supporté exclusivement par l'auteur. D'une part, il s'agit de déterminer un certain pourcentage du tirage, pour lequel les exemplaires écoulés ne donneront pas lieu à une rémunération de l'auteur. D'autre part, l'auteur prend en charge le coût financier des exemplaires que l'éditeur lui offrirait, afin qu'il puisse lui-même les offrir à des tiers, pour des raisons sentimentales ou publicitaires¹³⁴⁷. D'une certaine manière, l'éditeur compense les pertes d'exploitation sur la rémunération normalement due à l'auteur. Un temps validée par la jurisprudence¹³⁴⁸, cette pratique semble dorénavant clairement prohibée¹³⁴⁹. De même, le contrat d'édition ne pourra en aucun cas prévoir le paiement des exemplaires invendus par l'auteur¹³⁵⁰. Dans un registre similaire, les clauses de « reprise de stocks », qui consistent en une promesse d'achat des invendus par l'auteur¹³⁵¹, sont également prohibées¹³⁵². Plus largement, les clauses visant à moduler l'assiette de la rémunération de l'auteur doivent être réputées non-écrites en ce qu'elles permettent la constitution de marges arrières en faveur de l'éditeur et répartissent illicitement le risque d'exploitation avec l'auteur¹³⁵³.

En somme, les manipulations contractuelles et tarifaires auxquelles peut s'adonner l'éditeur dans le but de faire peser, même indirectement, le coût d'exploitation de l'œuvre sur l'auteur, doivent être

¹³⁴⁵ Paris, 4^e ch. B, 28 mars 2008, n°06-15233, *Poulet c/ Kapagama*, inédit ; Paris, 4^e ch. B, 30 nov. 2007, *Fayard c/ Hermant*, *Propriété intellectuelle*, 2008, 225, obs. A. Lucas.

¹³⁴⁶ Voir néanmoins, Paris, 1^{re} ch., 18 oct. 1966, *Ann. propr. ind.* 1967, p. 93. ; Paris, 15^e ch., 14 avr. 1977, *RIDA* 1977, p. 152 ; Paris, 4^e ch. B, 13 nov. 1997, *JurisData* n° 1997-024491, qui énonce que constitue un contrat à compte d'auteur le contrat qui, quoique établi sur une formule de contrat type d'édition, comporte une clause prévoyant la participation de l'auteur aux frais de fabrication pour un montant de 100 000 F. On retrouve cette requalification dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 15 juin 1983 (*D.* 1983, I.R., p. 513, obs. Colombet, *RTD com.* 1984, p. 679, obs. Françon, *RIDA* 1984/3, n° 121, p. 153). Le fait que l'auteur s'engage au versement d'une « contribution forfaitaire » suffit à conférer au contrat le caractère de contrat à compte d'auteur, surtout s'il est fait référence à l'article L.132-2 CPI. Nous regretterons pourtant la requalification en question. Comme nous l'avons noté, une telle jurisprudence contribue à aggraver le sort de l'auteur. Plutôt que de requalifier l'opération, réputer la clause non-écrite eût été davantage pertinent. Sur l'évolution de la pratique en la matière, voir A. HUGUET, th. préc. n° 201.

¹³⁴⁷ Sur la règle d'usage en la matière, voir Code des usages en matière de littérature générale, art. 7 : « Fabrication, Promotion, Publicité. Exemplaires gratuits ».

¹³⁴⁸ T. com. Seine, 4 juin 1896, *DP* 1898, 2, p. 73, note Valéry ; Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993, *de Villiers c/ Soton*, *RIDA* n° 158, 1993/4, p. 205.

¹³⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995, *RIDA* n° 167, 1996/1, p. 223, note A. Françon.

¹³⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1995, *Aupois et a.c/ Faget*, *JCP G* 1996, IV, p. 84 ; Bull. civ. I, n° 420 ; Paris, 8^e ch. 2 nov. 1993, *JurisData* n°003137.

¹³⁵¹ Ph. STOFFEL-MUCK, « L'après contrat », *RDC*, 2004/1, p. 159, n° 9 et dont la

¹³⁵² B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. Gestion des stocks et contrat d'édition : une liberté sous contrôle », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2011, prat. 13.

¹³⁵³ Cass. 1^{re} civ. 7 juin 1995, *S.A. Éditions Glénat c/ Bourgeon*, *JCP G*, n° 6, 1996, II 22581, note A. Françon.

nécessairement réputées non-écrites. De la même façon qu'un propriétaire, l'éditeur assume seul le risque lié à l'édition de l'œuvre.

371. Externalisation du risque financier : le recours limité à l'assurance. Le transfert du risque financier renvoie traditionnellement au mécanisme de l'assurance. Celle-ci est généralement présentée comme étant la convention par laquelle une personne, l'assureur, s'engage, contre le versement d'une prime, à accomplir une prestation déterminée au profit d'une personne, l'assuré, en cas de réalisation d'un événement aléatoire¹³⁵⁴. Parmi la multitude de produits assurantiels proposés, on imagine aisément l'éditeur souscrire à une assurance professionnelle d'exploitation, protégeant celui-ci contre la destruction ou la détérioration des exemplaires. Le recours à l'assurance n'en reste pas moins limité, celle-ci étant inapte à se prémunir contre l'insuccès de l'exploitation et le faible retour sur investissement. L'éditeur aura plutôt tendance à transférer en amont la charge de l'investissement à des tiers prestataires.

372. Externalisation indirecte du risque : le recours à la sous-traitance. L'éditeur pourra externaliser son activité en sollicitant le concours de tiers exploitants. L'exemple type est celui de l'éditeur qui sollicite une tierce personne pour imprimer les exemplaires définitifs. Logiquement, la Cour de cassation qualifie cette opération de contrat de prestation de services, soumis aux dispositions des articles 1769 et suivants du Code civil¹³⁵⁵. Elle tire alors les conséquences attachées à la qualification donnée et valide la possibilité pour le prestataire d'assumer seul la charge financière de son activité¹³⁵⁶. Néanmoins, l'opération étant une simple sous-traitance, l'éditeur, maître de l'ouvrage, engagera seul sa responsabilité civile et artistique lorsque l'exploitation ne sera pas conforme à ses attentes contractuelles ou lorsqu'elle portera atteinte au droit moral de l'auteur¹³⁵⁷.

373. Conclusion de section. L'étude des effets du contrat d'édition nous autorise à affirmer que l'éditeur est bel et bien le maître des droits d'édition et de l'exploitation éditoriale, à l'égard desquels il est placé dans la même situation qu'un propriétaire. Cette maîtrise s'exerce sur les droits d'édition et sur l'activité éditoriale. Mécaniquement, l'éditeur demeure le seul à supporter le risque issu de l'usage des droits éditoriaux et de l'exploitation éditoriale, comme l'a souvent rappelé la jurisprudence. Ainsi, le recours aux données empiriques a permis d'atteindre l'objectif qui était le nôtre, à savoir déterminer des critères de qualification pertinents dans le contrat d'édition.

374. Conclusion de chapitre. Comme nous avons pu le constater, le contrat d'édition est rebelle aux modèles scientifiques de qualification généralement admis par la doctrine. Il nous a donc semblé nécessaire d'inverser la perspective et d'avoir recours à un modèle de qualification qui se veut empirique et inductif, en recoupant les éléments de régime présents dans le droit positif, afin d'en induire des critères de qualification. Ce faisant, nous avons dressé une liste d'éléments de régime que nous avons choisi de classer de la façon suivante : les éléments qui relèvent de la maîtrise éditoriale et ceux qui relèvent du risque éditorial. Pour parfaire notre étude de l'identité du contrat d'édition, il reste donc à confronter les résultats de notre analyse aux différentes qualifications contractuelles présentes dans le Code civil.

¹³⁵⁴ Voir par exemple, Cass. 2^e civ., 15 avr. 2010, n°09-14730, *RLDI*, 2010, n° 60, obs. F-D, à propos d'une déclaration de sinistre d'un éditeur de livre qui assignait son fournisseur de papier en raison de la mauvaise qualité de la prestation.

¹³⁵⁵ Paris, 4^e ch. 9 juin 2004, *SA Éditions VM c/ M. Bachelier*, *Gaz. Pal.* 06 janv. 2005, n° 6 p. 28, note A. Le Tarnec.

¹³⁵⁶ A. Le Tarnec, *note préc.*

¹³⁵⁷ *Ibid.*

L'APPLICATION DES CRITÈRES DE QUALIFICATION

375. Plan. Afin de clore cette première partie dédiée à la qualification du contrat d'édition, les critères de qualification arrêtés dans le chapitre précédent doivent être appliqués ici. La démarche, consistant à restituer l'identité contractuelle d'une opération impose la plus grande rigueur, mais aussi la plus grande précaution, afin d'éviter les « *affaires de la qualification juridique* »¹³⁵⁸.

En premier lieu, un travail d'élagage s'impose. Il permettra ensuite l'émergence d'une qualification, qui respectera les traits caractéristiques du contrat d'édition. Il faudra donc écarter une série de qualifications jugées impropres et laisser entrevoir la qualification adéquate. Dans cette mesure, nous verrons tout d'abord quelles sont les qualifications rejetées (Section 1), avant de nous attarder sur la qualification retenue, qui n'est autre que la vente avec charge. Dans un souci de précision terminologique, nous parlerons davantage de cession avec charge, le terme de vente étant généralement dévolu aux choses matérielles (Section 2).

Section 1. Les qualifications rejetées

Section 2. La qualification retenue : la cession avec charge

Section I LES QUALIFICATIONS REJETÉES

376. Méthodologie. Plan. Ce travail d'élagage repose sur la confrontation entre les diverses qualifications présentes dans le Code civil et les deux grandes caractéristiques dégagées, à savoir la maîtrise éditoriale et le risque éditorial. Dans cette mesure, nous écarterons tour à tour les diverses qualifications inappropriées, qu'elles fassent état d'une insuffisance de maîtrise (§ 1) ou d'une insuffisance de risque (§ 2).

§ 1. LES QUALIFICATIONS REJETÉES POUR INSUFFISANCE DE MAÎTRISE ÉDITORIALE

377. Plan. L'insuffisance de maîtrise résulte du manque d'emprise sur le droit de reproduction et sur l'exploitation. Il s'agit, pour l'essentiel, des qualifications auxquelles n'est attaché aucun transfert de propriété. À ce titre, les présents développements nous conduiront à rejeter la qualification de louage d'industrie (A) et les contrats de mise à disposition ou de jouissance (B).

A. LES LOUAGES D'INDUSTRIE

378. Plan. Seront analysées puis rejetées, la qualification de contrat d'industrie traditionnellement dénommé louage d'ouvrage au sein du Code civil (1) et la qualification du singulier contrat de travail (2).

1. Le contrat d'industrie

379. Définition. Au sens de l'article 1710 du Code civil, le contrat d'industrie est la convention par laquelle l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu

¹³⁵⁸ M. NICOD (dir.), *Les affaires de la qualification juridique*, 2016, Institut Fédératif de Recherche "Mutation des normes juridiques" - Université Toulouse I.

entre elles¹³⁵⁹. La jurisprudence précise qu'en vertu de ce contrat, une personne, appelée prestataire, s'oblige contre une rémunération, à exécuter pour l'autre partie, appelée maître, un travail déterminé, sans représentation et de façon indépendante¹³⁶⁰. Le contrat d'entreprise a donc pour élément essentiel une obligation de faire, en contrepartie de quoi est versée une rémunération. Les magistrats ont pu ajouter deux autres critères d'identification, qui ont été élaborés par la doctrine. Le premier critère est celui de l'indépendance dans l'exécution du travail – afin de distinguer le louage d'ouvrage du contrat de travail¹³⁶¹. Toutefois, cette indépendance n'est pas totale. En effet, les Professeurs LABARTHE et NOBLOT rappellent que l'exécution de l'obligation de faire doit obéir à des exigences fondamentales, dont l'exigence de conformité¹³⁶². En conséquence, l'obligation de faire de l'éditeur doit tout d'abord être conforme aux règles de l'art et aux normes techniques¹³⁶³, mais surtout, le maître doit être en mesure d'indiquer unilatéralement le cahier des charges de la prestation devant être réalisée.

Partant du constat que le contrat d'édition mettrait à la charge de l'éditeur des obligations de faire (fabrication, distribution, etc.), le Professeur GAUDRAT propose de rapprocher les deux qualifications¹³⁶⁴. Dans ce cas, il s'agit d'un contrat d'entreprise.

380. Rejet de la qualification. La qualification d'entreprise semble inappropriée dans le cadre du contrat d'édition. Elle conduit à dénier le pouvoir dont l'éditeur dispose sur les droits d'édition et sur les exemplaires eux-mêmes¹³⁶⁵.

D'une part, le contrat d'édition est censé conférer à l'éditeur une série de prérogatives sur les droits d'édition. Il peut ainsi céder ses droits, agir en contrefaçon ou s'opposer à la gestion collective des livres indisponibles. Au contraire, le contrat d'entreprise ne confère aucune prérogative à l'entrepreneur sur la matière qui lui est remise et qui demeure la propriété du maître de l'ouvrage. Par ailleurs, une telle qualification s'inscrirait en faux avec la distanciation proposée au sein du CPI entre les articles L.132-1 et L.132-2 CPI. Ce dernier qualifie expressément le contrat à compte d'auteur de contrat d'entreprise, régi exclusivement par les dispositions du Code civil. Qualifier de la sorte le contrat d'édition ruinerait l'effort de distinction établi par les rédacteurs de la loi de 1957. Au demeurant, nous relèverons l'existence d'une jurisprudence abondante, réfutant la qualification de contrat d'édition au profit de celle de contrat à compte d'auteur¹³⁶⁶. Certes, « *il faut se garder du sophisme qui consisterait à en*

¹³⁵⁹ 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* ».

¹³⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 1968, Bull. civ. 1968, I, n° 69.

¹³⁶¹ V. par exemple Cass. soc. 9 mai 1995, 91-44047, Inédit. Sur le critère du lien de subordination et l'arrêt *Société générale v. supra* n° 42.

¹³⁶² F. LABARTHE, C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, pp. 268-269.

¹³⁶³ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1989, qui définit les règles de l'art comme « *un comportement technique approprié, accessible à l'ensemble du corps professionnel dont son application relève, et qui correspond à l'état technique au moment de la réalisation de l'acte* » (p. 105), alors que la norme technique apparaît comme une procédure déterminée et standardisée, et décrivant un résultat (sur ce point, v. K. BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 773). A. PENNEAU, « La réforme de la normalisation : quel "système" pour quel "intérêt public" ? – À propos du décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation », *JCP E*. 2009, n°44, p. 2038 ; M. ZAVARO, « Les règles de l'art », *Gaz. Pal.* 2000. Doctr., p. 1879.

¹³⁶⁴ Ph. GAUDRAT, « Exploitation des droits » *Répertoire P.L.A.*, Dalloz, n° 141 : « *si l'on cherche à comparer les obligations caractéristiques du contrat d'édition avec les obligations essentielles des catégories contractuelles du code civil, la conclusion s'impose très vite : le seul modèle de contrat de service à exécution instantanée, conclu à titre onéreux et produisant une obligation de faire à caractère concret, est le louage d'ouvrage (ou contrat d'entreprise). 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* ».

¹³⁶⁵ S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. Ch. CARON, INPI, 2009, n° 467, p. 540 : « *le critère du pouvoir de décision justifie un rejet absolu de la qualification* ».

¹³⁶⁶ Paris, ch. 4 sect. b, 14 nov. 1997, *JurisData* n° 1997-024491, à la suite duquel, constitue un contrat à compte d'auteur, le contrat qui, quoique établi sur une formule de contrat type d'édition, comporte une clause prévoyant la participation de l'auteur aux frais de fabrication pour un montant de 100 000, induisant ainsi une répartition des risques ; v. même Aix en Provence, ch. comm. 2, 3 fév. 2004, *JurisData* n° 2004-234905, aux termes duquel le simple fait que le contrat liant un éditeur à l'auteur prévoit « *une*

déduire que le contrat d'édition ne peut être un louage d'ouvrage »¹³⁶⁷ au seul prétexte qu'il doit être distingué du contrat à compte d'auteur. Il faut néanmoins admettre qu'il serait troublant de voir ces deux contrats – alors qu'ils sont supposés s'exclure – partager la même qualification juridique¹³⁶⁸.

D'autre part, le contrat d'édition est censé conférer une maîtrise au stade de l'exploitation. L'éditeur est donc propriétaire des exemplaires qu'il réalise et il reste libre de conduire l'édition comme il l'entend¹³⁶⁹. Au contraire, la qualification de contrat d'entreprise suppose que les ouvrages réalisés par le prestataire sont la propriété du maître de l'ouvrage¹³⁷⁰ et que ce dernier est en mesure d'édicter un cahier des charges au prestataire. Ramenés au contrat d'édition, les ouvrages seraient la propriété de l'auteur et ce dernier serait en mesure d'édicter ses directives au stade de l'exploitation de l'œuvre. Cela reviendrait à un déni de maîtrise de l'éditeur. En pratique, cette qualification entretiendrait une confusion avec divers intervenants présents au sein des chaînes d'exploitation qui, eux, sont de véritables prestataires tenus au titre d'un contrat d'entreprise. Il s'agit des personnes ayant pour seule mission de diffuser et de distribuer des exemplaires auprès du public. L'objet de ces contrats « *est de permettre de manière optimale la diffusion des œuvres auprès du public. Ils régulent ainsi les différentes étapes de la chaîne de l'édition et assurent le lien depuis l'auteur et son éditeur jusqu'au libraire et au lecteur. (...) La distribution est une étape de gestion des flux matériels, elle se concrétise par l'approvisionnement des points de vente, la conservation* »¹³⁷¹. Placés sous la responsabilité du titulaire des droits, ils ne sont que des prestataires et ne sont pas des éditeurs¹³⁷². Nous retrouvons également les distributeurs en matière de représentation cinématographique¹³⁷³. Ils ont alors pour mission de négocier pour le compte des producteurs, la

participation financière (30 000 francs) de ce dernier ne suffit pas à qualifier ledit contrat de contrat à compte d'auteur au sens de l'article L.131-2 du code de la propriété intellectuelle. La convention litigieuse reproduisant la plupart des clauses du modèle du contrat d'édition proposé par le syndicat national de l'édition, comportant l'intitulé de "contrat d'édition" ainsi que de nombreuses clauses spécifiques au contrat d'édition, doit être donc être qualifié de contrat d'édition ». Ce qui semblait contradictoire au regard de notre systématisation qui réfute la prise de risque financier de l'auteur. Toutefois, ce risque peut être contrebalancé par d'autres stipulations rétablissant l'équilibre financier, ce qui justifie que la qualification de contrat d'édition soit maintenue. Au contraire v. Rouen, 2^e ch., 28 mai 2009, n°07/00628, qui considère que l'absence de rémunération de l'éditeur ne permet pas de rejeter la qualification de contrat à compte d'auteur, car si « *l'éditeur a accepté de prendre en charge les frais de préparation et de fabrication de l'ouvrage, (c'est) à charge de lui en reverser le prix pour le dédommager de ses frais et de vendre lui-même auprès du secteur classique des libraires et des grandes surfaces quelques exemplaires* ».

¹³⁶⁷ A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, préf. J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 502, p. 444.

¹³⁶⁸ Sur ce constat, voir J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd. 2012, n° 32139, p. 1231.

¹³⁶⁹ A. TOURNIER, « Peut-on acquérir la propriété d'une œuvre de l'esprit ? », *RIDA* 1958/3, p. 19 : « *l'éditeur (...) devient propriétaire de l'édition de l'œuvre, de son revêtement* », cité par S. RAIMOND, *ibid*.

¹³⁷⁰ Sur l'effet translatif du contrat d'entreprise au profit du maître d'œuvre v., P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. dactyl. Paris II, 1999, T. 2, n° 197, p. 420 pour qui il convient de reconnaître : « *un effet translatif de propriété au contrat d'entreprise dès l'instant que la transmission de la valeur née de l'activité de l'entrepreneur emprunte naturellement le canal d'un tel transfert ou que le service constitutif de cette valeur ne peut être rendu sans le transfert préalable ou concomitant d'un bien* » ; L. MARINO, « Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise », *Defrénois* 15 août 2001, n° 15-16, p. 907, n° 22 : « *dans tous les cas où l'entrepreneur fournit la matière en même temps que son travail, il en réalise le transfert, moyennant quoi le maître de l'ouvrage en a la propriété par l'acquisition dérivée qui résulte du contrat* ».

¹³⁷¹ S. VIARIS de LESEGNO, « Les contrats de diffusion-distribution », *Légicom*, 2001/1, n° 24, p. 29. H. TILLIET, « La commercialisation du livre » *Lamy, droit des médias et de la communication*, n° 251-6 : « *La diffusion est une activité de nature commerciale qui a pour objet d'assurer l'information des détaillants sur les livres publiés ou réédités, de prendre les commandes, d'assurer la promotion et la mise en valeur des livres sur les lieux de vente et de répercuter auprès de l'éditeur l'information sur l'état du marché (...) La distribution est une activité de nature logistique qui consiste dans la prise en charge des fonctions matérielles et administratives relatives à la commercialisation du livre : stockage, transport, facturation des détaillants* ».

¹³⁷² E. PIERRAT, *Le Droit du Livre*, Éditions du Cercle de la Librairie, 2000 ; H. TILLIET, *Lamy, droit des médias et de la communication*, n° 251-1 et s. ; Ph. SCHUWER *Traité Pratique d'édition*, Éditions du cercle de la Librairie.

¹³⁷³ Par exemple, lorsqu'ils sont censés adresser des copies de l'œuvre cinématographique aux exploitants salles ou lorsqu'ils doivent procéder au doublage et au sous-titrage (sur ce point, voir T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-

projection des films avec les exploitants de salles de cinéma¹³⁷⁴. Il en va également ainsi des imprimeurs, qui se contentent d'imprimer les ouvrages, selon la volonté des auteurs. La jurisprudence a déjà considéré que les contrats d'impression n'étaient pas des contrats d'édition, mais de simples louages d'ouvrages¹³⁷⁵.

2. Le contrat de travail

381. Définition du contrat de travail. Le contrat de travail, appelé parfois louage de service, est identique au louage d'ouvrage. Il repose sur une obligation de faire et suppose l'existence d'une rémunération. Toutefois, le contrat de travail, contrairement au contrat d'entreprise, repose sur une convention par laquelle une personne physique exerce son activité sous la subordination du maître d'œuvre, peu important qu'il s'agisse d'une personne morale ou physique¹³⁷⁶. Ainsi, un élément supplémentaire permet de distinguer les qualifications : le lien de subordination¹³⁷⁷. L'état de subordination de l'employé vis-à-vis du donneur d'ouvrage est caractérisé notamment lorsqu'il reçoit de ce dernier des prescriptions, des ordres ou des directives¹³⁷⁸.

382. Rejet de la qualification. Si la qualification de contrat d'entreprise doit être écartée pour défaut de maîtrise, il en va, *a fortiori*, de même pour le contrat de travail. Cette exclusion serait ici plus énergique, dans la mesure où l'existence d'un lien de subordination dépouillerait davantage l'éditeur de sa maîtrise. La maîtrise de l'éditeur se déploierait ainsi difficilement sous les ordres stricts et le contrôle de l'auteur.

Dans certains cas, l'auteur lui-même estime qu'il y a contrat de travail et il met en avant le fait que l'éditeur se comporte envers lui comme un véritable employeur. À ce titre, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler la distinction entre les deux conventions dans un arrêt du 20 juin 1995. Dans cette affaire, un auteur ayant conclu un contrat d'édition souhaitait obtenir la requalification de son engagement en un contrat de travail. La Cour de cassation a rejeté la demande de requalification en estimant que les deux qualifications étaient exclusives¹³⁷⁹. La Cour de cassation a ainsi marqué une différence nette entre les deux conventions.

B. LES CONTRATS DE MISE À DISPOSITION

383. Présentation des contrats de mise à disposition. Exclusion des contrats réels. Les contrats de mise à disposition sont ceux qui se contentent de transférer la jouissance d'un bien. À ce titre, ils ne sont pas translatifs de propriété. Il s'agit d'une obligation de faire jouir autrui d'un bien ou d'un ensemble de biens, obligation que d'aucuns rapprochent de la très romaine obligation de

TALLON, LGDJ, 2005, n° 308, pp. 319-318). Voir également LYON-CAEN et LAVIGNE, *op. cit.*, 544 et s. qui parlent de « *cession limitée* ».

¹³⁷⁴ P. KAMINA, *Droit du cinéma*, LexisNexis, 2^e éd., n° 347 et s., p. 245 et s.

¹³⁷⁵ Angers 13 Juin 1990 *Henry/SARL Herault*, *JurisData* n° 1990-043526.

¹³⁷⁶ Cass. soc., 22 juill. 1954, Bull. civ. 1954, IV, n° 476 ; Cass. crim., 16 sept. 1985, *Juris-soc.* 1985, F 93 ; Cass. crim., 29 oct. 1985, Bull. crim. 1985, n° 335 ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 9, note J.-P. Doucet.

¹³⁷⁷ V. affaire *Bardon* du 6 juillet 1931, la Cour de cassation utilise la seule subordination juridique : « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur ; la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* » (Cass., 6 juill. 1931 : *D.* 1931, 1, 131) Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, thèse, Toulouse I, 1985 ; M. DESPAX, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982. 11.

¹³⁷⁸ V., en ce sens, Cass. soc. 13 nov. 1996, Affaire *Société Générale*, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386 ; *RJS* 12/1996, n° 1320.

¹³⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1995, n° 91-19.715, Bull. civ. I, n° 268, *RIDA* n° 167, 1996/1, p. 235 : « *le contrat organisait librement ses travaux, qu'il n'était astreint à aucune obligation de présence dans l'entreprise, qu'il avait la maîtrise de la réalisation de ses prestations et que les seules contraintes qui lui étaient imposées résultaient des délais contractuels et de la nature même de l'ouvrage* ».

*praestare*¹³⁸⁰. Dans le Code civil, seul le contrat de bail donne lieu à ce plein effet juridique. Si le dépôt et le prêt impliquent une jouissance particulière, ces contrats sont de nature réelle et n'impliquent qu'une seule obligation de restitution¹³⁸¹. Compte tenu de cette nature particulière, nous présumons que ces contrats sont trop éloignés du contrat d'édition pour qu'un travail de comparaison soit pertinent. Ils ne feront donc pas l'objet de développements. Ainsi, seule l'hypothèse du bail sera développée.

384. Définition du bail. L'article 1709 du Code civil énonce que « *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* ». Par ailleurs, l'article 1713 du Code civil ajoute que le contrat de bail peut avoir pour objet un bien immeuble ou meuble, sans distinguer selon la nature matérielle ou immatérielle du bien en question. Appliqué au contrat d'édition, l'auteur serait le bailleur propriétaire et l'éditeur serait le locataire. La qualification de bail a des partisans au sein de la doctrine spécialisée en droit d'auteur¹³⁸² qui préfère parfois employer les vocables de licence ou de concession¹³⁸³. Par conséquent, les termes de bail, licence ou concession seront employés indistinctement pour traduire une même qualification.

385. Le rejet de la qualification. La qualification de bail doit pourtant être rejetée. Certes, la maîtrise conférée au locataire est plus importante que celle issue du contrat d'entreprise¹³⁸⁴. Toutefois, elle demeure insuffisante au regard des enjeux liés à la qualification du contrat d'édition. Plusieurs différences peuvent être relevés.

386. Absence de prérogatives sur les droits d'édition. Premier point fondamental de divergence, la qualification de bail n'opère aucun transfert de prérogatives sur le droit d'auteur lui-même. Le locataire n'est donc ni en mesure de céder les biens, ni en mesure de constituer des droits réels sur le bien en question. En conséquence, il y a une rupture évidente entre l'éditeur et le simple locataire.

¹³⁸⁰ G. PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* : pour une relecture de quelques articles du code civil » RTD. Civ. 2001, p. 41, spéc. n° 7 : « *La mise à disposition, expression neutre et générique empruntée au langage courant est un procédé très répandu qui irrigue de nombreux contrats et qui se cristallise dans ceux qui en font leur élément caractéristique. Certains considèrent que l'expression traduit un état de fait, qu'elle ne renseigne nullement sur l'état de droit. D'autres soulignent qu'avec une telle locution "on décrit plus qu'on ne qualifie une opération". La mise à disposition serait ainsi une simple opération matérielle. Nous croyons, pour notre part que cette opération sous-tend une véritable catégorie juridique : celle des obligations qui, à titre principal ou accessoire, ont pour objet de mettre un bien à la disposition d'autrui* » ; M. FAURE-ABBAD, « L'impact de la réforme des contrats spéciaux sur le contrat d'entreprise », RDI, 2017, p. 570 spéc. n° 3 : « *Pour une raison proche, l'entreprise est distincte du bail dont l'obligation caractéristique est la mise à disposition d'une chose, praestare* ». S. COUDERT, *La mise à disposition d'une chose*, th. dactyl. Montpellier, 2016, n° 3 et 4.

¹³⁸¹ Sur la spécificité de ces contrats au regard de l'obligation de *praestare*, v. F. CHENEDE, « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel », D. 2008, p. 2555.

¹³⁸² S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. Ch. CARON, INPI, 2009, n° 481 : « *La qualification de bail s'impose en tout état de cause sur celle de vente* ». V. également A. BOISSON, th. préc., notamment n° 512, pp. 450-451, où l'auteur se montre tout de même plus nuancé en considérant que si le bail constitue le mécanisme du transfert du droit, mandat et entreprise trouvent à s'appliquer au stade de l'exploitation. Néanmoins, l'auteur qui rejette la qualification de contrat *sui generis* et de contrat complexe, n'avance pas réellement de qualification particulière.

¹³⁸³ V. notamment J. RAYNARD, « De l'originalité de la licence de brevet en tant que louage de chose », Mél. J. Schmidt-Szalewski, 2014, LexisNexis, p. 267 ; A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, 2008, LGDJ.

¹³⁸⁴ En effet, la Cour de cassation a estimé que la qualification de bail confère au locataire une certaine maîtrise sur le bien mis en location (Cass. 3^e civ., 11 janv. 2006, Bull. civ. 2006, III, n° 10, *Defrénois* 2006, 721, obs. Savaux) justifiant qu'il encourt les risques liés à la chose (Cass. 2^e civ., 11 mai 1956, D. 1957, 121, note Rodière, v. J. CAYRON, « Bail d'habitation – Location de biens meubles », *J.-Cl. Bail à loyer*, Fasc. n° 660, n° 24). Le cas échéant, la maîtrise qu'exerce le locataire sur le bien transféré permet également de faire le départ entre le contrat de location et le contrat de prestation de services (Cass. 1^{re} civ., 27 mars 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 111).

387. Absence d'action en contrefaçon. Autre point de divergence, les conventions de mise à disposition n'autorisent pas le détenteur à agir en justice sur le terrain de l'action en revendication. En effet, alors qu'il est acquis que l'éditeur dispose de l'action en contrefaçon¹³⁸⁵, l'action n'est pas reconnue au profit du simple licencié. Ce principe est fréquemment rappelé par la jurisprudence. Pour ne prendre qu'un exemple à des fins d'illustration, on relatera un arrêt du 22 janvier 2009. Dans cette affaire, la société Crespelle a recueilli auprès de l'ADAGP une autorisation de reproduction de l'œuvre *Les trois cavaliers* de Kandinsky. La société Crespelle a par la suite concédé cette autorisation à la société Brochier, dans le cadre d'une licence d'exploitation. Après rupture des relations contractuelles entre les deux sociétés, La société Crespelle, ancienne concédante, a souhaité agir en contrefaçon contre la société Brochier, ancienne concessionnaire. Compte tenu de sa nature de simple licencié, le droit d'agir en contrefaçon lui a été refusé¹³⁸⁶. Il s'agit bien d'un point de rupture fondamental, l'action en contrefaçon jouant le rôle d'action pétitoire traditionnellement reconnue à l'éditeur¹³⁸⁷.

Au contraire, la jurisprudence rappelle que seule une cession conférerait au cessionnaire une action en contrefaçon. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a déjà estimé qu'une société distributrice d'œuvres n'avait pas la qualité requise pour agir en contrefaçon dès lors qu'elle ne justifiait pas d'une cession de droits à son profit¹³⁸⁸.

388. Absence d'opposabilité des droits d'édition à la SOFIA. La qualification de licence ne cadre pas avec le pouvoir d'opposabilité dont dispose l'éditeur en matière de gestion collective par la SOFIA des droits portant sur des livres indisponibles. Rappelons-le, le mécanisme a été invalidé par la CJUE, puis réécrit au sein de la directive du 17 avril 2019¹³⁸⁹. Toutefois, les dispositions présentes dans le CPI permettent de saisir ce que le législateur entend par « contrat d'édition ».

Aux termes de l'article L. 134-5 CPI, si l'éditeur ne faisait pas opposition dans le délai imparti, il était dessaisi des droits d'édition et pouvait malgré tout se voir octroyer une licence sur les droits de reproduction¹³⁹⁰. Le constat s'impose donc de lui-même : à quoi servirait un tel régime, si le contrat d'édition et le contrat de licence n'étaient pas distincts juridiquement ? Assimiler l'un à l'autre relèverait d'un contresens juridique et méprendrait sûrement la volonté du législateur.

389. Problème de la prohibition des engagements perpétuels. Enfin, la qualification de bail aurait des conséquences contestables du point de vue de la prohibition des engagements perpétuels. L'article 1709 du Code civil énonce en effet que la mise à disposition ne se fait que pour un certain temps. De son côté, l'article 1210 du Code civil issu de la réforme du droit des obligations, énonce que « *les engagements perpétuels sont prohibés* »¹³⁹¹. Un engagement est perpétuel lorsqu'une personne s'engage

¹³⁸⁵ *Supra* n° 345-348.

¹³⁸⁶ Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, pourvoi n° 07-21.498, Bull. I n° 44 : « *Vu les articles L.111-1 et L.331-1 du code de la propriété intellectuelle ; attendu que pour condamner la société Brochier au titre de la reproduction sur un foulard de soie du tableau " les Trois cavaliers " de Kandinsky, l'arrêt énonce que cette œuvre n'est pas dans le domaine public, que les droits correspondants devaient être acquis auprès de l'ADAGP, ce qui a été fait par la société Crespelle qui a ainsi obtenu une autorisation à titre personnel, que la société Brochier en reproduisant ce foulard, sans être elle-même titulaire de l'autorisation de l'ADAGP a commis un acte de contrefaçon* », *Comm. com. électr.*, avr. 2009, n° 32, obs. C. Caron ; *Prop. intell.*, 2009/4. 169, obs. A. Lucas.

¹³⁸⁷ *Supra* n° 345-348

¹³⁸⁸ Paris, 21 fév. 1990, *Cab. dr. aut.*, janv. 1991, p. 22.

¹³⁸⁹ *Supra* n° 350-351.

¹³⁹⁰ Art. 134-5 CPI : « *À défaut d'opposition notifiée par l'auteur ou l'éditeur à l'expiration du délai prévu au I de l'article L.134-4, l'organisme de gestion collective propose une autorisation de reproduction et de représentation sous une forme numérique d'un livre indisponible à l'éditeur disposant du droit de reproduction de ce livre sous une forme imprimée* ».

¹³⁹¹ La disposition emporte codification de la jurisprudence constitutionnelle, Cons. const., 9 nov. 1999, DC, n° 99-419, RTD civ. 2000, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages : « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection*

par contrat, soit durant toute sa vie, soit lorsque la durée est manifestement trop longue¹³⁹². Le problème est le suivant : si le contrat d'édition est un bail, alors toutes les mises à disposition pour la totalité de la durée du monopole doivent encourir le grief de perpétuité. Dès lors, par application des articles 1709 et 1210 du Code civil, tous ces contrats seraient librement résiliables. Or, il est acquis en jurisprudence qu'un contrat d'édition peut être conclu pour la totalité de la durée des droits. Ceci invalide également la qualification de bail¹³⁹³.

§ 2. L'INSUFFISANCE DE RISQUE ÉDITORIAL

390. Plan. L'éditeur porte le risque de l'édition. À ce titre, plusieurs qualifications contractuelles du Code civil ne peuvent prospérer, dans la mesure où elles marqueraient une insuffisance de risque éditorial. L'insuffisance de risque éditorial peut être partielle et découler d'une répartition inappropriée de celle-ci entre l'auteur et l'éditeur, comme en matière de contrat de société (A). Les rapports de risque d'exploitation peuvent être totalement inversés. Cela est le cas en matière de mandat (B). Enfin, le risque d'exploitation peut tout simplement disparaître par application d'une qualification contractuelle. Il s'agit précisément de l'hypothèse de la vente – cession – simple (C).

A. LA RÉPARTITION DU RISQUE : LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ

391. Présentation. L'article 1832 du Code civil énonce que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Par ailleurs, « *les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». Sauf clause contraire, cette participation aux résultats se fait à proportion entre chaque associé¹³⁹⁴. Ils se partagent les bénéfices ou l'économie lorsque l'activité se porte bien et ils contribuent aux pertes lorsque la société connaît des difficultés¹³⁹⁵. Bien que les associés soient égaux, il ne s'agit pas d'une égalité mathématique. Par ailleurs, la jurisprudence ajoute une dernière condition – fortement discutée – à la caractérisation d'une société : l'*affectio societatis*¹³⁹⁶. La Cour de cassation

de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ».

¹³⁹² Sur les deux conceptions de la perpétuité v. R. LIBCHABER, « Réflexion sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Soc.* 1995, p. 437 ; J. GHESTIN, « Existe-t-il en droit français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges D. Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 250.

¹³⁹³ V. néanmoins, Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2006, note L. Marino, *RLDI*, juill. 2006, n°18 : « *le contrat d'édition phonographique avait été conclu pour une durée de cinq ans, renouvelable par tacite reconduction, sauf dénonciation par l'une des parties, par périodes successives de cinq années chacune, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que la clause d'exclusivité stipulée dans ces contrats n'avait pas de caractère perpétuel et illimité* ». Il semblerait que cet arrêt admette le principe que le contrat d'édition puisse encourir le grief de perpétuité. Toutefois, nous relèverons dans cet arrêt que la qualification de contrat d'édition est ici des plus douteuses dans la mesure où l'objet du contrat n'est pas un droit d'auteur, mais un droit voisin d'artiste-interprète (« *Attendu, ensuite, qu'elle a exactement retenu que les ayants droit de Michel X... qui n'agissaient qu'en leur qualité de dévolutaires des droits d'artiste-interprète, n'étaient pas fondés, pour prétendre à la nullité de la clause litigieuse, à se prévaloir des dispositions relatives au droit d'auteur, lesquelles étaient étrangères au litige* »). Or, le contrat d'édition ne peut porter que sur un droit d'auteur (*supra* n° 139 et s.).

¹³⁹⁴ Art. 1844-1 Code civil : « *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites* ».

¹³⁹⁵ D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, 3793.

¹³⁹⁶ Pour une assimilation de l'*affectio societatis* au consentement contractuel : M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, LGDJ 2011, 20^e éd., T. 2, n° 1056-34 : « *À la vérité, il n'y a pas là un caractère particulier du consentement. (...) On pourrait en dire autant pour tous les contrats : le consentement doit être donné en connaissance de la nature du contrat conclu* ».

considère qu'il s'agit de « *l'intention de participer à une entreprise sur un pied d'égalité* »¹³⁹⁷.

Le Professeur Jérôme HUET relève que l'obligation d'exploitation confère une incontestable originalité au contrat d'édition. Il ajoute alors que cette convention « *est proche d'un contrat de société : il présente un caractère aléatoire pour l'entrepreneur qui investit sans connaître la rentabilité de l'œuvre, et l'exploitation qu'il en assure est faite pour le profit des deux parties* »¹³⁹⁸. Pour certains auteurs, le contrat d'édition serait une forme contemporaine de métayage¹³⁹⁹, à propos duquel les Professeurs COLLART-DUTILLEUL et DELEBECQUE parlent de « *coloration sociétaire* »¹⁴⁰⁰. Certaines juridictions n'ont pas hésité autrefois à qualifier le contrat d'édition de société en participation¹⁴⁰¹. Bien que les auteurs restent dans l'ensemble hostiles à cette qualification, le rapprochement opéré par certains spécialistes et certains tribunaux n'est pas anodin¹⁴⁰².

392. Rejet de la qualification. Malgré ces ressemblances, il faut bien admettre que la qualification ne résiste pas à une analyse poussée. Pour cause, la société repose sur un équilibre qui n'existe pas en matière de contrat d'édition : la répartition des bénéfices a pour corollaire le partage des pertes. Cet équilibre fait défaut pour le contrat d'édition, le risque financier devant être assumé en totalité par l'éditeur. Il est tentant de s'appuyer sur la rémunération proportionnelle, afin de forcer la qualification. Néanmoins, comme le souligne le Professeur François XAVIER-LUCAS, « *la participation aux résultats d'une entreprise commune est le critère de la société mais ce n'est pas un critère suffisant* »¹⁴⁰³. En effet, les contrats-échanges peuvent parfaitement renfermer des clauses d'intéressement aux bénéfices, qu'il s'agisse d'un salarié, d'un mandataire, d'un prêteur ou d'un franchiseur, sans pour autant que cela ne modifie l'économie et la qualification de la convention. En ce sens, le Professeur poursuit en considérant qu'il en va de même pour le contrat d'édition, pour lequel l'article L.132-5 CPI prévoit « *une rémunération proportionnelle aux produits d'exploitation* ». Dès lors « *la frontière apparemment bien nette entre ces différents contrats et le contrat de société se brouille en présence d'une telle clause d'intéressement aux résultats* »¹⁴⁰⁴. Il est vrai que le doute est d'autant plus grand qu'en la matière, la rémunération proportionnelle de l'auteur ne comporte aucune partie fixe, mais est exclusivement conditionnée par les résultats de l'entreprise. Pour autant, la Cour d'appel de Paris a déjà eu l'occasion de relever la différence entre le contrat d'édition et le contrat de société dans un litige qui portait précisément sur la qualification d'une opération éditoriale¹⁴⁰⁵.

¹³⁹⁷ Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12.118, *Roth c/ Reynaud*, *JurisData* n° 1986-701264 ; Bull. civ. 1986, IV, n° 116.

¹³⁹⁸ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *op.cit.*, n° 32139, pp. 1230-1232.

¹³⁹⁹ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, *Économica*, 2002, n° 181, p. 127.

¹⁴⁰⁰ F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd., 2019, n° 366, p. 343.

¹⁴⁰¹ T. com., 4 juin 1896, DP 1899, 2, 73, obs. J. Valéry ; S. 1899, 2, 217, obs. P. Esmein.

¹⁴⁰² F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1465, p. 996.

¹⁴⁰³ F. XAVIER-LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes » *J.-Cl. Société Traité*, Fasc. 15-10, n° 5. En ce sens J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Étude de jurisprudence française, 1927, pp. 82-83 : « *le mode de rémunération proportionnelle, n'implique l'intention de former une société* ».

¹⁴⁰⁴ F. XAVIER-LUCAS *ibid.* ; G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, T. I : n° 67, pp. 112-114 : « *Le contrat de publication est un contrat consensuel 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 (1). Il est en général commutatif ; mais il devient parfois aléatoire, notamment au cas où l'auteur traite pour tout le temps que durera sa propriété et moyennant une somme invariable. (...) il manque toujours au contrat de publication certains éléments essentiels de la société : intention de s'associer, participation de toutes les parties contractantes aux pertes* ».

¹⁴⁰⁵ Paris, 11 mai 2007, n°06/07068, « *Considérant que, (...) la cour relève qu'aucun élément du dossier ne démontre que Monsieur VIDAL aurait d'une part manifesté son accord de volonté pour participer à un partage des bénéfices et des pertes d'exploitation d'une société d'édition existant de fait entre la société WILCO, Messieurs GARRETA et VIDAL ; que de ce point de vue, les sommes qui lui ont été versées par la société WILCO l'ont toujours été à titre de rémunération de droits d'auteur et non pas de partage de bénéfice ; qu'il n'est pas davantage prouvé qu'il y aurait eu une affectio societatis entre ces différentes personnes* ».

En dernière analyse, la qualification de contrat de société entretiendrait une confusion avec le contrat de compte à demi prévu à l'article 132-3 CPI. Aux termes de cet article, ne constitue pas un contrat d'édition, la convention par laquelle « l'auteur ou ses ayants droit chargent un éditeur de fabriquer, à ses frais et en nombre, des exemplaires de l'œuvre ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, et d'en assurer la publication et la diffusion, moyennant l'engagement réciproquement contracté de partager les bénéfices et les pertes d'exploitation, dans la proportion prévue ». Dans cette mesure, qualifier le contrat d'édition de contrat de société entretiendrait une confusion entre les différentes formes de contrat. En effet, la jurisprudence rappelle que la volonté pour l'auteur et l'exploitant de participer aux bénéfices et aux pertes est un élément essentiel de la convention de compte à demi¹⁴⁰⁶.

B. L'INVERSION DU RISQUE : LE MANDAT

393. Présentation. Au sens de l'article 1984 du Code civil, le mandat suppose que le mandant ait donné pouvoir au mandataire de faire quelque chose¹⁴⁰⁷. De cette définition se dégage les deux éléments essentiels à cette qualification : une obligation de faire à la charge du mandataire et un pouvoir de représentation au profit du mandataire. Ces éléments doivent être présentés.

Le premier élément essentiel est une obligation de faire. Pour une grande partie de la doctrine, le mandat porte uniquement sur l'accomplissement d'actes juridiques¹⁴⁰⁸, bien qu'une frange de la doctrine, s'appuyant sur une jurisprudence peu fournie mais réelle, considère que le mandat peut aussi porter sur de simples actes matériels¹⁴⁰⁹. Le débat n'étant pas tranché, une acception large sera retenue pour les besoins de notre étude. Nous admettrons ainsi que le mandataire puisse prendre des actes matériels pour le compte d'autrui.

Le second élément, véritablement caractéristique, est le pouvoir de représentation qui est conféré au mandataire. Le mandat donne lieu à une représentation qualifiée de parfaite, par opposition à la représentation imparfaite¹⁴¹⁰. Au sens de l'article 1154 du Code civil, est dite parfaite la représentation au nom et pour le compte du représenté, et imparfaite la représentation pour le compte du représenté, mais au nom du représentant. Lorsque le mandataire passe un acte en vertu de son mandat, la théorie de la représentation parfaite impute les effets de cet acte uniquement sur la personne du mandant. Tout se passe comme si le mandataire était transparent.

La doctrine n'hésite pas, de façon prudente, à rapprocher le contrat d'édition d'une forme de mandat¹⁴¹¹. Ainsi, l'éditeur serait le mandataire de l'auteur. En vertu de ce contrat, l'éditeur serait chargé

¹⁴⁰⁶ Sur ce que cet engagement est la « caractéristique essentielle » du contrat, V. Paris, 1^{re} ch, 19 juin 1996, *Expertises* 1997, p. 396.

¹⁴⁰⁷ Art. 1984 du Code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

¹⁴⁰⁸ Ph. le TOURNEAU, « Mandat », *Répertoire droit civil*, Dalloz, n° 52. Le plus souvent, les auteurs ne soulèvent pas la question des actes matériels et n'envisagent le mandat que sous l'angle de la conclusion d'actes juridiques (J.-J. BARBIERI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, Masson, 1995, p. 371 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, T. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 255). Pour les Professeurs Christian LARROUMET et Sarah BROS, « il n'est pas exclu qu'une personne puisse accomplir un acte matériel dans l'intérêt d'autrui. En ce cas (...) il s'agira d'un contrat de louage de service (encore appelé contrat de travail) ou d'un contrat de louage d'ouvrage (encore appelé contrat d'entreprise) », 8^e éd., 2016, n° 142, note de bas de page n° 2, p. 124.

¹⁴⁰⁹ J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 793.

¹⁴¹⁰ Sur la distinction entre les deux formes de représentation v. art. 1154 du Code civil : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant ».

¹⁴¹¹ V. J. HUET, *op. cit.*, n° 32139 : P.-Y. GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *D.* 1995, chron. 262, spéc. n° 12. note 20 ; LAUTERBOURG, *Du contrat d'édition et de la nature juridique des droits d'auteur*, th. dactyl. Paris, Sirey, 1915, p. 61.

par l'auteur de gérer l'ensemble de l'exploitation éditoriale. Il disposerait des pouvoirs les plus conséquents pour mener à bien sa mission.

394. Rejet de la qualification. En dépit de ces tentatives de rapprochement, la qualification de mandat doit être écartée en vertu des effets pervers que peut générer la représentation parfaite. En effet, si le mandataire – en l'occurrence l'éditeur – est transparent à l'opération, cela veut dire que les tiers ayant contracté avec lui – des clients qui achètent un livre ou un imprimeur chargé de réaliser les tirages – sont réputés avoir contracté avec le mandant, à savoir l'auteur. Conformément au droit du mandat, le contrat est conclu entre l'auteur et le tiers. Aussi, l'imprimeur qui aurait été sollicité par l'éditeur pour réaliser les tirages serait réputé avoir conclu son contrat d'impression avec l'auteur et pourrait agir en paiement, directement à son encontre, pour obtenir sa rémunération. Dans cette mesure, la personne de l'éditeur ne court aucun risque d'exploitation alors même que cela touche à l'identité du contrat d'édition. En effet, ce risque se reporte sur la personne de l'auteur.

Plusieurs arrêts d'appel ont confirmé ce point. En effet, il arrive que l'éditeur, souhaitant obtenir des dommages-intérêts en raison de la rupture du contrat d'édition émanant de l'auteur, soutienne que le contrat d'édition doit être qualifié de mandat d'intérêt commun. Naturellement, les cours d'appel rejettent ce point de vue en considérant que l'éditeur agit et contracte en son propre nom, réfutant la qualification de mandat d'intérêt commun et *a fortiori* celle de mandat¹⁴¹².

C. LA DISPARITION DU RISQUE : LA CESSION SIMPLE

395. Exclusion de la fiducie. Présentation. La dernière qualification envisagée au sein de cette section est celle de la cession simple. Nous prenons le parti d'éluider la question de la fiducie, qui est également une cession. La fiducie est définie à l'article 2011 du Code civil, comme étant « *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* ». Nous constatons alors la spécificité principale de cette qualification. À ce titre, la possibilité de retenir la qualification de fiducie au sens de l'article 2011 du Code civil doit être d'emblée écartée, ce contrat portant avant tout sur la création d'un nouveau patrimoine ce qui n'est pas l'objet du contrat d'édition. On se contentera d'envisager la qualification de la forme de cession la plus courante, à savoir la vente. Cette dernière est le contrat par lequel « *l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* »¹⁴¹³.

La vente est articulée autour du mécanisme de transfert de propriété¹⁴¹⁴. À ce titre, la qualification de vente – cession à propos des choses immatérielles – est celle qui, jusqu'à présent, s'impose avec le plus de force. Deux arguments peuvent être avancés.

En premier lieu, il s'agit de la qualification donnée par le législateur lui-même. En effet, l'article L.132-1 CPI énonce que « *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 ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ». Au contraire, au moment de définir le contrat de représentation, l'article 132-18 CPI considère qu'il 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* ». Dans le fond, l'argument terminologique ne semble pas probant. L'analyse indique que le législateur s'est tout

¹⁴¹² Paris, 4^e ch., sect. A, 5 mars 1986, *JurisData*, n° 1986-021412, à propos d'un contrat d'édition dont l'identification n'est pas remise en cause : « *Considérant que PYM, agissant en son nom et pour son propre compte il n'y a pas mandat et a fortiori pas mandat d'intérêt commun* » ; v. également Bordeaux, 1^{re} ch., sect. A, 17 Octobre 2000, *JurisData*, n° 2000-153065, à propos d'une opération qualifiée de contrat d'édition dont il est acquis qu'elle « *ne constitue pas un mandat d'intérêt commun (...) la SARL IMP s'étant vue concéder l'édition de cette revue à ses risques et périls et à son seul bénéfice* ».

¹⁴¹³ Art. 1582 du Code civil.

¹⁴¹⁴ J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel : essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, préf. B. DAUNER-LIEB et R. LIBCHABER, LGDJ, 2014.

simplement abstenu de prendre parti sur la qualification applicable en la matière¹⁴¹⁵. Pour les auteurs récents qui se sont essayés à la qualification des contrats d'auteur, le législateur a simplement souhaité consacrer la *summa divisio* entre cession et licence sans assigner une qualification civile à tel ou tel contrat d'auteur. Le contrat d'édition et le contrat de représentation peuvent être indifféremment une licence ou une cession¹⁴¹⁶. Pour d'autres, cette *summa divisio* « ne rend pas compte du droit positif en matière de droit d'auteur. Non seulement le Code de la propriété intellectuelle n'y fait aucune allusion, utilisant obstinément le terme "cession", mais la jurisprudence ne la prend pas davantage en compte »¹⁴¹⁷. Aussi, la référence à la cession ne doit pas exclure d'autres qualifications juridiques.

En second lieu, la Cour de cassation a déjà admis la qualification de cession simple pour qualifier le contrat d'édition. Dans un arrêt *Lacoste* du 4 décembre 2001, la Cour de cassation a considéré que le contrat d'édition conclu antérieurement à la loi de 1957 était une cession simple¹⁴¹⁸. Toutefois, cet arrêt est difficilement exploitable considérant que les faits sont antérieurs à 1957, ce qui rend inapplicable la définition légale de l'article L.132-1 CPI.

396. Rejet de la qualification. En dépit d'une identité de structure évidente, la qualification de cession doit être rejetée. Plusieurs obstacles peuvent être dressés. Certains sont d'une portée relative, d'autres paraissent absolus. Plusieurs arguments sont parfois mis avant pour réfuter la qualification de cession. Toutefois, seul l'argument tiré de l'absence de risque d'exploitation permet de véritablement rejeter la qualification de cession.

397. Rejet de l'argument tiré de l'absence de caractère exclusif du contrat d'édition. L'argument tiré de la possibilité de déroger à l'exclusivité au sein d'un contrat d'édition en vertu de l'article L. 132-8 CPI est souvent mis en avant pour réfuter la qualification de vente¹⁴¹⁹. Comme nous l'avons vu au moment de lister les éléments de maîtrise éditoriale, l'exclusivité n'est pas un critère pertinent de qualification¹⁴²⁰. D'une part, l'exclusivité n'est pas l'apanage de la vente. Le contrat de location est censé conduire à la jouissance paisible et exclusive du bien mis à disposition. D'autre part, raisonner ainsi relève d'une confusion entre le droit des biens et le droit des contrats. Le fait qu'un bien puisse se démultiplier et être plusieurs fois appropriable¹⁴²¹ est une modalité qui touche au droit des biens. Cette modalité est sans incidence sur le contrat applicable.

398. Rejet de l'argument tiré du caractère temporaire du contrat d'édition. Pour Monsieur BOISSON, un autre élément qui exclut la qualification de vente réside dans le fait que le contrat

¹⁴¹⁵ T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005, n° 296, p. 212 ; DESBOIS, *op. cit.*, n° 491.

¹⁴¹⁶ A. BOISSON, « Cession et licence en droit d'auteur », *Légicom* 2014/2, n° 53, p. 59. V. plus nuancé, S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. Ch. CARON, INPI, 2009, n° 20, p. 47 : « la lettre des textes n'exclut pas non plus cette "summa divisio" de façon évidente. Si certaines dispositions sont équivoques, elles invitent donc, au minimum, à ne pas conclure trop hâtivement à l'adoption de la distinction par le législateur ».

¹⁴¹⁷ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 723, p. 608 ; A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron. p. 55, spéc. p. 56.

¹⁴¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2001, n° 98-18.411, *Castets c/ Sté Lacoste*, *JurisData* n° 2001-011977, *JCP G.* 2002, IV, 1104 ; *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 19, note C. Caron ; *Propri. intell.* 2002, n° 3, p. 61, obs. A. Lucas : « Les règles propres au contrat d'édition n'ont donc pas vocation à s'appliquer chaque fois que le cessionnaire du droit de reproduction reste libre de fabriquer ou non, de diffuser ou non des exemplaires de l'œuvre, ce qui est fréquent, notamment dans le domaine de la publicité. Encore est-il permis de s'interroger sur la licéité du montage juridique qui emprunterait le vêtement de la cession pure et simple en vue de tourner les dispositions d'ordre public protectrices de l'auteur ».

¹⁴¹⁹ A. BOISSON, th. préc. n° 492, p. 436 ; S. RAIMOND, th. préc. n° 407 et n° 474 : « en l'absence d'exclusivité, il est exclu de mettre en œuvre la qualification de contrat de cession d'un démembrement du monopole, lequel est nécessairement un démembrement exclusif ».

¹⁴²⁰ *Supra* n° 353-356.

¹⁴²¹ Sur l'existence du concept juridique de multipropriété, v. D. DESURVIRE, « Quand la multipropriété se marie au temps partagé », *AJDI* 1993. 80 ; D. DESURVIRE « Multipropriété. Les applications fiduciaires du " temps partagé " en droit anglo-américain », *AJDI*, 1996, 111.

d'édition opère un transfert à temps¹⁴²². Cette conception de la propriété perpétuelle semble pour le moins dépassée. Le Professeur DROSS constate ainsi qu'il existe en droit des contrats des transferts de propriété réputés temporaires. Il évoque la constitution d'usufruit, la libéralité graduelle ou encore la fiducie¹⁴²³. De la même façon, la vente à réméré est une forme de vente qui confère au vendeur une faculté de rachat¹⁴²⁴. Dans cette hypothèse, la qualification de vente est maintenue, alors même que l'acte porte en lui-même la faculté de rachat, qui donne nécessairement une dimension temporaire au transfert de propriété.

399. L'absence de risque d'exploitation. Contrairement aux précédents arguments, l'absence de risque éditorial peut conduire à invalider la qualification de cession simple. En effet, le contrat d'édition suppose que l'éditeur encourt un risque d'exploitation de l'œuvre. La qualification retenue doit donc être en mesure de contraindre l'éditeur d'exploiter l'œuvre, l'exposant corrélativement à ce risque. Si le modèle de la cession simple est repris dans l'ensemble des législations de *copyright*¹⁴²⁵, en droit français, la qualification de vente apparaît néanmoins impropre à exposer l'éditeur à un tel risque¹⁴²⁶. Par définition, un simple cessionnaire n'est jamais contraint d'exploiter l'œuvre. Au contraire, comme le note le Professeur AZZI, dans le cas où il y a cession des droits, « *l'auteur se dessaisit totalement de ses prérogatives, en transférant un droit réel au profit du cessionnaire qui a toute liberté pour exploiter ou non* »¹⁴²⁷. En propriété industrielle, le constat posé par la doctrine est similaire : aucune obligation d'exploitation ne pèse sur le cessionnaire¹⁴²⁸. L'argument est repris en droit d'auteur¹⁴²⁹. La qualification cession simple annihile donc en totalité le risque éditorial, dans la mesure où rien n'oblige l'éditeur à mener l'exploitation. Par conséquent, la cession simple est exclusive du contrat d'édition¹⁴³⁰.

400. Conclusion de section. Par application des critères préalablement dégagés, nous avons tour à tour rejeté un certain nombre de qualifications tirées de la théorie générale des contrats spéciaux. Une série d'entre elles dénaturait l'activité éditoriale en annihilant dans un premier temps, toute maîtrise en faveur du cocontractant de l'auteur. Il en va ainsi des louages – d'ouvrage ou d'entreprise – et des

¹⁴²² A. BOISSON, *ibid.* : « *L'esprit de retour du contrat d'édition exclut la qualification de vente* ».

¹⁴²³ W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, pour l'usufruit qui serait, selon le Professeur, une forme de transfert de propriété temporaire v. n° 80, p. 152, pour les libéralités graduelles v. n° 100-1, pp. 195-196, et pour la fiducie v. n° 110, p. 214.

¹⁴²⁴ Art. 1659 Code civil : « *La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673* ».

¹⁴²⁵ *Supra* n° 316.

¹⁴²⁶ Sauf à retenir une approche autoritaire à l'instar de DESBOIS, pour qui toutes les conventions portant sur les droits d'auteur doivent donner lieu à obligation d'exploitation, peu importe la nature du contrat, *op. cit.*, n° 492, p. 610.

¹⁴²⁷ T. AZZI, th. préc. n° 295, p. 212.

¹⁴²⁸ J. AZÉMA et J.-Ch. GALLOUX, *op. cit.*, n° 605 p. 424, contrairement à la licence qui s'accommoderait d'une telle obligation, AZÉMA GALLOUX n° 648, p. 447 ; J. PASSA *op. cit.* n° 593.

¹⁴²⁹ V. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., Dalloz, 1999, n° 290, p. 237 : « *Le Code de la propriété intellectuelle, contrairement à de nombreuses lois étrangères, n'a traité que des cessions de l'œuvre, et n'a jamais distingué celles-ci des concessions ; selon une distinction reconnue en droit commun, la cession transférerait un droit réel, la concession un droit personnel ; alors que le cessionnaire aurait toute liberté quant aux droits transmis, le concessionnaire devrait exploiter l'œuvre. Malgré le terme de cession qui est employé, il faut bien déduire du dispositif de la loi qu'une telle distinction a été bannie : bien que le verbe céder ait été utilisé à propos du contrat d'édition, la liberté n'est pas accordée à l'éditeur qui a l'obligation de fabriquer des exemplaires de l'œuvre* » ; M.-E. LAPORTE-LEGEAIS, « *Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle* » JCP G ; 1991, n° 49, 3540, n° 29 : « *Cette obligation d'exploitation de l'œuvre pour le "cessionnaire" n'est certes pas conforme à la qualification de cession du droit de représentation. Le cessionnaire, titulaire d'un droit réel est investi de tous les pouvoirs ; il a donc le libre choix d'exploiter ou de ne pas exploiter sa propriété incorporelle* ».

¹⁴³⁰ Rapp. A. LUCAS, J.-Cl. PLA, préc. n° 12 : « *Les règles propres au contrat d'édition n'ont donc pas vocation à s'appliquer chaque fois que le cessionnaire du droit de reproduction reste libre de fabriquer ou non, de diffuser ou non des exemplaires de l'œuvre, ce qui est fréquent, notamment dans le domaine de la publicité. Encore est-il permis de s'interroger sur la licéité du montage juridique qui emprunterait le vêtement de la cession pure et simple en vue de tourner les dispositions d'ordre public protectrices de l'auteur* ».

conventions qui entraîneraient une mise à disposition du droit d'auteur à l'exploitant. Une autre série de qualifications a dû être rejetée pour des raisons inverses, dénaturant le risque d'exploitation incombant normalement à l'éditeur. Il peut arriver que le risque soit réparti entre les parties, comme dans un contrat de société, qu'il soit inversé dans un contrat de mandat ou qu'il soit tout simplement anéanti dans un contrat de vente. La qualification adéquate serait donc celle qui instillerait en faveur de l'éditeur une maîtrise aussi importante qu'en matière de vente, tout en le soumettant à un risque d'exploitation qui soit celui d'un entrepreneur, au sens commercial du terme.

Section II

LA QUALIFICATION RETENUE : LA CESSION AVEC CHARGE

401. Présentation de la qualification. Compte tenu des exigences de risque et de maîtrise, la seule qualification correspondant au contrat d'édition est une « *variété de vente* » à laquelle se rajoute une charge d'exploitation¹⁴³¹. La vente de choses immatérielles étant généralement appelée cession – bien que le terme de cession renvoie également à la catégorie générale des contrats emportant transfert de propriété – la qualification appropriée est celle de cession avec charge¹⁴³². En effet, cette formule est la seule à rendre compte de la spécificité du contrat d'édition. D'une part, la qualification confère une maîtrise à l'éditeur qui dispose des pouvoirs d'un propriétaire sur les droits d'édition et sur l'activité qu'il mène. D'autre part, la charge d'exploitation expose l'éditeur au risque éditorial. Ainsi, la qualification proposée s'articule autour de deux axes qu'il convient de présenter.

402. Cession. La cession doit être analysée en une vente de chose incorporelle. La vente est le contrat par lequel « *l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* »¹⁴³³. Elle suppose un transfert de propriété et confère par conséquent à l'acquéreur une maîtrise pleine sur l'objet de la cession¹⁴³⁴.

En premier lieu, la cession consiste en une obligation de « donner ». Cette obligation qui se résume à un transfert de propriété ne suppose aucun acte positif. L'obligation de donner est clandestine et passe « *inaperçue* »¹⁴³⁵. Le transfert s'opérant *solo consensu*, par le simple échange des consentements, certains auteurs ont fini par dénier la réalité de son existence. À la suite de ce constat, il a été soutenu que le transfert de propriété relevait davantage de la nature translative du contrat que d'une hypothétique obligation de donner. Celle-ci a même été reléguée au rang de « mythe » par le Professeur FABRE-MAGNAN¹⁴³⁶. Les auteurs qui militent pour son existence relèvent pour l'essentiel qu'elle

¹⁴³¹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 561.

¹⁴³² En dépit des critiques qu'on ait pu lui adresser en doctrine, voir sur ce point M. JOSSELIN-GALL *op. cit.*, n° 50, qui réprovoque l'idée qu'un transfert de propriété puisse s'accommoder d'une charge et donc d'une affectation imposée à la personne de l'éditeur.

¹⁴³³ Art. 1582 du Code civil.

¹⁴³⁴ J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel : essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, préf. B. DAUNER-LIEB et R. LIBCHABER, LGDJ, 2014.

¹⁴³⁵ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, vol. 1, 16^e éd. 2014, n° 41.

¹⁴³⁶ M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 n° 5 : « *une fois le transfert de propriété librement et sciemment consenti, il n'est plus un effet de la volonté et c'est pour cela qu'il ne peut pas exister, à proprement parler, d'obligation de donner. Le transfert de propriété est toujours un effet légal, automatique du contrat, il a lieu de plein droit, malgré la diversité – que nous examinerons plus loin – des événements de nature à déclencher cet effet. Or il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie* ». ; A.-S. COURDIER-CUISINIER, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005. 521, n° 4 « *En réalité, une telle présentation de l'obligation de donner est inconciliable avec le principe du transfert solo consensu de propriété. Si le transfert de propriété intervient par le seul échange des consentements des parties, alors toute référence à l'obligation de donner semble inutile et, plus encore, son existence peut être remise en cause. Cette incompatibilité est au cœur, selon les termes de certains auteurs, de l'énigme, ou mystère, de l'obligation de donner* » ; Ph. CHAUVIRE, « Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété », *RDC* 2015/3, p. 773.

conserve son attrait et sa pertinence à partir du moment où le transfert est différé dans le temps¹⁴³⁷. On ne rentrera pas dans ces détails, ces derniers étant peu en phase avec notre étude. Si tant est que cette obligation existe, elle ne laisse finalement subsister qu'une obligation de livrer la chose ayant fait l'objet du transfert de propriété, obligation qui se traduit par une obligation de faire¹⁴³⁸.

En second lieu, la vente suppose la remise d'un prix. S'il ne fait aucun doute que le prix est un élément essentiel de la qualification de vente, la définition de prix est appréciée de façon variable au sein de la doctrine. Pour la majorité des auteurs, le prix doit être une prestation monétaire¹⁴³⁹. Toutefois, certains auteurs sont plus nuancés. De façon très large, RIPERT et PLANIOL mettaient l'accent sur le fait que le prix comprend « tous éléments qui profitent au vendeur et qui correspondent dans son patrimoine à la valeur de la chose vendue »¹⁴⁴⁰.

403. Charge. Le second axe de cette qualification est la charge. En tant que telle, la notion de charge n'est pas définie dans le droit civil français. Pour la doctrine, il s'agit de « ce qui pèse et, en général, ce qui incombe par le devoir à une personne »¹⁴⁴¹. En droit des obligations, il s'agit du « devoir d'assumer, en définitive, une dette »¹⁴⁴². Parfois, la définition donnée est circonscrite aux libéralités avec charges¹⁴⁴³. Sans nous restreindre à la seule matière des libéralités, il semblerait que « le droit civil regroupe l'ensemble des matières concevant la notion de charge comme une obligation accessoire immédiate inhérente au rapport juridique principal »¹⁴⁴⁴. Dans le contrat d'édition, la charge d'exploitation permet d'assujettir l'éditeur au risque éditorial. Celui-ci doit, seul, exploiter l'œuvre et assumer les pertes subséquentes.

404. Problématique. Plan. Cette présentation sommaire de la cession avec charge ne lève pas les difficultés conceptuelles de la qualification. En effet, l'articulation de la charge avec la plénitude supposée de la propriété est sujette à discussion. Plusieurs questions demeurent : quelle influence cette charge exerce-t-elle sur le transfert de propriété ? Quelle est également son influence sur la rémunération du cédant ? Ces questions se répercutent inexorablement sur la nature du contrat d'édition. Ces deux problématiques ne peuvent rester à l'orée de notre champ d'étude. Pour mener pareille analyse un postulat préalable s'impose : la charge d'exploitation impose à l'éditeur l'observation d'un comportement particulier. Les besoins de la charge finalisent donc le transfert de propriété (§ 1). Ce principe posé, il faudra en analyser la portée (§ 2).

§ 1. LE PRINCIPE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ POUR LES BESOINS DE LA CHARGE

405. Plan. Ce schéma de pensée qui associe un transfert de propriété et une charge, aussi original soit-il, n'est pas inconnu du Code civil. Par conséquent, l'idée selon laquelle la dimension composite de

¹⁴³⁷ Ph. SIMLER « Obligation de donner et transfert de propriété. Contribution à la question de la classification des obligations », *R.J.T.* 2011, n° 45, p. 187 ; P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, p. 673 et s. ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD. civ.* 2000, p. 477 et s. ; J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 426 et s.

¹⁴³⁸ Art. 1604 : « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». et 1607 du Code civil : « 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 ».

¹⁴³⁹ J. RAYNARD et J.-S. SEUBE, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 10^e éd. 2019, n° 82 et s. p. 87 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd. LGDJ, 2017, n° 1004.

¹⁴⁴⁰ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, vol. 10, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 295.

¹⁴⁴¹ *Vocabulaire juridique*, CAPITANT, préc. sous occurrence « charge », sens général.

¹⁴⁴² *Ibid.* 6^e définition.

¹⁴⁴³ C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^e éd., Bruylant, sous occurrence « charges » : « Désigne les obligations grevant une libéralité et imparties au bénéficiaire de celle-ci ».

¹⁴⁴⁴ V. BOUCHARD, « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », *LPA* 24 juill. 2002, n° 147, p. 4.

la cession avec charge aboutirait à qualifier cette convention de *sui generis* apparaît comme une fausse difficulté conceptuelle (A). Malgré cela, le fait que la propriété des droits d'édition soit finalisée par la charge d'exploitation induit une interaction entre ces deux composants dont l'analyse mettra en lumière la grande spécificité (B).

A. FAUSSE DIFFICULTÉ CONCEPTUELLE : LE CARACTÈRE COMPOSITE DE LA CESSION AVEC CHARGE

406. Caractère composite et contrat *sui generis*. Présenté comme un simple assemblage, le contrat d'édition aurait l'inconvénient d'ajouter un élément supplémentaire à la vente. Le contrat d'édition serait une vente plus un second contrat de prestation de services¹⁴⁴⁵. On serait donc proche d'une qualification contractuelle composite. On pourrait aussi y voir un contrat inconnu du droit positif, qui mélangerait vente et prestation de faire. La cession avec charge serait alors refoulée dans la nébuleuse des contrats *sui generis*. En dépit du relatif silence observé par les codificateurs et récemment par les réformateurs du droit des contrats, il convient de souligner que la cession avec charge n'est pas une qualification composite ou *sui generis*. Il s'agit d'un véritable contrat unitaire au sens du Code civil qui entre dans le domaine des donations lorsqu'il est mu par une intention libérale ou dans le domaine de la vente lorsqu'au contraire la cession est un acte à titre onéreux.

Au sein du Code civil, plusieurs contrats relèvent de cette qualification : les ventes de biens immobiliers grevés d'une servitude, les donations avec charge, le bail à nourriture ou encore la vente à réméré.

- La vente d'un bien immobilier grevé d'une servitude s'analyse traditionnellement comme une vente avec charge. La qualification de charge est expressément employée à l'article 637 du Code civil qui prévoit que la « *servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* »¹⁴⁴⁶. La charge paralyse donc l'usage du bien et impose à son acquéreur une obligation de laisser passer le créancier de la servitude. Faut-il pour autant considérer, du fait de l'existence de la servitude, que la vente du bien grevé n'est pas réellement une vente ? La réponse est assurément négative. La qualification demeure ; il s'agit bien d'un contrat de vente.

- Les libéralités avec charge sont prévues aux articles 900 et s. du Code civil, qui prévoient notamment que « *dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ». Aussi, en matière de libéralité il est possible de grever le transfert de propriété¹⁴⁴⁷. Les charges sont expressément mentionnées « *sans exhaustivité* »¹⁴⁴⁸ à l'article 900-2 du Code civil qui prévoit une règle cardinale en la matière : « *tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable* ». Parfois, la libéralité devient plurale lorsqu'il existe plusieurs gratifiés¹⁴⁴⁹. Dans cette hypothèse, la libéralité

¹⁴⁴⁵ V. N. BLANC, th. préc. n° 134 et s., p. 125 et s., qui évoque à cet égard la qualification « *d'innomé-alliage* ».

¹⁴⁴⁶ V. ROGNON, *Les Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, 5^e éd. 1863, n° 637, p. 142 : « *une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. La servitude est une charge, parce qu'elle gêne l'exercice du droit de propriété dans les mains du propriétaire du fonds qui doit la servitude, tandis que l'hypothèque est seulement définie un droit réel (art. 2114), parce qu'elle n'empêche pas le propriétaire du fonds affecté de jouir de sa chose* »

¹⁴⁴⁷ M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Paris, Recueil Sirey, 1945, p. 1 et 48 ; H. ROLAND, *Droit des libéralités*, 1^{re} éd., Paris, Ellipses, 2000, Universités Droit, p. 176 ; Y. BUFFELAN-LANORE, « Condition », *Répertoire droit civil*, Dalloz, n° 4-5.

¹⁴⁴⁸ Ch. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Domat, 2^e éd. 2010, n° 705, p. 489.

¹⁴⁴⁹ J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, th. dactyl., Université Paris II, Pantheon-Assas, n° 2, p. 2 : « *la spécificité des "libéralités de caractère collectif" tient aux personnes des bénéficiaires : "Au lieu de gratifier une personne déterminée, le disposant veut faire profiter de sa générosité tout un ensemble de personnes, une collectivité"* ». On

touche trois personnes. Peu importe le schéma retenu, la présence d'une charge n'est pas de nature à remettre en cause la qualification unitaire de libéralité. Cette qualification est même maintenue par la jurisprudence lorsque la charge est telle que le donataire ne perçoit aucun gain de la donation si bien que le contrat prend un caractère onéreux¹⁴⁵⁰. Une fois de plus, la qualification demeure et la charge ne fait pas basculer le contrat dans le domaine du *sui generis*.

- Le « bail à nourriture » – ou bail à charge de soins – est le contrat par lequel un transfert de propriété est réalisé moyennant une charge de soin. De l'aveu de la doctrine, le terme de bail est galvaudé. Il n'y a pas, comme dans un bail, une simple mise à disposition, mais véritablement un transfert de propriété. Outre ce transfert, le contrat fait naître une charge qui incombe à l'acheteur. Il s'agit d'une obligation de soin au contenu variable, dont le créancier est le vendeur¹⁴⁵¹. Il y a là « *une dimension humaine irremplaçable en raison du choix de la personne en considération de laquelle les prestations en nature sont attendues en contrepartie de la vente du bien* »¹⁴⁵². La question a été débattue afin de savoir si la qualification de vente pouvait être maintenue alors même que l'acquéreur du bien immobilier ne s'engageait qu'à une prestation de soin en nature. Il faut ici reconnaître que la doctrine est plutôt hostile à la qualification de contrat de vente¹⁴⁵³. Toutefois, la Cour de cassation a déjà qualifié le bail à nourriture de contrat de vente¹⁴⁵⁴, voire même de vente à fonds perdus¹⁴⁵⁵. Au demeurant, la qualification de contrat de vente

retrouve cette hypothèse à l'article 1048 du Code civil qui énonce qu'une libéralité « *peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte* ».

Ch. VENIERES, *Les libéralités à trois personnes*, th. dactyl. Paris II, Panthéon-Assas, n° 6, p. 12 : « *Lorsque la charge est stipulée dans l'intérêt d'un tiers bénéficiaire, comme le permet l'article 1121 du Code civil, la libéralité avec charge apparaît ainsi comme une libéralité à trois personnes, le premier gratifié, qui peut être une personne physique ou une personne morale, jouant alors le rôle d'intermédiaire de la libéralité que le disposant consent au bénéficiaire de la charge* ».

¹⁴⁵⁰ V. Cass. civ., 5 juill. 1886, DP 1886, 1, p. 465 ; S. 1890, 1, p. 241, note J.-E. L. [abbé] ; Cass. req., 6 nov. 1888, S. 1890, 1, p. 241 ; B. ANCEL, A. HARMAND-LUQUE, « Révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités (Art. 900-2 à 900-8) » *J.-Cl. Civil*, Fasc. Unique, n° 16 : « *la charge qui couvre et déborde la valeur transmise au donataire efface la gratuité et conduit à requalifier l'acte au regard du débiteur : il s'agit d'une opération à titre onéreux* ».

¹⁴⁵¹ A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, préf. H. KENFACK, 2015, IFR, n° 42, p. 55 : « *Empreintes de sollicitude, certaines obligations de soins peuvent être définies succinctement comme le fait de veiller sur une personne. Quand bien même elles seraient appréhendées du seul point de vue du créancier, le constat de la diversité s'imposerait toujours tant les situations juridiques colorées d'exigence bienveillance sont variées* ».

¹⁴⁵² V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Bail à nourriture », *Répertoire droit civil*, Dalloz, n° 4.

¹⁴⁵³ L. SAENKO, « Retour sur le bail à nourriture », *D.* 2009, p. 276 : « *de prime abord, le bail à nourriture est bien un contrat autonome qui se distingue du contrat de vente et des dispositions légales qui y sont relatives : il consiste, pour le bailleur, en un transfert de propriété contre, pour le preneur, non pas paiement d'un prix, mais exécution successive d'une obligation à dominance alimentaire dont elle est la conversion. De sorte que lorsqu'un bail à nourriture est formé, il n'y a pas de contrat de vente auquel, dans le temps, succède un nouveau contrat – de louage de services en l'occurrence ; il n'y qu'un seul et unique contrat, un bail à nourriture, dont les conditions de formation et d'exécution se distinguent de celles de la vente* » ; F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce » *JCP* 2004, I. 116., n° 11 : « *Comme il l'a été indiqué, la Cour de cassation subordonne la qualification de bail à nourriture à la constatation du caractère personnel des obligations du preneur, au sens qui vient d'être précisé. C'est ainsi qu'elle a approuvé une cour d'appel, qui avait considéré que les critères permettant d'établir le caractère personnel de l'engagement du débiteur n'étaient pas réunis, d'en avoir déduit que la convention s'analysait en une vente et non en un bail à nourriture* ».

¹⁴⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, F-P+B, n° 05-20.771 : « *Attendu qu'ayant retenu, d'abord, que le prix de vente avait été converti en une obligation personnelle prise par les acquéreurs d'entretenir le vendeur sa vie durant, puis, que celui-ci n'avait jamais contesté cette vente ni exercé l'action résolutoire alors que lui seul était en mesure d'apprécier le respect des obligations souscrites, la cour d'appel en a justement déduit que Mme X... était irrecevable en son action ; que le moyen, qui en ses deuxième et troisième branches s'attaque à des motifs surabondants, est mal fondé en sa première* » ; Toulouse, 3 déc. 2007, n° 07/00196, *JurisData* n° 2007-357635 : « *Dès lors que le prix de vente d'une maison d'habitation a été converti en diverses obligations d'entretien et de soins, il en résulte que les parties ont conclu un contrat de vente avec charge de soins soumis au droit commun des obligations* ».

gg

¹⁴⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1952, *D.* 1952, p. 505.

sera définitivement acquise lorsque l'acquéreur du bien versera une rémunération monétaire en sus d'une prestation de soin¹⁴⁵⁶.

- Enfin, la vente à réméré qui est prévue à l'article 1659 du Code civil, est parfois présentée comme une vente à charge. Par ce contrat, le vendeur d'un bien se voit reconnaître dans le contrat de vente une faculté de rachat. MERLIN voit dans cette construction une véritable charge au profit du vendeur qui grève la propriété de l'acquéreur¹⁴⁵⁷. La jurisprudence la plus séculaire abonde en ce sens¹⁴⁵⁸.

407. Qualification unitaire. Ces différents contrats disposent bien d'une qualification unitaire. Pour cette raison, afin de nourrir notre réflexion nous serons amenés à faire référence à ces modèles contractuels pour expliquer la façon dont le droit civil réceptionne certains traits caractéristiques du contrat d'édition. De façon générale si la cession est assortie d'un prix et en plus d'une prestation, la qualification adéquate demeure celle de la vente¹⁴⁵⁹. Aussi, Monsieur BÉNABENT souligne que rien n'interdit à l'acheteur d'un bien d'accepter de supporter des charges d'obligation supplémentaires¹⁴⁶⁰. Et d'ajouter : « à plus forte raison, il y a encore vente si, en sus du prix monétaire, l'acquéreur contracte d'autres obligations (de faire ou de donner un autre bien) »¹⁴⁶¹. La Cour de cassation a entériné cette approche¹⁴⁶². Dans le domaine du contrat d'édition, le Professeur BLANC relève que la charge d'exploitation n'est pas de nature à remettre en cause la qualification de cession¹⁴⁶³. Ce sentiment semble partagé par le Professeur GAUTIER¹⁴⁶⁴. La qualification de cession avec charge doit donc s'imposer sans encourir le grief d'être *sui generis*. Reste à déterminer la nature de l'interaction entre la cession et la charge.

B. VRAIE DIFFICULTE CONCEPTUELLE : L'INTERACTION ENTRE LA CHARGE ET LA CESSION

408. Méthodologie. L'expression « propriété finalisée » est en vogue depuis la consécration de la fiducie. Pour la doctrine spécialisée, la propriété finalisée telle qu'on la conçoit dans les contrats fiduciaires renvoie à l'idée selon laquelle le cessionnaire disposerait d'une nouvelle forme de propriété. Pour certains auteurs, parler de propriété équivaut à remettre en cause le dogme révolutionnaire qui a donné lieu à l'article 544 du Code civil en vertu duquel : « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue »¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1980, D. 1983, p. 307, note Carreau ; RTD civ. 1980, p. 782, obs. Cornu.

A. BÉNABENT, *contrat spéciaux*, Domat, 11^e éd. 2019, n° 31, p. 45.

¹⁴⁵⁷ MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit, qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux* Volume 3, Remoissenet, 4^e éd. 1830 p. 99 : « une vente à charge de réméré, qui transfère la propriété, quoique le titre soit résoluble sous condition, en cas de remboursement ».

¹⁴⁵⁸ Cass. sect. civ., 4 mai 1825., 1825, J. pp. 120-121, qui qualifie la vente à charge de réméré.

¹⁴⁵⁹ TROPLONG, *De la vente, Commentaire du titre VI, du livre III du Code civil*, vol. 1, Paris, Imprimerie de Cosson, p. 235 : « Ce serait aussi un contrat de vente si, outre la somme d'argent convenue pour prix, l'acheteur s'obligeait à donner quelque objet en nature supplément du prix ».

¹⁴⁶⁰ A. BÉNABENT, *contrat spéciaux*, Domat, 11^e éd. 2019, n° 176, p. 139 : « Ces obligations de faire ou de ne pas faire sont en principe licites ».

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, n° 31, p. 45 ; J. HUET, n° 21115, p. 617, « l'opération apparaît proche d'une vente »

¹⁴⁶² V. Cass. 3^e civ., 9 déc. 1986, n° 85-13.373, *JurisData* n° 1986-002598 ; Bull. civ. 1986, III, n° 177, v. également Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Repenser l'échange », RTD civ. 2013, p. 539, qui propose « repenser la typologie de l'échange » (n° 23) en acceptant au préalable une refonte de la notion de prix dont la « fonction est de réaliser un paiement par transfert de cette valeur. Celle-ci peut indifféremment consister en un bien, une somme d'argent, un service, ou tout autre acte ou fait qui produit de la valeur aux yeux de celui à qui elle est destinée. En somme, le prix ne se définit pas par la forme qu'il revêt, mais par la valeur qu'il représente et la fonction qu'il remplit ».

¹⁴⁶³ N. BLANC, th. préc. n° 298, p. 256 : « On ne saurait pour autant considérer que la stipulation d'une obligation d'exploiter constitue, dans cette hypothèse, un obstacle à la qualification de vente (...). Comme l'on parle de donations avec charges, l'on pourrait ainsi évoquer les ventes avec charges d'exploitation ».

¹⁴⁶⁴ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 561

¹⁴⁶⁵ B. MALLET-BRICOUT « Le fiduciaire propriétaire ? », JCP E, 2010, n° 8, 1191 : « Et c'est là une preuve supplémentaire de ce qu'une nouvelle phase de révolution tranquille du Code civil est en cours qui conduit ici à porter

Loin de ces considérations théoriques, nos vues sont moins ambitieuses. L'analyse que nous souhaitons mener ici n'a pas vocation à découvrir une nouvelle forme de propriété sous l'angle du contrat d'édition. Nous nous donnons simplement pour objectif de comprendre dans quelle mesure la cession des droits issue du contrat d'édition peut s'accommoder d'une charge d'exploitation, sans que le principe de propriété ne soit galvaudé ou travesti.

409. Définition. Plan. Finaliser quelque chose consiste à lui donner un « *but* » ou une « *fin* »¹⁴⁶⁶. Aussi, l'idée d'une cession finalisée semble-t-elle concilier l'inconciliable : être propriétaire tout en étant obligé à un but. Pour cela, la cession avec charge convoque deux notions souvent délaissées par la doctrine aux vertus explicatives indéniables : l'affectation et la destination du bien. Ces deux notions fréquemment assimilées l'une à l'autre¹⁴⁶⁷ doivent être distinguées et présentées. Le Professeur MALLET-BRICOUT écrit : « *ainsi, on peut considérer que la destination renvoie à l'usage déterminé d'une chose et que l'affectation renvoie à la finalité qui est donnée à cet usage* »¹⁴⁶⁸. Par conséquent, de l'affectation découle la finalité et de la finalité découle la destination. En matière de contrat d'édition, l'affectation justifie que l'éditeur, pourtant propriétaire, ne puisse pas disposer des droits d'exploitation comme il l'entend. Ensuite, le fait que les droits d'édition aient une destination particulière justifie que l'éditeur se doive, en tant que propriétaire, d'user de ces droits d'une façon particulière. Ces deux occurrences très théoriques doivent être présentées afin de mieux saisir la qualification de cession avec charge. C'est donc en reprenant cette articulation que nous verrons, dans un premier temps, l'affectation des droits d'édition transférés (1) et, dans un second temps, la destination de ces droits (2).

1. L'affectation des droits d'édition transférés

410. Problématique. Le contrat d'édition présente la particularité de limiter les pouvoirs de disposition de l'éditeur propriétaire. En effet, l'article L. 132-16 CPI énonce que « *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* ». La justification d'une telle limitation est fournie par la théorie de l'affectation des biens.

411. Présentation. En droit, la notion d'affectation est des plus larges¹⁴⁶⁹. Seule l'affectation sous l'angle des rapports pouvant advenir entre la volonté et la propriété sera ici envisagée. À cet égard, l'affectation se définit comme la « *détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé* »¹⁴⁷⁰. Elle s'entend donc d'une finalité de l'usage d'un bien¹⁴⁷¹ et non de l'usage de lui-même. Dans

l'estocade au principe de l'unicité du patrimoine » ; Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP E*, 2007, n° 12, act. 134 ; B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 297 et spéc. n° 21, qui parle de « propriété dérogatoire » *Contra*, R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois*, sept. 2008, n° 15, page 1656 ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 » : *Deffrénois* 2007, p. 1094, et « Une fiducie française inutile et incertaine... », in *Mélanges P. Malaurie, Deffrénois*, 2005, nos 6-11, pp. 303-305.

¹⁴⁶⁶ V. Larousse, sous occurrence « *Finaliser* », 1^{re} définition.

¹⁴⁶⁷ B. MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, 2014, n° 48, p. 537, spéc. p. 539 n° 3 : « *l'affectation viendrait du radical du latin médiéval affectatus (xve s.), qui correspond à la "destination à un usage déterminé". La destination viendrait quant à elle du latin médiéval destinatio (xiiie s.), qui renverrait d'une part à la finalité "ce pour quoi une personne ou une chose est faite", d'autre part à "l'affectation" au sens d' "emploi, d'usage et d'utilisation". Dans le langage courant, les deux termes semblent donc pour une large part se confondre, reposant tous deux sur le socle commun d'un "usage particulier" conféré à une chose ou à une personne* ».

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, n° 3, p. 541.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*

¹⁴⁷⁰ *Vocabulaire juridique*, CAPITANT, sous occurrence « *Affectation* »

¹⁴⁷¹ MALLET-BRICOUT, *ibid.* p. 541 : « *l'affectation renvoie à la finalité qui est donnée cet usage* » ; M. CASSIÈDE, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, th. dactyl., Univ. Bordeaux, 2018, n° 105,

sa thèse dédiée à la notion d'affectation, le doyen GUINCHARD distingue, de manière fonctionnelle, deux familles d'affectation¹⁴⁷² : les affectations personnelles et les affectations réelles¹⁴⁷³. Les premières tendent « à protéger une personne ou un groupe déterminé de personnes » tandis que les secondes permettent « d'exploiter le bien, de l'utiliser sans idée de protection »¹⁴⁷⁴. Classifiées, les fonctions ne sont pas cloisonnées et il n'est pas exclu qu'une affectation réelle puisse entretenir des rapports personnels¹⁴⁷⁵. Une fois réalisée, l'affectation exerce des conséquences sur le patrimoine du propriétaire. Il devient impossible d'en disposer, à moins de respecter l'affectation contractuelle¹⁴⁷⁶. Pour autant, l'affectation ne remet pas en cause la qualité de propriétaire des éléments qui composent son patrimoine¹⁴⁷⁷. On parle parfois d'effet réel afin d'exprimer la paralysie du droit de disposition à laquelle aboutit cette finalité¹⁴⁷⁸.

412. Affectation et charge. Les charges sont sources d'affectation. Elles concernent tout autant la partie qui doit la respecter que les biens sur lesquels elles portent. Dans le prolongement de la pensée du Professeur GUINCHARD, il est de coutume de considérer que la charge peut être à la fois teintée d'un *intuitu personae* et d'un *intuitu rei*¹⁴⁷⁹. L'exemple le plus évident est celui des libéralités avec charge. « En imposant au bénéficiaire des charges et conditions suffisamment précises, il peut en effet gouverner indéfiniment depuis son tombeau l'affectation des biens donnés ou légués »¹⁴⁸⁰. La donation assortie d'une clause d'inaliénabilité fournit un exemple convaincant de la portée de l'affectation. L'article 900-1 du Code civil prévoit que « les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime ». L'affectation d'un bien à l'inaliénabilité est valable et, conformément au régime applicable, le bien ne peut plus quitter le patrimoine du gratifié durant toute la durée prévue au sein de la stipulation¹⁴⁸¹. De façon encore plus marquée, « une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son

pp. 120-121 : « L'une des parties décide de modifier la condition juridique d'un bien pour le soumettre à la réalisation d'un but contractuel ».

¹⁴⁷² S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1971

¹⁴⁷³ Le Doyen GUINCHARD qualifie lui-même la notion d'affectation de « fonctionnelle », th. préc. n° 51.

¹⁴⁷⁴ S. GUINCHARD, th. préc. n° 54

¹⁴⁷⁵ S. GUINCHARD, th. préc. n° 55

¹⁴⁷⁶ T. REVET et F. CASTAING-ZENATI, *Les biens*, PUF, 3^e éd. 2008, n° 236, p. 385 : « l'affectation provoque une restriction des utilités de la chose, contrepartie de l'utilité promise, et souvent une restriction au droit de disposer. Pour autant, le droit de propriété dont ces biens sont l'objet n'est pas remis en question, il est simplement limité de son exercice ».

¹⁴⁷⁷ P. BERLIOZ, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD civ.* 2011, p. 635 : « L'affectation en effet est, selon nous, compatible avec la théorie "classique" du patrimoine. Elle est même, nous semble-t-il, centrale dans la théorie "classique" du patrimoine ». F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.* 1996. p. 819.

¹⁴⁷⁸ F. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC*, 2016/1, p. 158 ; G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47, n° 23 : « Bref, l'affectation apparaît ainsi comme un critère de l'extracommercialité justifiant, pour sa garantie, que la chose ne puisse librement circuler. C'est du reste ce critère que certaines décisions ont retenu pour rendre compte de l'extracommercialité des tombeaux et sépultures ».

¹⁴⁷⁹ *Ibid.* ; Ch. VERNIERES, *les libéralités à trois personnes*, th. dactyl., 2002, Paris II Panthéon-Assas, n° 58 : « On peut dès lors distinguer deux types de charges : la charge personnelle, qui consiste en une prestation due par une personne à une autre personne ; la charge réelle, qui est une contrainte pesant, non sur un débiteur personnellement, mais sur un titulaire d'un droit réel principal. Naturellement, ces différents types de charges ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, de sorte que le disposant peut, au sein d'une même disposition, stipuler une charge personnelle et une charge réelle ». V. BOUCHARD, « Pour une définition de la charge en droit privé », *LPA*, 2002, n° 14, p. 4

¹⁴⁸⁰ J.-P. MARGUENAUD ; B. DAUCHEZ ; M. GRIMALDI, *Libéralités adressées aux associations*, 2018-2019, n° 371. p. 221

¹⁴⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1985, n° 84-13.940, *JurisData* n° 1985-003097 Bull. civ. I, n° 252, *RTD civ.* 1986, p. 622, obs. J. Patarin : « Que la cour d'appel a ainsi violé, par fausse application, l'article 900-1 du code civil ; mais attendu qu'ayant procédé à la recherche de l'intention de la donatrice, la cour d'appel a retenu, au vu des documents produits, que par la condition particulière imposée dans l'acte de donation sous peine de révocation, Mme de B... avait voulu que, de son vivant, l'immeuble qu'elle avait elle-même recueilli dans la succession de sa mère ne puisse quitter le patrimoine de la branche de sa famille par une aliénation ».

décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte »¹⁴⁸². On parle ici de libéralités graduelles ou résiduelles. Dans cette hypothèse, le premier gratifié – dit le grevé – se voit d'une part imposer la conservation du bien et d'autre part l'obligation de gratifier à son tour une seconde personne – dit l'appelé. Par définition, les biens donnés ou légués ne peuvent plus faire l'objet de disposition. Malgré cela, le grevé demeure propriétaire¹⁴⁸³ comme l'a expressément rappelé la Cour de cassation¹⁴⁸⁴. La charge ne met donc pas en péril le transfert de propriété issu de la cession.

413. Affectation et contrat d'édition. À n'en pas douter, le contrat d'édition réalise une telle affectation des droits d'édition. Les droits connaissent tout d'abord une affectation réelle et viennent s'agréger au fonds de commerce de l'éditeur. À cela, s'ajoute une affectation personnelle, qui suppose, *in fine*, que le droit transféré a vocation à rétribuer l'auteur et à imposer une obligation d'exploitation à l'éditeur. En somme, l'affectation du droit d'auteur n'a de sens que dans la mesure où elle permet aussi la rétribution de l'auteur. Cette double affectation s'impose aux parties sans qu'elles puissent y déroger par voie conventionnelle. La conséquence est la suivante : les prérogatives de l'éditeur sur les droits d'édition ne sont pas limitées, elles sont simplement canalisées. L'éditeur dispose d'une plénitude de prérogatives mais uniquement dans le cadre de l'affectation.

Ces deux formes d'affectation sont mises en lumière à l'article L. 132-16 al. 1 qui énonce que : « 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 ». D'une part, l'affectation personnelle impose à l'éditeur de recueillir l'autorisation de l'auteur lorsqu'il souhaite céder les droits indépendamment de son fonds de commerce. Cela est logique dans la mesure où les droits d'édition sont affectés à la satisfaction de l'auteur. D'autre part, l'affectation réelle impose à l'éditeur de céder le bénéfice du contrat d'édition au cessionnaire du fonds de commerce. Ce point de droit ne doit pas dérouter car comme le rappelle DESBOIS à cet égard, il s'agit simplement de constater que « la personnalité des titulaires s'effa[ce] devant l'entité de l'entreprise »¹⁴⁸⁵.

2. La destination des droits d'édition transférés

414. Problématique. À la lumière du régime du contrat d'édition, on constate d'une part que l'éditeur est tenu d'user des droits d'édition et que cet usage est minutieusement déterminé par les dispositions du CPI. En effet, par application de l'article L. 131-3 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 ». Comment justifier une telle limitation des prérogatives dans le cadre d'un transfert de propriété¹⁴⁸⁶ ? On constate, d'autre part, que cette obligation se transmet irrémédiablement avec les droits d'édition. En effet, lorsque l'éditeur cède les droits, le cessionnaire qui les recueille est également obligé d'exploiter l'œuvre. Ces phénomènes juridiques s'expliquent à la lumière du principe de destination qu'il faut ainsi analyser.

¹⁴⁸² Art. 1048 Code civil.

¹⁴⁸³ M. GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles » *JCP N* 2006, n° 51-52, 1387, spéc. n° 5.

¹⁴⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 1997, Bull. civ. 1997, I, n° 149, *D.* 1997, jurispr. p. 483, rapport J. Thierry ; *RTD civ.* 1998, p. 171, obs. J. Patarin : « Jusqu'à son décès, le grevé est pleinement propriétaire du bien ».

¹⁴⁸⁵ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 596, p. 641.

¹⁴⁸⁶ Rappelons que la conception classique de la propriété consiste à définir celle-ci au travers de ses attributs – *usus, fructus, abusus* – et du caractère absolu de leur usage. Dès lors, si l'une de ces prérogatives fait défaut, le sujet de droit ne peut être qualifié de propriétaire. La conception moderne est plus conciliante. Portée par RIGAUD (L. RIGAUD, « A propos d'une renaissance du *jus ad rem*, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *RIDC*, n° 3, juill.-sept. 1963, p. 557) et GINOSSAR et actuellement le Professeur ZENATI (F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, D. TOMASIN (dir.), Université du Capitole, Toulouse, 2006, p. 243), elle repose sur un rapport d'appartenance absolue qui transcende les droits réels et les droits personnels.

415. Présentation de la destination. En droit civil, on retrouve le principe de destination en droit des biens lorsqu'une chose est destinée à s'incorporer par accession dans une autre pour former un tout indivisible¹⁴⁸⁷. Il s'agit d'un rapport juridique s'établissant entre deux biens. Outre ce domaine du droit, on se rend compte que le Code civil ignore la notion de « destination ». Par conséquent, travail de définition s'impose.

Parmi les nombreuses acceptions juridiques que recoupe le terme de destination, trois d'entre elles permettent de comprendre la destination contractuelle d'un bien par l'intermédiaire d'une charge. Tout d'abord, la destination serait le « *but poursuivi* », la « *finalité imprimée à un accord* »¹⁴⁸⁸. Le principe de destination a cela de particulier qu'il « *détermine dans une large mesure les prérogatives afférentes à la chose* ». Concrètement il s'agit d'« *un rapport établi par un personne entre deux choses dont elle est propriétaire et qui consiste en une disposition ou une affectation spéciale* »¹⁴⁸⁹. C'est là le sens donné par le Professeur BOFFA pour qui « *l'affectation est ainsi l'acte par lequel un bien est soumis à un usage déterminé ; la destination renvoie à la finalité durable et permanente du bien* »¹⁴⁹⁰. Et d'ajouter que la destination est « *l'utilisation d'un bien à un usage particulier qui permet de déterminer sa nature juridique* »¹⁴⁹¹. Présenté de la sorte, le principe de destination est le versant actif du caractère finalisé de la propriété. Ce principe impose l'observation d'un comportement déterminé qui se manifeste par un usage précis du bien.

416. Destination et charge. Lorsqu'il s'accompagne d'une charge, le transfert de propriété connaît une destination contractuelle qui oblige le nouveau propriétaire¹⁴⁹². Pour le Professeur BOFFA, la destination, loin d'être une atteinte à la maîtrise du propriétaire, « *constitue un retour à la tradition médiévale de la propriété, évincée par l'idéalisme révolutionnaire* »¹⁴⁹³ et met en perspective le droit des biens et le droit des obligations. Deux conséquences peuvent être dégagées lorsque la charge met ainsi en perspective la propriété et l'obligation.

- En premier lieu, il est acquis que les charges peuvent lier l'usage d'un bien à une finalité. Cela est le cas du contrat de fiducie pour lequel les articles prévoient que le constituant – que l'on peut rapprocher d'un cédant – peut limiter les prérogatives du « propriétaire » fiduciaire¹⁴⁹⁴. Le Professeur MALLET-BRICOUT évoque ainsi « *l'esprit inversé de la "propriété fiduciaire"* »¹⁴⁹⁵. En droit des libéralités, l'affaire dite *Chien costaud* de 1958 a rappelé que, lorsqu'une donation a lieu à charge d'employer le bien

¹⁴⁸⁷ Art. 524 du Code civil : « *les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination* ». J. SECHIER-DECHEVRENS, *Essai sur la notion d'immobilisation par destination*, th. dactyl., 2006, Lyon III.

¹⁴⁸⁸ *Vocabulaire juridique CAPITANT*, préc., sous occurrence « Destination », 2^e définition.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.* 3^e éd.

¹⁴⁹⁰ R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Paris, 2008 Defrénois, spéc. n° 11, p. 12.

¹⁴⁹¹ R. BOFFA, *ibid.*

¹⁴⁹² J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, préf. GRIMALDI, Defrénois, 2019 « *le groupement bénéficiaire de la libéralité est tenu de respecter l'usage défini par le disposant, c'est-à-dire la destination des biens. Une véritable obligation pèse sur le bénéficiaire de libéralité qui est donc grevée d'une charge* », n° 181, p. 209 ; pour le Professeur VERNIERE, *via* la stipulation d'une charge, « *le disposant peut ambitionner de fixer la destination de ses biens, en prolongeant au-delà de sa mort sa "juridiction de propriétaire"* », Ch. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, Paris, Panthéon-Assas, 2012, n° 4, p. 11.

¹⁴⁹³ R. BOFFA, th. préc., n° 46, p. 38.

¹⁴⁹⁴ Ainsi, l'article 2018 6° du Code civil prévoit que le contrat de fiducie prévoit à peine de nullité « *la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* ». L'article 2022 du Code civil ajoute que le fiduciaire « *rend compte de sa mission au constituant* ». Enfin, l'article 2026 du Code civil prévoit que le fiduciaire est responsable des fautes commises « *dans l'exercice de sa mission* ». Ces dispositions démontrent bien que le propriétaire est tenu contractuellement à l'endroit du constituant au titre de la propriété fiduciaire.

¹⁴⁹⁵ R. BOFFA, p. 299 : « *L'équilibre traditionnel entre droit des obligations et droit des biens, lorsque les deux matières se rencontrent, est ainsi perturbé dans le cadre de la fiducie : la propriété devient l'instrument de rapports obligationnels dominants, au risque de perdre sa substance même* ».

selon une destination particulière, le non-respect de la destination entraîne la révocation du contrat et la restitution du bien transmis¹⁴⁹⁶. L'usage est donc contractuellement déterminé par l'acte de cession. À ces différents égards il n'est pas interdit de concevoir une propriété limitée dans son usage par la présence d'une destination contractuelle.

- En second lieu, il est acquis que les charges peuvent dans certains cas grever la propriété d'un bien et obliger ainsi le propriétaire. Les servitudes créent de façon absolue et perpétuelle des obligations à la charge du propriétaire d'un bien immobilier. L'article 637 du Code civil énonce ainsi « *la servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. Elle s'impose au propriétaire et est perpétuelle* ». On parle ici d'obligation réelle ou d'obligation *propter rem*, « à cause de la chose ». « *Dans l'approche classique, l'obligation réelle est une obligation pesant sur une personne en sa qualité de propriétaire d'un bien, en sorte qu'elle est transmissible à tous les propriétaires ultérieurs* »¹⁴⁹⁷. Ainsi, elle s'impose de plein droit à son acquéreur qui, alors même qu'il est propriétaire, n'en demeure pas moins obligé¹⁴⁹⁸. Selon les propos du Professeur DROSS, « *c'est l'invention du concept d'obligation réelle qui a permis de jeter un pont entre les rives du droit des biens et du droit des obligations* »¹⁴⁹⁹. Parmi les exemples les plus symptomatiques, on peut citer la servitude de non-concurrence. En effet, depuis un arrêt de la chambre commerciale du 15 juillet 1987¹⁵⁰⁰ et surtout un arrêt de la troisième chambre civile du 24 mars 1993¹⁵⁰¹, il est possible de stipuler une obligation réelle de non-concurrence à l'encontre de l'acquéreur d'un bien immobilier. L'obligation se transmettra à tous les acquéreurs successifs du fonds sur lequel est grevé l'obligation. La doctrine classique estime que l'obligation réelle ne peut imposer qu'une obligation de ne pas faire¹⁵⁰². Toutefois, le point est en partie discuté¹⁵⁰³. Un arrêt du 17 février 2015 rendu par la troisième chambre civile a même consacré la solution inverse. En l'espèce, un contrat de vente d'un lot de terrain est conclu entre un syndicat de copropriétaires et une société. Ce contrat de vente prévoit que « *la toiture terrasse du parking souterrain sera exclusivement affectée dans l'avenir à usage de zone végétalisée au titre de destination perpétuelle au profit de la copropriété* ». Le terrain a par la suite été revendu. La question se pose de savoir si le nouvel acquéreur est tenu *in rem* à l'obligation de ne pas stationner mais surtout à l'obligation de procéder à la végétalisation du terrain conformément à sa destination conventionnelle. La Cour de cassation répond positivement et estime que le nouvel acquéreur est bien tenu *in rem* à l'obligation de procéder à la végétalisation¹⁵⁰⁴.

¹⁴⁹⁶ Lyon, 20 oct. 1958, *D.* 1959, 2, p. 111, note Nerson. V. sur ce point, J. BOISSON, th. préc. n° 173, p. 182. En l'espèce, un chien a sauvé un enfant d'un accident de la circulation. Alors qu'une récolte de fonds est faite afin de soigner le chien, un médecin prodigue gratuitement les soins nécessaires à l'animal. S'estimant propriétaire des fonds, le maître du chien a souhaité conserver les sommes alors que les donateurs ont souhaité recouvrer les sommes. La cour d'appel de Lyon a considéré que « *l'objet des contrats intervenus ayant disparu, ceux-ci sont devenus caducs* » et a ainsi ordonné la restitution des fonds. Le propriétaire du chien n'est pas libre d'en disposer comme bon lui semble.

¹⁴⁹⁷ F. ZENATI, « Nature juridique de la mitoyenneté », *RTD civ.* 1990, p. 686.

¹⁴⁹⁸ S. MARY, « Transmission de plein droit des obligations réelles aux acquéreurs successifs d'un fonds », *D.* 2005, p. 934.

¹⁴⁹⁹ W. DROSS, « L'obligation réelle peut-elle se concevoir indépendamment du service d'un droit réel démembré ? », *RTD civ.* 2014, p. 684.

¹⁵⁰⁰ Cass. com. 15 juill. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 184 ; *D.* 1988. Somm. 177, obs. Y. Serra ; *RD imm.* 1988, p. 81, obs. J. -L. Bergel ; *D.* 1988, p. 360, note C. Atias et C. Mouly ; *RTD civ.* 1989, p. 351, obs. F. Zénati.

¹⁵⁰¹ Cass. 3^e civ. 24 mars 1993 *Bull. civ. III*, n° 45 ; *Defrénois* 1993.771, obs. Defrénois-Souleau ; *RTD civ.* 1993.853, obs. F. Zénati. Sur le débat doctrinal quant à la validité des servitudes de non-concurrence v., E. MOREAU, « La "servitude de non-concurrence", étude critique », *D.* 1994. p. 331, spéc. n° 9.

¹⁵⁰² Sur la base de l'adage *servitus in faciendo nequit*, (« la servitude ne peut obliger à faire »), il est soutenu que l'obligation réelle ne peut être que passive, v. W. DROSS, *op. cit.*, n° 130 et s et plus précisément n° 130-3, p. 251 ; J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, PUAM, préf. P. JOURDAIN, 2002, n° 141 et s.

¹⁵⁰³ RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, th. Aix, 1902, p. 246 ; M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. ROCHFELD, LGDJ 2013, spéc. n° 529 et s. estimant notamment que le transfert incident est automatique dès lors qu'il s'agira de protéger la destination ou l'affectation du bien transmis.

¹⁵⁰⁴ Cass. 3^e civ., 17 fév. 2015, 13-27.479, Inédit, *RDC*, 2015/4, p. 945, A. Tadros : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, de l'acte du 12 novembre 1996, qu'EDF avait obtenu*

Plus proche du contrat d'édition, on peut relever que la cession d'un fonds de commerce peut générer des obligations réelles pour l'acquéreur, obligations positives qui plus est. Aussi, lorsqu'un commerçant cède sa « propriété commerciale », certaines obligations se transmettent de plein droit à l'acquéreur du fonds. C'est le cas des différentes obligations issues d'un contrat de travail qui, en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail, sont transmises incidemment avec le fonds de commerce¹⁵⁰⁵. On conviendra avec Monsieur SCAPEL que le nouveau propriétaire demeure bien tenu *propter rem* aux diverses obligations issues du contrat de travail qui s'imposaient au cédant¹⁵⁰⁶. D'autant, qu'il s'agit là d'obligations qui impliquent au cessionnaire du fonds d'accomplir une prestation positive¹⁵⁰⁷. Moyennant certaines conditions, le transfert d'une propriété peut donc s'accompagner *in fine* d'un transfert d'obligations.

417. Destination et contrat d'édition. Dans cette lignée, il est possible de soutenir que le contrat d'édition crée une destination des droits cédés. Partageant cette idée, le Professeur GAUTIER estime que les œuvres « *se définissent en effet par leur destination : être exploitée, sur des "supports" »*¹⁵⁰⁸.

Premièrement, une fois le contrat d'édition conclu, l'éditeur se voit dans l'obligation d'exploiter l'œuvre conformément à la destination arrêtée contractuellement. L'éditeur, en dépit du fait qu'il soit propriétaire des droits d'édition, ne peut donc pas agir comme bon lui semble sur ses biens.

Deuxièmement, la charge d'exploitation doit s'analyser en une obligation réelle. Elle est irrémédiablement liée aux droits d'édition. Dès lors, en cas de sous-cession des droits d'édition, la charge d'exploitation doit être transmise au cessionnaire. Le sous-acquéreur des droits d'édition est tenu *propter rem* à une obligation d'exploitation. Ainsi, tout transfert des droits d'édition doit être requalifié en cession de contrat, l'opération transférant le bénéfice du contrat d'édition mais aussi la dette du contrat d'édition. Notre position se rapproche de celle de Monsieur SCAPEL. Celui-ci considère que les obligations de l'éditeur grèvent le fonds de commerce, ce qui justifie le transfert du contrat d'édition lorsque le fonds est transféré conformément à l'article L. 132-16 CPI. Il qualifie alors l'obligation de *propter rem*¹⁵⁰⁹. En réalité, il ressort de notre examen que ce sont les droits d'édition eux-mêmes qui sont grevés d'une charge *in rem* et non le fonds de commerce de l'éditeur. Cette approche permettrait d'entériner la spécificité du transfert de propriété en la matière.

§ 2. LA PORTÉE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ POUR LES BESOINS DE LA CHARGE

418. Plan. La finalisation du transfert de propriété induit quelques spécificités de nature tant au regard du transfert de propriété que du rapport d'obligation qui s'instaure entre l'auteur et l'éditeur. En raison de la charge d'exploitation, le transfert de propriété présente, d'une part, un caractère fiduciaire (A) et, d'autre part, un caractère révocable (B).

de la part du syndicat un consentement à la cession conditionné par la présentation d'un projet de parking souterrain recouvert d'une zone végétalisée, interdisant par la même toute destination de parking, de façon perpétuelle, pour l'ensemble de la dalle surplombant le parking avec obligation de végétaliser la toiture terrasse et que la société Sifer, professionnel de l'immobilier, avait été informée de l'obligation figurant dans l'acte et des documents listés dans celui-ci, la cour d'appel a pu retenir que le fonds acquis par cette société était grevé d'une servitude au profit de la parcelle conservée par la copropriété, entraînant l'interdiction de stationner sur l'ensemble de la toiture terrasse du parking aérien actuel et l'obligation de procéder à sa végétalisation, et que l'appel en garantie de la société Sifer à l'encontre d'EDF ne pouvait être accueilli ».

¹⁵⁰⁵ Art. L.1224-1 du Code du travail : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

¹⁵⁰⁶ J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, PUAM, préf. P. JOURDAIN, 2002, n° 416, p. 412. L'auteur considère toutefois qu'il s'agit d'une « obligation réelle imparfaite »

¹⁵⁰⁷ Nous pensons principalement aux obligations liées à la rémunération et à la sécurité du salarié.

¹⁵⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 132

¹⁵⁰⁹ J. SCAPEL, th. préc. n° 417, p. 414 : « En se fondant sur le droit de propriété de l'éditeur sur le fonds de commerce, le législateur rattache le contrat d'édition à la catégorie de l'obligation réelle imparfaite. Ce rattachement permet ensuite de reconnaître la transmissibilité de plein droit du contrat, accessoirement à la transmission du droit de propriété sur le fonds de commerce. Cette faculté de transmission découle en effet de la qualification d'obligation *propter rem* ».

A. LE CARACTÈRE FIDUCIAIRE DE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ POUR LES BESOINS DE LA CHARGE

419. Relation fiduciaire éditoriale. La finalisation du transfert de propriété des droits d'éditions pour les besoins de la charge d'exploitation instaure un lien particulier entre l'auteur et son éditeur. L'éditeur est certes propriétaire des droits d'édition, mais il s'agit d'une propriété finalisée. Pour Henri-Jacques LUCAS, « cette relation, [est] traditionnellement présentée comme une coopération fondée sur une confiance réciproque »¹⁵¹⁰. Cette relation de confiance donnerait une coloration particulière au contrat d'édition et serait substantiellement liée à l'identité profonde de ce dernier. À ce titre, le contrat d'édition verrait les obligations qui lui sont corrélatives légèrement altérées. Cette intuition, qui est partagée par une grande partie de la doctrine spécialisée¹⁵¹¹, s'appuie sur plusieurs jurisprudences qu'il convient de présenter.

- **Affaire Montherlant.** Il revient aux arrêts *Montherlant* d'avoir mis en lumière ce lien de confiance entre l'auteur et l'éditeur. En l'espèce, le célèbre écrivain était opposé à sa maison d'édition, Grasset, au titre de plusieurs contrats d'édition conclus à partir de 1934. En 1942, date d'expiration des contrats, l'écrivain a relancé son éditeur afin de procéder à une réédition de l'œuvre. Ces demandes ont été répétées jusqu'en 1946 sans que l'éditeur ne donne suite. Dans le premier arrêt de 1951, la cour d'appel a considéré que l'éditeur, en ne procédant pas à la réédition de l'œuvre, a engagé sa responsabilité. Elle a justifié l'existence de ce manquement en se prononçant de la façon suivante : « *Considérant qu'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* »¹⁵¹². Si la cour d'appel de Paris n'a pas directement parlé de relation de confiance, elle a mis l'accent sur la façon dont l'auteur confiait son droit à l'éditeur. Par ailleurs, pour la cour d'appel, le contrat d'édition se signale par son caractère « général » supposant qu'il dispose d'un objet plus important que son appellation laisse entendre. La solution a été confirmée dans un second arrêt d'appel en date du 8 juillet 1953¹⁵¹³. Alors que la réédition n'est qu'une faculté en faveur de l'éditeur¹⁵¹⁴, elle peut se transformer en obligation lorsque la confiance le commande.

- **Affaire Camus.** Il revient sans doute à l'affaire *Camus* d'avoir clairement mis en lumière cette relation de confiance. Saisi d'un contentieux opposant les ayants droit d'Albert Camus à un éditeur britannique qui avait acquis les droits d'exploitation des œuvres de l'auteur français, le TGI de Paris a dû apprécier le caractère fautif ou non de la publication simultanée d'un ouvrage éminemment critique à l'égard de l'auteur. Le tribunal a estimé que l'éditeur aurait dû assurer l'exploitation de l'œuvre « *de bonne foi et dans un "climat de confiance réciproque"* ». Il a ensuite souligné que « *le contrat d'édition, conclu intuitu personae, (...) implique que l'auteur ou ses ayants droit – dont il a pris en charge in globo les intérêts – puisse relever comme un manquement à la bonne foi et plus généralement, à la loi du contrat, tout comportement conduisant à ruiner sa crédibilité dans le public* »¹⁵¹⁵. Contrairement à l'arrêt *Montherlant* du 7 mars 1951 rendu par la cour d'appel de Paris, les magistrats ne se sont pas contentés de souligner la relation de confiance qui s'établit entre

¹⁵¹⁰ H.-J. Lucas. JCP E. n° 7, 13 fév. 2003, p. 278, obs. sous arrêts Paris, 4^e ch., sect. A, 12 sept. 2001, *Sté Productions et Éditions musicales Charles Talar et al. c/ Sté Pierre Lannier*, JurisData n° 2001-159285 et Paris, 4^e ch., 28 juin 2000, *Barbelivien et Montagné c/ Sté Agence Business*, JurisData n° 2000-123537. V. également C. POITTEVIN, *Les avant-contrats en droit d'auteur*, th. dact., Avignon, 2011, n° 168, p. 93 : « *Il convient de remarquer que selon la nature de la relation contractuelle envisagée, la notion de confiance peut avoir plus ou moins d'importance, et prendre une place de choix dans certains types de contrats, notamment les contrats conclus intuitu personae. C'est le cas en droit d'auteur, la notion de confiance est privilégiée dans ce rapport où certains contrats sont même qualifiés de "contrats d'intérêt commun"* » (renvoyant au contrat d'édition).

¹⁵¹¹ *Infra* n° 805.

¹⁵¹² Paris, 7 nov. 1951, *Henry de Montherlant c/ Éditions Bernard Grasset*, *Rev. dr. aut.*, 1952, p. 86.

¹⁵¹³ Paris, 8 juill. 1953, *Henry de Montherlant c/ Éditions Bernard Grasset*, *Rev. dr. aut.*, 1954, p. 104.

¹⁵¹⁴ *Infra* n° 529-531.

¹⁵¹⁵ TGI Paris, 1^{re} ch., 15 févr. 1984, *Aff. Camus RIDA* n° 120, 1984/2, p. 178 ; *D.* 1984, IR. p. 291, obs. C. Colombet.

l'auteur et l'éditeur. Ils ont énoncé, en outre, que l'éditeur, qui est dépositaire des intérêts de l'auteur, devait adopter un comportement à même de ne pas ruiner la crédibilité de l'auteur. La confiance apparaît donc comme une technique de conservation des affaires et des intérêts d'autrui¹⁵¹⁶.

- **Affaire *Step et Artiste plus***. L'affaire *Step et Artiste plus* met en évidence la nature particulière du lien entre l'auteur et l'éditeur. Le contentieux est classique. Un contrat d'édition avait été conclu entre un auteur et un éditeur auquel était assorti un « *pacte de préférence éditoriale* ». En raison de divers manquements qu'il n'est pas nécessaire de rappeler, la résiliation du contrat d'édition a été prononcée. Par la suite, l'éditeur a souhaité lever l'option dont il estimait disposer en raison du pacte de préférence. Tandis que l'auteur considérait le pacte de préférence anéanti en raison de la résiliation du contrat principal, l'éditeur prétendait au contraire que ces deux contrats étaient parfaitement distincts de telle manière à ce qu'il pouvait légitimement lever l'option. La Cour de cassation, reprenant la position de la cour d'appel¹⁵¹⁷, a donné raison à l'auteur en estimant : « *qu'ayant retenu, (la cour d'appel) dans l'exercice de son pouvoir souverain, la nécessité du lien de confiance unissant l'auteur à son éditeur et l'existence d'un lien intime entre le pacte de préférence et les contrats de cession et d'édition, elle a ainsi caractérisé l'indivisibilité des conventions en cause* »¹⁵¹⁸.

420. Définition de la confiance. Ainsi mise en évidence, la relation de confiance est bien de nature à structurer le contrat d'édition. Reste que la notion de confiance se laisse difficilement appréhender par le droit. La définir devient donc nécessaire afin d'en apprécier la juridicité. Dans le sens commun, la confiance interpersonnelle se définit comme le « *sentiment de quelqu'un qui se fie entièrement à quelqu'un d'autre* » et s'oppose ainsi à la méfiance et à la défiance. Au sens juridique, les auteurs mettent l'accent sur les liens sémantiques entre *foi*, *confiance* et *fidélité*, ces trois mots ayant pour racine latine le terme « *fides* »¹⁵¹⁹. Ils insistent alors sur l'adéquation nécessaire entre la prestation promise et les caractéristiques du prestataire. Évidemment juste, cette définition demeure trop vague pour dresser un régime juridique. Un travail épistémologique de libre recherche s'impose¹⁵²⁰.

Comme le laisse entrevoir Mari SAKO, la confiance est plus qu'un comportement coopératif visant à formaliser et à rapprocher des intérêts supposés distincts¹⁵²¹. La confiance implique surtout que le partenaire en position de force n'exploite pas la vulnérabilité de son cocontractant. Certains mettent l'accent sur le fait que la confiance donne lieu à une meilleure coordination entre les parties en simplifiant la relation bilatérale et en réduisant les coûts de transaction¹⁵²². Parce qu'elles se font confiance, les parties sont moins pointilleuses sur la documentation contractuelle. Ainsi, tout n'est pas contractuel dans une relation de confiance. La confiance serait donc le rapprochement des intérêts entre les parties. Si nous suivons SABEL, la confiance, telle qu'elle s'établit entre les différentes parties prenantes d'une opération s'assortit à un partage des anticipations¹⁵²³ alors que la méfiance correspond à des divergences quant à l'interprétation des normes et des règles communes. À la lisière entre savoir et non-savoir, elle est pour SIMMEL « *une hypothèse sur une conduite future, assez sûre pour qu'on fonde sur elle*

¹⁵¹⁶ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, nos 443-468.

¹⁵¹⁷ Paris, 9 avr. 2014, n° 12/15905.

¹⁵¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *JurisData*, n° 2015-022770 B. 2016, n° 837, 1^{re} civ., n° 315 *Comm. com. électr.*, 2015, comm. 96, note C. Caron ; *RTD com.* 2016, p. 108, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2016, p. 61, obs. J.-M. Bruguière ; *D. IP/IT* 2016, p. 36, obs. J. Daleau ; *JCP E.*, 2016, p. 1481, n° 5, obs. M. Guillemain.

¹⁵¹⁹ *Vocabulaire juridique*, CAPITANT, voir sous occurrence « *Confiance* ».

¹⁵²⁰ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1^{re} éd., n° 81, p. 172, note 3, cité par J.-P. CHAZAL, « L'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique », *RDC*, 2004/3, p. 621 qui souligne « *l'ouverture interdisciplinaire* » du doyen GÉNY.

¹⁵²¹ M. SAKO, S. HELPER, « Determinants of trust in supplier relations : Evidence from the automotive industry in Japan and the United States », *Joun. Eco. Behav. & Organ.*, V. 34, mars 1998, p. 387.

¹⁵²² K. ARROW, *The limits of organisation*, New-York, Norton, 1974, p. 23 : « *Now trust has a very important pragmatic value if nothing else. (...) It is extremely efficient ; it saves a lot of trouble to have a fair degree of reliance on other people's world* ».

¹⁵²³ C. SABEL, « Studied trust : building new forms of cooperation », in *A volatile economy*, Human Rel., vol. 46, n° 9, 1993, p. 1133.

l'action pratique »¹⁵²⁴. Il revient sans doute aux Professeurs ROUSSEAU, SITKIN, BURT et CAMERER d'avoir posé la définition de la confiance la plus exhaustive qui soit, reprenant les différents éléments de définition présentés jusque-là. Pour eux, la confiance serait « *un état psychologique se caractérisant par l'intention d'accepter la vulnérabilité sur la base de croyances optimistes sur les intentions ou le comportement d'autrui* »¹⁵²⁵. « *La confiance semble donc relever plutôt de la psychologie que du droit* »¹⁵²⁶. Selon ces mêmes auteurs, deux conditions président à sa caractérisation : la première réside dans l'existence d'un risque, la seconde suppose la communauté d'intérêt entre les agents¹⁵²⁷. Ramenée au contrat d'édition, cette définition suppose que les parties prennent un risque et qu'il existe entre elles une communauté d'intérêt.

421. Plan. Au regard de la définition de la confiance, la dimension fiduciaire du contrat d'édition suppose au préalable la réunion de deux conditions : l'existence d'un risque pris par l'auteur qui accepte sa situation de vulnérabilité et la communauté d'intérêt qu'il tisse avec l'éditeur. Ces développements, quoiqu'abstraits, s'avèrent nécessaires à la bonne compréhension de la notion de confiance dans le contrat d'édition. Tout d'abord, le risque pris par l'auteur provient du fait qu'il revient à l'éditeur de gérer l'ensemble de l'exploitation (1). Ensuite, cette gestion réalisée par l'éditeur génère une communauté d'intérêt avec l'auteur (2).

1. Le risque généré par la gestion des intérêts de l'auteur

422. Présentation. L'auteur court le risque que l'éditeur ne réalise pas correctement l'exploitation ou que cette exploitation soit un échec commercial. Le risque encouru s'apprécie donc à la lumière du travail fourni par l'éditeur qui gère seul les intérêts éditoriaux de l'auteur¹⁵²⁸.

423. Représentation matérielle des intérêts de l'auteur par l'éditeur. L'éditeur est dépositaire des intérêts de l'auteur¹⁵²⁹. Lorsque l'éditeur prend des actes d'exploitation, il mène et représente « *matériellement* » les intérêts de l'auteur en sus de ses intérêts propres.

Il s'agit donc d'une représentation des intérêts d'autrui qui se différencie de la représentation personnelle au sens classique¹⁵³⁰. On retrouve le concept dans d'autres mécanismes du droit des

¹⁵²⁴ A. TIRAN, (1997), « Confiance sociale et confiance primordiale en partant de Georg Simmel », in *La construction sociale de la confiance*, Ph. BERNOUX et J.M. SERVET (dir.) Montchrestien, 1997, Paris, p.329 ; L. QUERE, « La structure cognitive et normative de la confiance », *Réseaux*, vol. n° 108, n° 4, 2001, p. 125.

¹⁵²⁵ D. M. ROUSSEAU, S. B. STIKIN, R. S. BURT, C. CAMERER, « Not so different after all : a cross-discipline view of trust », *Academy of Man. Rev.*, 1988, vol. 23, p. 393, et spéc. p. 395 : « *Trust is a psychological state comprising the intention to accept vulnerability based upon positive expectations of the intentions or behavior of another* ».

¹⁵²⁶ R. LAHER, « Mandat et confiance », *RTD civ.* 2017, p. 541.

¹⁵²⁷ D. M. ROUSSEAU, S. B. STIKIN, R. S. BURT, C. CAMERER, art. préc., p. 395, « *risk and interdependence are necessary conditions for trust* ».

¹⁵²⁸ W. M. LANDES and R. A. POSNER, « An economic analysis of copyright law », *Jour. Leg. Stud.* 1989, vol. 18, 2, p. 325.

¹⁵²⁹ Rappelons que dans l'affaire *Camus*, les magistrats ont estimé que l'éditeur « *a pris en charge in globo les intérêts* » de l'auteur, Paris, 7 nov. 1951, *Henry de Montherlant c/ Éditions Bernard Grasset*, préc.

¹⁵³⁰ M.-L. IZORCHE, « A propos du "mandat sans représentation" », *D.* 1999, p. 369 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* ».

obligations comme la commission¹⁵³¹, la gestion d'affaires¹⁵³² ou la stipulation pour autrui¹⁵³³. Ce constat peut être reconduit à l'endroit du contrat d'édition. Il s'agirait ici d'une forme de représentation de l'intérêt de l'auteur dans la mesure où l'éditeur poursuit également ses intérêts pécuniaires. Ce point fait écho à la conception de la représentation retenue par le Professeur Philippe DIDIER. Dans sa thèse dédiée à l'étude de la représentation, le Professeur estime en effet que, dans la situation où une personne mène les intérêts d'autrui, il y a bien représentation des intérêts de la personne passive. Le Professeur ajoute qu'il s'agit là d'une représentation *fiduciaire* lorsque le représenté est amené à faire confiance au représentant pour prendre la bonne décision¹⁵³⁴. Cette approche de la représentation fiduciaire est partagée par le Professeur MATHEY¹⁵³⁵. En matière de contrat d'édition, l'éditeur dispose d'un pouvoir matériel de gestion qui « *résulte directement de l'objet de la mission à accomplir pour autrui* »¹⁵³⁶, autrement dit, exploiter l'œuvre. L'auteur doit donc faire confiance à l'éditeur qui représente ses intérêts éditoriaux tout au long de l'exploitation de l'œuvre.

424. Absence de représentation juridique de l'auteur par l'éditeur. La représentation des intérêts n'est que matérielle et n'est pas juridique. Monsieur MONTELS dresse le constat suivant : « *en contrepartie de la cession, le producteur se voit confier une sorte de mandat. Les principales ressemblances consistent dans la nécessité pour le cessionnaire de conclure des actes juridiques et de rendre compte de la gestion (comp. art. 1993 du Code civil). Elles ont été relevées par la doctrine, spécialement à propos du contrat d'édition qui impose des obligations similaires à l'éditeur. Néanmoins, cette analogie avec la représentation est contestable juridiquement. Le producteur, quand il traite avec un diffuseur, agit en son propre nom. Il s'apparenterait donc davantage à un commissionnaire (représentation imparfaite) si la représentation n'était pas en réalité totalement remplacée par un transfert de propriété* »¹⁵³⁷. Pour Monsieur MONTELS, la représentation est donc totalement dépourvue d'effet personnel¹⁵³⁸.

¹⁵³¹ G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traite de droit commercial*. T. 1, LGDJ, 16^e éd., 1996, n° 2634 après avoir constaté que le commissionnaire agit « *en son propre nom (ou sous un nom social) pour le compte d'un commettant* » ont écrit que : « *la commission constitue un procédé de représentation des intérêts d'autrui qui n'a pas d'équivalent en droit civil* » (*Ibid.*, n° 2635) ; v. aussi F. AUCKENTHALER, *Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant*, *D.* 1998, p. 53 n° 2 : « *Ainsi, la commission constitue un procédé de représentation des intérêts d'autrui sans équivalent en droit civil* » ; M. STORCK, « *Représentation dans les actes juridiques* », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique, n° 38 : « *Le contrat de commission pourrait dès lors être considéré comme étant une forme originale de représentation. Une distinction a été proposée entre représentation des intérêts d'autrui et représentation d'une personne* ».

¹⁵³² R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE *Cours de droit civil français*, T. 9 bis. Les Contrats et les obligations. 2^e éd. par R. RODIER et Ch. BEUDANT, 1952, p. 326 : « *Le gérant ayant conclu un contrat pour le compte d'un tiers sans y être habilité, il y a alors représentation des intérêts d'autrui* ».

¹⁵³³ A. CARPENTIER et G. FRÈREJOUAN DU SAINT, *Répertoire général alphabétique du droit français*. Supplément 1911- 1936, p. 80 : « *La gestion d'affaire et la stipulation pour autrui ont une parenté étroite ; elles sont l'une et l'autre des procédés de représentation des intérêts d'autrui* ».

¹⁵³⁴ Ph. DIDIER, th. préc., n° 331

¹⁵³⁵ N. MATHEY, « *Représentation* », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juill. 2017, n° 45 : « *la représentation fiduciaire se rencontre lorsque le représenté est amené à faire confiance au représentant en raison de l'incertitude sur la nature de la bonne décision à prendre. Lorsque la décision peut être ainsi dite "ouverte", la représentation est alors qualifiée de "fiduciaire", en raison de la confiance nécessaire que le représenté doit avoir dans l'action de son représentant* ».

¹⁵³⁶ T. DOUVILLE, *Le conflit d'intérêt en droit privé*, préf. Ch. ALLEAUME, Inst. Univ. Varenne, 2015, p. 73.

¹⁵³⁷ B. MONTEL, « *La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles* », *Com. comm. électr.*, n° 6, juin 2001, chron. 17, n° 25.

¹⁵³⁸ M.-L. IZORCHE, « *À propos du "mandat sans représentation"* » *D.* 1999, p. 369, spéc. n° 31 : « *On constate que le critère de distinction réside dans le fait que pour la première opération il est certain que le contrat conclu avec le tiers ne sera pas réputé conclu par le donneur d'ordre, même si, au plan des effets, certains liens peuvent ensuite s'établir entre le commettant et le tiers* » ; N. MATHEY, « *Représentation* », préc., n° 33 : « *On peut donc reconnaître que la commission emporte représentation réelle permettant au tiers acquéreur d'agir en garantie, par exemple, contre le commettant* » ; Sur la commission, v. plus généralement M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, th. dactyl., Montpellier I, 1999, et spéc. n° 609 s., cité par M.-L. IZORCHE préc. et N. MATHEY préc.

En conséquence, il se produit un problème de taille. Alors qu'un représenté peut révoquer son représentant ou engager sa responsabilité, l'auteur ne dispose d'aucun levier sur l'exploitation à laquelle il est pourtant intéressé. Dès lors, le risque advient si jamais l'éditeur ne s'exécute pas ou s'exécute mal.

2. L'intérêt commun entre l'auteur et l'éditeur

425. Définition. La seconde condition permettant de nous assurer de l'existence de la confiance au sein du contrat d'édition repose sur la communauté d'intérêt pouvant lier le cédant – l'auteur ou l'ayant droit – et l'éditeur. Au sens large, l'intérêt commun peut se définir comme celui qui « *procède de la collaboration des deux parties à la réalisation d'une œuvre commune au sein de laquelle les intérêts particuliers se trouvent étroitement liés* »¹⁵³⁹. Pour le Professeur BROUSSEAU, parler d'intérêt commun n'est pas neutre dans la mesure où coopérer « *signifie préférer un résultat collectif à un gain individuel* »¹⁵⁴⁰. Pour qu'il y ait contrat d'intérêt commun, il faut donc que la convention étudiée incite au résultat collectif plus qu'individuel. Il s'agit d'une façon très spécifique et très originale d'envisager les rapports contractuels¹⁵⁴¹. À cet égard, le Professeur HASSLER n'a pas manqué de souligner la nécessité de ne pas trop étendre la notion d'« *intérêt commun* »¹⁵⁴².

426. Rejet de la théorie solidariste. Une lecture trop rapide de la définition de l'intérêt commun peut conduire *a priori* à une application des préceptes solidaristes. Le solidarisme contractuel est une doctrine sociale qui s'appuie sur le constat suivant : « *la liberté postule l'égalité des parties, or celles-ci sont bien souvent de facto inégales. Le contrat n'est donc pas librement formé et sa force obligatoire doit être assouplie au bénéfice du plus faible* »¹⁵⁴³. Au nom de cette théorie, des devoirs et des obligations de coopération s'imposent à la partie forte au profit de son cocontractant. Cette théorie se réclame de deux auteurs de la première partie du XX^e siècle. Le premier n'est autre que Léon BOURGEOIS. En sus de ses fonctions politiques et de son rôle dans la création de la Société des nations, il est connu pour avoir proposé une doctrine sociale et libérale fondée sur l'idée d'un quasi-contrat, autrement appelée « *Solidarisme* »¹⁵⁴⁴. Il voyait dans le solidarisme « *le lien fraternel qui oblige tous les êtres humains les uns envers les autres, nous faisant un devoir d'assister ceux de nos semblables qui sont dans l'infortune* »¹⁵⁴⁵. Le second auteur est le père fondateur de l'application du concept en matière contractuelle, à savoir DEMOGUE. Il est fréquemment fait référence à l'une de ses phrases pour justifier la tendance solidariste. Pour DEMOGUE, « *les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile et commerciale* »¹⁵⁴⁶. Au sein de la

¹⁵³⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ 1999, n° 48.

¹⁵⁴⁰ E. BROUSSEAU, « Contrats et comportements coopératifs : les cas de relations interentreprises », in *La coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, J.-L. RAVIX (dir.), CNRS édition, 1996, p. 23.

¹⁵⁴¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. civ.* 1997, p. 357 : « *Le lien contractuel tend peu à peu à substituer au conflit d'intérêts, l'union des intérêts. On l'envisage en effet moins aujourd'hui comme le choc frontal de deux intérêts individuels momentanément compatibles lors de l'échange des consentements, que comme la rencontre inscrite dans le temps de deux aspirations convergentes à collaborer, ce qui suppose une entente minimum entre les parties, sorte d'affectio contractus* ».

¹⁵⁴² Sur ce constat, v. Th. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 et spéc. p. 588.

¹⁵⁴³ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de cassation 2003*, La Documentation française 2004, p. 215.

¹⁵⁴⁴ J. E. S. HAYWARD, « The Official Social Philosophy of the Third Republic: L. BOURGEOIS and Solidarism », *Int. Rev. of Soc. Hist.*, vol. VI, 1961, p. 19. N. DELALANDE, « Le solidarisme de Léon Bourgeois, un socialisme libéral ? », in *La vie des idées*, 30 janv. 2008.

¹⁵⁴⁵ Sur l'importance de cette phrase, v. J. DAMON, « La pensée de... - Léon Bourgeois (1851-1925) », *Informations sociales*, vol. 138, n° 2, 2007, p. 45

¹⁵⁴⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. VI, 1931, n° 3.

doctrine actuelle, le *solidarisme* connaît des partisans¹⁵⁴⁷ et des opposants¹⁵⁴⁸ sans pour autant qu'il fasse l'objet d'une consécration légale ou prétorienne.

Le contrat d'édition et la communauté d'intérêt qu'elle renfermerait peuvent donc aisément faire le lit de la doctrine solidariste. Ce rapprochement relève pourtant d'une confusion et doit être rejeté. En effet, la doctrine solidariste repose sur l'idée de sacrifice¹⁵⁴⁹, voire de charité chrétienne¹⁵⁵⁰. Or, l'intérêt commun procède du pur calcul économique. L'efficacité économique est atteinte en optant pour un résultat collectif. Par conséquent, les fondements philosophiques de ces deux concepts sont clairement distincts.

427. Plan. Après avoir brièvement rappelé l'historique du concept « d'intérêt commun » (a), nous verrons dans quelle mesure la jurisprudence l'applique au rapport contractuel s'établissant entre l'auteur et son éditeur (b). Le cas échéant, la dimension fiduciaire du contrat d'édition sera caractérisée.

a. Présentation du concept « d'intérêt commun » en dehors du contrat d'édition

428. L'émergence et la consécration jurisprudentielle du mandat d'intérêt commun. L'intérêt commun contractuel est un concept d'origine jurisprudentielle et non doctrinale. La notion est apparue pour la première fois à l'occasion d'un contentieux porté devant la Cour de cassation au milieu du XIX^e siècle. Les termes du litige se cristallisaient alors sur la rupture unilatérale d'un contrat de mandat estimée trop sévère par le mandataire. La Cour de cassation a accédé à la demande du mandataire. En substance, elle a estimé que le mandant ne pouvait unilatéralement mettre fin au mandat conclu dans l'intérêt des deux parties sous peine de porter préjudice aux intérêts pécuniaires du mandataire. Ce faisant, le mandant engagerait sa responsabilité et devrait verser des dommages et intérêts¹⁵⁵¹. L'intérêt commun entre mandant et mandataire a permis une réorganisation du régime juridique du contrat de mandat. À la suite de ces décisions, l'effort doctrinal et prétorien s'est porté sur la détermination d'un critère de distinction efficace délimitant le champ d'application de la notion. Après quelques hésitations, la Cour de cassation a fini par estimer qu'un mandat était d'intérêt commun dès lors que le « *mandataire trouvait un intérêt dans la réalisation même de l'objet du mandat* »¹⁵⁵².

429. Élargissement légal à l'agence commerciale. Près d'un siècle après la reconnaissance de la catégorie des contrats d'intérêt commun, la Cour de cassation a estimé que le mandat conféré à l'agent commercial était d'intérêt commun¹⁵⁵³. Rien de choquant au demeurant, la Cour de cassation ayant déjà considéré que le mandat donné à l'assureur ou au notaire pouvait revêtir un intérêt

¹⁵⁴⁷ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; L. GRYMBAUM et M. NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 629 ; D. MAZEAUD, « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution », *D.* 2013. p. 2617 ; D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Dalloz, 2012, spéc. p. 905 s.

¹⁵⁴⁸ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247 ; Y. LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser, op. cit.*, spéc. p. 879.

¹⁵⁴⁹ J. CEDRAS, *ibid.* : « *Le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices* ».

¹⁵⁵⁰ J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 415.

¹⁵⁵¹ Cass. req. 6 janv. 1873, DP 1873, 1, 116 ; Cass. civ. 13 mai 1885, DP 1885, I, 350, « *Lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut pas être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement de leur consentement mutuel, ou pour une cause reconnue en justice, ou enfin suivant les clauses et conditions spécifiées dans le contrat* ».

¹⁵⁵² Cass. civ., 11 fév. 1891, DP 1891, 1, 197.

¹⁵⁵³ Cass. com., 26 fév. 1958, D. 1958, Jur., p. 541, note J. Vidal.

commun¹⁵⁵⁴. Toutefois, la solution posée par la Cour de cassation a ceci de particulier qu'elle hisse l'intérêt commun au rang d'élément intrinsèque au contrat d'agence alors qu'il ne relevait que de circonstances factuelles dans les autres cas. Le législateur a repris le concept dans un décret en date du 23 décembre 1958 qui reprend l'essence de la jurisprudence citée et détaille le régime juridique de l'agent commercial¹⁵⁵⁵.

La loi Doubin du 31 décembre 1989 a semblé encore étendre la notion d'intérêt commun aux contrats de distribution¹⁵⁵⁶. Toutefois, la Cour de cassation a clairement rejeté cette interprétation en estimant que le contrat de concession n'est nullement un mandat d'intérêt commun¹⁵⁵⁷. Deux enseignements peuvent être tirés de cette jurisprudence : d'une part, en dépit de la lettre du texte, les contrats de distribution ne font naître aucun effet attaché traditionnellement au régime du mandat d'intérêt commun et, d'autre part, au sens de la Cour de cassation, la catégorie des contrats d'intérêt commun se limite au seul contrat de mandat.

b. *Application du concept « d'intérêt commun » au contrat d'édition*

430. Plan. Si les auteurs et la jurisprudence semblent se mettre peu à peu au diapason pour affirmer que le contrat d'édition est bien un contrat d'intérêt commun, la communauté d'intérêts ne se vérifie pas lors de toutes les phases contractuelles. Bien que le contrat d'édition demeure un contrat d'intérêt commun au stade de l'exploitation de l'œuvre (i), il n'en reste pas moins que les parties demeurent animées par des intérêts antagonistes au stade de la conclusion du contrat (ii). La distinction implique de circonscrire les effets de la confiance à la phase d'exécution contractuelle.

i. La poursuite d'un intérêt commun lors de l'exécution du contrat

431. Doctrine favorable à l'intérêt commun dans le contrat d'édition. L'idée voulant que l'auteur et son éditeur soient animés par un intérêt commun n'est pas nouvelle. Le consensus doctrinal semble établi. Pour expliciter les rapports entre les parties du contrat d'édition, le Professeur CARON parle volontiers « *d'intérêt commun* » et de « *comportement altruiste* »¹⁵⁵⁸. Les Professeurs VIVANT et BRUGUIÈRE évoquent dans le même esprit la notion « *d'affectio contractus* »¹⁵⁵⁹. D'autres auteurs procèdent par comparaison avec le mandat d'intérêt commun. Ainsi, le Professeur GAUTIER se

¹⁵⁵⁴ Pour le mandat donné à l'assureur afin qu'il mène lui-même l'action en justice en lieu et place de l'assuré victime d'un sinistre, Cass. civ., 11 fév. 1891, *DP*, 1891, 1, 197 ; à propos du mandat conféré au notaire de négocier un acte qu'il se chargera lui-même de rédiger en sa qualité de conseil, v. Cass. 3^e civ., 3 nov. 1947, II, 4009.

¹⁵⁵⁵ D. n° 58-1345 du 23 décembre 1958, codifié aux articles L134-1 et s. Code de commerce, et notamment, en ce qui nous intéresse, l'article L134-4 Code de commerce, prévoyant que « *les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties* ».

¹⁵⁵⁶ Art. L330-3 Code de commerce : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ».

¹⁵⁵⁷ En somme, la Cour de cassation a distingué la notion d'intérêt commun au sens classique et la notion d'intérêt commun au sens de la loi Doubin. Ainsi, ces contrats commerciaux ne sont pas des contrats d'intérêt commun au sens classique et ne disposent donc pas d'une régime contractuel dérogatoire (V. par ex. Cass. com., 13 mai 1970, *JCP* 1971.II.16891, note A. Sayag ; Com. 7 oct. 1997, *JCP* G 1998. II. 10085, note J.-P. Chazal ; *D.* 1998. 413, note Ch. Jamin et Somm. 333, obs. D. Ferrier ; *RTD* civ. 1998. 130, obs. P.-Y. Gautier et 370, obs. J. Mestre ; Paris, 17 févr. 1992, *D.* 1992, IR. 138 et 12 mai 1995, *ibid.* 1997. *Somm.* 53, obs. D. Ferrier) mais peuvent être observés comme étant d'intérêt au sens de la loi Doubin permettant d'appliquer un régime d'information particulier (Cass. com. 10 févr. 1998, *Bull.* civ. IV, n° 71, *D.* 1998, *somm.* 334, obs. D. Ferrier ; *D. Aff.* 1998. 375, obs. E. P. ; *JCP* E 1998, n° 23, p. 894, note L. Leveneur ; *Deffrénois* 1998. 733, obs. Ph. Delebecque).

¹⁵⁵⁸ C. CARON, *op. cit.*, n° 447.

¹⁵⁵⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGIERE, *op. cit.*, n° 769.

demande « *si, dans l'exercice de contrôle, exercé à la fois pour le compte de l'auteur et le sien propre (il conservera une partie des sommes perçues), le cocontractant initial ne se comporte pas comme un mandataire d'intérêt commun* »¹⁵⁶⁰. Dans un article dédié aux rapports entre les agences de publicité, les éditeurs et les imprimeurs, le Professeur MALAURIE-VIGNAL envisage également un rapprochement entre le contrat d'édition et le mandat d'intérêt commun¹⁵⁶¹. Pour Monsieur ÉMILE-ZOLA-PLACE, il en va de « *l'essence même du contrat d'édition qui, en plus d'être conclu intuitu personae, est un contrat d'intérêt commun : l'auteur cède ses droits pour que l'éditeur les exploite et qu'ils partagent ensemble le produit de cette exploitation* »¹⁵⁶². Dans cet esprit, on a pu alors soutenir que le contrat d'édition reposait au moins en partie sur l'intérêt commun et sur l'esprit coopératif¹⁵⁶³. Pour le Professeur CARON, on ne peut nier le fait que « *le droit de l'éditeur doit se teinter d'altruisme à l'égard de l'auteur* »¹⁵⁶⁴.

Sur ce constat, les théoriciens du droit des contrats s'évertuent à déterminer la place du contrat d'édition au regard des deux grandes catégories contractuelles déterminées arbitrairement par la doctrine. On oppose, d'une part, la catégorie des contrats-échange, fondée sur la permutation de valeur avec pour modèle le contrat de vente et, d'autre part, la catégorie des contrats-organisation qui repose davantage sur un partage de gain comme en matière de société. Pour le Professeur Suzanne LEQUETTE, le contrat d'édition appartient à une réalité contractuelle intermédiaire qui repose sur la coopération et serait ainsi un contrat d'intérêt commun¹⁵⁶⁵. Au contraire, le Professeur HAMELIN considère que le contrat d'édition relève moins de la catégorie des contrats-coopération que de celle des contrats-échange¹⁵⁶⁶. De même, le Professeur CHENEDÉ souligne que le contrat d'édition appartient à la catégorie des contrats de vente¹⁵⁶⁷. En définitive, cette analyse très théorique permettrait de renouveler notre approche classique du droit des contrats¹⁵⁶⁸. Ce point ne fera pas l'objet de plus

¹⁵⁶⁰ P.-Y. GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *D.* 1995, p. 262, note de bas de page n° 20.

¹⁵⁶¹ M. MALAURIE, « L'agence de publicité, l'éditeur et l'imprimeur », *D.* 1993, p. 215.

¹⁵⁶² E. ÉMILE-ZOLA-PLACE, « Livre numérique : un nouveau contrat d'édition pour de nouveaux équilibres », *Légipresse* 2015, 10 mars 2015, n° 148.

¹⁵⁶³ T. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015, p. 1551 : « *On ne peut, sans incohérence politique, refuser d'aller au-delà de ce cas particulier et s'abstenir de porter le même contrôle sur les nombreux contrats qui ne relèvent pas de la logique de l'échange strict ? Les contrats aléatoires, les contrats coopératifs qui reposent non pas sur une permutation de valeurs mais sur leur mise en commun (contrat de société ou contrat d'édition par ex.)* » ; S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148, « *Mais le phénomène dépasse aujourd'hui largement le cas du contrat de société. À partir de la seconde moitié du XX^e siècle, s'est développé un grand nombre de contrats colorés d'un animus cooperandi, qu'on a pris l'habitude de baptiser "contrats dits d'intérêt commun". Sont notamment ici visés le contrat d'édition ou encore les contrats de distribution intégrée, tels que le contrat de franchise, le contrat de concession ou le contrat d'agence commerciale qui n'organisent pas un simple échange, mais la diffusion commerciale d'une œuvre, de produits, de services dans l'intérêt commun des parties* ».

¹⁵⁶⁴ C. CARON, « De l'esprit altruiste du contrat d'édition », comm. sous arrêt, Paris, 4^e ch., sect. A, 12 févr. 2003, *SA Éd. Sand c/ M. Jean Boissonnat, Com, comm, électr*, n° 6, juin 2003, comm. 57, n° 3.

¹⁵⁶⁵ S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148.

¹⁵⁶⁶ J.-F. HAMELIN estime qu'il s'agit là « *d'un contrat échange d'intérêt commun* », *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, LGDJ, 2012, n° 188.

¹⁵⁶⁷ F. CHENEDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, Economica, 2008.

¹⁵⁶⁸ S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *RTD. civ.*, 2018, p. 541 : « *Ainsi du contrat d'édition en vertu duquel l'auteur en vertu d'une prestation instrumentale cède son droit de reproduction à l'éditeur qui, en vertu d'une prestation finale, s'emploie à le mettre en œuvre en reproduisant et diffusant l'œuvre dans leur intérêt commun. C'est dire que le lien qui unit les obligations est ici beaucoup plus substantiel. Elles ne dépendent pas seulement l'une de l'autre dans leur existence. Elles doivent également se compléter et s'enchaîner selon un certain ordre afin que les actifs complémentaires des parties puissent être mis en relation et produire ainsi un effet de synergie. Autrement dit, là où le rapport d'obligations interdépendantes que forme le contrat-échange classique n'est que le cadre obligatoire de la permutation qu'il opère, le rapport d'obligations qui se complètent et s'enchaînent est l'enveloppe juridique obligatoire de la mise en relation d'actifs complémentaires qu'organisent les contrats d'intérêt commun* » ; S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148.

amples développements. Le contrat d'édition a déjà été qualifié de cession avec charge et le fait qu'il soit en outre qualifié d'intérêt commun ne remet pas en cause sa qualification.

Ainsi, la doctrine semble pour le moins unanime. Le contrat d'édition repose sur l'intérêt commun dans la mesure où l'auteur et l'éditeur partagent le produit d'exploitation.

432. Application limitée en matière de contrat d'édition. La jurisprudence en la matière n'est pas pléthorique mais existe bien. Elle incline également en faveur d'un intérêt commun entre les parties.

Tout d'abord, dans l'affaire *Montherlant*, où il était reproché à l'éditeur d'avoir manqué à son obligation de réédition, la cour d'appel de Paris s'est contentée d'établir « *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* »¹⁵⁶⁹. Le considérant de la cour d'appel doit être lu de la façon suivante : l'éditeur est maître de l'exploitation mais il doit tenir compte des intérêts de l'auteur, conduisant *de facto* à ériger la charge d'exploitation comme une obligation d'intérêt commun.

L'idée a été reprise par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 8 juillet 1982. Le contentieux était similaire à l'affaire *Montherlant*. L'auteur souhaitait engager la responsabilité de l'éditeur pour manquement à son obligation de réédition d'un ouvrage à succès. Pour sanctionner l'éditeur, la cour d'appel a considéré que le contrat d'édition étant « *d'intérêt commun* », une réédition rapide s'imposait à la charge de l'éditeur¹⁵⁷⁰.

La position a été clairement réitérée à l'occasion de l'affaire *Sand c/ Boissonnat* pour laquelle la même cour d'appel a rappelé que l'éditeur était tenu d'exécuter le contrat dans l'intérêt commun des parties au contrat d'édition¹⁵⁷¹. En l'espèce, l'éditeur avait pris la liberté d'éditer le roman d'abord en version poche puis en version « grand livre ». L'auteur a alors estimé que ses intérêts n'avaient pas été respectés, la chronologie classique voulant que l'éditeur exploite d'abord l'œuvre en grand format puis en version poche. L'éditeur s'est défendu en faisant valoir un certain nombre de circonstances économiques lui imposant d'agir de la sorte. Malgré cela, la cour d'appel a repris les considérants des affaires précitées et a estimé qu'en raison de l'intérêt commun inhérent au contrat d'édition, l'éditeur ne peut gérer arbitrairement les droits qui lui ont été confiés¹⁵⁷².

On retrouve la notion d'intérêt commun dans un arrêt du 9 juin 2010 à propos du comportement que doit adopter l'éditeur en matière de sous-édition¹⁵⁷³. Il est également arrivé que la cour d'appel s'appuie sur les stipulations contractuelles pour caractériser l'intérêt commun censé animer l'exploitation de l'œuvre¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁶⁹ Paris 7 mars 1951, *D.* 1951, p. 759 ; *RTD com.* 1953, 115, obs. H. Desbois ; *Gaz. Pal.* 1952, 1, p. 80.

¹⁵⁷⁰ Paris, 1^{re} ch., 8 juill. 1982, *S.A. Les presses de la cite c/ Chenevier*, *JurisData* n° 1982-026703.

¹⁵⁷¹ Paris, 4^e ch., sect. A, 12 févr. 2003, *SA Éd. Sand c/ M. Jean Boissonnat* : « *Il résulte de différentes stipulations contractuelles, qui ont été précédemment rappelées, que 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* ». *Com, Comm, Électr*, n° 6, juin 2003, comm. 57, n° 3, Ch. Caron.

¹⁵⁷² Paris, 4^e ch., sect. A, 12 fév. 2003 2001/08191, *Sté Éditions Sand c/ Boissonnat* : « *résult[ait] de différentes stipulations contractuelles, qui [avaient] été précédemment rappelées, que l'éditeur [avait] 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* ».

¹⁵⁷³ Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 9 juin 2010, n° 08/24573, *JurisData* n° 2010-015810 : « *Aux termes du contrat selon lesquels l'éditeur s'engage à exploiter l'ouvrage dans toute la mesure de ses moyens et dans l'intérêt commun des parties, qu'elle reviendrait, en outre, à priver d'effet l'autorisation expressément consentie à l'éditeur de céder à des tiers les droits d'exploitation de l'ouvrage* ».

¹⁵⁷⁴ Paris, pôle 1, 3^e ch., 28 nov. 2018, n° 18/07188 : « *L'article 8 de ces mêmes contrats (Prérogatives de l'éditeur) prévoit que : "Les décisions suivantes seront prises par l'éditeur seul en tenant compte de l'intérêt commun des parties, étant entendu que l'auteur déclare expressément bien connaître les formes habituelles des ouvrages publiés par l'éditeur : format, présentation et couverture ; prix de vente (...); date de mise en vente (...); édition sous d'autres formes que l'édition courante ; cession des droits énumérés à l'article 4 du présent contrat ; rédaction et diffusion d'un prière d'insérer, et plus*

À l'appui d'une position de principe, il est à noter que la jurisprudence ne s'est pas arrêtée au contrat d'édition. Elle a réitéré sa position à propos du contrat de production – phonographique ou audiovisuelle. Saisi d'un contentieux, les juges du fond ont considéré une fois encore que le contrat de production musicale entre bien dans la catégorie des contrats d'intérêt commun¹⁵⁷⁵. La solution a été reconduite à l'endroit du contrat de production audiovisuelle¹⁵⁷⁶. Dans l'hypothèse voisine du transfert des droits d'auteur à l'occasion d'un contrat de travail, certaines juridictions n'ont pas manqué de souligner que l'intérêt commun n'est que momentané et qu'il porte uniquement sur l'exploitation du droit par l'employeur-cessionnaire. La négociation du contrat échappait par principe à ce régime particulier¹⁵⁷⁷. Sans préjuger du bien-fondé de cette position jurisprudentielle, il est permis de s'interroger sur l'existence d'un intérêt commun au stade de la conclusion du contrat.

ii. La poursuite d'intérêts antagonistes lors de la conclusion du contrat

433. Annonce. L'analyse invalide partiellement le constat dressé d'un intérêt commun constant entre l'auteur et l'éditeur. La communauté d'intérêts n'existe qu'au stade de l'exécution du contrat et non à sa conclusion. Ce constat est sous-tendu par deux raisons.

434. Raison technique. La première raison est d'ordre technique. Elle renvoie au fait que le transfert des valeurs entre l'auteur et l'éditeur ne s'inscrit pas réellement dans le cadre idyllique de l'intérêt commun¹⁵⁷⁸. La clé de répartition du produit d'exploitation est souvent imposée par l'éditeur et demeure très en-deçà des attentes des auteurs¹⁵⁷⁹. Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rappeler que le mode de paiement proportionnel n'est pas, en soi, un critère pertinent pour la qualification de contrat d'intérêt commun¹⁵⁸⁰. Enfin, rappelons que le baromètre annuel de l'édition établi et publié conjointement par la SCAM et la SGDL met en évidence les difficultés persistantes entre auteurs et éditeurs dans le secteur du livre¹⁵⁸¹. Pour 45 % des auteurs interrogés, la relation éditoriale se dégrade au fur et à mesure de la vie de leur œuvre et une part significative d'entre eux considère que leur rémunération est trop faible¹⁵⁸². En toute logique, ces conclusions peuvent, à notre avis, être étendues aux autres secteurs de l'industrie culturelle.

généralement de toutes annonces publicitaires par tous supports” ; Néanmoins, comme pour rappeler l'emprise et la maîtrise de l'éditeur sur l'exploitation, la cour d'appel rappelle qu' "Il y a lieu, pour autant, de relever que, tout en soutenant que le choix des couvertures s'inscrit dans une stratégie marketing dont la modification est une prérogative propre à l'éditeur en vertu de l'article 8 des contrats d'édition, la SASU Ellebore prétend que plusieurs correspondances ont été adressées à M. François C. afin de l'informer de ces rééditions” ».

¹⁵⁷⁵ TGI Paris, 24 juin 1992 : RIDA 1993/1, n° 155, p. 199 ; TGI Paris, 3^e ch., 14 janv. 1998, RIDA n° 189, 1999/2, n° 180, p. 389, note A. Kéréver.

¹⁵⁷⁶ TGI Nanterre, 11 janv. 2007, n° 03-03728, M. J.-J. Beineix et a. c/ Sté Studio Canal Image, inédit. JCP E, n° 5, 31 janv. 2008, 1144, chron M.-E. Laporte-Legeais.

¹⁵⁷⁷ Cons. Prud'h, Paris, 2 fév. 2007, *Andrieu c/ AFP*, 04/08987, JCP E., n° 37, 13 sept. 2007, 2065, n° 5, chron. A. Lallement.

¹⁵⁷⁸ V. à cet égard, P. SIRINELLI, « L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données », D. 1993, p. 323 : « De façon générale, éditeurs et auteurs tendent vers un but identique : la publication, mais ils divergent sur les conditions de celle-ci dans la mesure où leurs intérêts sont différents, voire opposés. Au reste, le créateur s'engage davantage que l'éditeur puisque, au travers de son œuvre, c'est sa personnalité qu'il livre au public. Il est donc fondamental pour le créateur de pouvoir maîtriser la carrière de ses œuvres ».

¹⁵⁷⁹ Sur ces aspects, voir à titre indicatif le forum annuel dédié à la rémunération des auteurs organisé par la SGDL ; voir encore sur ce point l'interview donnée par Marie SELLIER et relayée sur le site de la SGDL, *Auteur, métier à risque, mais pas métier tous risques !*, <http://www.sgdl.org/sgdl/infos/2670-auteur-metier-a-risques-mais-pas-metier-tous-risques>.

¹⁵⁸⁰ Cass. req. 1^{er} mai 1907, S. 1908, 1, 88.

¹⁵⁸¹ V. notamment le 5^e baromètre des relations auteurs/éditeurs : le changement c'est maintenant, p. 2, qui fait état de « relations contrastées ».

¹⁵⁸² Notons néanmoins que la 7^e édition publiée courant 2018 fait état d'une nette amélioration sur la question du contrat d'édition. « Près de 64 % des auteurs sont satisfaits des contrats proposés par leurs éditeurs. Ils étaient 58 % en 2015. Ils ne sont que 21 % à ne pas en être satisfaits contre 23 % en 2015 » (7^e Baromètre des relations auteurs/éditeurs : un monde perfectible, p. 2).

435. Raison politique. La seconde raison se veut politique. En effet, il n'est aucune réforme touchant à l'exploitation des droits d'auteur qui se soit faite sans heurts¹⁵⁸³, chacune des réformes faisant l'objet de vives discussions entre syndicats des auteurs et représentants des éditeurs. On se souvient des tensions ayant existé entre syndicats des éditeurs et des auteurs lorsque le régime du livre indisponible a été consacré¹⁵⁸⁴. Dans le même esprit, rappelons qu'en dépit des efforts du Professeur SIRINELLI, les négociations entre le CPE et SNE dans le cadre du CSPLA afin d'adapter le contrat d'édition au numérique avaient dans un premier temps abouti à un constat d'échec¹⁵⁸⁵. Ces pesanteurs sont le fruit d'une histoire compliquée, parfois mal comprise, et on ne compte plus les mots des auteurs et éditeurs célèbres dénigrant leur cocontractant¹⁵⁸⁶. Le contexte juridico-politique ne permet pas l'établissement de rapports apaisés entre l'auteur et son éditeur. Ainsi, le climat de réforme européen et le contexte du marché unique inquiètent les parties prenantes au contrat d'édition¹⁵⁸⁷. L'expression politique des intérêts démontre de trop grandes dissonances entre les corps de métier et souligne les antagonismes profonds existant entre auteurs et éditeurs¹⁵⁸⁸.

436. Conclusion : l'existence d'un intérêt commun limité. En définitive, force est de constater que le contrat d'édition présente deux formes d'intérêts. Des intérêts divergents au stade de la conclusion du contrat et un intérêt commun au stade de l'exploitation de l'œuvre. Pour cette raison, le contrat d'édition est parfois présenté comme un « faux » contrat d'intérêt commun ou comme un contrat-échange d'intérêt commun¹⁵⁸⁹. À ce titre, l'expression employée par le Professeur GHESTIN pour qualifier le contrat d'édition est tout à fait éloquente, celui-ci estimant qu'il donne lieu à une véritable « coopération-antagoniste »¹⁵⁹⁰. L'expression a le mérite d'illustrer le paradoxe du contrat d'édition dans lequel règnent à la fois un esprit de collaboration et des intérêts divergents. Le contrat d'édition est donc un contrat de confiance dont l'intérêt commun investit, principalement, le stade de l'exécution du contrat¹⁵⁹¹ et, plus modestement, la phase de conclusion du contrat.

¹⁵⁸³ À ce titre, notons de grandes dissensions entre le projet coordonné sous la direction de Jean ZAY, le projet arrêté par la commission Escarra et la loi finale. Rappelons ensuite les propos tenus par le rapporteur ISORNI lors de la présentation de ce qui est devenu la loi de 1957 : « Cette commission a tenu 106 séances pour parvenir à ce texte qui est, il faut le dire, un texte de compromis entre des intérêts bien souvent contradictoires » (Discussion et adoption du 19 avril 1956, JO AN. 20 avril 1956, p. 1424) ; enfin rappelons que certains articles touchant au contrat d'édition (une dizaine) ont fait l'objet de débats nourris et ont été adoptés en cinquième lecture lors de la présentation du projet de loi n° 4190 à l'Assemblée nationale le 19 février 1957.

¹⁵⁸⁴ Voir F. MACREZ, « L'exploitation numérique des livres indisponibles. Que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.* 2012, p. 749, n° 12 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque », *RTD. com.* 2012 p. 137 qui débute son analyse en estimant qu'il s'agit là d'une « réforme qui est faite essentiellement pour les éditeurs » et qui conclue en rappelant encore que « les intentions du législateur semblent surtout avoir été de débrouiller la situation des éditeurs, davantage que de favoriser les auteurs des œuvres que ceux-là n'exploitaient plus ».

¹⁵⁸⁵ L. COSTES et M. TREZEGUET, « Contrat d'édition à l'ère du numérique : échec des négociations entre auteurs et éditeurs », *RLDI*, n° 84, juill. 2012, p. 43.

¹⁵⁸⁶ Pour une étude des rapports entre éditeur et édité qui dépasse le simple état des lieux des cordialités qu'ont pu s'échanger auteurs et éditeurs célèbres, v. notamment S. PEREZ, *Un couple infernal. L'écrivain et son éditeur*, Bartillat, 2006.

¹⁵⁸⁷ P. NOUAL, « Relations tumultueuses entre auteurs et éditeurs », *JAC*, 2015, n° 24, p. 10.

¹⁵⁸⁸ J. CASTELAIN « Les usages dans l'édition musicale », *RLDI*, 2008, n° 37, p. 49 : « La difficulté évidente de concilier les intérêts de chacun et de légiférer sur des bases équilibrées, au sein d'un cadre unique – le contrat d'édition – recouvrant des situations extrêmement diversifiées, s'est affichée comme un obstacle de taille ».

¹⁵⁸⁹ J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, LGDJ, 2012, n° 188.

¹⁵⁹⁰ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 916.

¹⁵⁹¹ Rapp., V. EDEL, qui voit dans la confiance un « instrument de régulation, de moralisation des rapports contractuels lors de la phase d'exécution », *La confiance en droit des contrats*, th. dactyl., Montpellier I, 2006, p. 173.

B. LE CARACTÈRE RÉVOCABLE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ POUR INEXÉCUTION DE LA CHARGE

437. Problématique. Plan. Outre le caractère fiduciaire, le rattachement du contrat d'édition à la vente implique, comme toute vente, un rapport causal qui s'établit entre la remise du bien et la remise du prix. L'absence de rémunération devrait donc entraîner la révocation du transfert des droits d'édition. Une précision d'ordre conceptuel doit être posée. Le transfert de propriété étant finalisé aux besoins de la charge, si l'éditeur ne respecte pas ses obligations d'exploitation, le transfert de propriété perd sa raison d'être et doit être révoqué. Le contrat d'édition connaît donc plusieurs raisons de révocation (1) dont la mise en œuvre appelle quelques développements (2).

1. Les raisons de la révocation

438. Plan. Au regard de la qualification de cession avec charge du contrat d'édition, deux moyens sont susceptibles d'être invoqués par l'auteur afin d'obtenir cette révocabilité du transfert des droits. En premier lieu, comme dans toutes les ventes, le contrat d'édition instaure un rapport de causalité entre la remise d'un bien – les droits d'édition – et la rémunération (a). N'appelant pas de difficulté absolue, les développements dédiés à ce premier rapport causal seront brefs. En second lieu, il existe un principe de subordination plus original entre la charge et la rémunération (b). En effet, la rémunération de l'auteur étant conditionnée par la charge d'exploitation il s'opère un glissement de causalité. La cession n'est donc plus simplement causée par la rémunération de l'auteur mais également par la charge d'exploitation.

a. La causalité entre le transfert des droits d'édition et la rémunération

439. Recours à la notion de cause. Dans le domaine des charges, la question de la cause est omniprésente. Bien que la notion de cause ait disparu du Code civil, on rappellera que le concept de cause n'est pas dénué de vertus explicatives notamment au regard de la structure des contrats. On ne compte plus les études – réalisées par les Professeurs les plus éminents – dédiées à l'analyse des structures contractuelles avec pour point d'ancrage le concept de cause¹⁵⁹². À titre liminaire de son étude des charges contractuelles, le Professeur SERIAUX estime qu'il existe une « *permanence scientifique de la théorie de la cause* »¹⁵⁹³ qui demeure pertinente pour analyser les structures contractuelles¹⁵⁹⁴. Dans cet esprit, la théorie de la cause est convoquée pour les besoins de l'étude.

440. Application classique du droit de la vente. Pour les auteurs, le caractère synallagmatique du contrat d'édition ne fait aucun doute¹⁵⁹⁵. Ainsi, au sein de la cession, les obligations de l'auteur s'organisent autour d'une obligation de donner, moyennant une rétribution (en principe proportionnelle) dont l'éditeur est débiteur, à défaut de quoi le contrat est nul¹⁵⁹⁶. Par ailleurs, à défaut

¹⁵⁹² G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dact. Paris, 1965, n° 153, p. 480 : « Le contrat synallagmatique renferme, en lui-même, la raison justificative de sa sanction car la cause est inhérente à sa structure » ; J. ROCHFELD, « Cause et type de contrat », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 513, pp. 463-464 : « La structure du contrat exprimerait alors, non plus seulement le fait que le contrat forme un tout organisé et hiérarchisé, mais encore qu'il corresponde à un certain nombre d'éléments permanents et objectifs, prédéterminés, qui en fixent une armature » ; M. MARTIN, « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », *JCP G*, 1983, I 3100.

¹⁵⁹³ A. SERIAUX, « Donations et testaments - dispositions générales – cause, conditions et charges » *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique.

¹⁵⁹⁴ *Ibid*, Le Professeur ajoute que « l'emploi doctrinal de la notion de cause n'est en rien condamné. Il s'avère peut-être d'autant plus nécessaire que cette notion synthétise en un seul mot une grande diversité de données fondamentales du droit des actes juridiques, qu'ils soient à titre gratuit ou à titre onéreux ».

¹⁵⁹⁵ Ph. GAUDRAT, « Exploitation des droits » *Répertoire PLA*, Dalloz, n° 154.

¹⁵⁹⁶ TGI Paris, 9 mai 1990, *RIDA* 1991/1, n° 147, p. 335 : « contrat de production audiovisuelle prévoyant la cession de droits sans contrepartie est contraire, non seulement aux principes de la loi de 1957, mais également aux principes

d'exécution de la contreprestation, la cession peut faire l'objet d'une résolution contractuelle¹⁵⁹⁷. Le rapport causal est donc pour le moins classique. Conformément à la règle séculaire en matière de vente, le transfert de propriété trouve sa cause dans la prestation monétaire et inversement.

Concernant la cause au sein du contrat d'édition, quelques décisions peuvent être citées. Un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris a considéré qu'il « *est constant que durant toutes ces années, de 1990 à 2005, la société d'édition a effectué un versement mensuel d'environ 2200 euros entre les mains de M. X... et a pris en charge ses frais en contrepartie de la cession des droits d'auteur sur les seize ouvrages publiés pendant cette période* »¹⁵⁹⁸. Pour cette raison, si les parties décident de supprimer la rémunération de l'auteur, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que le contrat devait être annulé pour défaut de cause¹⁵⁹⁹. La cour d'appel de Paris a estimé qu'il était possible de supprimer partiellement la rémunération de l'auteur. Elle a ainsi réputé valable la cession des droits d'édition « *consentie à titre gratuit pour les premiers exemplaires* »¹⁶⁰⁰. Cependant, la suppression de la cause n'est ici que partielle, si bien que le contrat d'édition demeure synallagmatique.

Dans le domaine voisin des contrats de production audiovisuelle, les juges du fond ont eu l'occasion de considérer que l'absence de stipulation de rémunération emportait la nullité du contrat d'une part, au regard des règles de rémunération proportionnelle qui s'imposent, comme en matière de contrat d'édition et, d'autre part, sur le terrain de l'absence de cause¹⁶⁰¹.

b. La condition entre la charge et la rémunération

441. Plan. Outre la causalité avec le transfert des droits, on remarque que la rémunération est placée dans la dépendance de l'exploitation. Parce que l'éditeur exploite l'œuvre, l'auteur bénéficie d'une rémunération. Dès lors, on assiste à un phénomène de glissement causal. La cession est donc

généraux posés par les articles 1108 à 1131 et 1583 du Code civil». Bien que les cessions gratuites de droits d'exploitation soient autorisées à l'article L. 122-7 CPI, le contrat d'édition, qui est un contrat spécial, est en principe onéreux. La qualification de cession gratuite est en principe exclusive de la qualification de contrat d'édition.

¹⁵⁹⁷ Sur la distinction radicale entre la nullité et la résolution du contrat v. Th. GÉNICON, *La résolution du contrat*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007, n° 21 et s., p. 16 et s. Néanmoins si nous permettons de traiter de la résolution dans le cadre d'une étude causale c'est tout simplement parce que la Cour de cassation elle-même recourt parfois au concept de cause pour justifier la résolution d'un contrat (v. Cass. civ. 18 avr. 1891, affaire *Ceccaldi*, DP 1891, I, 329, M. Planiol ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, GAJC, Dalloz, 13^e éd. 2015, n° 180 : « *Vu l'article 1184 du Code civil ; Attendu que cet article ne distingue pas entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant obstacle à la résolution, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement ; qu'en effet, dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre et réciproquement, en sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas remplie, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause* »). CAPITANT voyait dans la cause la source de la résolution (H. CAPITANT, *De la cause des obligations. Contrats, engagements unilatéraux, legs*, Dalloz, Paris, 1923, n° 120 et s. p. 246 et s.). Toutefois, il faut bien admettre que plusieurs auteurs ont contesté cette opinion, parmi lesquels notamment le Professeur GÉNICON (Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007, n° 108 et s. p. 78 et s.) et le Professeur ROCHFELD (J. ROCHFELD, th. préc. n° 315-318, pp. 278-281). Par commodité et parce que ces discussions dépassent notre étude nous procéderons à une analyse conjointe des deux notions sans pour autant nier leur spécificité profonde.

¹⁵⁹⁸ TGI Paris, 9 juill. 2008, RG, 06/17664.

¹⁵⁹⁹ TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 30 nov. 1999, *Benhaddou et al. c/ L'Harmattan SA* : « *compte tenu de ce que la clause de la rémunération est une clause essentielle dans un contrat d'édition, la nullité de celle-ci entraîne la résolution dudit contrat* », Ch. CARON, « De la gratuité inopportune dans le contrat d'édition », *Comm. com. électr.*, 1999, comm. n° 87, n° 2 p. 20 : « *On ne s'étonnera donc guère du sort réservé à cette clause de cession partielle à titre gratuit qui méconnaît tant l'article L. 131-4 que l'article L. 132-5 du Code de la propriété intellectuelle, sans oublier que l'on pourrait aussi y voir une absence de cause au sens de l'article 1131 du Code civil* ».

¹⁶⁰⁰ Paris, 4^e ch., 1^{er} déc. 2006 *Propr. intell.* 2007, n° 22, p. 94, obs. J.-M. Bruguière ; Paris, 25 nov. 2005, *SNAC et SGDL c/ SA librairie éd. Harmattan*, *JurisData* n° 2005-292625.

¹⁶⁰¹ TGI Paris, 9 mai 1990, *RIDA* 1991/1, n° 147, p. 335 : « *contrat de production audiovisuelle prévoyant la cession de droits sans contrepartie est contraire, non seulement aux principes de la loi de 1957, mais également aux principes généraux posés par les articles 1108 à 1131 et 1583 du Code civil* ».

indirectement causée par l'exploitation de l'œuvre. Deux situations doivent être envisagées. La première relève de l'hypothèse classique du paiement proportionnel (i). La deuxième concerne le cas particulier du paiement forfaitaire (ii).

i. Le paiement proportionnel

442. Principe. En matière de paiement proportionnel, l'admission du principe de dépendance ne pose pas de réelles difficultés. La rémunération de l'auteur étant placée dans la dépendance directe de l'exploitation, cette dernière n'est qu'un « préquel » au paiement. Cela est d'autant plus vrai que nous avons souligné à quel point l'obligation d'exploitation permet d'organiser l'échange des prestations et en définitive de réintégrer le contrat d'édition dans le giron des contrats-échanges¹⁶⁰².

443. Rémunération et condition potestative. Ce principe de subordination pourrait entraîner de fâcheuses conséquences sur le terrain de l'obligation conditionnelle. L'événement déclenchant l'exécution de l'obligation monétaire relevant de la maîtrise de l'éditeur, à savoir l'exploitation de l'œuvre, il est parfois souligné que l'obligation en question serait potestative. Prévue à l'ancien article 1304 du Code civil, l'obligation est dite conditionnelle « lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain ». Lorsque l'obligation est « contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur »¹⁶⁰³, la condition est dite potestative. Dans ce dernier cas, elle entraîne la nullité du contrat¹⁶⁰⁴. On a pu objecter que « l'obligation sous condition potestative n'est rien d'autre qu'un "simulacre" ce qui n'est pas le cas de l'obligation du cessionnaire dont l'intérêt est, bien sûr, d'exploiter »¹⁶⁰⁵. L'argument tient difficilement. En pratique, il est parfois inintéressant pour l'éditeur de procéder à l'exploitation de telle ou telle œuvre qui ne serait plus suffisamment rentable afin de se focaliser sur celles qui génèrent du profit. En revanche, le fait que l'éditeur soit obligé de réaliser l'exploitation suffit à contenir l'écueil. À considérer que l'éditeur puisse être contraint juridiquement à s'exécuter et donc à exploiter, il ne semble plus que l'obligation litigieuse soit contractée sous condition potestative¹⁶⁰⁶. En effet, l'éditeur ne dispose plus de la faculté d'exploiter ou non. Conformément à la finalisation du transfert des droits d'édition, l'éditeur est obligé d'exploiter, à défaut de quoi, le contrat peut être résilié. Dès lors, l'obligation d'exploitation change la nature de la condition : elle cesse d'être potestative et devient résolutoire¹⁶⁰⁷. Ce schéma reprend la qualification émise en son temps par POUILLET pour qui le contrat d'édition était conclu sous la condition résolutoire de l'exploitation¹⁶⁰⁸.

ii. Le paiement forfaitaire

444. Éviction *a priori* de la causalité par le caractère forfaitaire de la somme. *A priori*, le recours à la rémunération forfaitaire autorisée dans certains cas par l'article L. 132-6 CPI en matière d'édition et plus largement par l'article L. 131-4 CPI en droit commun des contrats d'auteur mettrait en échec la corrélation entre exploitation et contrepartie monétaire. Et pour cause, la rémunération forfaitaire est arrêtée arbitrairement par les parties.

¹⁶⁰² voir *supra* n° 7 et les références relatives et n° 401-403.

¹⁶⁰³ Art. 1304 al. 2 Code civil.

¹⁶⁰⁴ Pour une critique de la nullité en matière de condition, v. W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, p. 701, n° 14 : « Cette rigueur est mal venue. Le droit offre des ressources bien plus subtiles pour appréhender une telle stipulation et sa palette, si elle passe par l'affirmation de la nullité de l'opération, s'étend à la consécration de sa totale validité en passant, hypothèse médiane, par sa simple requalification ».

¹⁶⁰⁵ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 778, pp. 652-653.

¹⁶⁰⁶ Voir notamment, H. DESBOIS, « L'obligation de publication des éditeurs de musique », *RIDA* n° 58. 1968/4, p. 163.

¹⁶⁰⁷ Si l'éditeur n'exploite pas l'œuvre, le contrat sera alors résolu.

¹⁶⁰⁸ E. POUILLET, *op. cit.*, n° 308, pp. 261-262 : « l'auteur, dit-on, est toujours censé ne céder le droit d'impression que sous la condition que l'acheteur l'exerce ; par conséquent, après avoir payé le prix de la cession, l'acheteur n'a pas rempli toutes ses obligations ; il lui reste encore à exécuter l'obligation de faire qu'il s'est imposée ».

445. Résurgence *a posteriori* de la causalité par le truchement de la lésion. Cette présentation des choses doit pourtant être rejetée. Comme il a été noté par d'autres auteurs, le paiement forfaitaire en matière de contrat d'édition ne répond pas réellement aux canons du forfait dont l'un des éléments essentiels est l'aléa portant sur la valeur. Pour cause, il est possible pour l'auteur d'agir en rescision pour lésion. Pour reprendre l'expression de Madame LAGELÉE, il s'agirait d'un « *faux forfait* »¹⁶⁰⁹, celui-ci pouvant faire l'objet d'une action en révision par application de l'article L. 131-5 CPI¹⁶¹⁰. Ainsi, bien que les parties n'aient pas formalisé de lien entre le paiement et l'exploitation, la possibilité ouverte à l'article L. 131-5 CPI d'agir en rescision pour lésion permet, en cours d'exécution de l'obligation, de corrélérer *a posteriori* la rémunération à l'exploitation de l'œuvre. Au sens de DESBOIS, la disposition couvre deux cas distincts de lésion. La lésion au sens strict, qui trouve sa source dans un déséquilibre apprécié à la conclusion du contrat et celle que l'on peut rapprocher de la révision pour imprévision supposant qu'à « *l'origine le forfait n'a pas été calculé en tenant compte des "données actuelles"* »¹⁶¹¹. Dans le second cas, il s'agit davantage d'une forme particulière de révision. L'existence de ces mécanismes étant de nature à ramener le paiement forfaitaire dans la dépendance de l'exploitation, l'efficacité de l'exploitation permet en dernier lieu de modifier le quantum de la prestation monétaire. La vigueur du principe de révision ne doit pas étonner. Elle a même été expressément rappelée par le droit européen dans la directive marché numérique qui a généralisé le principe de révision à toutes les situations contractuelles¹⁶¹². Ainsi la subordination du paiement à l'exploitation demeure, y compris lorsque les parties au contrat d'édition sont autorisées à recourir au forfait.

2. La mise en œuvre de la révocation

446. Annonce. La possibilité pour l'acquéreur de demander la résolution du contrat ne pose pas de difficultés doctrinales tant le principe est acquis. Si un vendeur remet le bien vendu à l'acquéreur mais que ce dernier ne remet pas le prix – peu importe les modalités arrêtées au contrat – alors le vendeur est en droit de demander la résolution du contrat¹⁶¹³. Au regard des rapports de causalité, il est possible d'affirmer que les cessions avec charge connaissent deux caractéristiques propres à leur régime qui se retrouvent dans le contrat d'édition. D'une part, le transfert de propriété peut faire l'objet d'une révocation si l'acquéreur ne respecte pas sa charge. D'autre part, si la charge d'exploitation génère des situations inéquitables, elle peut faire l'objet d'une révision.

447. Principe de révocation du transfert de propriété en cas de non-respect de la charge. La cession avec charge est marquée par un principe de révocabilité au terme duquel, si le cessionnaire ne remplit pas sa mission comme il se doit, le transfert de propriété est révoqué¹⁶¹⁴.

Tout d'abord, on retrouve ce principe en matière de donation avec charge. Il est prévu à l'article 953 du Code civil notamment que « *la donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite* ». Selon les cas, lorsque la libéralité trouve sa cause impulsive et déterminante dans la charge, alors le vice qui l'entacherait emporterait révocation de toute la libéralité par le jeu de l'article 1131 du Code civil¹⁶¹⁵. Dans l'hypothèse inverse, lorsque la charge est conçue dans l'esprit des parties comme un accessoire, la libéralité qui trouverait sa cause dans l'intention de gratifier

¹⁶⁰⁹ M. LAGELEE, *Le contrat à forfait*, préf. L. AYNÈS, IRJS Éditions, 2016, n° 515

¹⁶¹⁰ L. 131-5 al. 1 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* » et L. 131-5 al. 3 CPI : « *La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé* ».

¹⁶¹¹ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 584

¹⁶¹² *Infra* n° 572.

¹⁶¹³ Ass. plén., 4 avr. 2008, n° 07-14523.

¹⁶¹⁴ M. CHANTEUX-BUI, « La révocation des libéralités pour inexécution des charges », *D.* 1979, chron. p. 263

¹⁶¹⁵ Cass. req., 3 juin 1863, *DP* 1863, 1, p. 429. ; Cass. civ., 20 nov. 1878, *DP* 1878, 1, p. 305 ; Cass. req., 31 oct. 1922 : *Journ. not.* 1923, art. 33646 ; Cass. req., 28 déc. 1938 : *DH* 1938, p. 132 ; Limoges, 13 mai 1924, *Journ. not.* 1925, art. 34338 ; Lyon, 17 mai 1935, *DH* 1935, 4, p. 53.

serait maintenue ; seule la charge disparaîtrait¹⁶¹⁶.

On retrouve cette faculté de révocation dans la vente assortie d'une charge de soin. En effet, lorsque l'acquéreur ne respecte pas les engagements pris, le vendeur a la possibilité de demander la résolution judiciaire de la vente¹⁶¹⁷.

448. La positivité du principe en matière de contrats d'auteur. Ce principe structurant de révocabilité existe en matière de contrat d'édition. Si la règle n'est pas expressément formulée au sein du CPI, la jurisprudence estime depuis toujours qu'en cas de manquement grave de l'éditeur quant à la charge d'exploitation, le contrat sera résolu¹⁶¹⁸. La raison d'être de la règle repose sur le double phénomène causal que nous avons tenté de décrire. À défaut d'exploitation, il ne peut y avoir de rémunération. Dans cette hypothèse, la cause du transfert des droits d'édition disparaît, ce qui autorise l'auteur à révoquer le transfert de propriété. De plus la réforme opérée par la directive DAMUN de 2019 a consacré textuellement le principe. Aux termes de l'article 22 il est ainsi prévu :

« 1. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un auteur ou un artiste interprète ou exécutant a octroyé sous licence ou transféré les droits qu'il détient sur une œuvre ou autre objet protégé à titre exclusif, cet auteur, artiste interprète ou exécutant puisse révoquer, en tout ou en partie, la licence ou le transfert de droits en cas de non-exploitation de cette œuvre ou autre objet protégé.

2. Des dispositions spécifiques relatives au mécanisme de révocation prévu au paragraphe 1 peuvent être prévues dans le droit national, qui tiennent compte :

a) des spécificités des différents secteurs et des différents types d'œuvres et d'interprétations et d'exécutions ; et

b) lorsqu'une œuvre ou un autre objet protégé comporte la contribution de plus d'un auteur ou d'un artiste interprète ou exécutant, de l'importance relative des contributions individuelles et des intérêts légitimes de tous les auteurs et artistes interprètes ou exécutants concernés par l'application du mécanisme de révocation par un auteur ou un artiste interprète ou exécutant agissant à titre individuel ».

3. Les États membres prévoient que la révocation prévue au paragraphe 1 ne peut être exercée qu'après un délai raisonnable après la conclusion de l'accord de licence ou de transfert des droits. L'auteur ou l'artiste interprète ou exécutant informe la personne à qui les droits ont été octroyés sous licence ou transférés et fixe un délai approprié à l'échéance duquel l'exploitation des droits octroyés sous licence ou transférés doit avoir lieu. À l'expiration de ce délai, l'auteur ou l'artiste interprète ou exécutant peut choisir de mettre fin à l'exclusivité du contrat au lieu de révoquer la licence ou le transfert des droits.

Le principe de révocation est ici clairement affirmé et il s'appliquera indistinctement à tous les contrats d'auteur et d'artiste-interprète. Ce principe apparaît donc avec force. On constate ainsi que la dynamique causale au sein du contrat d'édition s'établit entre d'une part, le transfert de propriété des droits d'édition et d'autre part, la rémunération de l'auteur et l'exploitation de l'œuvre.

¹⁶¹⁶ Cass. civ., 7 juill. 1868, DP 1868, 1, p. 446 ; Cass. civ., 17 juill. 1883, DP 1884, 1, p. 305

¹⁶¹⁷ Cass. 3^e civ., 14 avr. 2010, n° 08-21.346, *JurisData* n° 2010-003856, FS-P+B, n° 08-21346, *D. Act.*, 10 mai 2010, obs. D. Chenu ; *C.C.C.*, n° 7, Juillet 2010, comm. 173, L. Leveueur. Cass. 1^{re} civ., 8 févr. 1960 : *RTD* civ. 1960, p. 297, obs. J. Carbonnier. Dans cette affaire, l'acquéreur du bien immobilier qui était par ailleurs débiteur de l'obligation de soin était pénalement poursuivi pour délit d'abandon. La Cour de cassation ayant constaté le manquement de l'acquéreur, la vente a été révoquée. Le cas échéant, il peut également se prévaloir d'une clause résolutoire (Cass. 3^e civ., 22 mars 2017, n° 16-13.060, *JurisData* n° 2017-005623, qui constate le manquement à une obligation d'entretien à charge pour l'acquéreur d'un bien immobilier).

¹⁶¹⁸ Sur le caractère structurant de la règle avant la loi de 1957, v. E. POUILLET, *op. cit.*, n° 308, pp. 261-262.

449. Conclusion de section. En droit civil, le contrat d'édition connaît une qualification originale, celle d'une cession avec charge. Si cette qualification sied à la structure du contrat d'édition, elle implique des effets particuliers. En effet, l'association d'un transfert de propriété et d'une charge d'exploitation implique une dynamique et des synergies qu'il a fallu analyser. Le transfert de propriété des droits d'édition est *finalisé* à une mission particulière matérialisée par la charge d'exploitation. Aussi, les droits sont affectés au fonds de commerce de l'éditeur et à la satisfaction financière de l'auteur. Il en découle que l'éditeur, pourtant propriétaire des différents droits, est astreint à une obligation d'exploitation.

En premier lieu, le transfert des droits d'édition a une nature fiduciaire générant ainsi une relation de confiance. Cette qualification est partagée par la doctrine et par la jurisprudence qui n'hésite pas à mettre en avant la relation de confiance qui s'instaure à l'occasion de la cession. Qualifier le contrat d'édition de convention fiduciaire suppose au préalable la réunion de deux conditions dont l'existence a été appréhendée dans la présente section. Tout d'abord, nos développements ont porté sur l'existence d'un risque pris par l'auteur ou l'ayant droit qui le place en situation de faiblesse par rapport à son cocontractant. Ensuite, nous nous sommes évertués à mettre en évidence l'existence d'une communauté d'intérêt entre le cédant et l'éditeur. L'étude a néanmoins démontré le fait que cet intérêt commun n'existe qu'au stade de l'exécution du contrat. Seule cette phase sera donc concernée par la dimension fiduciaire du contrat d'édition.

En second lieu, le transfert des droits est *révocable* en cas de non-respect de la charge. Il s'agit de l'autre spécificité de la cession avec charge qui a le mérite d'instaurer un rapport causal direct et classique entre le transfert des droits et la rémunération – conformément à la qualification de cession – et un rapport causal indirect et novateur entre le transfert de propriété et la charge d'exploitation. En effet, compte tenu du fait que la rémunération soit placée dans la dépendance de l'exploitation, il se trouve que la cause indirecte du contrat d'édition réside dans l'obligation d'exploitation.

450. Conclusion de chapitre. Ce second chapitre a été l'occasion d'appliquer les enseignements tirés du chapitre précédent. Nous nous sommes efforcés tout le long de confronter rigoureusement aux différentes qualifications contractuelles les données empiriques recueillies préalablement. Après avoir écarté plusieurs qualifications pour dénaturer de la maîtrise ou du risque éditorial, une qualification a véritablement émergé du méandre notionnel : la cession avec charge. Loin d'être saugrenue, cette dernière qualification, originale par sa structure et sa rareté au sein du droit positif, est en réalité la seule à épouser les circonvolutions atypiques du contrat d'édition. Ainsi, rattachement de celui-ci à une catégorie juridique préexistante est effectif en dépit des spécificités de structure que nous lui avons reconnues.

451. Conclusion de titre. Déterminer l'identité juridique d'une notion laissée à la périphérie du droit civil s'est avéré délicat. À plus forte raison lorsque la notion en question – le contrat d'édition – cristallise ses effets autour d'un bien intellectuel alors que le droit des contrats énoncé dans le Code civil a été institué sous le prisme des biens matériels. Nous pensons tout d'abord à la diversité des opinions doctrinales concernant la qualification du contrat d'édition. Nous pensons ensuite à l'inadaptabilité des outils traditionnellement employés par les auteurs afin de qualifier civilement une opération juridique. À cet égard, le premier chapitre a été l'occasion d'éprouver puis de réprouver le recours à ces outils, notamment le recours à la théorie de la prestation caractéristique. Finalement, la qualification juridique du contrat d'édition est passée par une approche atypique consistant à répertorier les conséquences significatives de cette convention au sein du droit positif dans l'espoir d'en induire la qualification adéquate. Chemin faisant, plusieurs hypothèses de qualification ont été rejetées avant de retenir l'hypothèse de la cession avec charge. Le contrat d'édition connaît donc une qualification unitaire.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

452. Bilan. La première partie consacrée à la qualification du contrat d'édition s'achève et il semble que nos objectifs aient été atteints.

453. Qualification en droit d'auteur : l'identification du contrat d'édition. Dans un premier temps, la qualification du contrat d'édition suppose de le distinguer efficacement des autres qualifications juridiques présentes au sein du droit d'auteur. Nous avons donc établi un modèle d'identification du contrat d'édition afin de faire ressortir ses éléments fondamentaux qui permettent de le distinguer des autres conventions en droit d'auteur.

En premier lieu, nous avons dû répondre à la question suivante : à quoi sert un contrat d'édition ? Ce faisant, nous avons dégagé les différentes fonctions du contrat d'édition. Il en est ressorti quatre fonctions fondamentales : la fonction de protection de l'auteur ; la fonction d'exploitation de l'œuvre ; la fonction de gestion des intérêts de l'auteur et la fonction d'intermédiation de l'œuvre. Tandis que les deux premières sont clairement entérinées par le droit positif, les deux dernières sont des fonctions émergentes dont il est possible de constater l'existence principalement au sein de la pratique et de la jurisprudence. Les fonctions de gestion et d'intermédiation ne peuvent donc être tenues pour significatives du contrat d'édition. Toutefois, ces fonctions concourent de façon complémentaire aux objectifs assignés au contrat d'édition. Ainsi, pour identifier un contrat d'édition, il faut s'assurer au préalable que la convention litigieuse ait pour but de réaliser au moins les deux fonctions connues du droit positif.

En second lieu, après avoir déterminé ces différentes fonctions, nous nous sommes attelés à établir le domaine d'application du contrat d'édition. Au cours de ces développements, nous avons répondu à l'interrogation suivante : « quels sont les éléments caractéristiques du contrat d'édition ? ». Deux éléments se sont alors imposés, à savoir un élément matériel – les droits d'édition – et un élément personnel – la présence de l'auteur. Une étude de ces deux éléments a montré que le domaine d'application a connu un certain nombre d'évolutions depuis sa consécration par la loi de 1957. *Ratione materiae*, nous avons certes constaté un élargissement du domaine du contrat d'édition. Ce dernier ne porte plus exclusivement sur le droit de reproduction dans la mesure où la jurisprudence considère qu'il peut accueillir en son domaine d'autres droits tels que les droits dérivés ou le droit de représentation. Par ailleurs, nous n'avons pas manqué de souligner que le transfert de ces droits pouvait aisément s'adapter à la sphère numérique. Néanmoins, nous avons constaté que ces droits peuvent également faire l'objet d'autres mécanismes ce qui remet en cause la place du contrat d'édition au sein du droit d'auteur. Ces mécanismes peuvent être d'ordre contractuel : nous songeons au contrat de production audiovisuelle ou au contrat de travail à propos desquels le CPI prévoit un transfert des droits d'exploitation du créateur au profit de l'employeur comme en matière de logiciel ou d'article de presse. Ces mécanismes peuvent être également des licences légales, par exemple en matière de prêt en bibliothèque ou de droit de reprographie ; on constate que l'éditeur est évincé au profit d'autres entités assurant la gestion collective de ces droits. *Ratione personae*, le domaine du contrat d'édition a soulevé plusieurs enjeux. Tout d'abord, il est apparu une contradiction au sein des textes que nous nous sommes proposé de dépasser. Alors que l'article L. 132-1 CPI prévoit que le contrat d'édition est celui par lequel « l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit » cèdent les droits d'édition, les autres dispositions qui règlementent le contrat d'édition ne mentionnent que « l'auteur ». Le doute était donc permis quant au champ d'application *ratione personae* du contrat d'édition. La jurisprudence *Perrier* a finalement opté pour une approche restrictive en considérant que les cessionnaires ne peuvent bénéficier de la protection tirée du droit des contrats d'auteur alors même qu'ils sont des ayants droit au sens de l'article L. 132-1 CPI. La solution pouvait se justifier dans la mesure où le droit d'auteur est institué dans le seul

but de protéger les créateurs parties faibles. Toutefois, il nous a semblé que cette approche était excessive et manquait de discernement faisant fi d'un certain nombre de considérations tirées du réel. Nous avons donc proposé de réhabiliter les cessionnaires des droits sous seule condition qu'ils soient qualifiés de parties faibles dans leurs rapports avec les sous-cessionnaires. La lettre de l'article L. 132-1 CPI et l'esprit de la loi de 1957 paraissent tous deux respectés. Ensuite, l'étude a démontré que certaines plateformes sur Internet entretiennent des rapports contractuels ambivalents avec les auteurs. Alors que ces acteurs font valoir leur neutralité pour ne pas que les contrats passés relèvent du droit d'auteur, nous avons constaté que les moyens qu'ils mettent en œuvre peuvent conduire à la communication d'œuvres au public. Sont notamment concernées les plateformes dites d'autoédition, de *crowdfunding* mais également les sites dits d'hébergement tels que YouTube ou Dailymotion. Concernant ces derniers, on rappellera que la directive du 17 avril 2019 leur impose dorénavant d'obtenir l'accord des titulaires de droits afin qu'ils communiquent ces œuvres au public. Ces contrats ne doivent pas par principe échapper à la qualification de contrat d'auteur. Au regard de l'effet réel des stipulations contractuelles, il n'est donc pas exclu que les diverses conventions susceptibles d'être conclues entre les créateurs et ces plateformes soient qualifiées de contrat d'édition. Ainsi, *ratione personae*, le champ d'application du contrat d'édition peut être largement étendu.

454. Qualification en droit civil : l'identité du contrat d'édition. Dans un second temps, la qualification du contrat d'édition impose un rattachement aux qualifications contractuelles du Code civil. L'objectif de ce rattachement consiste à découvrir l'identité conceptuelle du contrat d'édition. Deux objectifs ont été assignés à cette étude. Le premier objectif est purement doctrinal et consiste à mieux saisir la phénoménologie des contrats d'auteur au travers du droit civil. Le second objectif est d'ordre pratique dans la mesure où un tel rattachement permet, *in fine*, d'adosser le contrat d'édition à l'un des régimes juridiques du Code civil plus souple que le droit d'auteur et largement éprouvé par la pratique contentieuse. L'étude a été réalisée en deux temps.

En premier lieu, nous avons déterminé une méthode de qualification. Après avoir constaté les limites de l'approche par la prestation caractéristique, nous avons employé une méthode de qualification inductive. Partant d'une recherche empirique, nous avons répertorié un certain nombre de données observées dans les textes de lois et dans la jurisprudence afin de mesurer l'effet réel du contrat d'édition. Le postulat d'interprétation de ces données était alors le suivant : plus les prérogatives de l'éditeur sur les droits d'édition sont importantes et nombreuses, plus la situation de l'éditeur est assimilable à celle d'un propriétaire. Nous avons pris le parti de classer les données en deux catégories : celles qui relèvent de la maîtrise éditoriale et celles qui relèvent du risque éditorial.

En second lieu, nous avons confronté ces différentes données avec les qualifications présentes dans le Code civil. Après avoir rejeté un certain nombre de qualifications, soit parce qu'elles ne remplissaient pas les conditions relatives à la maîtrise éditoriale, soit parce qu'elles méconnaissaient les conditions touchant au risque éditorial, l'analyse a conduit à retenir la qualification de cession avec charge. Bien que cette dernière soit pour le moins originale, elle se retrouve à plusieurs endroits au sein du Code civil. Le contrat d'édition se rattache donc à une vente mais celle-ci est particulière dans la mesure où elle impose au nouveau propriétaire des droits – l'éditeur – une obligation d'exploitation venant s'ajouter à l'obligation de rémunération. La charge permet donc de finaliser le transfert de propriété des droits d'édition en les affectant à une destination particulière. Si l'éditeur méconnaît l'une ou l'autre de ces obligations, le contrat d'édition perd sa raison d'être et le transfert de propriété des droits peut être révoqué.

Bien que cette première vue d'ensemble permette de saisir la cohérence globale qui se dégage du contrat d'édition, elle demeure largement insuffisante pour poser un regard exhaustif sur son régime. Aussi, convient-il à présent d'envisager l'application concrète de cette double opération de qualification en nous consacrant au régime juridique du contrat d'édition.

SECONDE PARTIE

LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRAT D'ÉDITION

455. Plan. L'exercice de qualification achevé, il convient de parfaire notre étude en lui assignant une finalité pratique. En effet, un exercice conceptuel serait d'une valeur limitée s'il n'offrait pas toutes les garanties d'intelligibilité et de simplicité permettant sa mise en pratique¹⁶¹⁹. Tout au long de la première partie, des points de régime ont pu faire l'objet d'une analyse plus ou moins poussée. L'on pense par exemple à la rémunération proportionnelle ou à certains éléments entourant le transfert du droit d'auteur. Pour autant, ces développements incidents sont insuffisants pour donner une vision claire et exhaustive du régime juridique censé gouverner le contrat d'édition. D'autant que ce contrat connaît actuellement une crise existentielle dont il convient de rappeler les termes : alors qu'il est historiquement le plus vieux contrat d'auteur, le contrat d'édition connaît actuellement une fortune mitigée et il paraît même déconsidéré par la pratique qui se tourne vers d'autres outils juridiques. Pour l'essentiel, le régime juridique du contrat d'édition semble avoir fait son temps. En effet, on retrouve au sein des articles L. 132-1 et s. CPI des références au « *manuscrit* », au « *stock disponible* », au « *premier tirage* », qui sont autant d'indications qui évoquent « l'ancien Monde » ou du moins le XX^e siècle. Bien que le Législateur ait récemment pris la mesure de cette crise en adaptant une partie du régime à l'édition numérique, seul l'édition du livre a connu une réforme d'envergure. Une analyse détaillée de ce régime juridique à la lumière des enjeux contemporains énoncés au sein de la première partie s'impose.

Tout d'abord, comme cela a été constaté, le contrat d'édition est un instrument complexe au sein duquel concourent plusieurs prestations en nature et une prestation monétaire. Si l'on ajoute à ce constat l'impératif de protection de l'auteur et la nécessité d'adapter l'exploitation des œuvres à l'espace numérique, on se retrouve face à un régime juridique complexe, parfois tentaculaire, aux ramifications multiples.

Un effort de rationalisation s'impose. Pour ne pas que le désordre se saisisse de la présente étude¹⁶²⁰, on optera pour une approche simple qui tirera les conséquences des développements précédemment menés en première partie. En effet, la qualification retenue tant en droit d'auteur qu'en droit civil a des effets sur le régime juridique. Les spécificités relevées au stade de la qualification impliquent en tout état de cause des spécificités de régime qu'on ne saurait ignorer. Inversement, si le régime du contrat d'édition n'est pas assuré, sa qualification se dérobera inexorablement.

Une étude du régime juridique du contrat d'édition doit ainsi prendre en considération les nécessités issues du droit d'auteur – la nécessité de protéger l'auteur, de s'adapter aux nouvelles pratiques et de suivre le progrès technique – et les impératifs du droit civil – l'organisation particulière de la cession avec charge et la dimension fiduciaire du contrat. Cette démarche conduira, dans un

¹⁶¹⁹ J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits*, vol. 55, no. 1, 2012, p. 177. Sur la philosophie pragmatique voir PEIRCE : « *Considérer quels sont les effets pratiques que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet. (...) Pour développer le sens d'une pensée, il faut simplement déterminer quelles habitudes elle produit, car le sens d'une chose consiste simplement dans les habitudes qu'elle implique. Le caractère d'une habitude dépend de la façon dont elle pourrait nous conduire à agir* » cité par, C. TIERCELIN, in *C.S. Peirce et le pragmatisme*, PUF, Philosophies, 1993, p. 28, n° 44-46.

¹⁶²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, 1994, p. 483 et s., spéc. p. 488, n° 40 : « *L'impression de désordre est parfois la marque de la sagesse* » ; R. AMARO, *Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles*, préf. M. BERAR-TOUCHAIS, Bruylant, 2014, n° 1, p. 1 : « *L'impression de sagesse* » ne doit pas devenir « *le ferment du désordre* ».

premier temps, à analyser le régime juridique tiré de l'identification du contrat d'édition (Titre 1^{er}) et, dans un second temps, le régime juridique tiré de l'identité du contrat d'édition (Titre 2^d).

Titre 1 : Le régime tiré de l'identification du contrat d'édition

Titre 2 : Le régime tiré de l'identité du contrat d'édition

TITRE I

LE RÉGIME TIRÉ DE L'IDENTIFICATION DU CONTRAT D'ÉDITION

456. Plan. Parce que le contrat d'édition est pourvu d'un statut protecteur issu du code de la propriété intellectuelle, sa qualification doit s'imposer nonobstant la volonté des parties afin de déployer son régime juridique. À cet égard, la première partie a été l'occasion de proposer une méthode d'identification du contrat d'édition fondée sur un principe d'attraction¹⁶²¹. Cette méthode repose précisément sur le fait qu'il existe un régime impératif *in favorem* que les parties ne sauraient aisément contourner. Dès lors, pour saisir pleinement l'essence du contrat d'édition, il faut déterminer l'ampleur de son régime juridique¹⁶²².

Un constat s'impose à cet égard. Le régime du contrat d'édition est actuellement tiraillé entre deux tendances : un classicisme dépassé et une modernité encore trop timide. En effet, pour l'essentiel les dispositions du CPI datent de 1957 et ne prennent pas en compte les mutations de l'édition. Seules quelques dispositions récentes consacrées sous l'autorité du Professeur SIRINELLI prennent la mesure des enjeux actuels dans le domaine du livre. Ce constat conduit à un problème de cohérence fondamental : le régime du contrat d'édition n'étant plus en phase avec la réalité pratique de l'exploitation des œuvres, son identification n'est plus totalement assurée. On se doit donc de corriger le régime du contrat d'édition contenu au sein du CPI afin de lui restituer sa place dans le nouveau paysage de l'économie culturelle. Ce corps de normes issue du CPI, qui constitue le *proto*-régime du contrat d'édition, fera l'objet d'une systématisation s'inscrivant dans le droit fil des grands principes dégagés en première partie d'étude (Chapitre 1).

En outre, il ne faudrait pas que l'élaboration d'une méthode de qualification particulière à laquelle est rattaché un régime rigoureux donne l'illusion d'un contrat en vase clos. La présence d'une partie faible au contrat d'édition, qu'il s'agisse de l'auteur lui-même, de ses héritiers ou d'un ayant droit à titre contractuel, impose par ailleurs l'observation de règles qui, sans relever du droit d'auteur, doivent également participer d'un régime protecteur. En effet, si l'on ne prête pas suffisamment attention à ces mécanismes périphériques, ceux-ci peuvent annihiler la protection édictée par les dispositions du CPI. Ainsi, que vaudrait le principe de la rémunération proportionnelle si les parties peuvent y renoncer conventionnellement ? Rappelons à cet égard que les clauses de renonciation sont parfaitement valables en droit français comme nous le verrons ultérieurement¹⁶²³. D'autres règles peuvent également conduire dans certaines hypothèses à un affaiblissement du régime protecteur. C'est le cas par exemple des règles de conflits de lois, des principes portant sur le formalisme contractuel ou des règles organisant l'office du juge lorsqu'un litige advient avec l'éditeur. La question se pose alors : que vaudrait notre méthode de qualification *in favorem* si les parties peuvent, tout en qualifiant l'opération de contrat d'édition, s'affranchir indirectement de son régime impératif par le biais de mécanismes que l'on retrouve en dehors du CPI ? Ces règles, trop souvent mésestimées par la pratique et la doctrine, sont certes extérieures au droit d'auteur mais elles doivent concourir à la même finalité protectrice en formant un *méta*-régime. Pour ce faire, l'ordre public doit corriger les comportements opportunistes ayant pour effet d'éluder la protection instituée par le droit d'auteur. Or, actuellement l'ordre public censé gouverner cette protection ne cadre qu'imparfaitement avec l'esprit du contrat d'édition. Le régime

¹⁶²¹ *Supra* n° 34 et s.

¹⁶²² De façon générale, le Professeur HENRY écrit que « lorsque le régime d'une qualification est impératif, la nature du contrat devient essentielle. En imposant une sanction, le législateur cristallise les qualifications », X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. dact. Nancy, 1992, n° 678.

¹⁶²³ *Infra* n° 668.

juridique institué à titre auxiliaire par l'ordre public doit être remanié afin de favoriser l'auteur et, plus largement, la partie faible au contrat d'édition. (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La protection principale de l'auteur assurée par les dispositions du code de la propriété intellectuelle

Chapitre 2 : La protection auxiliaire de l'auteur assurée par l'ordre public *in favorem*

LA PROTECTION PRINCIPALE DE L'AUTEUR ASSURÉE PAR LES DISPOSITIONS DU CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

457. Détermination des règles de droit d'auteur applicables au contrat d'édition : « jeu de construction » législatif¹⁶²⁴. Les différentes fonctions présidant à l'identification du contrat d'édition telle qu'elles ressortent de la première partie de l'étude font l'objet d'une réglementation au sein de la législation qui leur est applicable. Prise dans son sens large, cette législation est pléthorique. Trois catégories de dispositions peuvent ainsi s'appliquer : les règles du CPI, les usages, et depuis peu les accords-collectifs. Chacune de ces catégories doit être brièvement présentée pour comprendre leur incidence sur le régime juridique.

458. Règles du CPI : la tendance à la spécialisation. Si le droit des contrats d'auteur est composé d'un corps de règles générales édictées aux articles L. 131-1 et s. CPI et d'un corps de règles spéciales propres à la qualification du contrat en question, en matière de contrat d'édition, la tendance ouverte par l'ordonnance de 2014 est à la spécialisation. Cette tendance rompt avec la logique initiale des fondateurs de la loi de 1957. Pour comprendre l'ampleur du phénomène un retour au 13 août 1936 s'impose lorsque Jean ZAY, alors ministre de l'Éducation nationale et des beaux-Arts, rend compte de son projet de loi portant sur le droit d'auteur et le contrat d'édition. Il se félicitait de l'approche unitaire qui avait prévalu à l'époque¹⁶²⁵. En 1957, ESCARRA avait exprimé quelques regrets sur ce fait estimant que le Parlement aurait mieux fait de ne pas retenir une approche unitaire du contrat d'édition au profit d'une conception plurielle ménageant les spécificités de chaque secteur d'activité¹⁶²⁶. Force est de constater que la vérité d'hier ne correspond plus aux canons législatifs d'aujourd'hui et que la tendance actuelle est à la spécialisation. Depuis la réforme du 12 novembre 2014, la commission SIRINELLI a pris le soin de rénover le droit de l'édition en constituant des régimes spéciaux articulés autour de la nature formelle de l'œuvre. La réforme a été menée par les instances représentatives sur délégation du ministre de la Culture lui-même investi à la suite d'une loi d'habilitation¹⁶²⁷. Ainsi, les dispositions posées

¹⁶²⁴ P. SIRINELLI, L. de CARVALHO, « Réforme du contrat d'édition », *D.* 2015, p. 498.

¹⁶²⁵ Projet de loi de Jean ZAY sur le droit d'auteur et le contrat d'édition du 13 août 1936, Session ord. – 2^e séance du 13 août 1936, annexe n° 1164 : « *Nous vous proposons ici des dispositions spéciales au contrat d'édition, mais s'appliquant à toutes les catégories d'éditions. Plutôt que d'édicter des clauses particulières à l'édition en librairie, à l'édition musicale, à l'édition phonographique, à l'édition cinématographique, à l'édition en matière d'arts graphiques, plastique et appliqués, le Gouvernement a jugé nécessaire de marquer l'assimilation des auteurs et artistes, dont l'effort n'est point rémunéré par un salaire proprement dit, aux autres catégories de travailleurs* ».

¹⁶²⁶ J. ESCARRA, « Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique », *RIDA*, 1954/4, n° 5., spéc. p. 27 ; J. VILBOIS, « Historique de la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* 1958, p. 37, spéc. p. 49 ; J. CASTELAIN, « Les usages dans l'édition musicale », *RLDI*, n° 37, 1^{er} avr. 2008, p. 49, spéc. pp. 49-50 : « *Les différentes variétés d'édition envisagées dans la seconde partie (édition de librairie, édition musicale, édition phonographique, édition cinématographique, édition des œuvres des arts graphiques, plastiques et appliquées) concernaient autant de professions particulières qui ont pu être consultées pendant le déroulement du processus législatif. Toutefois, la difficulté évidente de concilier les intérêts de chacun et de légiférer sur des bases équilibrées, au sein d'un cadre unique – le contrat d'édition – recouvrant des situations extrêmement diversifiées, s'est affichée comme un obstacle de taille. Tout ce détail apportait des lourdeurs au texte de la loi. Dès lors, la Commission de la propriété intellectuelle réduisit son projet de loi en 1950 en disjoignant les dispositions particulières ; ce qui permettait de diminuer les points de friction afin de pouvoir présenter le texte avec l'accord unanime de tous les intéressés* ».

¹⁶²⁷ Sur les lois d'habilitation v. R. KELLER, « La portée des lois d'habilitation », *RFDA* 2006, p. 678, n° 2 : « *L'ordonnance, aussi longtemps qu'elle n'est pas ratifiée, est un acte de forme réglementaire soumis à votre contrôle (CE, Sect., 3 nov. 1961, Damiani, Lebon p. 607 ; CE, Ass., 3 juill. 1998, Syndicat des médecins d'Aix et région et autres, Lebon p. 266), aussi bien par voie d'action que par voie d'exception. Lorsque le projet de loi de ratification n'est pas déposé dans le délai fixé par la loi d'habilitation, les ordonnances deviennent caduques, en application du deuxième*

aux articles L. 132-17 CPI et s. qui complètent le droit spécial de l'édition s'attachent à réglementer l'exploitation du livre, décliné en deux sous-ensembles, livre papier et livre numérique, sans oublier l'hypothèse intermédiaire du livre vendu à distance¹⁶²⁸. Malheureusement, bien que la commission SIRINELLI ait eu pour mission initiale d'envisager des régimes spécifiques pour chacune des catégories « classiques » d'œuvres – musicale, interactive, audiovisuelle –, les pouvoirs de la commission n'ont finalement concerné que le domaine du livre. Heureusement, l'institution de régimes spéciaux en matière musicale ou cinématographique est à l'étude et devrait rapidement trouver un écho au sein des futurs projets de réforme¹⁶²⁹. Ainsi, le constat dressé par le Professeur RÉMY en matière de bail peut être reconduit en matière de contrat d'édition : « *Les contrats très spéciaux chassent les contrats spéciaux* »¹⁶³⁰. Dorénavant, « *cette construction offre la possibilité au législateur d'ajouter de nouvelles subdivisions, relatives aux contrats d'édition portant sur des œuvres d'une autre nature. Il suffit d'insérer une sous-section 3 prévoyant le régime spécifique propre à certaines œuvres. Il y aura alors application du jeu combiné du droit commun du contrat d'édition (sous-section 1) et des dispositions propres prévues dans la subdivision qui leur est consacrée (sous-section 3). Et ainsi de suite, pour les œuvres de différente nature si le besoin d'un statut particulier se fait sentir* »¹⁶³¹.

Depuis la réforme du contrat d'édition issue de l'ordonnance de 2014, les articles L. 132-1 à L. 132-17 CPI peuvent donc être qualifiés de « *droit commun du contrat d'édition* »¹⁶³². « *Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la notion [de droit commun] a un caractère relatif* », qu'elle « *n'a de sens que par rapport au référentiel choisi* »¹⁶³³. Ce sont « *des principes applicables à l'ensemble des secteurs de l'édition* »¹⁶³⁴.

459. Rejet des critiques touchant à la spécialisation du contrat d'édition. Bien que l'on puisse critiquer le procédé législatif qui entacherait la loi d'un déficit de souveraineté¹⁶³⁵, on relèvera

alinéa de l'article 38 (CE, 2 avr. 2003, Conseil régional de Guadeloupe, Lebon p. 162). Si le Parlement ne se prononce pas après le dépôt du projet, les ordonnances restent au niveau réglementaire (Cons. const., décis. n° 72-73 L, 29 févr. 1972 ; CE, 2 avr. 2003, Conseil régional de Guadeloupe, préc.). Enfin, après la ratification, qui peut être expresse ou implicite (Cons. const., n° 86-224 DC déjà cité, consid. 24 ; CE, Sect., 25 janv. 1957, S^{te} Etablissements Charlionais et Cie, Lebon p. 54 ; CE, 10 juill. 1972, Compagnie Air Inter, Lebon p. 537), l'ordonnance acquiert force de loi, avec effet rétroactif pour ce qui concerne ses dispositions qui sont du domaine législatif (Sect., 19 déc. 1969, Dame Piard, Lebon p. 593) ».

¹⁶²⁸ E. SCARAMOZZINO, « Livres - Édition et vente - Ventes à distance et contrat d'édition », *JAC*, 2014, n° 16, p. 7 ; C. BURKHART, « Une réforme sous l'angle du numérique », *JAC*, 2016, n° 34, p. 44 ; Conditions de la vente à distance des livres, *JCP E* n° 30, 24 Juillet 2014, act. 547.

¹⁶²⁹ Rép. min. à QE n° 109430, JO AN Q., 15 nov. 2011, p. 12021, « Une commission spécialisée du CSPLA, centrée sur les problématiques propres au secteur du livre et associant des représentants des auteurs et des éditeurs ainsi que des parlementaires, se penche actuellement sur les relations contractuelles entre auteurs et éditeurs dans l'environnement numérique. Il est prévu que les travaux de cette commission spécialisée, qui devraient s'achever à la fin de l'année 2011 s'agissant du contrat d'édition littéraire, pourront être étendus au début de l'année 2012 aux autres secteurs qui ont recours au contrat d'édition, à savoir la musique, l'audiovisuel et le jeu vidéo », J. DALEAU, « Vers une modification du contrat d'édition », *D. Act.*, 29 nov. 2011, n° 29 ; Inspection générale des affaires culturelles, *Rapport d'activité 2016*, janv. 2017, une année de transversalité accrue, *JAC*, 2017, n° 44, p. 8, P. Noual.

¹⁶³⁰ Ph. RÉMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, L. CADIET (dir.), Economica, 1987, p. 271. Sur ce phénomène qualifié de « sous-spécialisation », v. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, Lextenso éditions, 11^e éd., 2017, n° 7.

¹⁶³¹ P. SIRINELLI, L. de CARVALHO, « Réforme du contrat d'édition », *D.* 2015, p. 498.

¹⁶³² *Ibid.*

¹⁶³³ C. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009, n° 3, pp. 5-6.

¹⁶³⁴ P. SIRINELLI, L. de CARVALHO *ibid.*

¹⁶³⁵ A rapp. Y. GAUDEMET, « Des oubliés de la réforme ? Le nouveau droit des contrats et les contrats de l'Administration », *RDC*, 2016/4, p. 641 : « *La loi n'est plus la loi, œuvre du législateur, telle qu'on l'enseigne encore. La loi le cède à l'ordonnance, plus exactement aux ordonnances, processus éclaté dont le législateur n'a qu'une connaissance si l'on peut dire périphérique, par la loi d'habilitation et pour leur ratification, cependant que leur substance procède d'exercices parallèles conduits par des bureaux différents, relevant de départements ministériels trop souvent jaloux de leur spécialité* ».

qu'une telle méthode est véritablement un gage de compréhension des attentes de la pratique. De la même façon, les critiques touchant à l'inflation législative doivent être écartées¹⁶³⁶. En effet, si la prolifération des régimes spéciaux conduit mécaniquement à une inflation législative¹⁶³⁷, elle conduira sans doute à une baisse significative des litiges, précisément en raison d'une meilleure détermination du cadre législatif.

460. Usages professionnels. Présentation. L'usage est également une source de droit d'auteur. Il dispose d'une place importante au sein du régime juridique du contrat d'édition. Le CPI y fait fréquemment référence¹⁶³⁸. Tout d'abord, pour déterminer la place et la force de l'usage en droit, on reviendra sur l'adage auquel se référerait PORTALIS dans son discours d'introduction du Code civil selon lequel « *où la loi fault, l'usage prévaut* »¹⁶³⁹. C'est ainsi que l'usage, en dépit des débats doctrinaux qui ont notamment opposé GÉNY à ESCARRA¹⁶⁴⁰, semble disposer d'une valeur « *praeter legem* »¹⁶⁴¹. Ensuite, si l'on se réfère au Professeur GAUTIER, la pratique observée dans le milieu doit, au moins, correspondre à un « *comportement unilatéral et répété d'une même catégorie de professionnels* »¹⁶⁴², comportement englobé dans la catégorie plus générale des « *pratiques professionnelles* »¹⁶⁴³. Pour qu'il y ait usage et donc force contraignante, en sus de sa répétition, que la pratique doit être acceptée par le groupe à l'attention de qui elle est destinée¹⁶⁴⁴. Ce point n'est pas anodin dans la mesure où il rend délicate la constitution

¹⁶³⁶ Sur les « *causes de l'inflation législative* » qui touchent la loi en général, v. D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, p. 11. ; E. BLANC *Rapport de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* n° 3112 Assemblée nationale, 21 janv. 2011.

¹⁶³⁷ Le Professeur SIRINELLI et Monsieur PREVOST soulignent que cette tendance à l'inflation législative particulièrement présente dans « le monde de l'immatériel », P. SIRINELLI, S. PREVOST, « Inflation législative : pas d'inversion de la courbe en 2016 », *D. IP/IT* 2016. 57 ; P. SIRINELLI, « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue du juriste », *Prop. Intell.*, 2007, n° 25, p. 397, spéc. p. 398.

¹⁶³⁸ Pour la partie régissant la propriété littéraire et artistique, le CPI emploie onze fois l'occurrence « usage » pris dans son sens de source du droit. Le terme est employé cinq fois au sein des dispositions portant sur le contrat d'édition. V. sur la question, X. PRES, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2004, n° 219 et s.

¹⁶³⁹ PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, p. 18 : « *Il serait, sans doute, désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi* » ; J. HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2^e éd., 2015, sous « *où la loi fault, l'usage prévaut* ».

¹⁶⁴⁰ GÉNY considérait que l'usage se distinguait de la coutume en ce qu'il ne bénéficie pas, contrairement à elle, d'une force normative objective. Seule la convention peut lui donner force (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, T. 1, LGDJ, 1954, p. 376 et s.) ce à quoi ESCARRA répondait en soulignant que « *toute différence entre l'usage et la coutume étant repoussée, il en résulte que contrairement à l'opinion de M. Gény, qui refuse toute valeur objective à l'usage de droit et ne la reconnaît qu'à la coutume, on doit donner la même valeur, même force obligatoire à l'une et à l'autre* » (J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 120).

¹⁶⁴¹ P. TIFINE, « À propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi », *RFDA*, 2002, p. 496 : « *La raison de ce silence paraît aisée à découvrir. Elle semble inspirée par un argument souvent employé dans la doctrine selon lequel la coutume contra legem n'a pas le pouvoir d'abroger l'œuvre du législateur, expression de la volonté nationale, ce qui doit nécessairement conduire le juge à écarter son application. Seules les coutumes secundum legem – interprétatives de la loi – ou praeter legem – complémentaires de la loi – peuvent se voir reconnaître force de droit* ».

¹⁶⁴² P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 29.

¹⁶⁴³ *Vocabulaire juridique*, CAPITANT, voir sous occurrence « Usage », p. 88 ; Ch. CARON « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Prop. intell.* 2003, n° 7, p. 127.

¹⁶⁴⁴ Le juge doit vérifier la présence d'un élément psychologique, l'*opinio juris*, à savoir l'existence de la conviction par les parties prenantes de respecter l'usage, « *qu'ils agissent en vertu d'une règle de droit non exprimée s'imposant à eux comme une règle de droit objectif* » (G. TEBOUL, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, préf. R. CHAPU, LGDJ, 1987, p. 363). P. DEUMIER « Coutume et usages », *Répertoire droit civil*, Dalloz, n° 13 : « *La nature de l'usage ne varie pas dans ces figures, qui renvoient toutes à la pratique répétée constamment et acceptée comme la règle du groupe* ».

de la preuve de l'usage. Le droit de l'édition connaît une myriade d'usages que la pratique a, pour l'essentiel, compilés¹⁶⁴⁵.

461. Usages professionnels. Supplétivité ou impérativité ? En outre, se pose le point de savoir si l'usage est supplétif ou impératif. Le cas échéant, peut-il contredire une règle impérative présente dans le CPI ? Lorsque les usages disposent d'une valeur *secundum legem*¹⁶⁴⁶, ils ne posent pas de réelle difficulté. Il s'agit principalement du cas posé à l'article L. 132-11 CPI où le législateur délègue expressément sa compétence normative à la pratique professionnelle dans l'hypothèse où les parties n'auraient rien prévu¹⁶⁴⁷. Ils complètent alors le régime du contrat d'édition en énonçant des modalités accessoires d'exécution, comme le coût de correction des épreuves¹⁶⁴⁸ ou les délais de fabrication¹⁶⁴⁹.

Qu'en est-il des usages lorsqu'ils expriment une considération impérative ? Ceux-ci étant censés occuper une place vacante laissée par la loi, peuvent-ils être, le cas échéant, *contra legem* ? Concrètement, cela concerne deux hypothèses. En premier lieu, la législation peut avoir évolué et un usage ancien parfaitement établi entre dorénavant en contradiction avec une nouvelle règle impérative. En second lieu, un usage nouveau pourrait entrer en contrariété avec une ancienne disposition légale¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁵ J. CASTELAIN, art. préc., p. 50 : « en renvoyant à des usages divers, certains codifiés, d'autres non, elle fait planer l'incertitude sur le contenu exact des obligations réciproques des parties au contrat d'édition, selon le genre de l'œuvre éditée ».

¹⁶⁴⁶ C. CARON, « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Propriété intell.* avr. 2003, p. 127, spéc. p. 129. Plus largement, v. P. DEUMIER, préc. n° 40 : « L'utilisation des coutumes et des usages, alors dite *secundum legem*, est prévue par la loi elle-même, qui choisit de renvoyer aux usages, locaux ou professionnels, le soin de préciser les conditions de son application, notamment en matière de propriété foncière (V. par ex. : C. civ., art. 671 pour les distances de plantation), d'interprétation des contrats (V. par ex. : C. civ., art. 1159 et 1160) ou de détermination de délais (V. par ex. : C. trav., art. 1234-1). Cette méthode législative est particulièrement heureuse en ce qu'elle réalise la conciliation des intérêts généraux, protégés par la règle légale, et des besoins spécifiques de groupes particuliers, auxquels il est délégué la détermination de la règle adaptée. Ainsi, la diversité des coutumes et des usages, longtemps décriée, constitue au contraire son principal atout face à la règle légale : leur faculté d'adaptation à des besoins, des considérations techniques, des tendances culturelles ou des facteurs économiques variant d'un groupe à l'autre les rend irremplaçables ».

¹⁶⁴⁷ X. PRÉS, th. préc. n° 313 : « L'usage en tant que pratique générale, constante et répétée est pris en compte par la loi de deux manières : soit directement pour compléter les dispositions de la loi, soit indirectement lorsqu'il s'agit d'interpréter ou de compléter les dispositions du contrat ».

¹⁶⁴⁸ Code des usages en matière de littérature générale signé le 5 juin 1981 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition, art. 7.3 al. 2 : « Les corrections apportées par l'auteur au texte définitif et complet (manuscrits et documents) sont à la charge de l'auteur au-dessus de 10 % des frais de composition ».

¹⁶⁴⁹ *Ibid.* art. 7.2 : « À défaut de convention spéciale, l'éditeur doit réaliser l'édition dans délai maximum de 18 mois après la remise enregistrée du manuscrit prêt pour l'impression ».

¹⁶⁵⁰ S. BLOQUET, « Quand la science du droit s'est convertie au positivisme », *RTD civ.* 2015, p. 59 : « Légitime en raison de sa finalité objective au bien commun, la loi semble pouvoir tomber en désuétude, selon la doctrine, en raison de la maxime *ratione legis omnino cessante, cessat lex*. Cette atteinte directe au mythe de la perfection de la norme légale, une idéalité à laquelle les rédacteurs du Code civil ne souscrivent d'ailleurs nullement, s'observe chez un grand nombre de jurisconsultes, qui approuvent l'abrogation de la loi par usage contraire, à condition que ce dernier soit établi sur la généralité du territoire national » et l'auteur cite les tenants de cette doctrine dont il nous appartient d'apprécier la pensée. V., J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Précis du cours de législation fait à l'École centrale de l'Isère*, T. I, Grenoble, J. Allier, An XI, 1802-1803, p. 132 qui procède à son interprétation historique du droit romain : « La jurisprudence romaine changea totalement de face pendant les deux siècles qui suivirent Cicéron. Les actions des lois ayant beaucoup perdu de leur crédit, les jurisconsultes abandonnèrent en grande partie les minuties que l'orateur critiquait avec raison. (...) Nous pouvons donc persister dans nos conjectures, savoir que les coutumes se sont formées vers les temps d'anarchie que nous indiquions » ; H. KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit, et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Strasbourg, Imprimerie de la Faculté de Droit, 1833, p. 13 : « Le Code civil reconnaît partout cette vertu supplétoire de l'usage, vrai Droit non écrit, sans lequel toute législation serait incomplète et perfide. On a même avoué, sans oser toutefois en faire un article exprès, que la coutume pouvait quelquefois abroger la loi » ; M. MAILHER de CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, 2^e éd., Paris, Édition D'Antoine Bavoux, 1825, p. 251 : « On voit une foule de lois abrogées par des usages contraires. D'un autre côté, une foule d'anciens usages portant tous les caractères de la loi sont proscrits, malgré leur ancienneté, comme opposés au texte ou à l'esprit des lois » ; A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, 1849, T. I, Plon Frères, p. 11, n° 20 : « L'abrogation d'une loi ancienne par une loi nouvelle peut être expresse ou tacite. L'abrogation peut même avoir lieu par le seul effet de la coutume ; car la coutume, lorsqu'elle réunit les conditions requises, a la même force que la loi » ;

En droit des contrats d'auteur, un usage ne peut contredire une règle impérative¹⁶⁵¹. On pense au contentieux récurrent des exemplaires dits « de passe ». En effet, avant la loi de 1957, l'usage était d'affecter en partie les pertes et détériorations d'exemplaires sur la rémunération de l'auteur. Néanmoins, cet usage heurtait indirectement le principe de la rémunération proportionnelle de l'auteur. Ainsi, la clause « de passe » avait pour effet de porter atteinte aux règles impératives des articles de la loi de 1957. La Cour de cassation, après quelques hésitations¹⁶⁵², a finalement invalidé cette clause¹⁶⁵³, mettant fin par la même occasion à un usage bien ancré dans le domaine littéraire. Ainsi, de prime abord les usages ne peuvent pas être *contra legem*¹⁶⁵⁴.

J. PAILLIET, *Manuel de droit français*, 1837, T. I, p. 6, n° 10. Néanmoins, l'auteur concède que : « L'inclination doctrinale pour le positivisme s'exprime encore par une soumission inconditionnelle du juge à la loi publique, tout en refusant une quelconque force abrogatoire aux usages *contra legem*, puisqu'un tel procédé apparaît comme une source féconde d'arbitraire ».

¹⁶⁵¹ Sur la nécessaire supplétivité des usages en droit des contrats d'auteur au regard d'une norme impérative du CPI, v. C. CARON, « L'article 1135 du Code civil au pays du droit d'auteur : boîte à merveilles ou boîte de Pandore ? », *Comm. com. électr.*, n° 7-8, juillet 2002, comm. 94, n° 2 : « Mais il aurait certainement fallu que l'élimination de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, permise par l'arrêt Perrier, soit au préalable affirmée. En effet, cet article cardinal du droit des contrats d'exploitation est incontestablement le siège d'un ordre public contractuel. Or, il est constant que les usages, s'ils peuvent écarter une loi supplétive (J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 552), ne sauraient en revanche tenir en échec une loi impérative, marquée du sceau de l'ordre public. Relisons Gény pour s'en convaincre : "Toute la force des usages réside dans la volonté des parties qui les acceptent, il est clair que, si nous supposons une loi véritablement impérative, les usages conventionnels, qui la contrediraient, ne peuvent contre rien de plus qu'une convention expresse" (F. Gény, *op. cit.*, n° 132). Il en résulte que l'usage ne saurait, à lui seul, écarter les dispositions impératives du Code de la propriété intellectuelle ».

¹⁶⁵² Voir par exemple Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993, n° 91-13.664, *RIDA* 1993/4, n° 58, p. 207, au sein duquel la Cour de cassation infirme la cour d'appel d'avoir rejeté en bloc la validité de clause et accepte, sur le fondement de l'article 455 CPC, d'étudier l'opportunité d'un moyen visant en l'espèce à restreindre la portée de la clause tout en la supposant valable.

¹⁶⁵³ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995, n° 93-15.485, *JurisData*, n° 1995-001524, *JCP G.*, 1995, IV, 1898.

¹⁶⁵⁴ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 29 : « Quant à l'usage *contra legem*, il est dépourvu de toute valeur (...). Sauf à ce que le juge, par le truchement de son pouvoir d'interprétation, valide l'usage, alors considéré comme non directement contraire à la loi ». Plus largement, cette position constante et largement rappelée par la Haute Cour (Req. 16 nov. 1841, *S.* 1842. 1. 128 ; Cass. crim. 12 mai 1960, *JCP* 1960. II. 11765. ; Civ. 3^e, 7 juill. 1975, *Bull. civ.* III, n° 238 ; CE 23 janv. 1974, *Sieurs Viot, Garaud et Roche*, *Rec. Lebon* 52). Cette position se trouve parfois expressément rappelée en matière de contrat d'édition, v. Paris 4^e ch. B, 5 mai 2006, *De Naum c/ Éditions Gallimard et autres*, *Propr. intell.* oct. 2006, p. 447, note A. Lucas, où était en cause la possibilité de déroger au formalisme des cessions résultant de l'article L. 131-3 CPI en ayant recours au Code des usages en matière d'illustrations photographiques. La cour d'appel de Paris observe que « toute cession de droits d'auteur doit (...) être constatée par écrit et déterminer les modalités d'exploitation » et que « dans la mesure où une ambiguïté subsiste dans l'étendue des droits cédés, l'écrit doit être interprété en faveur de l'auteur ». Ainsi, un usage, même codifié dans un Code des usages et des bonnes pratiques ne peut porter atteinte à une règle aussi importante et impérative que l'article L. 131-3 CPI. Dans le même esprit, v. TGI Paris 1^{re} ch., 29 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 1, somm. p. 186. ; Paris 4^e ch. B, 12 déc. 1997, *JurisData* n° 024818, qui rappelle que l'auteur se prévalant du formalisme des cessions ne peut se voir opposer aucun usage contraire. Cependant, les tribunaux se montrent parfois plus ouverts acceptant au regard des usages les cessions de droits qui ne remplissent pas directement les conditions édictées à l'article L. 131-3 CPI. Néanmoins, comme nous le verrons, dans ces situations, la Cour de cassation ne procède pas par « abrogation » de l'article L. 131-3 CPI mais par l'interprétation conjointe de la volonté des parties et dudit article qui autoriserait, en vertu des usages, les cessions automatiques de droit, « sauf clause contraire », Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090, *infra* n° 500. Il ne s'agit donc pas d'un remplacement pur et simple de l'article par l'usage mais d'une lecture originale du texte de loi sous l'influence de l'usage. Dans certains cas pourtant, la jurisprudence va plus loin dans des domaines voisins au contrat d'édition et ne prend pas la peine d'articuler les usages avec l'article L. 131-3 CPI, v. en matière de cession de droit sur une photographie qui, en toute vraisemblance, peut prendre les traits d'un contrat d'édition Paris 1^{re} ch., 29 oct. 2001, *RIDA* 2002/2, p. 441 : « Considérant que cet ensemble concordant d'éléments conduit à retenir une cession des droits d'exploitation afférents aux photographies litigieuses qui est intervenue conformément aux usages en vigueur à l'époque à laquelle elles ont été prises », et en matière de contrat de publicité Paris, 15 nov. 1990, *Perrier*, *JurisData* n° 1990-024805, et sur pourvoi, Cass. 1^{re} Civ. 13 oct. 1993, *JurisData* n° 1993-002380 : « La cour d'appel a souverainement retenu que la commune intention des parties avait été de se soumettre au contrat type qui ne

462. Code des usages de l'article L. 132-17-8 CPI. À côté des usages « classiques », des usages pourvus d'une légitimité particulière sont apparus depuis la réforme du 12 décembre 2014. Précisément parce qu'ils trouvent leurs racines dans les accords syndicaux et non dans la force de l'habitude.

Aux termes de l'article L. 132-17-8 CPI, « *lorsque les organisations professionnelles représentatives des auteurs et des éditeurs du secteur du livre concluent un accord portant sur toutes les dispositions mentionnées au II, cet accord peut être rendu obligatoire à l'ensemble des auteurs et des éditeurs de ce secteur par arrêté du ministre chargé de la culture* ». Cet accord est intervenu après de longues discussions entamées dès 2009 entre les organisations représentatives des auteurs et des éditeurs. Il a été rendu obligatoire par un arrêté en date du 10 décembre 2014 à l'ensemble du secteur du livre¹⁶⁵⁵. En juin 2017, par exemple, un accord visant à réglementer la pratique de l'à-valoir a été conclu sous l'égide du CPE¹⁶⁵⁶. Ainsi, la méthode de la co-régulation a infiltré le droit d'auteur¹⁶⁵⁷, notamment sa matière contractuelle¹⁶⁵⁸ et trahit un renouvellement de la création de la norme¹⁶⁵⁹. Le droit de l'édition s'inscrit donc pleinement dans le mouvement amorcé à la fin du XX^e siècle qui a connu l'émergence d'une nouvelle tendance de co-régulation normative¹⁶⁶⁰ dont la consécration de l'Internet 2.0 a servi de catalyseur¹⁶⁶¹.

Certes, la réforme est pour le moment cantonnée au contrat d'édition de livre, reléguant l'article L. 132-17-8 CPI au statut de disposition très spécialisée, mais vraisemblablement cette méthode se généralisera à d'autres catégories d'édition, telles que l'édition photographique¹⁶⁶² ou musicale¹⁶⁶³. Aussi

faisait que traduire les usages commerciaux qui s'étaient instaurés dans le domaine de la publicité», alors que les parties n'en avaient pas repris les stipulations.

¹⁶⁵⁵ Arrêté du 10 décembre 2014 pris en application de l'article L. 132-17-8 du code de la propriété intellectuelle et portant extension de l'accord du 1^{er} décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre, ORF n° 0300 du 28 décembre 2014 p. 22758, n° 66.

¹⁶⁵⁶ B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. La compensation d'à-valoir, évolution des pratiques dans les contrats d'édition. Accord interprofessionnel du 29 juin 2017 », *Comm. com. électr.*, 9, sept. 2018, prat. 13.

¹⁶⁵⁷ V. VARNEROT, « La propriété littéraire et artistique en réseau », *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2013, n° 4.

¹⁶⁵⁸ C. CARON, « Vingt ans après : le contrat d'édition passe officiellement au numérique. Corégulation, un corpus de règles créé par les auteurs et les éditeurs », *JCP G.*, n° 7, 16 fév. 2015, 177 : « *Laissez faire le libraire, laissez faire l'auteur* ! Cette recommandation, faite par Diderot en 1763 dans sa « Lettre sur le commerce de la librairie » (D. Diderot, *Lettre sur le commerce de la librairie* : Grasset 1937, p. 94), a été suivie à la lettre par le législateur qui a laissé les auteurs et les éditeurs élaborer seuls, sous l'égide bienveillante du ministère de la Culture, l'importante réforme dédiée au contrat d'édition numérique ».

¹⁶⁵⁹ N. MOLFESSIS, « Renouvellement des sources normatives. Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155 ; D. MAINGUY, *Introduction générale au droit*, LexisNexis, 2013, 6^e éd., n° 236, pp. 258-259.

¹⁶⁶⁰ Sur ce phénomène v. J. LENOBLE ; M. MAESSCHALCK, *L'Action des Normes*, 2009, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S, p. 3 : « *La matrice de loi et de la séparation des pouvoirs telle que l'a conçue la démocratie représentative n'est pas erronée. Elle est simplement à améliorer par les dispositifs d'une démocratie participative que nous permet de penser la redéfinition procédurale des critères de validité d'une norme (une norme est valable si elle est le résultat d'une discussion libre et rationnelle entre tous les intéressés)* » ; J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation », in *La contractualisation de la production normative*, acte de coll. oct. 2007, Lille, p. 3 : « *La notion connaîtra au XX^e siècle une spectaculaire diffusion dans les sciences sociales, d'abord sous l'influence du développement de la cybernétique, puis dans le cadre de la théorie générale des systèmes. La régulation constitue en effet un élément-clé de la théorie générale des systèmes* ».

¹⁶⁶¹ J. R. REIDENBERG « Les États et la régulation d'Internet », *Comm. com. électr.*, n° 5, mai 2004, n° 11. J. CHEVALLIER, *ibid.* p. 4 : « *Ce modèle contractuel est conçu dans la pensée libérale traditionnelle, hostile à l'interventionnisme étatique, comme l'instrument privilégié, sinon exclusif, de régulation des rapports économiques et sociaux : l'empilement des contrats conduirait de proche en proche à l'édification d'un ordre collectif* »

¹⁶⁶² Code des usages en matière d'illustration photographique du 28 novembre 2017.

¹⁶⁶³ Sur la création d'un Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales, en date du 4 octobre 2017 ayant vocation à être étendu à tous les professionnels du secteur voir C. BERNAULT, « Édition et « code des usages » : après les livres, la musique », *Ess. dr. propr. intell.*, déc. 2017, n° 11, p. 2.

sa nature juridique doit-elle être analysée avec prudence compte tenu des enjeux importants que la question pourrait prendre dans les années à venir.

463. Nature d'accord collectif. Pour différentes raisons, l'emploi de la locution « *Code des usages* » prête à confusion¹⁶⁶⁴. L'analyse du texte arrêté par les syndicats représentatifs démontre qu'il n'y a pas là qu'un simple *addenda* dont la vocation est de lister des pratiques préexistantes – encore que celles-ci eussent réellement existées, ce qui n'a rien d'évident en matière numérique au regard de la jeunesse de l'industrie¹⁶⁶⁵. Au contraire, certaines clauses relèvent moins de la codification d'usages anciens que de la « *préconisation de pratiques nouvelles. Aussi serait-il inexact de réduire les codifications privées à une simple formalisation des usages existants. Nombre de clauses ont ainsi clairement pour but d'organiser la profession, de l'orienter, de la réglementer ; bref de la réguler* »¹⁶⁶⁶.

Il donc est préférable d'abandonner la qualification d'usage et de lui préférer celle d'accord collectif tel qu'elle est retenue en droit social¹⁶⁶⁷. La présence d'un arrêté d'extension pris par le ministre chargé des Affaires culturelles rappelle la méthode existant en droit social et devrait conduire à une telle qualification¹⁶⁶⁸.

Les conventions et les accords collectifs sont qualifiés de « *technique juridique particulièrement originale qui transcende la division habituelle entre la loi et le contrat* »¹⁶⁶⁹. Ce sont des instruments dont la force normative se trouve entre le contrat et la loi. Par ailleurs, en droit social, la convention collective est gouvernée par un principe de faveur selon lequel « *l'accord ajoute mais jamais ne retranche* » aux droits des salariés¹⁶⁷⁰. Ce principe du droit social qui semble transposable au contrat d'édition altère certains aspects du régime. Aussi, la sanction applicable à la méconnaissance de ces accords ne serait pas la nullité mais l'inopposabilité de la clause litigieuse¹⁶⁷¹. Il faudrait ensuite lui substituer l'article prévu au sein de l'accord collectif¹⁶⁷². En définitive, on appliquera au contrat d'édition le principe de « *l'autorité hiérarchique* » des stipulations de l'accord collectif sur les stipulations contractuelles¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁴ B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. Contrats de l'édition. Les nouveaux (?) usages de l'édition numérique » *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2014, prat. 15, n° 1 : « *Pouvons-nous réellement parler d'usages dans l'édition numérique ? La question se pose d'autant plus que de sa réponse découlera toute la légitimité du nouveau dispositif au contenu complexe* ».

¹⁶⁶⁵ J.-M. BRUGUIÈRE et P. DEPRez, « Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique », *Légicom*, n° 51 – 2013/3, p. 7, n° 7 : « *Le Code des usages dont l'accord suggère la consécration a vocation à compléter la loi. Il persiste tout de même une difficulté de taille : ces usages n'existent pas ! L'usage suppose en effet la répétition d'un assez grand nombre d'actes semblables et surtout l'effet du temps* ». V. Néanmoins : B. STARCK, « À propos des "Accords de Grenelle", réflexions sur une source informelle du droit », *JCP*, 1970, I, 2363 : « *Le temps n'est qu'un cadre, un contenant de la matière qui forme la substance de la coutume (...). Mais il en est autrement lorsque les usages et les comportements se propagent au rythme torrentiel des sociétés contemporaines* ».

¹⁶⁶⁶ X. PRÈS, « Le nouveau contrat d'édition (numérique) », *RLDI*, n° 113, 1^{er} mars 2015, p. 39 et plus spécifiquement p. 40.

¹⁶⁶⁷ N. GEORGES, « La réforme des règles du contrat d'édition dans le secteur du livre à l'ère du numérique : vers un meilleur équilibre dans la relation auteur/éditeur », *Comm. com. électr.*, 2014, entret. n° 10.

¹⁶⁶⁸ En ce sens, voir P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 28 : « *Une étape supplémentaire de normativité : lorsque le Code fait l'objet d'un arrêté d'extension du ministre. Ainsi pour l'Accord-cadre en matière de droits voisins audiovisuels, étendu en 2013, ou de celui sur l'obligation d'exploitation du producteur (art. L. 132-27 réd. loi du 7 juill. 2016)* ».

¹⁶⁶⁹ J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 23^e éd., p. 882.

¹⁶⁷⁰ P.-Y. VERKINDT, « Quelques remarques conclusives sur la physionomie de l'accord après la loi du 14 juin 2013 ».

¹⁶⁷¹ Cass. Soc. 22 avr. 198, Bull. civ. V, n° 316 ; Cass. Soc. 5 mars 1986, Bull. civ. V, n° 56.

¹⁶⁷² Cass. Soc. 13 nov. 2001, Bull. civ. V n° 340.

¹⁶⁷³ E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail* préf. B. TEYSSIÉ, Economica, 2008, p. 83 n° 97 ; M. DESPAX, *Droit du travail*, T. VII, *Négociations, conventions et accords collectifs*, (dir. G.-H. CARMELYNCK), Dalloz, 1989, 2^e éd., n° 60 : « *Le contrat dérogatoire est valable en tant que contrat, mais les clauses qui sont en opposition avec celles de la convention collective sont, non seulement inopérantes, mais remplacées par celle de la convention collective* ». Notons par ailleurs que le droit social, qui sert ici de modèle, reconnaît depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, un « *ordre public conventionnel* » censé marqué l'autorité de la

464. Plan. La « crise de l'édition » ayant conduit à repenser les normes applicables au contrat d'édition, il nous appartient de mesurer l'effet réel ou souhaité de ce renouveau. Le régime du contrat doit donc, au moins en partie, évoluer. Dans le CPI, on distinguera deux corps de règles selon qu'elles imposent des obligations impératives aux parties ou des prérogatives à l'auteur. Si le contenu impératif du contrat d'édition connaît un profond renouvellement (section 1), les droits et prérogatives reconnus traditionnellement à l'auteur devront simplement être optimisés (section 2).

Section 1 : Le renouvellement du contenu impératif du contrat d'édition

Section 2 : L'optimisation des droits et prérogatives conférés à l'auteur

Section I

LE RENOUVELLEMENT DU CONTENU IMPÉRATIF DU CONTRAT D'ÉDITION

465. Plan. Le contenu impératif du contrat d'édition peut être défini comme l'ensemble des obligations parées d'une fonction protectrice conforme à l'esprit de la loi de 1957 et analysée en première partie de la présente étude. Néanmoins, ce contenu impératif connaît actuellement l'épreuve délicate de l'hyper industrialisation de la culture et des nouveautés qu'elle recèle. Par exemple, que faut-il attendre d'un éditeur dont le produit d'exploitation ne provient pas à proprement parler des ventes ou des locations des exemplaires de l'œuvre éditée mais des recettes provenant des annonceurs publicitaires ? Son obligation d'exploitation doit-elle s'apprécier de la même façon ou doit-elle subir une approche différenciée ? À cet égard n'oublions pas que les nouveaux modes d'exploitation numérique et notamment le *streaming*, pour lequel nous avons retenu la qualification de contrat d'édition¹⁶⁷⁴, reposent généralement sur des systèmes de rémunération très différents de l'édition classique. De façon similaire, les évolutions contemporaines n'ont-elles pas démontré le renouveau du régime de l'étendue des droits transférés en admettant que certaines fractions du monopole d'exploitation comme les droits dérivés, pourtant réputées hors champ, puissent être transmis en vertu d'un contrat d'édition ? Rappelons en effet que le domaine *ratione materiae* du contrat d'édition doit être apprécié de façon large¹⁶⁷⁵. Ces diverses problématiques peuvent être synthétisées. De manière classique, la protection de l'auteur est recherchée à deux endroits : à la conclusion du contrat et lors de l'exécution de celui-ci.

En premier lieu, faut-il laisser l'auteur s'engager dans les liens d'un contrat d'édition dans la même mesure qu'une personne qui s'adonne à la vente de marchandises ? La réponse étant assurément négative, le CPI édicte des règles présidant à la protection de l'engagement de l'auteur (§ 1). En second lieu, à supposer qu'un auteur se soit valablement engagé, encore faut-il s'assurer qu'il recueille les fruits de son travail de création artistique. Quelles garanties juridiques faut-il reconnaître à l'auteur ? Comment s'assurer de sa bonne rétribution ? Ces difficultés relèvent de la phase d'exécution du contrat d'édition par l'éditeur (§ 2).

§ 1. LA PROTECTION DE L'AUTEUR AU STADE DE L'ENGAGEMENT CONTRACTUELLE

466. Plan. Le contrat d'édition ayant pour fonction positive la protection de l'auteur, l'émission de son consentement doit être encadrée de façon particulière¹⁶⁷⁶. Naturellement, ces règles s'appliquent

norme concertée sur le contrat, L. MARQUET DE VASSELOT et A. MARTINON, « L'ordre public conventionnel », *JCP S.* n° 16, 25 avr. 2017, p. 1128.

¹⁶⁷⁴ Sur la qualification du contrat d'édition en matière d'exploitation numérique v. *supra* n° 156 et s. sur le streaming en particulier v. *supra* n° 172 et s.

¹⁶⁷⁵ Sur le domaine étendu du domaine *ratione materiae* du contrat d'édition, v. *Supra* n° 102 et s.

¹⁶⁷⁶ *Supra* n° 27 et s.

uniquement aux auteurs véritablement parties à la convention d'édition. Cette règle de bon sens devient des plus pertinentes lorsque l'œuvre éditée est le fait d'une pluralité d'auteurs. La détermination du champ d'application *ratione personae* du contrat d'édition réalisée en première partie trouve ici tout son sens¹⁶⁷⁷. En effet, seuls les auteurs investis des droits d'exploitation *ab initio* sont susceptibles en principe de s'engager dans les liens d'un contrat d'édition dans le but de bénéficier de son régime protecteur. Au stade de la conclusion du contrat, cette protection s'incarne, d'une part, dans les règles de capacité contractuelle (A) et, d'autre part, dans les règles de délimitation des droits cédés (B).

A. LA CAPACITÉ DE L'AUTEUR

467. Plan. Le CPI prévoit des dispositions qui renforcent les règles de capacité de l'auteur. Tout d'abord, au regard de la condition de faiblesse socio-économique de l'auteur, le législateur a consacré une règle de capacité originale, largement *in favorem* (1). Néanmoins, l'industrialisation de la culture et la consommation de biens culturels s'étant accompagnées d'un accroissement du nombre d'intermédiaires et de représentants institutionnels, ces règles rigoureuses de capacité peuvent s'avérer problématiques. Pour ne pas entraver la conclusion de contrat d'édition, certaines règles de capacité doivent être sporadiquement assouplies (2).

1. La protection assurée par la rigueur des règles de capacité de l'auteur

468. Plan. Afin de protéger l'auteur, est donc édicté un principe de capacité spéciale (a), qui connaît des limites qui semblent en partie contestables (b).

a. Le principe de capacité spéciale de l'auteur

469. Présentation des règles d'incapacité en droit civil et en droit d'auteur. Au premier rang des incapacités d'exercice se trouve le mineur en principe placé sous l'administration légale de ses parents, seuls compétents pour accomplir les actes de disposition au regard de leur gravité¹⁶⁷⁸, à moins qu'il n'ait fait l'objet d'une procédure d'émancipation¹⁶⁷⁹. Ces actes sont accomplis par les deux parents d'un commun accord ou, le cas échéant, par le parent qui exerce seul l'administration légale¹⁶⁸⁰. Lorsque l'incapable est placé sous tutelle, c'est au conseil de famille, présidé par le juge, d'autoriser le tuteur à passer les actes de disposition. Plus largement, tout majeur peut être placé sous tutelle, curatelle, sauvegarde de justice¹⁶⁸¹, conformément aux dispositions de l'article 425 du Code civil¹⁶⁸².

Quelle que soit la portée assignée à ces mécanismes, ils entraînent tous une incapacité d'exercice en matière d'actes de disposition. Cette dernière remarque est d'une importance capitale en raison de

¹⁶⁷⁷ *Supra* n° 101 et s.

¹⁶⁷⁸ Sur le mineur, v. D. OTTAVI, « L'enfant, créateur et/ou artiste ? », *JAC*, 2017, n° 50, p. 21.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.* Sur les règles relatives à l'émancipation, v. art. 413-1 et s. Code civil.

¹⁶⁸⁰ Le juge aux affaires familiales intervient rarement. Il peut notamment être sollicité en cas de désaccord entre les parents ; de conflit d'intérêts entre les intérêts des administrateurs légaux et ceux du mineur (art. 383 Code civil) ; ou encore pour autoriser une série d'actes de disposition particulièrement graves (art. 387-1 Code civil).

¹⁶⁸¹ D'autres mécanismes de protection des incapables sont prévus dans le Code civil – le mandat de protection future et l'habilitation familiale – mais ils ne seront pas abordés ici en raison de leur caractère très dérogatoire.

¹⁶⁸² Art. 425 Code civil : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre ».

la nature du contrat d'édition qualifié d'acte de disposition par la jurisprudence¹⁶⁸³ et par le décret du 22 décembre 2008¹⁶⁸⁴. Alors que ce constat devrait suffire à ôter toute emprise de l'incapable sur le contrat d'édition, l'article L. 132-7 CPI prévoit expressément que l'auteur doit obligatoirement consentir personnellement au contrat d'édition¹⁶⁸⁵. S'agit-il d'une atténuation de son incapacité ou, au contraire, d'un renforcement de son régime ?

470. Autorisation de l'auteur incapable. Pour reprendre l'expression du Professeur CARON, « *il s'agit d'une sphère de capacité dans l'incapacité* »¹⁶⁸⁶. Aux termes de l'article L. 132-17 CPI, l'accord de l'auteur est obligatoire, même lorsqu'il est juridiquement incapable. Pour une partie de la doctrine, cette capacité spéciale de l'auteur se confond avec le droit moral de divulgation. Anne-Emmanuelle KAHN considère ainsi que « *le droit moral de l'auteur transcende son incapacité juridique et ce, même si son tuteur ou son curateur doit également donner son accord conformément aux règles du droit commun* » et d'ajouter que « *cette règle a d'ailleurs vocation à s'appliquer à l'ensemble de l'exercice du droit moral* »¹⁶⁸⁷. Cette idée reprend les vues de DESBOIS¹⁶⁸⁸, qui voyait dans la disposition une déclinaison du droit de divulgation essentiellement personnel¹⁶⁸⁹. Cette assimilation conduit à de trop grandes incohérences et doit donc être rejetée. Tout d'abord, elle conduit à une contradiction en matière de dévolution successorale. En effet, alors que le transfert du droit de divulgation au profit des héritiers ne suscite pas d'objection, la capacité spéciale de l'article L. 132-7 CPI ne concerne que l'auteur et non les héritiers, l'alinéa 3 excluant du bénéfice de la règle tous les ayants droit de l'auteur¹⁶⁹⁰. Ensuite, cette assimilation est source d'incohérences au regard des autres contrats d'auteur. En effet, si l'article L. 132-7 CPI n'est qu'une émanation du droit de divulgation, pourquoi les autres régimes contractuels présents dans le CPI – contrat de représentation, production audiovisuelle – ne contiennent pas de disposition similaire¹⁶⁹¹ ? L'exercice

¹⁶⁸³ Paris, 18 janv. 2008, RG n° 07/10797 ; Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, n° 98-12.825, Ch. Allaume, « "Astérix à la Cour de cassation" ou l'usufruit spécial du conjoint survivant sur le droit d'exploitation de l'auteur défunt », *Dr. fam.*, mars 2001, Chron. 6. « *La cession de droits d'auteur aux fins d'édition ne constitue pas un acte d'administration mais un acte de disposition* ». V. également sur la nature de disposition du contrat d'édition, Ch. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, 2010, n° 340.

¹⁶⁸⁴ D. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008, JO 31 déc. 2008 qui dans ses annexes 1 et 2 distingue sous la forme de tableau les actes dits d'administration et ceux de disposition. Or, à propos des contrats d'exploitation, il est prévu qu'ils sont des actes de disposition sauf circonstances particulières laissant penser que le contrat sera d'une importance résiduelle pour l'auteur. Sur ce point, v. A.-M. LEROYER, « Personnes protégées – Qualification des actes de gestion du patrimoine », *RTD civ.* 2009, p. 180 : « *On relèvera d'ailleurs d'emblée que les notions d'acte d'administration et de disposition ainsi posées ne sont pas identiques à celles retenues par la loi et la jurisprudence pour l'indivision (art. 815-3 c. civ.) ou les régimes matrimoniaux (art. 1421 c. civ.). La définition de l'acte d'administration proposée par le décret est donc trop large et il faut continuer à le définir comme un acte relatif à la gestion courante du patrimoine. Le seul mérite de ces définitions est de confirmer, s'il en était besoin, que la conception économique de la notion d'administration l'emporte sur une stricte acception juridique (F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, p. 1178)* ». Ainsi, en matière de capacité d'exercice, la qualification doit s'apprécier relativement au patrimoine de l'auteur... ce qui, par essence, conduit à une casuistique peu satisfaisante, à moins de considérer que l'aliénation du droit d'exploitation doit nécessairement être perçue comme importante au regard des potentielles retombées économiques. En somme, tout monopole d'exploitation peut supposément conduire à la fortune de l'auteur si le succès commercial est au rendez-vous.

¹⁶⁸⁵ L. 132-7 CPI : « *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* ».

¹⁶⁸⁶ Ch. CARON, « Les droits de la personnalité de l'incapable : pour ou contre la représentation ? », *D.* 2001, p. 2077.

¹⁶⁸⁷ A.-E. KAHN, « Création d'enfant et droit d'auteur », *JAC*, 2017, n° 50, p. 20.

¹⁶⁸⁸ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 500, p. 516, v. également, H. RAIZON, *La contractualisation du droit moral de l'auteur*, th. dact. 2014, n° 172, p. 114.

¹⁶⁸⁹ Art. L. 121-2 CPI : « *L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre* ».

¹⁶⁹⁰ Art. L. 132-7 al. 3 : « *Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque le contrat d'édition est souscrit par les ayants droit de l'auteur* ».

¹⁶⁹¹ Nous reconnaitrions toutefois la cohérence de DESBOIS qui proposait corrélativement d'étendre la règle de l'article L. 132-7 CPI à tous les contrats d'auteur (H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 494). Une telle

du droit de divulgation et la capacité d'exercice de l'auteur doivent être clairement distingués. En ce sens, la pratique distingue déjà la capacité d'exercice et le droit de divulgation en exigeant de l'écrivain qui a déjà cédé ses droits qu'il signe encore un bon à tirer qui purge l'édition en matière de droit moral et vaut, entre autres choses, accord de divulgation de l'ouvrage¹⁶⁹². Si la capacité spéciale de l'éditeur se confondait avec le droit de divulgation l'ajout d'un second accord via le bon à tirer serait superfétatoire.

471. Protection par le cumul des règles. Pour autant, du fait de son incapacité juridique, la conclusion d'un contrat d'édition nécessite obligatoirement l'intervention de ses représentants légaux. Le fait que cette sphère de capacité déploie ses effets « *sans préjudice* » des règles de droit commun suppose un cumul des régimes. Cela est le sens de la première partie de l'article L. 132-7 CPI qui, curieusement, a fait l'objet d'un débat au sein de la doctrine. Certains spécialistes ont en effet soutenu que la capacité spéciale de l'auteur se substituait à celle de son représentant, ce dernier recouvrant la capacité d'exercice seulement lorsque l'auteur est dans l'impossibilité d'émettre son consentement. En bonne intelligence, cette interprétation doit être rejetée. On aurait du mal, en effet, à saisir la logique du législateur qui déploie un régime rigoureux ayant vocation à protéger l'auteur, mais qui le laisse livré à lui-même spécifiquement lorsqu'il est en situation d'incapacité. L'article L. 132-7 CPI augmente la protection de l'auteur en ajoutant un palier supplémentaire en matière de volonté contractuelle, pas en substituant à un consentement libre et éclairé un consentement auquel le droit commun ôte toute force juridique.

Un arrêt de la cour d'appel de Versailles rappelle clairement ce principe. Un auteur a demandé la nullité des contrats de cession et d'édition qui avaient été signés par lui seul alors qu'il était mineur. Pour ce faire, il a sollicité l'application stricte de l'article L. 132-7 CPI et a fait valoir que si « *l'intervention de l'auteur, même mineur ou incapable, est nécessaire à la validité du contrat de cession ou d'exploitation de ses créations, l'intervention de ses représentants légaux l'est tout autant dans le cas où l'auteur est mineur conformément à l'article 1124 du Code civil* »¹⁶⁹³. La cour d'appel a donné raison à l'auteur et a prononcé la nullité pour incapacité en rappelant tout de même que l'auteur aurait pu ratifier la convention à sa majorité, ce qu'il n'avait pas fait¹⁶⁹⁴. Ce faisant, les magistrats ont bien procédé à une application cumulative des règles de capacité.

Simplement, lorsque l'auteur se trouve dans l'impossibilité physique d'émettre son consentement, le CPI désactive en partie ce double verrou de protection. Le cas d'école n'est autre que celui du « *syndrome de désafférentation motrice* » qui a donné lieu à l'affaire *Le Scaphandre et le Papillon* dans laquelle l'auteur du roman autobiographique était dans l'impossibilité d'émettre son consentement et devait se contenter du seul accord de son curateur¹⁶⁹⁵. Ce principe a été exprimé de façon plus originale dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en date du 27 novembre 2009. L'auteur, Galina Anatolievna, dissidente de nationalité russe, a demandé la nullité du contrat d'édition signé uniquement par son représentant conventionnel pour violation de l'article L. 132-17 CPI. La demande a été rejetée en considérant que « *le contrat litigieux a ainsi été signé par Madame D. en sa qualité de représentante de l'auteur dont la liberté de mouvement était alors réduite en raison de son état de dissident* » ce qui rendait impossible l'obtention de son consentement direct¹⁶⁹⁶. Dans cette hypothèse, l'auteur ne pouvant exprimer personnellement

extension s'avère néanmoins périlleuse au regard du principe d'interprétation stricte des exceptions (A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 831, p. 686).

¹⁶⁹² *Infra* n° 613 et s.

¹⁶⁹³ Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 7 juill. 2016, n° 14/02968.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.* : « *Mais considérant que la société Magic Music n'est pas fondée à soutenir que les sept contrats qu'elle a conclus le 4 octobre 2006 avec M. C., durant la minorité de celui-ci et sans l'intervention de son représentant légal, ont été ratifiés par l'auteur une fois devenu majeur ; Qu'en effet, les relations entre les parties se sont poursuivies pour d'autres œuvres sur la base d'autres contrats, sans confirmation ni ratification des premiers contrats conclus et qu'en tout état de cause, le pacte de préférence du 1^{er} septembre 2008 est nul et de nul effet ; Qu'il sera fait droit à la demande d'annulation de l'ensemble des contrats conclus entre les parties du 4 octobre 2006 au 4 février 2010* ».

¹⁶⁹⁵ Paris, pôle 5, ch. 1, 10 févr. 2010, *Éditions Robert Laffont c/ Bauby et de La Rochefoucaud*, *Propriété intell.* avr. 2010, p. 717, obs. A. Lucas ; *RTD com* 2010, p. 708, F. Pollaud-Dulian.

¹⁶⁹⁶ Paris, pôle 5, ch. 2, 27 nov. 2009, n° 08/07454, l'arrêt prévoit plus largement : « *Considérant que Madame Galina Anatolievna E. critique le jugement dont appel en ce qu'il n'a pas annulé le contrat du 5 août 1977 alors que celui-ci n'avait pas été signé par l'auteur et ce, en violation de l'article L. 132-7 du Code de la propriété*

son consentement en raison de sa situation, on ne peut être fait grief à l'éditeur d'avoir conclu le contrat d'édition avec le seul représentant.

Cette règle constitue une limite de circonstance qui se comprend aisément au regard des conséquences démesurées qu'auraient pu entraîner le maintien rigoureux de la règle de capacité spéciale. Elle aurait conduit à l'impossibilité de conclure un contrat d'édition. Cette désactivation de la règle ne doit pas être confondue avec les véritables limites à la capacité spéciale de l'auteur.

b. Les limites de la capacité spéciale de l'auteur

472. Ratione materiae : l'exclusion justifiée des cessions de contrat d'édition. Les magistrats rappellent que le dispositif spécial est cantonné à la conclusion du contrat d'édition et ne s'applique pas lorsque l'éditeur réalise une cession de la convention. Une affaire concernant un contrat d'édition conclu par Jacques Larue et deux sociétés d'exploitation a été l'occasion de rappeler ce principe. Après le décès de l'auteur, l'une des sociétés a décidé de céder la fraction de droits recueillis à l'autre société, lui transférant ainsi le bénéfice total du contrat d'édition. Le fils héritier a agi en nullité de ce transfert et a obtenu gain de cause devant la cour d'appel de Paris sur le fondement de l'article L. 132-7 CPI¹⁶⁹⁷. Pour les juges du fond, le fils de l'auteur, conformément à l'article visé, aurait dû consentir personnellement à la cession du contrat, à défaut de quoi l'opération encourait naturellement la nullité. Cette décision a été cassée par la première chambre civile¹⁶⁹⁸. La Cour de cassation rappelle qu'en l'espèce, l'opération porte sur une cession de contrat et non sur un contrat d'édition. À ce titre, elle rappelle que l'article L. 123-7 CPI qui édicte les règles de capacité spéciale de l'auteur ne s'applique pas en la matière¹⁶⁹⁹.

De la sorte, la Cour de cassation marque sa volonté de cantonner les règles de capacité spéciale à la seule conclusion du contrat d'édition. Ce positionnement paraît amplement justifié. En effet, il n'y a pas de raison de protéger l'auteur au-delà du cadre du contrat d'édition et ce d'autant plus que la cession de contrat obéit à des règles de protection propres.

473. Ratione personae : l'exclusion inopportune des ayants droit. L'autre exclusion touche cette fois-ci à la personne du cédant. En tant que disposition dictée dans le seul intérêt de l'auteur, l'article L. 132-7 CPI exclut de son champ d'application les ayants droit¹⁷⁰⁰. À leur propos, seules les règles de droit civil réglementent leur capacité d'exercice.

À vrai dire, cette distinction ne se justifie pas. En effet, si la protection de l'auteur est renforcée, rien ne justifie de refuser une telle protection aux ayants droit qui lui sont assimilés, soit les héritiers soit les cessionnaires-parties faibles. En effet, la première partie a été l'occasion de proposer une

intellectuelle (article 53 de la loi du 11 mars 1957) ; qu'elle considère qu'il doit être, à tout le moins, déclaré inopposable à la succession de l'auteur (...) que le contrat litigieux a ainsi été signé par Madame D. en sa qualité de représentante de l'auteur dont la liberté de mouvement était alors réduite en raison de son état de dissident ; que la veuve de l'écrivain rappelait d'ailleurs dans un courrier du 6 août 1991 à destination de la société ÉDITIONS A. M. que leurs relations étaient basées sur le contrat du 10 août 1977, signé par Mme Irina D. qui avait procuration de Vénédict E. ; que l'existence de cette procuration est encore confirmée, dans son attestation du 21 janvier 2005, par Monsieur B., traducteur interprète, qui a rencontré l'écrivain en 1984 ».

¹⁶⁹⁷ Paris, 4^e ch., sect. B, 8 avr. 2005, *Ageron c/ SA SACEM*, *JurisData* n° 2005-277280.

¹⁶⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, n° 05-19.352, *Larue et a. c/ Emi Music Publishing France*, *JurisData* n° 2007-037263 ; *Propri. intell.* 2007, n° 23, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.*, n° 4, Avril 2008, chron. 4 X. Daverat.

¹⁶⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, préc. : « Vu les articles L. 132-7 et L. 132-16 du Code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article 1304 du Code civil (...) Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le contrat du 30 juillet 1971 avait été conclu par la société Éditions Patrick et opérait transfert du contrat d'édition, initialement passé par Jaques Y..., 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 ».

¹⁷⁰⁰ Art. 132-7 al. 2 CPI : « Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque le contrat d'édition est souscrit par les ayants droit de l'auteur ».

extension *ratione personae* du champ d'application du contrat d'édition, nonobstant les vicissitudes de la jurisprudence et principalement de l'arrêt *Perrier*¹⁷⁰¹. En effet, les héritiers en ligne directe continuent la personne de l'auteur et doivent être placés dans une situation analogue¹⁷⁰². Les ayants droit à titre contractuel, dès lors qu'ils sont réputés partie faible, devraient par mimétisme, bénéficier d'une protection analogue à celle de l'auteur¹⁷⁰³.

2. La protection assurée par l'assouplissement des règles de capacité spéciale de l'auteur

474. Problème. Plan. Lorsque le titulaire du droit d'édition mandate une personne pour conclure en son nom et pour son compte un contrat d'édition, la validité du contrat peut se heurter à l'article L. 132-7 CPI lequel impose à peine de nullité le consentement personnel de l'auteur. Or, le constat dressé en introduction doit être ici rappelé. L'industrialisation de la culture est telle que l'on retrouve dorénavant dans les chaînes éditoriales bon nombre d'intermédiaires dont la vocation est d'assurer la protection de l'auteur. Dès lors, en imposant le consentement de l'auteur, la règle de capacité spéciale peut brider l'intervention de ces intermédiaires. La disposition doit donc être assouplie sans pour autant remettre en cause le principe de protection de l'auteur précédemment exposé¹⁷⁰⁴. En pratique, deux problématiques peuvent être identifiées : celle des agents éditoriaux qui se prévalent d'un mandat (a) et celle des organismes de gestion collective qui représentent les titulaires de droits (b).

a. Les agents éditoriaux

475. Présentation. Les agents éditoriaux sont, comme tout agent, des représentants qui ont la particularité d'essaimer dans le domaine culturel parallèlement aux agents artistiques. Dans le domaine qui nous intéresse, ils ont pour activité la conclusion de contrats d'édition au nom et pour le compte d'auteurs et d'éditeurs. Bien que les pouvoirs publics aient en vain tenté de briser l'essor de ces intermédiaires au début du XX^e siècle¹⁷⁰⁵, la pratique s'est peu à peu démocratisée¹⁷⁰⁶. Aujourd'hui, certains leur prédisent un bel avenir avec l'éclosion de l'édition numérique¹⁷⁰⁷. Ce bref rappel historique permet de mettre en avant une réalité : l'intermédiation éditoriale existe mais la profession se laisse peu appréhender par le droit. Ces agents sont rassemblés au sein d'un syndicat dans le domaine littéraire – Alliance des agents littéraires français – et se présentent comme des représentants observant une mission de commission¹⁷⁰⁸.

476. Problème juridique. Au regard de l'article L. 132-7 CPI qui impose le consentement personnel de l'auteur, la légalité de l'activité d'agent éditorial peut faire débat, contrairement par

¹⁷⁰¹ *Supra* n° 274-275.

¹⁷⁰² *Supra* n° 265.

¹⁷⁰³ *Supra* n° 304.

¹⁷⁰⁴ *Supra* n° 27.

¹⁷⁰⁵ Sur les abus constatés et l'échec de la loi Godart du 16 mars 1928, voir V. CARDON, M. GRÉGOIRE, « Les syndicats du spectacle et le placement dans l'entre-deux-guerres », *Le Mouvement Social*, 2013/2, n° 243, p. 19, spéc. pp. 22-24.

¹⁷⁰⁶ O. SNAIJE « French Literary Agents Stage a Quiet Revolution », *Publishing Perspectives.com*, 15 déc. 2009 ; J. JOSTE, L'agent littéraire en France. Réalités et perspectives, juin 2010, pour le MOTif.

¹⁷⁰⁷ C. MÉADEL, N. SONNAC, « L'auteur au temps du numérique », *Esprit* 2012/5, mai, p. 102, et spéc., p. 110 : « Dans la filière de l'édition numérique française, de nouveaux intermédiaires apparaissent ; c'est notamment le cas de l'agent littéraire, qui s'est glissée dans la relation entre l'auteur et l'éditeur, alors qu'il reste une exception dans l'édition classique française. En effet, dans cet environnement numérique non maîtrisé par l'auteur, celui-ci peut avoir tendance à recourir aux services d'un agent littéraire qui serait plus à même de négocier ses droits auprès des éditeurs, mais aussi auprès des plates-formes de vente en ligne comme Amazon ».

¹⁷⁰⁸ <http://www.sfaal.fr/le-sfaal/aalf/> : « Les missions de la commission, à l'instar du syndicat, seront de fédérer les agents pour une meilleure visibilité de la profession et une représentation optimale des auteurs et des éditeurs, d'assurer un dialogue constant avec les syndicats d'auteurs, d'éditeurs, de producteurs, ainsi qu'avec les institutions nationales et internationales, de former auteurs et agents sur des questions techniques, d'assurer une présence internationale accrue des auteurs et éditeurs représentés ».

exemple au droit américain qui autorise formellement le recours aux agents pour signer des contrats d'auteur¹⁷⁰⁹. Parfois, l'agent devra même user du droit de divulgation lorsque l'œuvre qui fait l'objet d'une négociation contractuelle n'a pas été divulguée¹⁷¹⁰. En effet, le fait que l'auteur doive expressément consentir à la conclusion du contrat par écrit limite automatiquement le pouvoir du représentant. Dans cette mesure, l'article 1156 du Code civil prévoit que la personne qui a conclu un contrat avec un représentant dépourvu de pouvoir peut demander la nullité¹⁷¹¹.

Néanmoins, un arrêt de la Cour de cassation du 29 mai 2001 peut être interprété comme admettant la validité de ce montage contractuel. La Cour a considéré que le contrat d'édition passé par une agence au nom et pour le compte des héritiers d'un auteur n'est pas valable dans la mesure où le mandat dont se prévaut l'agence ne porte que sur la représentation de l'auteur¹⁷¹². *A contrario*, on peut en déduire que le transfert de pouvoir de l'auteur au profit de l'agence est valable et qu'il lui aurait permis, du temps du vivant de l'auteur, de conclure le contrat d'édition. Considérant la faiblesse d'une telle interprétation menée *a contrario*, le point doit être clarifié.

477. Validité des contrats d'édition conclus par les agents. Tant sur le plan des principes juridiques que sur le plan pratique, la validité des contrats passés par les agents doit être admise.

Tout d'abord, sur le plan des principes juridiques, contrairement aux différents modes de représentations légales et judiciaires où l'incapable subit la situation, en cas de mandat donné à un agent, l'auteur consent expressément à la représentation pour la conclusion de conventions éditoriales. Le consentement est alors pleinement exprimé, bien qu'il le soit en amont du contrat d'édition. Dans cette mesure, il n'est pas nécessaire de reconduire l'accord de l'auteur, par écrit qui plus est.

Ensuite, sur le plan pratique, la présence d'un professionnel chargé de négocier avec l'éditeur pourrait bien s'avérer bénéfique pour l'auteur. En l'occurrence, la démonstration consiste moins à proposer un énième statut réglementé à propos de ces agents – au sens strict, le régime de l'agent artistique devrait s'appliquer¹⁷¹³ – qu'à relever les aspects positifs de leur travail. Leur présence est bénéfique dans la mesure où elle permet un rééquilibrage entre les éditeurs et les auteurs qui permettrait à ces derniers d'obtenir une meilleure clé de répartition du produit d'exploitation. Pour illustrer l'importance des agents, le travail effectué par l'agent François Samuelson, qui en 2004 a renégocié à la hausse les droits de Michel Houellebecq avec la société Fayard, est souvent mis en avant¹⁷¹⁴.

¹⁷⁰⁹ Copyright Act § 204 - Execution of transfers of copyright ownership : « (a) *A transfer of copyright ownership, other than by operation of law, is not valid unless an instrument of conveyance, or a note or memorandum of the transfer, is in writing and signed by the owner of the rights conveyed or such owner's duly authorized agent* ».

¹⁷¹⁰ Certains auteurs considèrent toutefois que le mandataire peut mettre en œuvre les droits moraux de l'auteur, v. en ce sens P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* n° 190. P.-Y. GAUTIER, « Le mandat en droit d'auteur », in *Mélanges A. Françon*, Dalloz, Paris, 1995, p. 223. D. OTTAVI, art. préc., qui considère que « *la théorie civile du mandat (C. civ. art. 1984 et s.) a vocation à s'appliquer au droit d'auteur, et spécifiquement à l'exercice des droits patrimoniaux, elle peut même s'appliquer au droit moral, à condition que celui-ci ne concerne qu'un acte précis* ».

¹⁷¹¹ Art. 1156 du Code civil : « *Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité* ».

¹⁷¹² Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001, n° 99-15.284 : « *Attendu que, procédant à l'analyse de la correspondance échangée entre les Éditions Phébus et l'agence Tessa Sayle, à qui avait été demandée l'autorisation de publication, la cour d'appel a souverainement retenu qu'il en ressortait que cette agence ne se reconnaissait pas le pouvoir d'engager les héritiers de l'auteur, de sorte qu'elle ne pouvait paraître que comme un intermédiaire dépourvu du pouvoir de conclure un contrat d'édition, d'où les juges du second degré ont pu déduire que cette agence ne pouvait être considérée comme le mandataire apparent des ayants droit de l'auteur ; que la cour d'appel a ainsi, sans dénaturer, légalement justifié sa décision sur ce point* ».

¹⁷¹³ C'est le sens du Préambule du Code de bonne conduite entre agents promu de la SFAAL : « *Il est rappelé qu'au titre de l'article L. 7121-9 du Code du travail, tout agent ou agence souhaitant travailler avec un artiste du spectacle est tenu de recevoir un mandat dudit artiste. Les modalités du mandat sont précisées à l'article 1 du décret n° 2011-517 du 11 mai 2011 relatif aux agents artistiques* ». Sur la proposition de définition de l'agent artistique, v. J. JOSTE, préc. p. 5 : « *Les syndicats d'artistes ont proposé d'introduire dans la loi une définition de l'agent artistique : "représentant d'un artiste chargé de la défense de ses activités et de ses intérêts professionnels en sa qualité d'artiste"* ».

¹⁷¹⁴ N. CROM, « L'agent fait-il le bonheur des écrivains ? », *Télérama*, 21 oct. 2015 ; D. PERAS, « Jamais sans mon agent littéraire », *L'Express*, 21 sept. 2018 ; N. VULSER, « François Samuelson, le "007" de

Naturellement, les créateurs de tous bords ne connaîtront pas une fortune similaire à celle de Michel Houellebecq, mais ils seront sans doute mieux armés face aux éditeurs au moment de négocier les modalités contractuelles.

b. Les organismes de gestion collective

478. Présentation. Le cas des organismes de gestion collective est plus épineux que celui des agents éditoriaux. En effet, ces sociétés ne se contentent pas de percevoir les revenus de l'auteur mais elles participent aussi à la gestion des droits en autorisant des exploitations. En effet, lorsqu'un auteur adhère à l'un des organismes répertoriés, le contrat d'apport prend la forme soit d'un apport-mandat soit d'un apport-cession. En 2014, l'activité des Organismes de gestion a fait l'objet d'une refonte à l'échelle européenne¹⁷¹⁵. Pour l'essentiel, la directive s'emploie à rénover le régime de la gouvernance des Organismes de gestion et donne un cadre juridique aux licences multiterritoriales. Depuis la transposition de la directive par l'ordonnance du 22 décembre 2016¹⁷¹⁶, l'article L. 321-1 du CPI distingue deux modes de gestion : la gestion « *en exécution d'un contrat* » en vertu de laquelle les droits sont confiés à l'organisme de gestion de manière « volontaire » par les titulaires et la gestion « *en vertu de dispositions légales* » qui procède d'un dessaisissement « obligatoire ». L'article poursuit en soulignant que les organismes de gestion collective « *agissent au mieux des intérêts des titulaires de droits qu'ils représentent et ne peuvent leur imposer des obligations qui ne sont pas objectivement nécessaires pour protéger leurs droits et leurs intérêts ou pour assurer une gestion efficace de leurs droits* ».

479. Position du problème. Les organismes de gestion collective sont habilités à autoriser les tiers à utiliser les œuvres présentes dans leur répertoire. Par exemple, la SACEM, en accord avec la SDRM, autorise les reproductions des œuvres dont elle s'est vu attribuer les droits pour toute production de disque, DVD, Blu-ray. En tant que fixation sur un support tangible, cette exploitation tombe naturellement sous la fonction d'exploitation du contrat d'édition. Se pose irrémédiablement une question : quelle est la nature du contrat conclu lorsqu'un exploitant obtient d'un organisme de gestion collective une autorisation de reproduction sur un support ? Si un exploitant sollicite une autorisation auprès de la SACEM pour réaliser un CD ou une compilation, l'exploitant en question doit-il être soumis au régime du contrat d'édition ? Très peu d'éléments de réponse sont fournis. Pour l'essentiel, les difficultés viennent de la relative ignorance qu'entretiennent le droit de la gestion collective et le droit des contrats d'auteur. Témoin de cette ignorance, la directive de 2014 prévoit au considérant 56 que les dispositions qu'elle contient sont sans préjudice des règles du droit des contrats¹⁷¹⁷. Notons quelques références au droit des contrats comme, par exemple, l'article L. 324-3 qui précise que « *les contrats conclus par les organismes de gestion collective avec les utilisateurs de tout ou partie de leur répertoire sont des actes civils* ».

Pour réaliser l'ampleur du problème juridique, plusieurs précisions doivent être apportées. Tout d'abord que lorsqu'un organisme de gestion collective, par exemple la SACEM, perçoit des revenus issus de reproductions mécaniques réalisées à la suite d'un contrat d'édition, la clé de répartition arrêtée au sein de ladite convention lui est opposable¹⁷¹⁸. Ainsi, l'organisme se veut « transparent » à ce stade.

Michel Houellebecq », 3 janv. 2019, *Le Monde* ; B. PUECH, « Ils sont pas bien là ? Michel Houellebecq et Gérard Depardieu, à la fraîche, décontractés... », *Le Figaro*, 3 janv. 2019.

¹⁷¹⁵ Dir. 26 fév. 2014, 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

¹⁷¹⁶ Ord. 22 déc. 2016, n° 2016-1823.

¹⁷¹⁷ Considérant n° 56 Dir. préc. : « *Les dispositions de la présente directive s'entendent sans préjudice de l'application des règles de concurrence, et de toute autre législation pertinente dans d'autres domaines, notamment (...) le droit des contrats* ».

¹⁷¹⁸ Art. 9 al. 2 statuts SACEM : « *Les redevances de droits d'auteur perçues par la société au titre du droit de reproduction mécanique seront réparties après prélèvement de la retenue statutaire de l'article 8 B) 8° des statuts entre l'auteur, le compositeur et l'éditeur de chacune des œuvres reproduites, conformément aux conventions intervenues entre eux* ».

Ensuite, peu importe la nature de l'apport réalisé au profit de l'organisme – apport-mandat ou apport-cession –, ce dernier agit comme un représentant de l'auteur. Lorsque l'apport se fait par mandat le point ne pose aucune difficulté, le mandat étant par essence un outil de représentation. Lorsque l'apport se fait par cession, un consensus doctrinal semble établi pour qualifier cette cession de fiduciaire¹⁷¹⁹. Or la dimension fiduciaire implique par principe la représentation du cédant par le cessionnaire¹⁷²⁰. Ainsi, lorsque l'organisme agit au titre des droits cédés, il agit pour son propre compte en tant que propriétaire¹⁷²¹ mais aussi pour le compte de l'auteur en tant que fiduciaire. Dès lors, les Organismes de gestion de droits étant investis dans leurs prérogatives *via* des outils de représentation, la logique voudrait que l'autorisation qu'ils concèdent soit en réalité le fait de l'auteur. Par conséquent, nous retombons sur les qualifications juridiques du droit des contrats d'auteur¹⁷²².

480. Cacophonie et incertitude. Le régime de l'activité des Organismes de gestion confine quelque peu à la cacophonie. En matière musicale par exemple, il y a, pour le Professeur SIIRIAINEN, « *quelque difficulté à concilier l'apport antérieur fait par un auteur à la SACEM avec le contrat d'édition musicale que celui-ci conclut ensuite avec un éditeur* »¹⁷²³. Afin de prévenir les tourments juridiques, l'article 1 du contrat SACEM énonce que « *l'auteur cède à l'éditeur qui l'accepte, selon les modalités et conditions ci-après définies, sous réserve en particulier des droits antérieurement consentis par lui et à l'exception des attributs d'ordre intellectuel et moral attachés à sa personne, son droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* »¹⁷²⁴.

Dans certains cas, les magistrats qualifient l'opération de contrat d'édition sans apporter plus de précision¹⁷²⁵. Dans d'autres cas, les choses s'avèrent plus complexes. Prenons l'exemple de la SCAM.

¹⁷¹⁹ Sur le caractère fiduciaire de cette cession, v. F. SIIRIAINEN, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, th. dactyl. Nice, 1999, p. 91 et s. ; du même auteur, « Gestion des droits d'auteur et des droits voisins par un organisme » *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1550, n° 1 : « Elle repose cependant toujours sur des "principes" qui traduisent sa dimension mutualiste ou coopératiste, voire "fiduciaire" – et qui se retrouvent plus ou moins dans tout système de gestion collective ». C. MARÉCHAL, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », *Comm. com. électr.*, n° 6, juin 2016, ét. 11, n° 6 : « L'article 1159 précise aussi qu'en cas de représentation conventionnelle, le représenté conserve l'exercice de ses droits. En matière de gestion collective, l'absence de dessaisissement du mandant-associé pourrait ainsi constituer un avantage par rapport à la technique de la cession fiduciaire. Lorsqu'il y a eu cession fiduciaire des droits d'auteur au profit de la société de gestion, l'auteur ne peut, en effet, plus exercer ses droits, notamment agir en contrefaçon, sauf en cas de carence de la société » ; A. LUCAS, « Exploitation des droits de la propriété littéraire et artistique », *Synth. PLA*, n° 52 : « La gestion peut être confiée à l'organisme en vertu d'un mandat, elle l'est, le plus souvent sur la base d'un "apport", qui est une cession d'une nature particulière. Elle présente, en effet, un caractère fiduciaire, en ce sens que l'organisme de gestion collective exploite pour le compte de l'auteur, et non pas pour son compte », A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 1049 ; C. CARON, *op. cit.*, n° 505 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 769.

¹⁷²⁰ Sur le caractère fiduciaire des contrats d'auteur, v. *infra* n° 419 et s.

¹⁷²¹ Cass. com., 5 nov. 1985, n° 83-10.481, *SACEM c/ Mme Hérault*, *JurisData* n° 1985-702930, *RIDA* 1986/3, p. 125 : « Mais attendu, en premier lieu, que la SACEM, société civile, est un organisme professionnel d'auteurs au sens de l'article 43, alinéa 2, de la loi du 11 mars 1957 ; Que loin de se livrer à une action d'entremise, elle agit directement aux lieux et places de ses adhérents et non comme leur mandataire, en vertu de tout ou partie des droits d'auteur qu'ils lui ont apportés, afin de recouvrer, en son nom propre, les redevances stipulées, dans les contrats tel que celui souscrit par Mme X... ; Que les éditeurs de musique, membres de cet organisme, n'y figurent pas en tant que commerçants, mais dans la mesure où ils ont acquis des droits d'exécution ou de représentation publique sur les œuvres qu'ils exploitent ».

¹⁷²² V. ainsi M. GAUTREAU, « Contrat d'enregistrement avec la SDRM », *Lamy association*, n° 290-74 : « La terminologie légale devrait être "contrat d'édition sonore", puisque la confection d'un exemplaire d'une œuvre protégée par tout procédé technique relève du droit de reproduction. Néanmoins il y a trop de dissemblances entre le contrat d'édition réglementé par l'article 48 de la loi du 11 mars 1957 (C. propr. intell., art. L 132-1) et celui proposé aux usagers du répertoire d'une société de perception pour que l'on puisse s'y référer. L'objet du contrat est une concession ou licence de reproduire en nombre et sans exclusivité l'œuvre ou les œuvres des répertoires administrés par la SDRM, moyennant rémunération ».

¹⁷²³ F. SIIRIAINEN, « Gestion des droits d'auteur et des droits voisins par un organisme », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1550, n° 62.

¹⁷²⁴ *Ibid.*

¹⁷²⁵ Paris 4^e ch. sect. A, 28 fév. 2007, n° 06/01188 : « Que la société LE CHERCHE MIDI ÉDITEUR a conclu deux contrats d'édition : - le 20 février 2001, avec Alain W. ayant pour objet un ouvrage intitulé *Les Parisiens de*

Laurent DUVILLIER, président de cet organisme de gestion collective, met ainsi en garde : « *La SCAM ne peut ni ne doit remplir à aucun égard le rôle d'agent littéraire. Elle ne saurait servir d'intermédiaire rétribué entre l'auteur et un éditeur et elle ne se charge pas de l'encaissement des droits consécutifs à l'exécution du contrat d'édition, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle d'un mandat particulier. Dans son rôle de conseil et d'assistance, elle met à la disposition des auteurs des contrats référentiels d'édition* »¹⁷²⁶. Pourtant, plusieurs éléments laissent entendre l'inverse. On notera tout d'abord que la SCAM assume expressément sur son site internet son rôle de soutien aux auteurs dans le cadre des négociations menées avec les exploitants – notamment les éditeurs – afin d'obtenir une rémunération qui soit équitable¹⁷²⁷.

Par ailleurs, l'article 8-B du contrat-type « multimédia » de la SACD qui prévoit que la rémunération proportionnelle est perçue par la société de gestion pour le compte de l'auteur renvoie bien à l'idée d'un mandat¹⁷²⁸. Pour certains auteurs, l'existence d'une forme de « *mandat de négociation* » dévolu à l'organisme de gestion collective ne fait aucun doute¹⁷²⁹.

De la même façon, en matière de droits de reprographie, quelle portée assigner à l'article L. 122-10 CPI qui confère à la société de gestion agréée en la matière – le CFC – le droit de signer tout contrat avec des utilisateurs¹⁷³⁰, y compris à des fins commerciales¹⁷³¹, sous la seule réserve dans ce dernier cas de faire valider le contrat par l'auteur¹⁷³² ? L'opération doit être qualifiée de contrat d'édition signé par le CFC.

Pour ces différentes raisons, les Organismes de gestion de droits doivent être considérés comme de véritables représentants ce qui influe sur le régime du contrat d'édition.

POULBOT, - le 5 avril suivant, avec l'ADAGP, cessionnaire des droits patrimoniaux attachés à l'œuvre de Francisque POULBOT, en vue de la reproduction d'œuvres de l'auteur ».

¹⁷²⁶ L. DUVILLIER, « Sociétés de perception et de répartition des droits d'auteurs – Société civile des auteurs multimédia (SCAM) », *J.-Cl. Société*, Fasc. n° 193-80, n° 37.

¹⁷²⁷ Voir sur le site de la SCAM : « *Dans le rapport de force contractuel entre un auteur ou une autrice et une société de production, une maison d'édition ou un diffuseur, l'auteur ou l'autrice est rarement en mesure de négocier une juste rémunération pour l'utilisation de ses œuvres. La force collective que représente le regroupement au sein de la Scam, et des Organismes de gestion collective (OGC) en général, assure aux auteurs une juste rémunération* ». <http://www.scam.fr/Gestion-des-droits/La-gestion-collective>.

¹⁷²⁸ Art. 8-B, Contrat-type « multimédia » de la SACD : « *La rémunération proportionnelle de l'auteur sera perçue par la SACD, ou toute société la représentant, dans le cadre des accords... à intervenir avec l'éditeur des supports... et/ou les télédiffuseurs, éditeurs, fournisseurs de services et tous autres exploitants en fonction du mode d'exploitation* ».

¹⁷²⁹ E. POUILLET, *op. cit.*, n° 274, p. 238 : « *Il a été jugé, par interprétation des statuts, que les auteurs, qui font partie de la Société des gens de lettres, n'ont abandonné à la Société la propriété même du droit de reproduction qui leur appartient, mais qu'ils lui ont donné seulement mandat d'autoriser pour eux ladite reproduction et de toucher, dans leur intérêt, et pour qu'il leur en soit tenu compte ultérieurement, les bénéfices en résultant ; d'où la conséquence la vente du droit de reproduction lui-même est une chose licite et ne saurait constituer la vente de la chose d'autrui (Paris, 2 août 1872 (1), aff. Rousset, Dali. 72.2.226). (1) Y. aussi Rej., 6 août 1873, même affaire Dali., 73.1.401* ». J.-L. GOUTAL, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, p. 357, n° 13 : « *Autrement dit, la clause de rémunération proportionnelle, que l'on connaissait traditionnellement comme celle fixant un pourcentage précis à appliquer à une assiette bien déterminée devient, dans un contrat conclu entre un auteur et le producteur d'une œuvre multimédia "en présence de la SACD", une sorte de mandat de négocier "au mieux" avec les exploitants, en fonction des circonstances. C'est dire l'incertitude dans laquelle on se trouve en cette matière, même dans le cas d'un contrat soigneusement rédigé par un groupe de spécialistes* ».

¹⁷³⁰ Art. 122-10 al. 1 CPI : « *La publication d'une œuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à un organisme de gestion collective régi par le titre II du livre III et agréé à cet effet par le ministre chargé de la Culture. Les organismes agréés peuvent seuls conclure toute convention avec les utilisateurs aux fins de gestion du droit ainsi cédé, sous réserve, pour les stipulations autorisant les copies aux fins de vente, de location, de publicité ou de promotion, de l'accord de l'auteur ou de ses ayants droit* ».

¹⁷³¹ TGI, Paris, 3^e ch., 2^e sect., 9 juill., 2010, n° 09/02145, *M. David Forest c/ CFC et Inist, RLDI*, août 2010, n° 63, B. Spitz.

¹⁷³² Paris, 24 mars 2004, n° 2002/20558, *Centre français d'exploitation du droit de copie c/ Sté Prisma Presse et autres*, *JurisData*, n° 237119, *Légipresse* 2004, n° 213, III, 129, note G. Vercken. En ce sens v. également M. JOLIBOIS, *JO Sénat*, 18 nov. 1994, p. 5839. M. TOUBON, ministre de la Culture et de la Francophonie : « *L'accord de l'auteur ou de ses ayants cause doit être recueilli dans le cas où des conventions autoriseraient la réalisation d'actes commerciaux portant sur les copies* ».

481. Qualification et validité des contrats d'édition. Contrairement à ce que prévoient les contrats d'apport, la qualification de contrat d'édition doit s'imposer lorsque des tiers obtiennent des autorisations de reproduction en plusieurs exemplaires. Par exemple, lorsqu'un exploitant sollicite la SACEM pour obtenir une autorisation de reproduction mécanique sur un CD par exemple, rien ne justifie l'exclusion du contrat d'édition¹⁷³³. En outre, le fait que le contrat soit conclu par le truchement d'un organisme de gestion collective ne doit pas conduire à sa nullité en raison du fait que l'auteur n'a pas expressément consenti au contrat, conformément aux règles de capacité spéciale de l'article L. 132-7 CPI qui impose la signature de l'auteur. Comme pour les agents éditoriaux, la rigueur de cette règle doit être momentanément suspendue, afin que le contrat ici conclu ne soit pas remis en cause.

B. L'ÉTENDUE DES DROITS D'ÉDITION CÉDÉS

482. Plan. L'étendue du droit d'exploitation effectivement cédé à la conclusion d'un contrat d'édition doit être mise en perspective avec le principe de destination (1) et les droits accessoires dont nous avons noté en première partie qu'ils relèvent des fonctions émergentes du contrat d'édition¹⁷³⁴ (2).

1. La protection assurée par la destination du droit de reproduction

483. Plan. Si le principe de destination prévu à l'article L. 131-3 CPI ne pose plus de problème d'ordre conceptuel (a), la révolution numérique soulève des enjeux contractuels (b).

a. Le principe de destination

484. Principe de la destination. Le principe de destination trouve sa source à l'article L. 131-3 CPI qui dispose que « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». Le contrat d'édition doit donc énumérer rigoureusement le terrain d'exploitation, la durée d'exploitation et les modes d'exploitation compris dans la cession¹⁷³⁵. La destination est donc, d'une part, celle des droits dont l'éditeur devra faire usage et, d'autre part, celle de l'œuvre telle que la convention l'envisage – l'œuvre littéraire peut être destinée à une édition de poche ou à une édition « grand livre », l'œuvre musicale peut être destinée à une exploitation sous la forme de vinyles ou de CD... On peut donc parler de destination des droits d'édition mais également de destination contractuelle de l'œuvre. Pour les besoins de notre démonstration, les deux expressions seront employées indistinctement. Le principe de destination est éminemment protecteur pour l'auteur dans la mesure où il instaure des « *règles de clarté, de précision, de bornage* »¹⁷³⁶ en vertu de quoi « *le consentement doit être spécifiquement donné pour chacun des droits cédés et chaque élément du domaine d'exploitation* »¹⁷³⁷. Le principe de destination impose un formalisme ayant vocation à

¹⁷³³ Sur les critères d'identification du contrat d'édition qui s'appliquent nonobstant la volonté des parties, v. *supra* n° 41 et s.

¹⁷³⁴ *Supra* n° 70 et s.

¹⁷³⁵ Les articles L. 122-2 et L. 122-3 CPI sont fréquemment employés au visa d'arrêts qui constatent un dépassement de destination et déclarent réalisés les actes de contrefaçon, v. Paris, 4^e ch., 10 juin 1993, *RIDA* 1993/4, n° 158 p. 242 ; Paris, 21^e ch., sect. C, 15 janv. 2004, n° S02/35049, *JurisData*, n° 2004-239012 ; Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2005, n° 01-16.297, n° 01-16.500, n° 01-17.255, *JurisData* n° 2005-026971, *RIDA* 2005/3, n° 205, p. 415 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 61, note Ch. Caron ; *RTD com.* 2005, p. 495, note F. Pollaud-Dulian. Ces dispositions concourent en effet à la protection du droit d'auteur.

¹⁷³⁶ R. FERNAY, « La cession et le contrat d'édition », *RIDA* 1958, 257, spéc. p. 263.

¹⁷³⁷ A. ETIENNEY-de SAINTE MARIE, « L'objet des cessions de droits d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial », *RTD com.* 2013. p. 669, n° 3.

informer l'auteur sur la portée de son engagement¹⁷³⁸. Ce dernier doit être dépourvu d'ambiguïté et résulter d'une volonté claire et précise de l'auteur¹⁷³⁹. Le principe de protection conduit, dans l'hypothèse inverse, à réputer nul le contrat d'édition¹⁷⁴⁰. Ainsi, la clause « *sans limitation de durée* » a été annulée¹⁷⁴¹ alors que la clause qui prévoit la transmission des droits « *pour un nombre indéfini de parutions, toutes éditions confondues* » a été reconnue licite¹⁷⁴².

En principe, tout mode non expressément visé par le contrat est réputé non cédé par l'auteur et expose l'éditeur à un risque de contrefaçon patrimoniale. Conformément à la règle, chacun des droits cédés en vertu d'un contrat d'auteur – dont fait partie le contrat d'édition – doit être expressément mentionné par écrit et faire l'objet d'une mention distincte. Selon le modèle de la propriété retenue, « *tout ce qui n'est pas expressément cédé par l'auteur est retenu de plein droit, hormis les cas exceptionnels où la loi en disposerait autrement* »¹⁷⁴³.

485. Le rejet du droit de destination. Avant d'envisager les conséquences de la destination numérique, une ambiguïté planant sur la notion doit être levée. En effet, certains auteurs vont plus loin que nos développements et admettent l'existence d'un véritable « droit » de destination. On attribue généralement à GOTZEN le fait d'avoir en premier conceptualisé le droit de destination comme « *la faculté exclusive que possède l'auteur de réserver à un usage bien déterminé les reproductions de son œuvre qui ont été mises dans le commerce* »¹⁷⁴⁴. Monsieur DIETZ estime que ce droit provient d'une « *structuration large du droit de reproduction* »¹⁷⁴⁵. Pour DESBOIS, il est une « *prérogative dans l'orbite du droit de reproduction* »¹⁷⁴⁶ en vertu de quoi l'auteur peut contrôler l'étendue des droits cédés et l'usage des exemplaires réalisés¹⁷⁴⁷. Le Professeur POLLAUD-DULIAN abonde en ce sens¹⁷⁴⁸ en estimant que « *l'auteur peut adapter son droit à la diversité des exploitations aussi bien qu'à leur mutation* »¹⁷⁴⁹. En définitive, selon la doctrine qui le promeut,

¹⁷³⁸ S. FORTICH, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, th. dactyl. Paris II Panthéon-Assas, n° 299 : « *C'est ainsi que le formalisme apparaît en tant qu'instrument de protection de la volonté des parties, pour leur fournir l'information nécessaire pour construire leur consentement et ainsi favoriser les conditions d'égalité qui sont matériellement situées, de prime abord, dans des positions différentes et inégales* » ; H. JACQUEMIN, « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel », th. dactyl., 2008, Namur, n° 5 pp. 8-9.

¹⁷³⁹ Paris, 4^e ch., sect. C, 23 mai 2008, n° 07/04843, *JurisData* n° 2008-367399.

¹⁷⁴⁰ TGI Paris, 3^e ch., 20 mars 1974, *RIDA* 1974/3 n° 81, p. 138 ; Paris, 5^e ch., 28 nov. 1984, *D.* 1985, IR, p. 316, obs. C. Colombat ; Paris, 4^e ch., sect. A, 4 févr. 1998, n° 95/05552, n° 95/08227, *JurisData* n° 1998-021982 ; Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, n° 98-19.990, *Société Éditions Cercle d'Art/Pierrel*, affaire Picasso, *JurisData* n° 2001-007865 ; Bull. civ. 2001, I, n° 13 ; *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 34 ; *RIDA* 2001/3, n° 189, p. 327 ; *JCP G.* 2001, IV, 1485.

¹⁷⁴¹ Paris, 4^e ch., sect. A, 22 oct. 2003, n° 2001/21836, *JurisData* n° 2003-228430 ; *Propr. intell.* 2004, 1^{re} espèce, n° 10, p. 556, note A. Lucas.

¹⁷⁴² TGI Paris, 3^e ch., 6 déc. 2002, *Légipresse*, 2003, n° 202, III, p. 89, note C. Alleaume.

¹⁷⁴³ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 466 ; Paris, 28 mars 1997, *Gaz. Pal.* 1998, somm. p. 1744. : « *Tout ce qui n'a pas été expressément cédé par l'auteur est retenu de plein droit* ».

¹⁷⁴⁴ F. GOTZEN « Le droit de destination et son fondement juridique » in *L'importance économique du droit d'auteur*, Journées d'étude Munich, 6 et 7 oct. 1988, ALAI, 1989, p. 61.

¹⁷⁴⁵ A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, 1976, p. 102.

¹⁷⁴⁶ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 288.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.* : « *l'auteur, ou son ayant droit, comme tel, est qualifié, non seulement pour permettre ou refuser discrétionnairement l'édition d'une œuvre, mais aussi pour en spécifier, en même temps que les modalités – il s'agit là de l'étendue –, la destination. Une violation du droit de reproduction sera commise par conséquent, non seulement par l'éditeur qui diffusera en feuillets le roman qu'il n'avait obtenu l'autorisation de divulguer que sous la forme d'un volume, mais aussi par les tiers acquéreurs de volumes qui procéderont à un emploi contraire aux stipulations du contrat* » ; FRANÇON, « L'avenir du droit d'auteur », *Revue de droit intellectuel - Ingénieur-Conseil*, 1986, n° 12, p. 385, spéc. p. 392 : « *la théorie qui reconnaît à l'auteur un droit de destination permet de réintroduire plus d'équité dans le système en même temps qu'elle tient compte de la philosophie de base qu'inspire toute la matière. Selon cette philosophie, l'auteur créateur de l'œuvre protégée qui reflète sa personnalité doit pour cette raison pouvoir contrôler l'usage qui en fait, même s'il ne s'agit pas d'une reproduction ou d'une représentation stricto sensu* ».

¹⁷⁴⁸ F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit de destination : le sort des exemplaires en droit d'auteur », *LGDJ*, 1989, n° 729.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

le droit de destination permettrait à l'auteur de contrôler la circulation et les utilisations secondaires des exemplaires de son œuvre¹⁷⁵⁰. En droit français, les partisans de son existence font valoir deux arguments.

Tout d'abord, ils ont cru voir dans l'article L. 131-3 CPI l'émanation d'un véritable droit : le droit de destination. Par ailleurs, ils mettent en avant la nature synthétique du monopole d'exploitation pour légitimer son existence. Ainsi, le droit de destination permettrait de s'assurer de la bonne transposition des droits de distribution, du droit de location et du droit de prêt provenant de différentes directives¹⁷⁵¹.

Néanmoins, on refusera de suivre cette doctrine et ce pour trois raisons :

- premièrement, inférer de l'article L. 131-3 CPI – qui évoque la destination contractuelle du droit cédé – une prérogative participant au monopole d'exploitation semble excessif¹⁷⁵² ;

- deuxièmement, la théorie de l'épuisement consacrée en droit français semble s'opposer à cette vue très extensive de la destination. En effet, l'article L. 122-3-1 CPI énonce ainsi : « *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 État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté européenne et les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen* ». L'article met donc fin à toute possibilité d'exercer un contrôle sur les exemplaires de l'œuvre dans l'Espace économique européen ;

- troisièmement, l'argument tiré du caractère synthétique du monopole d'exploitation semble au contraire conduire au rejet du droit de destination. En effet, si le monopole est conçu synthétiquement, il est déjà susceptible de recueillir en son sein les droits provenant des normes communautaires. Le droit de destination serait alors d'un embarras inutile.

486. Étendue corrélatrice de l'action en contrefaçon patrimoniale contre l'éditeur. Le non-respect de la destination prévue, comme l'utilisation de l'œuvre dans un but autre que celui contractuellement défini, expose le cessionnaire à des poursuites pour contrefaçon. L'un des contentieux les plus importants en matière de dépassement de la destination relève de ce que nous avons qualifié dans la première partie d'exploitation secondaire¹⁷⁵³. Ici, l'exploitation n'emporte pas création nouvelle mais n'est pas pour autant autorisée lorsqu'elle n'entre pas dans la destination du contrat d'édition¹⁷⁵⁴. Par exemple, l'utilisation d'une œuvre photographique dont les droits ont été cédés à la suite d'un contrat d'édition de cartes postales pour illustrer un prospectus constitue une contrefaçon¹⁷⁵⁵. Ces questions de contrefaçon et de destination ont pris un tournant singulier depuis la démocratisation de l'édition numérique. Les réponses apportées par les magistrats heurtent par moments certains des principes les plus fondamentaux du droit d'auteur.

b. Le problème de l'édition numérique

487. Problème des contrats dépourvus de stipulations portant sur les droits numériques. La révolution numérique pose certes des questions d'adaptabilité des textes sous leurs aspects les plus

¹⁷⁵⁰ Th. DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *RIDA* 1987/3, n° 133, p. 21. S. STRÖMHOLM, « Le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur, étude de droit comparé » : *Dr. auteur* 1967, p. 287.

¹⁷⁵¹ *Supra* n° 112.

¹⁷⁵² S. DUSOLLIER, « Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition », *Propriété intell.* 2006/3, n° 20, p. 281 et spéc. p. 286.

¹⁷⁵³ *Supra* n° 120 et s.

¹⁷⁵⁴ Il s'agit généralement de personnages ou d'illustrations transportés sur des supports qui ne leur sont pas spontanément dédiés (t-shirts, montres... Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1994, *RIDA* 1994/4, n° 162, p. 245 ; Paris, 4^e ch., 12 déc. 2001, *D.* 2002, p. 721 ; *Propriété intell.*, 2002, n° 3, p. 54, note A. Lucas ; *Légipresse* 2002, n° 191, I, p. 54 ; *JCP E.* 2002, I, 888, n° 5, obs. J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et M. Vivant. Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2006, n° 05-15.472, *JurisData* n° 2006-034564 ; *D.* 2006, p. 2313, note J. Daleau ; *Propriété intell.* 2006, n° 21, p. 446, obs. A. Lucas ; *RIDA* 2006/4, n° 210, p. 253, obs. P. Sirinelli et p. 367.

¹⁷⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1975, *Bull. civ.* 1975, I, n° 47, *RIDA* 1975/3, n° 85, p. 180 ; *D.* 1975, IR. p. 94.

littéraires quant au champ d'application *ratione materiae* du contrat d'édition¹⁷⁵⁶ mais suscite également des inquiétudes se matérialisant sur le terrain de la destination. À cet égard, la démocratisation d'Internet a jeté le trouble sur l'étendue et la destination des droits cédés. L'hypothèse est la suivante : supposons la conclusion d'un contrat d'édition au début des années 1990 ne faisant pas mention des droits numériques. À cette époque, Internet existait mais son importance restait encore mésestimée. La question qui se pose est la suivante : les droits d'édition numérique sont-ils ou non cédés avec les droits d'édition matérielle ? Derrière l'enjeu palpable d'ordre juridique qui se résume en la détermination du contenu contractuel se cache un enjeu latent de nature financière. Sur le terrain de l'équité, que répondre aux éditeurs, dont l'effort publicitaire est parfois très important, qui se trouveraient lésés si d'aventure il leur était défendu de suivre l'avancée technologique et de poursuivre l'édition sur le Web ? Dans le même esprit, n'oublions pas que l'éditeur, une fois le contrat d'édition conclu, devient titulaire de l'action en contrefaçon qui demeure un outil puissant de valorisation financière¹⁷⁵⁷. Que penser de l'éditeur qui verrait son travail de communication « dépouillé » de son intérêt dès lors qu'un tiers exploiterait l'œuvre sur Internet sans qu'il puisse lui opposer une action en contrefaçon ? Certes, une action en concurrence déloyale demeure toujours envisageable¹⁷⁵⁸, mais sa portée juridique et financière est sans mesure face à la puissance de l'action en contrefaçon. La position française est claire et relève d'une lecture raisonnée de l'article L. 131-3 CPI : l'éditeur n'est titulaire que de la fraction du monopole effectivement cédée par contrat¹⁷⁵⁹. Cette position n'est pas isolée. Aux États-Unis, elle a donné lieu à la décision *Random House* de la cour fédérale de New York en vertu de laquelle le transfert des droits s'apprécie de façon stricte et le transfert du droit de reproduction papier d'un livre ne transfère pas les droits numériques¹⁷⁶⁰.

Deux problématiques émergent et appellent à discussion. La première concerne l'octroi des droits numériques en tant que tels (i). La seconde porte sur le sort des publications numériques illicites lorsque l'éditeur ne dispose pas des droits subséquents (ii).

¹⁷⁵⁶ *Infra* n° 507 et s.

¹⁷⁵⁷ V. sur ce point Paris, 4^e ch., sect. A, 25 oct. 2006, *Paul-Marc Heudre c/ Monsieur Léo Jouniaux, Association Française De Genealogie*, qui appréhende la portée du contrat d'édition sous l'angle de la qualité à agir en contrefaçon sur les réseaux numériques et qui porte l'analyse sur la destination prévue au contrat.

¹⁷⁵⁸ L. 331-1 CPI : « Les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire », *infra* n° 770.

¹⁷⁵⁹ V. par exemple Paris, 4^e ch., sect. A, 25 oct. 2006, n° 05/16650, *Paul-Marc Heudre c/ Monsieur Léo Jouniaux, Association française de généalogie* : « Considérant que l'article L. 122-7 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle dispose que lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article (le droit de représentation et le droit de reproduction), la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat ; Que selon l'article L. 131-3 alinéa 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..." ; Considérant, en l'espèce, que le contrat d'édition conclu le 27 novembre 1989 entre Léo JOUNIAUX et les Éditions ARTHAUD ne prévoit pas, en son article 1^{er}-3^o, qui comporte une énumération des droits cédés, la reproduction par un procédé numérique ; Qu'il s'ensuit que Léo JOUNIAUX, qui est seul en droit d'autoriser la reproduction de son œuvre sous forme d'une diffusion par le réseau de l'Internet, est recevable à agir en contrefaçon ».

¹⁷⁶⁰ Position confirmée dans l'affaire *Random House, Inc. v. Rosetta Books LLC* | 150 F Supp 2d 613 | July 11, 2001 as instructed to do so by *Boosey and Bartsch*, this Court finds that the most reasonable interpretation of the grant in the contracts at issue (620) 2 : « Relying on "the language of the license contract and basic principles of interpretation," *Boosey*, 145 F.3d at 487 n. 3, as instructed to do so by *Boosey and Bartsch*, this Court finds that the most reasonable interpretation of the grant in the contracts at issue to "print, publish and sell the work in book form" does not include the right to publish the work as an ebook. At the outset, the phrase itself distinguishes between the pure content— i.e. "the work"—and the format of display—"in book form". The *Random House Webster's Unabridged Dictionary* defines a "book" as "a written or printed work of fiction or nonfiction, usually on sheets of paper fastened or bound together within covers" and defines "form" as "external appearance of a clearly defined area, as distinguished from color or material ; the shape of a thing or person". *Random House Webster's Unabridged Dictionary* (2001), available in searchable form at <http://www.allwords.com> ».

i. Les droits numériques

488. Plan. Afin de résoudre ces difficultés, le législateur (α) comme la jurisprudence (β) ont édicté plusieurs tempéraments qu'il convient de présenter.

α . Les aménagements légaux du principe de destination

489. Clause d'exploitation sous forme non prévisible. L'article L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle énonce que : « *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* ». Cette disposition instaure une dérogation nette au principe de l'interprétation stricte des contrats de droit d'auteur et au principe de destination prévu à l'article L. 131-3 CPI. L'objectif poursuivi est de préserver la justice contractuelle en offrant aux parties le pouvoir d'anticiper l'évolution des techniques et en permettant l'adaptation d'un contrat qui, bien souvent, est conclu pour une longue durée, voire pour toute la durée du monopole¹⁷⁶¹. Le texte répond de façon nuancée aux discussions suscitées, au début du XX^e siècle, par l'arrivée du phonographe. En effet, dans l'affaire *Halévy* déjà présentée, la Cour de cassation a décidé que la cession du droit de reproduction des œuvres musicales, à une époque où le phonographe n'existait pas, emportait cession du droit de reproduction graphique de l'œuvre (sur partition) mais également, de plein droit, celle du droit de reproduction mécanique sur phonogrammes¹⁷⁶². Ce transfert automatique paraissait excessif et surtout incompatible avec le principe de destination. Pour ne pas trop heurter les parties prenantes, la possibilité d'anticiper les changements technologiques a donc été consacré à l'article L. 131-6 CPI.

Cette prise en considération des intérêts de l'éditeur comporte d'évidents risques pour l'auteur qui se voit en partie privé de la protection conférée par le principe de destination. C'est la raison pour laquelle l'usage d'une telle clause est strictement encadré. Pour que la clause soit valable au regard de l'article L. 131-6 CPI, elle doit d'abord bel et bien se référer à des modes d'exploitation entachés d'imprévisibilité. Tel n'est pas le cas lorsque le contrat prévoit l'exploitation sur « tout » support vidéo¹⁷⁶³. Mais, précisément, le mode d'exploitation visé étant par essence inconnu, le jeu de la disposition s'avère délicat à anticiper¹⁷⁶⁴. Outre le fait que la forme d'exploitation ne doit pas être connue, cette ignorance doit être partagée par les deux parties et le nouveau mode d'exploitation ne doit pas avoir de conséquences trop radicales sur l'œuvre. « *En clair, il est possible de viser dans un contrat les « supports inconnus » ou « à venir », sous réserve qu'un pourcentage soit d'ores et déjà prévu au profit de l'auteur ; ce qui est en pratique très difficile à respecter puisque, par essence, l'économie des supports non encore connus n'est pas non plus imaginable...* »¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶¹ P.-Y. GAUTIER, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *D.* 1990, chron. p. 130, spéc. n° 6 ; J. ANDRES, « Négociation des droits et rémunération des auteurs dans le multimédia », *Légicom*, vol. 8, no. 2, 1995, pp. 62-69. Spéc. : 66-67 : « l'article L. 131.6 du Code de la propriété intellectuelle permet d'insérer dans les contrats de cession le droit d'exploitation de l'œuvre "sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat". La conciliation [avec la règle de la destination] est délicate, puisque l'une autorise la cession de formes d'exploitation non spécifiées (non prévues ou non prévisibles), et l'autre permet cette même cession qu'à la condition de spécifier chaque mode d'exploitation. Les supports numériques sont voués à une multiplicité de formes, ou formats, très importante, en particulier dans ces années de développement des techniques ».

¹⁷⁶² Cass. civ., 10 nov. 1930, *S.* 1931, 1, p. 161, note G. Lagarde ; *Dr. et pat.* 1932, jurispr. p. 29, note M. Nast. Aujourd'hui, la Cour de cassation va plus loin dans la mesure où elle considère à propos des œuvres musicales que l'édition graphique ne constitue que l'accessoire de l'édition phonographique, *infra* n° 518.

¹⁷⁶³ Paris, 4^e ch., 9 févr. 2007, *Propri. intell.* 2007, n° 24, p. 326, obs. A. Lucas.

¹⁷⁶⁴ E. PIERRAT, « 6. Les mécanismes contractuels », Yves Alix éd., *Droit d'auteur et bibliothèques*. Éditions du Cercle de la Librairie, 2012, p. 69.

¹⁷⁶⁵ J.-L. GOUTAL, « Multimédias et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, chron. p. 357.

490. Maintien de la clause d'exploitation sous forme non prévisible. Au regard du renouveau du numérique, faut-il remettre en cause l'article L. 131-6 CPI et autoriser les stipulations « *tous droits cédés* » au sein des contrats d'édition ? Même si une telle mesure s'avérerait favorable aux éditeurs, elle devrait être rejetée en vertu du principe de protection de l'auteur. La disposition ayant été conçue pour pallier les incertitudes relatives aux changements technologiques, il n'est pas question de remettre en cause son principe précisément lorsque ce changement advient.

Au demeurant, peu de systèmes juridiques admettent la validité de ces clauses et, lorsque cela est le cas, les législations se montrent bien plus rigoureuses que le droit français. Ainsi, en Allemagne, depuis 2007, un auteur a la possibilité de concéder un droit d'utilisation pour les modes d'exploitation inconnus¹⁷⁶⁶. Ce droit reste toutefois conditionné à un droit d'information de l'auteur et à un droit de révocation. L'exploitant informe de la date à laquelle il envisage de débiter l'édition et l'auteur a trois mois pour s'y opposer¹⁷⁶⁷. L'auteur peut aussi renoncer à son droit de révocation contre une rémunération supplémentaire¹⁷⁶⁸.

En droit français, l'assouplissement de la règle de principe n'apparaît pas nécessaire. Au contraire, le transfert des droits numériques appelle à un surcroît de protection comme cela est le cas dorénavant dans le domaine très spécifique du livre numérique.

491. Renforcement de la destination en matière de livre numérique par l'article L. 132-17-1 CPI. À la suite des négociations visant à moderniser le régime de l'exploitation du livre numérique, le législateur a finalement opté pour un système qui se veut protecteur des intérêts de l'auteur. L'article L. 132-17-1 CPI prévoit dorénavant la prohibition du transfert des droits numériques dans le même *instrumentum* que celui servant au transfert des droits « papiers »¹⁷⁶⁹. En effet, cette réforme impose, sous peine de nullité, de distinguer la partie dédiée à l'exploitation sous une forme numérique de celle concernant l'exploitation sous une forme imprimée.

Que penser de la méthode consacrée par le législateur ? Tout d'abord, elle induit un renforcement du formalisme qui clarifie, à n'en pas douter, les règles de transfert des droits numériques dans le seul domaine littéraire. Ensuite, elle semble avoir été bien reçue par la pratique. En effet, les syndicats d'auteurs et d'éditeurs ainsi que les organismes de gestion collective agréés – nous pensons à la SOFIA – ont rapidement su s'adapter en modifiant leur modèle-type de contrat d'édition. Il faut dire que la réforme est avant tout un texte de co-régulation interne à la profession, ce qui facilite leur réactivité.

B. Les aménagements prétoriens du principe de destination

492. Annonce. Au titre des tempéraments prétoriens, doivent être citées, d'une part, « *les nécessités de l'exploitation* » qui peuvent commander le transfert des droits numériques sans avoir à recueillir l'accord de l'auteur et, d'autre part, la jurisprudence qui a eu l'occasion de valider les cessions globales

¹⁷⁶⁶ §31a UrhG, contrats de types inconnus d'utilisation : « (1) Un contrat par lequel l'auteur concède ses droits pour des types d'utilisation inconnus doit être passé par écrit. La forme écrite n'est pas nécessaire si l'auteur accorde gratuitement au public un simple droit d'utilisation ».

¹⁷⁶⁷ Art. 31 a. (1) : « L'auteur peut révoquer ce droit. Le droit de rétractation s'éteint après l'expiration d'un délai de trois mois après que l'exploitant a envoyé à l'auteur, à sa dernière adresse connue, un avis indiquant qu'il envisage l'exploitation de l'œuvre sous une nouveau mode ». L'alinéa 2 prévoit néanmoins des hypothèses dans lesquelles le droit de révocation disparaît.

¹⁷⁶⁸ Art. 32c UrhG, rémunération pour les modes d'exploitation apparus ultérieurement. Sur tous ces développements, v. A. LUCAS-SCHLOETTER, « Qu'y a-t-il dans la "deuxième corbeille" ? La loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information », *Propr. intell.*, 2008/3, n° 28, p. 368 et spéc. p. 374.

¹⁷⁶⁹ Art. L. 132-17-1 CPI : « Lorsque le contrat d'édition a pour objet l'édition d'un livre à la fois sous une forme imprimée et sous une forme numérique, les conditions relatives à la cession des droits d'exploitation sous une forme numérique sont déterminées dans une partie distincte du contrat, à peine de nullité de la cession de ces droits ».

de droits d'exploitation uniquement lorsqu'elles ont été conclues avant la réforme du droit d'auteur de 1957.

493. Transmission automatique des droits numériques dans le cadre strict de l'obligation d'exploitation : l'affaire *Corbis Sygma*. Les éditeurs peuvent-ils assurer pleinement l'obligation d'exploitation d'une œuvre sans pouvoir en faire la promotion sur Internet ? La question se pose dans la mesure où bon nombre d'exploitants ont recueilli les droits d'édition uniquement matériels. La Cour de cassation a rendu deux arrêts qui peuvent servir de fondement au transfert juridique automatique qui, dans ce cas précis, paraît nécessaire. En effet, le 30 mai 2012 la Cour de cassation rompt avec sa jurisprudence traditionnelle en matière de cession des droits numériques¹⁷⁷⁰ et rend un arrêt dont le visa « est déjà tout un symbole : la rigueur du droit contractuel d'auteur, représentée par le recours aux articles L. 122-4 et L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle y est tempérée par le droit civil, exprimé par l'utilisation des articles 1134 et 1135 du Code civil »¹⁷⁷¹.

Dans cette affaire *Corbis Sygma*, les faits offrent une situation désormais classique qui oppose un photographe à son ancien employeur, en l'espèce une agence de presse. À l'issue du licenciement de l'artiste, un accord est trouvé autorisant l'agence de presse à exploiter ses photographies, à charge pour elle de lui reverser 25 % des sommes perçues à cette occasion. Dans cette affaire, la qualification de contrat d'édition n'est pas expressément retenue mais le contrat conclu offre tout de même des similitudes intéressantes et exploitables pour notre étude. À en croire les magistrats, il s'agit d'un « mandat » qui prévoit la cession des droits d'auteur au profit du « mandataire », Hachette, d'une part, en conformité avec l'article L. 131-3 CPI et, d'autre part, en assortissant l'exploitation de l'œuvre d'une rémunération proportionnelle. Ce schéma ressemble assez sensiblement à la qualification du contrat d'édition¹⁷⁷². Plusieurs années après la conclusion du contrat, un conflit éclate entre les parties. Le photographe reproche à son ancien employeur l'usage de photographies sur le site internet de l'agence. La question qui se pose est de savoir si l'agence de presse a dépassé la destination contractuelle des droits remis du fait de la numérisation et de la mise en ligne des photographies. En l'espèce, la cour d'appel de Paris constate le dépassement de destination contractuelle et avec lui des faits de contrefaçon émanant de l'éditeur. L'arrêt est pourtant cassé sur ce point par la Cour de cassation qui invite les juges du fond à une appréciation des faits qui leur sont soumis en tenant compte de la destination contractuelle, mais aussi des suites de l'équité à la lumière de l'article 1135 du Code civil, devenu article 1194 du Code civil. L'article dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». En d'autres termes, cet article rappelle que des stipulations implicites peuvent exister dans un contrat, y compris au sein d'un contrat d'auteur. On peut considérer que « l'usage » ou même « l'équité » postule qu'une agence de presse puisse reproduire sur Internet une photographie afin de la commercialiser. Le Professeur CARON a écrit ainsi que « cet article 1135 permet de faire voler en éclats le sacro-saint principe de l'interprétation stricte des contrats d'auteur, pourtant régulièrement consacré par la jurisprudence et le principe de l'interprétation en faveur

¹⁷⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2012, 10-17.780, Bull. 2012, I, n° 116, FS-P+B+I, SARL *Corbis Sygma* c/ A., *JurisData* n° 2012-011572, *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2012, comm. 89, Ch. Caron.

¹⁷⁷¹ Ch. Caron, note préc. : « La rigidité du droit contractuel d'auteur assouplie par le droit civil ».

¹⁷⁷² Pour un rapprochement, v. J. -M. BRUGUIÈRE, « L'exploitation de l'image des biens », *Légicom*, vol. 34, n° 2, 2005, p. 13, spéc. p. 19 : « Une fois que l'image a été créée, le photographe entend la valoriser à des fins économiques. Pour cela de nombreux contrats sont à sa disposition. Il peut directement confier sa richesse à un éditeur qui souhaite diffuser son œuvre par le biais d'un contrat d'édition. La plupart du temps, le professionnel de l'image conclura un contrat que la pratique nomme "Contrat de mandat". Par cette convention le photographe confie à une agence de photographie ses créations et donne mandat à celle-ci de l'exploitation de ses droits. Le mandataire s'engage à faire respecter l'intégrité de l'œuvre cédée, à la défendre par toute action en justice et à verser un prix qui est généralement de 50 % du montant hors taxes de la cession des droits facturés. En contrepartie, l'auteur est tenu à différentes garanties et notamment à la garantie d'éviction. À son tour, l'agence de photographie va, dans le cadre de son mandat, concéder des droits d'auteur à toute personne désireuse d'exploiter certaines images. Ces conventions sont soumises au formalisme de tout contrat d'auteur ». En tout état de cause, le seul grief de contrefaçon doit emporter qualification d'un contrat d'édition. En effet, sur le seul terrain du mandat, l'auteur aurait sans doute dû agir en responsabilité contractuelle en raison d'un dépassement de pouvoir.

de l'auteur subit le même sort puisque, en l'espèce, l'article 1135 du Code civil permet d'étendre implicitement la cession expressément consentie par l'auteur lui-même. Le contrat d'auteur est donc interprété contre l'auteur¹⁷⁷³. Ce commentaire semble excessif. Certes, cette jurisprudence admet un transfert automatique des droits numériques, mais ce transfert ne concerne en réalité que l'obligation de promotion de l'œuvre. Or, comme nous le verrons, l'obligation de promotion est une composante de l'obligation d'exploitation¹⁷⁷⁴. L'atteinte est donc commandée par les nécessités liées à l'obligation d'exploitation qui est essentielle au contrat d'édition.

494. Validité des transferts globaux de droits avant la réforme du droit d'auteur : affaires Colette et Bible de Jérusalem. La Cour de cassation se montre fortement conciliante lorsque les contrats d'édition litigieux ont été conclus avant la loi de 1957 comme l'a démontré la récente affaire de *la Bible de Jérusalem*. En l'espèce, un contrat d'édition portant sur la *Bible de Jérusalem* conclu en 1946 avec les Éditions du Cerf prévoit une clause aux termes de laquelle : « [la] cession de la propriété pleine et entière, telle qu'elle est et pourra être définie par les lois sur la propriété littéraire ». L'œuvre ayant été mise en ligne par des tiers, l'éditeur souhaite agir en contrefaçon à l'endroit du tiers en question. L'action en contrefaçon rejetée en appel, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de n'avoir pas répondu aux conclusions des demandeurs ayant subi le piratage. Pour eux, le contrat d'édition s'étend à l'exploitation numérique par application de ladite clause¹⁷⁷⁵. Si cet arrêt n'est pas d'une victoire nette au regard du moyen de cassation, la Haute Cour rend une décision favorable aux éditeurs. Cet arrêt confirme la jurisprudence *Colette* qui avait déjà conclu à la validité de plusieurs cessions réalisées entre 1900 et 1907 pour tous modes d'exploitation encore inconnus à l'époque des faits¹⁷⁷⁶. En creux, l'affaire de *la Bible de Jérusalem* pose la question fondamentale du sort des publications numériques dont les éditeurs « papier » souhaitent le retrait.

ii. Les publications numériques

495. Annonce. Les publications numériques posent des difficultés pour les éditeurs qui, en raison du principe de destination, ne disposent pas des moyens juridiques nécessaires pour en obtenir le retrait. Deux solutions semblent envisageables : la première passerait par l'attribution d'un droit voisin sur les publications reprenant l'exemple des éditeurs de presse, la seconde reposerait sur la reconnaissance d'une action spéciale au profit de tous les éditeurs.

496. Rejet de l'attribution d'un droit voisin sur les publications : comparaison avec les éditeurs de presse. Comme l'ont fait valoir le Professeur SIRINELLI et Monsieur PREVOST, « certaines plateformes contributives ou certaines manifestations des réseaux sociaux produisaient des effets de captation de la valeur au détriment des ayants droit »¹⁷⁷⁷. Parmi les réponses proposées se trouve la reconnaissance d'un droit voisin. Depuis la loi du 24 juillet 2019 tendant à l'attribution d'un droit voisin pour les éditeurs de presse¹⁷⁷⁸ et la directive sur le marché numérique, les agences et les éditeurs de presse bénéficient d'un

¹⁷⁷³ C. Caron comm. préc. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2012, 10-17.780, Aff. *Corbis Sygma* préc.

¹⁷⁷⁴ *Infra* n° 513.

¹⁷⁷⁵ Cass. crim., 12 mars 2013, n° 12-85163, *M. Alexis et les Éditions du Cerf c/ M. X*, *Comm. com. électr.*, 2013, comm. 74, note C. Caron.

¹⁷⁷⁶ Civ. 1^{re}, 25 mai 2005, n° 02-17.305, Bull. civ. I, n° 230, D. 2006. 661, obs. J. Daleau, note B. Edelman ; *RTD. com.* 2005. 494, Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2005, p. 345, obs. A. Lucas ; *Légipresse*, nov. 2005, n° 226, A. Maffre-Bauge. La première chambre civile pose en principe qu'il résulte de l'article 1^{er} du décret-loi de 1793 « que la stipulation d'une vente pleine et entière, sans aucune réserve, de la propriété d'une œuvre littéraire transmet à l'acquéreur la pleine et absolue propriété de l'œuvre ainsi que l'ensemble des droits patrimoniaux d'auteur » et elle ajoute plus loin que « la vente des œuvres [sic] 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 ».

¹⁷⁷⁷ P. SIRINELLI et S. PREVOST, *Nouveaux équilibres*, D. IP/IT 2019, p. 129.

¹⁷⁷⁸ Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019, JO n° 0172, tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.

droit voisin sur leur publication pouvant être opposé aux diffuseurs dépourvus d'autorisation. Depuis la loi du 24 juillet 2019, un nouvel article L. 218-1 CPI énonce en substance que les agences et les éditeurs de presse¹⁷⁷⁹ disposent du droit d'autoriser les communications en ligne de l'ensemble de leurs productions¹⁷⁸⁰. L'article 15 de la directive prévoit des dispositions analogues¹⁷⁸¹. Au titre de ces textes, la publication des œuvres appartenant à un éditeur de presse suppose au préalable l'accord de ce dernier, accord qui sera très probablement monnayé¹⁷⁸². En l'absence de consentement, les éditeurs de presse sont habilités à demander le retrait des publications sur le terrain de la contrefaçon. La généralisation d'un droit voisin à l'ensemble des éditeurs est donc une possibilité crédible compte tenu de son existence dans le droit positif de manière sectorielle. Pour le Professeur AZZI, « *ce monopole intellectuel catégoriel affecte en outre la cohérence de la propriété littéraire et artistique. De fait, comment expliquer que les autres éditeurs, et plus particulièrement les éditeurs de livres, ne bénéficient pas eux aussi d'un droit voisin alors qu'ils exercent des fonctions similaires* »¹⁷⁸³ ? Toutefois, plusieurs arguments développés à partir du secteur de la presse conduisent à rejeter la possibilité d'une généralisation.

D'une part, les enseignements des législations étrangères ne sont pas probants dans la mesure où les publicateurs préféreront opter pour le déréférencement, ce qui limite grandement l'intérêt du mécanisme¹⁷⁸⁴. Cette menace de déréférencement serait encore plus importante si la reconnaissance d'un droit voisin concernait tous les éditeurs.

D'autre part, comme le relève encore le Professeur AZZI, « *Il est à craindre, en outre, que, selon la fameuse théorie du gâteau, la solution contribue à diminuer le montant des redevances versées aux auteurs des publications de presse. Le coût supplémentaire lié à la rémunération des éditeurs pourrait également freiner l'entrée sur le marché de nouveaux agrégateurs et moteurs de recherche, ce qui aurait pour effet de conforter la position dominante de certains opérateurs comme Google* »¹⁷⁸⁵.

Pour ces raisons, l'attribution d'un tel droit est loin de présenter toutes les garanties nécessaires de protection de l'auteur auquel doit conduire le contrat d'édition.

¹⁷⁷⁹ Art. L. 218 al. 2 CPI : « *Sont dénommées agences de presse les entreprises inscrites auprès de la Commission paritaire des publications et agences de presse et dont la liste est publiée au Journal officiel* ».

¹⁷⁸⁰ Art. L. 218-1 al. 1 CPI : « *Sont soumises à l'autorisation de l'agence de presse la reproduction et la communication au public de ses productions, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la production lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image* ».

¹⁷⁸¹ Art. 15 1. Dir. (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique : « *Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse établis dans un État membre les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation en ligne de leurs publications de presse par des fournisseurs de services de la société de l'information* », J.-M. BRUGUIÈRE, « Le droit voisin des éditeurs de presse dans la directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique sa transposition en droit français », *Légipresse*, juin 2019, n° 371.

¹⁷⁸² T. AZZI, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », *JAC*, 2017, n° 47, p. 26 : « *La volonté de créer un droit spécifique au profit des éditeurs de presse repose sur divers motifs. Le but est avant tout de permettre aux éditeurs de contrôler et de monnayer les exploitations sur Internet de leurs publications par les agrégateurs d'informations et les moteurs de recherche. L'expression "Lex Google" est d'ailleurs parfois employée. En outre, l'analogie avec les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes est fréquemment invoquée. Puisque ces derniers sont titulaires de droits voisins, les éditeurs, qui exercent des fonctions équivalentes dans le domaine de la presse, devraient l'être aussi* ».

¹⁷⁸³ T. AZZI, « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *D. IP/IT* 2019, p. 297.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, « *L'expérience menée dans certains pays comme l'Allemagne ou l'Espagne, qui accordent déjà une protection aux intéressés, montre que le mécanisme peut s'avérer inefficace, car, plutôt que de s'acquitter d'une rémunération, les agrégateurs et les services de veille en ligne ont toujours la possibilité de déréférencer les publications protégées* ». Depuis la loi du 24 juillet 2019, Google menace également la France de déréférencer un certain nombre de contenus, v. J. LEFILLIÂTRE, « Rémunération de la presse : Google menace, les éditeurs portent plainte », *Libération*, 24 oct. 2019.

¹⁷⁸⁵ T. AZZI, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », préc.

497. Attribution d'une action *sui generis*. La protection des éditeurs peut aussi aboutir avec l'attribution d'une action *sui generis* en cessation de trouble. Deux volets seraient nécessaires à son attrait.

Le premier volet consiste à offrir la possibilité à l'éditeur d'ordonner la cessation du trouble dans les mêmes conditions qu'une action en contrefaçon. En effet, si des tiers réalisent des actes de contrefaçon sur Internet, l'intérêt commun entre l'auteur et l'éditeur, sur lequel repose la qualification de la cession avec charge¹⁷⁸⁶, doit permettre à chacune des parties de faire cesser ce trouble. Toutefois, dans la mesure où l'éditeur agit hors de la destination, l'action doit être encadrée. Aussi, les sommes recouvrées doivent être versées en totalité à l'auteur.

Le second volet a pour ambition d'inciter un tant soit peu les éditeurs à user de cette action en leur permettant d'obtenir une indemnisation indépendante des sommes perçues par l'auteur. Pour ce faire, l'éditeur doit pouvoir, en plus de l'action en contrefaçon menée pour le compte de l'auteur, agir en responsabilité pour concurrence déloyale afin de faire valoir un préjudice personnel et d'obtenir une indemnisation qui lui est propre. Là se trouve l'originalité de la proposition. En effet, si l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale sont indépendantes l'une de l'autre, une partie de la doctrine estime que l'action en concurrence déloyale est en outre subsidiaire à l'action en contrefaçon¹⁷⁸⁷. Ainsi, un demandeur ne peut pas agir *idem factum* sur deux fondements différents¹⁷⁸⁸ pour un intérêt identique. « *Il s'agit, pour le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, d'exercer dans le même temps une action en contrefaçon et une action en responsabilité civile pour concurrence déloyale, cette dernière visant des faits découlant directement de la contrefaçon, mais néanmoins distincts de celle-ci. (...) Une telle ventilation entre les actions peut sembler artificielle ou, du moins, très délicate à opérer. En effet, la faute caractérisant la concurrence déloyale n'est qu'une conséquence de la contrefaçon et ne pourrait exister sans elle* »¹⁷⁸⁹. En réalité, le problème se veut davantage structurel et touche à la matière contentieuse. Le principe *non bis in idem*¹⁷⁹⁰, dont l'importance dépasse le cadre national¹⁷⁹¹ et qui proscriit une double condamnation pour des faits similaires¹⁷⁹², soulève des questionnements décisifs quant à l'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale. Cependant, précisément dans notre hypothèse, l'adage ne saurait s'appliquer dans la mesure où l'éditeur agit, d'une part, dans son intérêt personnel et, d'autre part, dans l'intérêt de l'auteur. Ainsi, les contingences liées au principe *non bis in idem* sont ici neutralisées par la dissociation des intérêts à agir¹⁷⁹³. Dès lors, conceptuellement, l'ouverture d'une telle action connaît moins de difficultés que prévues.

¹⁷⁸⁶ *Supra* n° 401 et s.

¹⁷⁸⁷ P. ROUBIER, Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, *RTD civ.* 1952, p. 161 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD com.* 1994, p. 455.

¹⁷⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, *D.* 2004, p. 1893, note N. Bouche, *D.* 2005. 2462, obs. Y. Auguet. *Comp. Com.* 28 sept. 2004, *D.* 2005. 2462, obs. Y. Auguet.

J. PASSA, Contrefaçon et concurrence déloyale, *IRPI* 1997, spéc. p. 74, « *L'action en concurrence déloyale ne peut se conjuguer avec l'action en contrefaçon que si le demandeur, outre l'atteinte à son droit exclusif, allègue et établit une faute dommageable imputable au concurrent défendeur ; il doit démontrer un fait répréhensible préjudiciable qui ne tombe pas déjà sous la qualification de contrefaçon* ».

¹⁷⁸⁹ T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227, spéc. n° 29.

¹⁷⁹⁰ CJCE, 15 oct. 2002, « PVC III », C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P A C-252/99 P et C-254/99 P, pt 61 : « *Une nouvelle appréciation au fond de la matérialité de l'infraction, qui aurait pour conséquence l'imposition soit d'une seconde sanction, s'ajoutant à la première, dans l'hypothèse où la responsabilité serait une nouvelle fois retenue, soit d'une première sanction, dans l'hypothèse où la responsabilité, écartée par la première décision, serait retenue par la seconde* ».

¹⁷⁹¹ M. WASMEIER, N. THWAITES, « The Development of Ne Bis In Idem into a Transnational Fundamental Right in EU Law : Comments on Recent Developments », *Eur. lav. Rev.*, 2006, 31(4), p. 565.

¹⁷⁹² CEDH, 20 mai 2001, *Franz Fischer c/ Autriche*, req. n° 37950/97, pt. 29.

¹⁷⁹³ Cass. 1^{re} civ. 10 avr. 2013, *D.* 2013, p. 1392.

2. La protection souhaitée par l'encadrement du transfert des « accessoires » du droit de reproduction

498. Problématique. Plan. En pratique, le contrat d'édition emporte, outre le droit de reproduction, la cession du droit de représentation et des droits dérivés¹⁷⁹⁴. Cette tendance s'inscrit dans le renouveau des fonctions du contrat d'édition¹⁷⁹⁵ et dans l'appréhension large de son champ d'application *ratione materiae*¹⁷⁹⁶. Ce renouveau qui a fait l'objet d'une analyse en première partie doit faire l'objet d'une clarification sous peine de rendre le contrat d'édition peu praticable. Juridiquement, cette situation présente des difficultés qui ont trait à la définition légale du contrat d'édition. En effet, l'article L. 132-1 CPI limite la cession au « *droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique* ».

La pratique incline en sens inverse en multipliant les références aux droits accessoires au sein des contrats-types et dans les codes des usages professionnels. La pratique étrangère – principalement anglo-saxonne – va également dans ce sens en qualifiant ces droits de « *subsidiary rights* », laissant entendre un rapport d'accessoire avec les droits principalement transférés¹⁷⁹⁷. Reste à déterminer le régime de ce transfert en droit français. Une fois rejetées les propositions qui contreviennent à l'impératif de protection de l'auteur (a), diverses solutions plausibles pour réaliser le transfert de ces accessoires seront analysées (b).

a. Les hypothèses de transfert rejetées

499. Rejet du transfert automatique par accessoire. Largement favorable aux éditeurs, l'hypothèse d'un transfert de plein droit en raison du caractère accessoire des droits visés doit être rejetée. Si l'on retient la définition du vocabulaire juridique Capitant, l'accessoire est « *lié à un élément principal, mais distinct et placé sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui* ». Le Professeur GOUBEAUX, reprenant les travaux de son maître VOIRIN¹⁷⁹⁸, voyait dans l'accessoire un phénomène qui occupe une position intermédiaire entre l'indépendance et l'assimilation¹⁷⁹⁹. Un auteur a également proposé de voir dans les utilités des biens, des choses accessoires sur lesquelles s'exerce donc une force d'attraction¹⁸⁰⁰. Ce rapport suppose que l'élément accessoire suive l'élément principal lorsque ce dernier est transféré.

En tant que complément utile du droit de reproduction, les droits dérivés pourraient être qualifiés de droits accessoires. Lors de la réforme du droit de l'édition en matière de livre numérique, l'idée a été émise par le ministère de la Culture et de la Communication¹⁸⁰¹. S'il était retenu, ce caractère accessoire

¹⁷⁹⁴ *Supra* n° 128-131.

¹⁷⁹⁵ *Supra* n° 70 et s.

¹⁷⁹⁶ *Supra* n° 102 et s.

¹⁷⁹⁷ M. HERR, « The Rights Provisions of a Book Publishing Contract », *Journ. Liabr. and Sch. Comm.*, 30 oct. 2018, V. 6, p. 2273, spéc. p. 2278 : « *In addition to reproduction and distribution, copyright includes the right "to prepare derivative works based upon the copyrighted work" (§ 106 (2). Publishing professionals use the broad term subsidiary rights to refer to rights to all possible derivatives and manifestations of a work, ranging from foreign-language translations and magazine excerpts to young readers' editions and lm adaptations* ».

¹⁷⁹⁸ R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, T. IV, par P. VOIRIN, 1938, n° 111, note 3 : « *Le mot accessoire à deux sens : il signifie tantôt secondaire, tantôt dépendant* ».

¹⁷⁹⁹ G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1969.

¹⁸⁰⁰ T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique*, préf. Ph. JACQUES, Dalloz, 2016, n° 310 et s., p. 236 et s.

¹⁸⁰¹ Nicolas GEORGES, alors directeur du livre et de la lecture au ministère au moment de la réforme de 2014, s'exprime ainsi : « *Nous avons tenté de faire passer, avec mes collègues, une vision plus dynamique et moins patrimoniale de ce rôle, en proposant de ne plus distinguer entre les différents modes d'exploitation, imprimé, numérique, adaptation, traduction, audiovisuel, et en faisant du revenu généré le seul critère, finalement, de l'exploitation permanente et suivie ; nous allions même jusqu'à intégrer le contrat audiovisuel dans le contrat d'édition. Je crois que Pierre Sirinelli était sensible à cette vision, qui n'a finalement pas prévalu* », v. « La réforme des règles du contrat d'édition dans le secteur du livre à l'ère du numérique : vers un meilleur équilibre dans la relation auteur/éditeur. Trois questions à Nicolas Georges, directeur du livre et de la lecture, ministère de la Culture et de la

supposerait un transfert automatique, un effet de plein droit¹⁸⁰², consistant à rendre l'éditeur titulaire des droits accessoires dès la conclusion du contrat d'édition. Une autre voie, *a priori* plus acceptable pour les auteurs, serait celle d'un caractère accessoire tempéré. Ici, le transfert des droits serait présumé mais la présomption serait renversée si le contrat d'édition prévoyait que les droits soient retenus par l'auteur ou si celui-ci avait déjà eu l'occasion de les transférer au préalable¹⁸⁰³. Dans les deux cas, la consécration d'une cession automatique des droits auxiliaires serait une atteinte excessive au droit des auteurs. Elle méprendrait en outre le principe de la destination du droit. Il serait donc plus sage de renoncer à cette idée.

500. Rejet de la « destination négative ». Certains arrêts, forts critiquables, ont peu à peu tenté de transformer le principe de la destination des droits tel qu'il ressort de l'article L. 131-3 CPI. Traditionnellement, le principe de destination se veut « positif » selon la règle : « *Est transféré ce qui est expressément prévu au contrat, est retenu le reste* ». Or, la pratique prétorienne inverse parfois la règle et applique le principe : « *Est transféré ce qui n'a pas été retenu dans le contrat* ». Dans un arrêt du 15 mai 2002, la Cour de cassation a estimé, à propos du transfert du droit de représentation en vertu d'un contrat de cession de droit de reproduction, qu'il y a lieu de considérer qu'il y a cession automatique du droit litigieux, « *sauf clause contraire* »¹⁸⁰⁴. Dès lors, nous nous orienterions vers une conception négative de la destination.

Ce changement de méthode, qui suppose un surcroît de vigilance des auteurs, n'est pas en phase avec l'esprit général censé gouverner le régime du contrat d'édition et plus largement la matière de contrats d'auteur. En outre, une telle destination « négative » masquerait une forme de cession par accessoire, ce qui a été précisément contesté dans les paragraphes précédents.

b. Les hypothèses de transfert retenues

501. Recours limité aux usages et aux suites de l'équité. Quant à la possibilité d'un transfert pris sur la base des usages et de l'équité, elle doit également être rejetée dans la mesure où elle aboutit à un dessaisissement équivalent à celui critiqué dans le paragraphe précédent. La Cour de cassation entretient une position ambiguë au sujet de ce moyen de transfert. En 1991, elle a, au visa de l'article 1135 du Code civil, expressément rejeté le transfert des droits dérivés à des fins publicitaires sur la seule base de l'équité et des usages. Dans cette affaire, l'éditeur a pris l'initiative de reproduire l'œuvre sur une couverture de magazine, ce qui était pourtant défendu par le contrat d'édition. Pour justifier son initiative, il a fait valoir l'existence d'un usage qui lui a transféré le droit de reproduction sur un magazine à des fins publicitaires. La Cour de cassation a naturellement rejeté les prétentions de l'éditeur¹⁸⁰⁵. Par la suite, dans des hypothèses factuellement similaires, la cour d'appel de Paris¹⁸⁰⁶ puis la Cour de cassation¹⁸⁰⁷ ont assoupli leur position par un attendu qui renverse le principe et l'exception. La cour

Communication (MCC), direction générale des médias et des industries culturelles (DGMIC) » *Comm. com. électr.*, n° 11, nov. 2014, entr. 10.

¹⁸⁰² M. TIREL, *L'effet de plein droit*, préf. D. R. MARTIN, Dalloz, 2018, n° 227 et s., p. 120 et s.

¹⁸⁰³ Ainsi, il ne semble pas que l'effet de plein droit, aussi mécanique soit-il, soit en sus nécessairement irréversible. Sur le mythe du principe d'irréversibilité attaché abusivement à l'effet de plein droit, v. M. TIREL th. préc. n° 422, p. 213.

¹⁸⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090.

¹⁸⁰⁵ Cass. 1^{re} civ. 15 mai 2002, *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 94, note C. CARON ; D. 2002 p. 1908, comm. J. DALEAU ; *Propri. intell.* juill. 2002, p. 58, note P. Sirinelli : « *Indépendamment de la qualification collective ou composite de l'œuvre finalement réalisée, la prohibition contractuelle de l'emploi publicitaire d'un cliché dont le droit de reproduction a 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* ».

¹⁸⁰⁶ Paris, 8 sept. 2006, Affaire *l'École des loisirs c/ Serge Hochain*, *JurisData* n° 2006- 312805 ; *JCP G.* 2007. I. 101, obs. C. CARON. « *Les cessions consenties par les auteurs des droits sur leurs œuvres sont d'interprétation stricte. L'usage, sauf clause contraire spéciale expresse, n'interdit pas à l'éditeur, tenu à une obligation d'assurer la promotion des ouvrages qu'il vend, de procéder à l'exposition publique de la couverture de ces ouvrages* ».

¹⁸⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090, préc.

d'appel comme la Cour de cassation estiment que, sauf clause contraire, l'usage ne défend pas à l'éditeur de procéder à l'exposition publique.

Une fois de plus, cette jurisprudence concerne en réalité l'obligation de promotion de l'œuvre qui est l'une des composantes de l'obligation d'exploitation. En somme, il serait malvenu d'empêcher l'éditeur d'exposer publiquement la couverture d'une œuvre, notamment *via* des affiches publicitaires, tout en engageant sa responsabilité pour manquement à son obligation de promotion... Les suites commandées par l'équité imposent la découverte d'un transfert du droit accessoire de représentation afin que l'éditeur puisse se livrer, conformément à l'esprit du contrat d'édition, à l'exploitation de façon optimale. Pour cette raison, la jurisprudence ne semble pas autoriser un transfert automatique des droits dérivés, exception faite lorsque ceux-ci se révèlent inhérents à l'obligation de promotion.

502. Promotion de la voie purement contractuelle. Si l'éditeur souhaite s'assurer de leur transfert, les droits dérivés et de représentation doivent être mentionnés dans le contrat. Cela constitue sans doute la solution la plus adéquate au regard des principes cardinaux du droit d'auteur. Cet impératif de précision commande d'annuler, conformément au principe de la destination contractuelle, les stipulations trop vagues ou trop générales. Tel est bien le cas de la clause « *tous droits compris* » qui a été expressément censurée par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 octobre 1991¹⁸⁰⁸. Elle déduit « *qu'en donnant ainsi une portée illimitée à une clause que sa généralité rendait inopérante, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »¹⁸⁰⁹. Cette jurisprudence est conforme aux dispositions applicables et doit donc être maintenue. En ce sens, on peut également citer un arrêt de la cour d'appel de Paris qui, à propos des droits de traduction d'une œuvre, a repris la position de la Haute Cour et a annulé la clause dite « *tous droits attachés* » au droit de reproduction¹⁸¹⁰.

Cette approche purement contractuelle ferait application correcte de l'article L. 131-3 CPI en exigeant la détermination claire des droits cédés quant à leur modes d'exploitation, à la durée de leur transmission et à leur territorialisation.

§ 2. LA PROTECTION DE L'AUTEUR AU STADE DE L'EXÉCUTION CONTRACTUELLE

503. Quête du juste prix. La quête du juste prix jalonne les travaux préparatoires des diverses lois relatives à la propriété littéraire et artistique. En 1957, la rémunération proportionnelle et l'obligation d'exploitation apparaissaient déjà comme des principes cardinaux dont « *l'inobservation risquerait de léser gravement les intérêts des créateurs intellectuels* »¹⁸¹¹. Plus de soixante ans après, la directive marché numérique du 17 avril 2019 dresse un constat similaire dans une langue contemporaine. Au considérant n° 73, est écrit que « *la rémunération des auteurs et artistes interprètes ou exécutants devrait être appropriée et proportionnelle à la valeur économique réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés, compte tenu de la contribution de l'auteur ou de l'artiste interprète ou exécutant à l'ensemble de l'œuvre ou autre objet protégé et de toutes les autres circonstances de l'espèce, telles que les pratiques de marché ou l'exploitation réelle de l'œuvre* ».

¹⁸⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1991, Bull. civ. 1991, I, n° 253 ; D. 1993, somm. p. 92, obs. C. Colombet : « *Lorsqu'un contrat comporte cession du droit de représentation ou du droit de reproduction, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat ; qu'aux termes du second, la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que leur domaine d'exploitation soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* »

¹⁸⁰⁹ *Ibid.* : « *Attendu qu'après avoir énoncé que la clause de cession "tous droits compris" comprenait nécessairement le droit de représentation du film Le Fruit nu, l'arrêt retient, malgré l'absence de toute autre prévision conventionnelle, que la société Joker a acquis "l'intégralité des droits d'exploitation des créations publicitaires réalisées par la société Robert and partners" ; qu'en donnant ainsi une portée illimitée à une clause que sa généralité rendait inopérante, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

¹⁸¹⁰ Paris, 4^e ch., sect. C, 4 mars 2005, n° 03/06652, *JurisData* n° 2005-267876 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 82, note Ch. Caron.

¹⁸¹¹ L. JAQUINOT et E. HUGUES, Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, AN séance 9 juin 1954, n° 8612, p. 9.

504. Problème de la conception subjective de la valeur. La quête d'un juste prix placé sous l'égide d'une volonté politique s'oppose pourtant à l'un des principes fondamentaux du droit des contrats. La valeur, cette « pierre philosophale des économistes »¹⁸¹² que l'on trouve au cœur de tous les contrats commutatifs, est réputée n'appartenir qu'aux seules parties. Celui qui propose une prestation est en droit d'en estimer librement la valeur et le prix, conformément à l'idée aristotélicienne de la justice commutative¹⁸¹³. En principe donc, elle n'est qu'affaire de volonté et de consentement¹⁸¹⁴ et le juge doit alors s'abstenir de tout contrôle de l'équivalence sous peine d'enfreindre le dogme de l'autonomie de la volonté¹⁸¹⁵. Ce volontarisme s'oppose à une conception légale et autoritaire de la valeur. Malgré l'existence de quelques garde-fous protégeant les parties des déséquilibres trop manifestes, ce mode d'appréhension de la valeur ne sied guère à la propriété littéraire et artistique. La raison première étant que les œuvres échapperaient par nature à l'emprise du temps et de l'argent¹⁸¹⁶.

La conception aristotélicienne de la justice ne s'oppose pas fondamentalement à une immixtion de la Cité dans le rapport contractuel. En effet, on ne saurait tolérer la détermination d'un prix qui ne respecte pas l'ordre public et l'autorité étatique¹⁸¹⁷. Cette dernière peut donc décider autoritairement dans quelle mesure un contrat est juste ou injuste pour les parties et l'ensemble de la société.

¹⁸¹² R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. MEYER, LGDJ, 1992, n° 47, p. 38.

¹⁸¹³ Sur ce point F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, n° 256 et s. et notamment n° 259, pour qui « affirmer que la justice commutative commande une équivalence objective des prestations contractuelles n'est rien de moins que la trahison de la pensée aristotélicienne » ; O. PENIN, *La distinction entre la conclusion et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Pref. Y. LEQUETTE, LGDJ 2006, n° 326 qui, reprenant les termes employés par ARISTOTE, souligne que la spéculation appartient légitimement à celui qui s'est constitué un monopole (ARISTOTE, *La politique*, trad. en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éd. principales par J. BARTHELEMY-SAINT-HILAIRE, 3^e éd., Paris, Ladrance, 1874, Livre I, Chapitre IV, n° 5 et 6) ; M.-I. FINLEY, « Aristote et l'analyse économique », in *Économie et société en Grèce ancienne*, Paris, La Découverte, 1997.

¹⁸¹⁴ J. N. PUGHON, *L'histoire doctrinale de l'échange et du contrat*, LGDJ, 1985, n° 238.

¹⁸¹⁵ A. FOUILLÉ, « qui dit contractuel, dit juste », *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1929, p. 410 ; J.-F. SPITZ, « "Qui dit contractuel dit juste" : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD. civ.* 2007, p. 281 et s. ; O. PENIN, « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *C.C.C.*, n° 8-9, août 2017, étude 9 : « Prolongeant une longue tradition empreinte d'une logique aristotélicienne, les rédacteurs de 1804 ont considéré que l'accord de volontés de parties qui recherchent à satisfaire leur intérêt suffit à assurer un juste rapport entre ce qui est donné et ce qui est reçu. Puisque chacun est le meilleur juge de ses intérêts, l'engagement est contracté car il est perçu par celui qui s'engage comme l'équivalent de ce qu'il attend ».

¹⁸¹⁶ Sur la question, voir entre autres : B. LAHIRE, *Ceci n'est pas un tableau*, La Découverte, 2013 ; Colloque « La valeur de l'œuvre littéraire », http://www.fabula.org/actualites/la-valeur-de-l-oeuvre-litteraire_61967.php ; C. TALON-HUGON, « Valeur et esthétique, valeur marchande », *Rev. Phil.* 7/2004, p. 63, notamment § 18, « Le commerce de l'art et la spéculation sur les œuvres ne sont évidemment pas des choses récentes. Elles existent du moment que la création artistique et la consommation artistique se sont individualisées, c'est-à-dire dès que l'art a cessé d'être l'affaire du groupe social dans son entier comme c'est le cas dans les sociétés traditionnelles. Ceci dit, cela n'autorise pas à clore le débat en concluant – que ce soit pour le constater ou le déplorer – que l'art et l'argent ont toujours eu partie liée. Car ils n'ont pas toujours eu de la même façon partie liée, et les différentes formes du négoce de l'art introduisent pour la question de la valeur artistique des différences capitales » ; R. MOULIN, *De la Valeur de l'art*, Flammarion, 1995. ; Dossier « Valeurs de l'art » in *Rev. Mouvement*, 4/2001, n° 17, D. SAGOT-DUVAUROUX et S. WRIGHT (dir.) ; P. VALERY, « La conquête de l'ubiquité » in *Pièces sur l'art*, T.2, Gallimard, 1960, p. 1284 ; W. BENJAMIN, « L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique », *Essais II*, Denoël, 1971 ; C. BRUNET, *Art et poésie*, in *Notions de philosophie*, T. III, D. KAMBOUCHNER (dir.), éd. Gallimard, p. 371.

¹⁸¹⁷ A. COMTE-SPONVILLE, « 6. La justice », *Petit traité des grandes vertus*. A. COMTE-SPONVILLE, PUF, 1999, p. 80, spéc. p. 82 : « La justice se joue tout entière dans ce double respect de la légalité, dans la Cité, et de l'égalité, entre individus : "Le juste est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité, et l'injuste ce qui est contraire à la loi et ce qui manque à l'égalité" ».

505. L'objectivation de la valeur des droits d'édition par l'obligation d'exploitation. Pour lier la volonté des parties à cette quête législative du juste prix, le parti a été pris d'imposer un principe de rémunération proportionnelle. Cette dernière insuffle une dose d'objectivité dans le mode de détermination du prix, à condition que l'éditeur soit astreint à une obligation d'exploitation. En effet, « *les industries culturelles se situent dans un contexte de grande incertitude. Il n'existe aucun critère objectif pour évaluer les productions littéraires et artistiques ; c'est la sanction du public, très aléatoire, qui leur donne leur valeur marchande. Il n'y a donc pas de "valeur intrinsèque" du travail de l'auteur* »¹⁸¹⁸. C'est ainsi que doit être lue la phrase célèbre du peintre Auguste RENOIR pour qui « *le seul indicateur de la valeur d'un tableau c'est la salle de vente* »¹⁸¹⁹. Il est donc exact de considérer que l'œuvre de l'esprit serait un « *bien d'expérience* »¹⁸²⁰. DESBOIS est le premier à avoir estimé que l'obligation d'exploitation avait vocation à assurer essentiellement la rémunération de l'auteur. Pour lui, les liens qu'entretiennent ces obligations sont tels que, à défaut d'exploitation, le cocontractant de l'auteur serait dans l'incapacité de « *s'acquitter de son tribut que le législateur lui a imposé* »¹⁸²¹. Il y voyait une corrélation directe entre l'exploitation de l'œuvre et la rémunération proportionnelle¹⁸²². La Cour de cassation a déjà rappelé la nature d'ordre public de ce lien indispensable entre l'exploitation et la rémunération¹⁸²³.

Au reste, ce lien entre rémunération et exploitation n'est pas inconnu dans le droit des contrats. Il peut ainsi être rapproché de la clause de performance qui consiste à fixer le prix définitif du contrat en fonction de sa rentabilité post-contractuelle comme cela est souvent le cas en matière de brevet d'invention¹⁸²⁴.

506. Plan. La corrélation ainsi présentée entre le transfert et la valeur des droits d'édition impose deux séries d'obligations à l'éditeur. Ce dernier est ainsi tenu d'exploiter l'œuvre (A) et de rémunérer l'auteur (B). Ces deux obligations constituent le cœur de métier de l'éditeur sans lesquelles l'identification du contrat d'édition serait impossible. En effet, les fonctions d'exploitation de l'œuvre¹⁸²⁵ et de protection de l'auteur¹⁸²⁶ s'incarnent pour l'essentiel dans ces deux obligations.

¹⁸¹⁸ P. J. BENGHOZI et T. PARIS, « *Rapport final* », in *Inciter, protéger, rémunérer... : quels droits pour quels auteurs ?*, éd. École Polytechnique, 1997, p. 11.

¹⁸¹⁹ Célèbre phrase attribuée à Auguste RENOIR, voir D. CASALI, F. TESSON, « Auguste RENOIR », in *Ils ont fait la France : chefs d'État, écrivains, inventeurs, musiciens...*, Omnibus, Paris.

¹⁸²⁰ G. HENRY, *L'évaluation en droit d'auteur*, IRPI, 2007, préf. P.-Y. GAUTIER, n° 59.

¹⁸²¹ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 492.

¹⁸²² Ch. CARON évoque un « *lien indissoluble entre l'auteur et son œuvre* » assuré par la rémunération proportionnelle, *op. cit.*, n° 422, p. 387.

¹⁸²³ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2011, n° 09-15779, *Propriété Intellectuelle*, n° 42, p. 33, note J.-M. Bruguière.

¹⁸²⁴ À propos de la cession d'un brevet d'invention, v. Req. 5 mai 1905, *DP* 1906, 1, 360 ; à l'occasion de la vente d'une machine, Com. 18 déc. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 335, *D.* 1973, p. 662. Les pays de *copyright* connaissent bien cette technique sous l'intitulé de clause de « *sale forward* » ou clause « *earn out* » que l'on retrouve notamment lorsqu'est conclu un « *publishing contract* ». v. Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 211. Une telle corrélation ne doit pas être considérée comme spécifique à la propriété intellectuelle, v. en matière financière F. SAFI, « La déterminabilité du prix dans une clause d'*earn out* », *Dr. et Patr.*, n° 223, mars 2013, p. 30 ; A. CONSTANTIN, à propos de Cass. com. 20 sept. 2011, n° 10-17.555 et Paris 12 janv. 2012, n° 11/01528, *RTD com.* 2012, 129 ; J.-P. BERTEL, « L'*earn out* », in *Les garanties lors de l'acquisition du contrôle d'une société*, *Dr. et pat.*, nov. 2008, p. 44 ; Com. 15 juin 1982, *JCP* 1984, II, 20141, obs. Grillet-Ponton ; « Clause d'*earn out* », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, J. MESTRE (dir.), 2011, Lextenso éditions, coll. Les intégrales, Chap. 36, n° 556 et s. ; v. également en matière de contrat public A. PANDO, « *Earn out* : la pratique de l'administration en question », *LPA*, 2 oct. 2015, p. 4.

¹⁸²⁵ *Supra* n° 26 et s. et notamment n° 32.

¹⁸²⁶ *Supra* n° 45 et s.

A. L'OBLIGATION D'EXPLOITATION DE L'ŒUVRE

507. Plan. Le principe de l'exploitation de l'œuvre présente une double dualité qui touche, d'une part, l'obligation d'exploitation (1) et, d'autre part, les conséquences de l'exploitation (2).

1. La dualité de l'obligation d'exploitation

508. Plan. L'obligation d'exploitation se déduit des articles L. 132-1 CPI, L. 132-11 CPI et L. 132-12 CPI. L'article L. 132-1 CPI définit le contrat d'édition comme celui « *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 ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ». L'article L. 132-11 al. 1 CPI ajoute que « *l'éditeur est tenu d'effectuer ou de faire effectuer la fabrication ou la réalisation sous une forme numérique selon les conditions, dans la forme et suivant les modes d'expression prévus au contrat* ». Enfin, l'article L. 132-12 CPI énonce que « *l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession* ». Cette présentation très matérielle de l'exploitation convient à l'usage du droit de reproduction, mais elle ne semble pas transposable à l'exploitation des droits dérivés qui ne suppose pas la réalisation d'exemplaires. L'exploitation par l'usage du droit de reproduction (a) s'oppose donc à l'exploitation par le transfert des droits dérivés (b).

a. L'obligation d'exploitation par l'usage du droit de reproduction

509. Plan. En premier lieu, une analyse de l'obligation d'exploitation mettra en relief les spécificités du travail éditorial (i). En second lieu, la nature juridique de cette obligation permettra d'en évaluer le régime (ii).

i. Analyse de l'obligation d'exploitation par l'usage du droit de reproduction

510. Spécificité normative. Problématique. La spécificité du droit d'auteur français est d'imposer positivement le contenu des obligations d'exploitation pesant sur l'éditeur. L'exploitation éditoriale se décompose de la sorte : la publication, la promotion et la commercialisation – qui comporte la publication et la diffusion continue. Est ainsi énoncé un contenu positif au comportement que doit adopter l'éditeur. Cette vision de l'édition tranche assez sensiblement avec ce qui existe dans d'autres dispositions ou législations qui se contentent simplement de sanctionner le non-usage des droits d'exploitation – notamment le droit allemand¹⁸²⁷ et le droit européen depuis la directive du 17 avril 2019¹⁸²⁸ – quand d'autres sont totalement silencieuses¹⁸²⁹. Notons également que les exploitants ne sont pas sujets à obligation d'exploitation lorsqu'ils sont cessionnaires des droits voisins d'artistes-

¹⁸²⁷ Voir par exemple en droit allemand, Sect. 41 UrhG, Right of revocation for non-exercise : « (1) *Where the holder of an exclusive right of use does not exercise the right or only does so insufficiently and this significantly impairs the author's legitimate interests, the author may revoke the right of use. This shall not apply if the non-exercise or the insufficient exercise of the right of use is predominantly due to circumstances which the author can be reasonably expected to remedy.* (2) *The right of revocation may not be exercised before the expiry of two years following the grant or transfer of the right of use or, if the work is delivered at a later date, since its delivery. In the case of a contribution to a newspaper the period shall be three months, in the case of a contribution to a periodical published monthly or at shorter intervals six months, and in the case of a contribution to other periodicals one year.* (3) *The revocation may not be declared until after the author has, upon notification of the revocation, granted the holder of the right of use an appropriate extension to sufficiently exploit the right of use. It shall not be necessary to determine an extension if it is impossible for the rightholder to exercise the right of use or he refuses to do so or if granting an extension would prejudice the author's overriding interests* ».

¹⁸²⁸ Art. 22 dir. préc. : « 1. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un auteur ou un artiste interprète ou exécutant a octroyé sous licence ou transféré les droits qu'il détient sur une œuvre ou autre objet protégé à titre exclusif, cet auteur, artiste interprète ou exécutant puisse révoquer, en tout ou en partie, la licence ou le transfert de droits en cas de non-exploitation de cette œuvre ou autre objet protégé ».

¹⁸²⁹ V. par exemple le Copyright Act 1976 des États-Unis.

interprètes¹⁸³⁰. Ce choix qui traduit une politique favorable aux auteurs montre toutefois ses limites face aux évolutions structurelles de notre temps. L'adaptabilité du principe de l'exploitation aux différents secteurs culturels n'est pas en cause¹⁸³¹. En revanche, le législateur ayant pris le soin de minutieusement réglementer l'obligation d'exploitation pour des supports matériels, les règles édictées semblent difficilement transposables aux évolutions technologiques. Pour éviter la sclérose du droit de l'édition, un redéploiement de l'arsenal juridique s'impose sans perdre de vue la nécessité d'encourager l'exploitation des œuvres. Pour cette raison, la commission SIRINELLI a entrepris de renouveler les règles d'exploitation en adaptant les dispositions du CPI tout en renvoyant le détail de l'exploitation aux accords syndicaux¹⁸³². Ces spécificités normatives posées, il convient de détailler chacune des obligations d'exploitation qui incombent à l'éditeur.

511. Obligation de fabrication ou de réalisation de l'œuvre. Tout d'abord, la publication suppose la fabrication en nombre d'exemplaires de l'œuvre. Le cas échéant, l'exécution de l'obligation de faire doit obéir à deux exigences fondamentales : l'exigence de conformité et l'exigence de ponctualité¹⁸³³. L'obligation de faire de l'éditeur doit tout d'abord être conforme aux règles de l'art et aux normes techniques¹⁸³⁴. À ce titre, la cour d'appel de Rennes a rappelé, dans un arrêt rendu le 23 février 2018, qu'à défaut de stipulation particulière, le contentieux de la réalisation des exemplaires porte uniquement sur le respect des normes techniques¹⁸³⁵. Outre ces principes généraux, les modalités de l'exploitation sont sujettes à de nombreux usages qui réglementent le domaine et renvoient aux règles de l'art¹⁸³⁶. Certes, la présence de stipulations particulières impose une conformité spécifique et rend la référence aux règles de l'art superfétatoire¹⁸³⁷. Dans le silence du contrat, néanmoins, la conformité de l'exploitation aux règles de l'art s'impose à l'éditeur comme à tout entrepreneur. Cela peut concerner le nombre de volumes fabriqués¹⁸³⁸, la détermination de la précision de la qualité du

¹⁸³⁰ Art. L. 212-12 CPI : « En cas d'abus notoire dans le non-usage par un producteur de phonogrammes des droits d'exploitation qui lui ont été cédés, la juridiction civile compétente peut ordonner toute mesure appropriée ».

¹⁸³¹ PLAISANT, *Les obligations de l'éditeur de musique*, RIDA 1969, n° 55, p. 77 « On constate que, si l'on s'attache à la diffusion de l'œuvre littéraire dans son ensemble et non à la seule édition graphique, les oppositions entre publication littéraire et musicale s'atténuent pour devenir de simples variantes sur des principes communs ».

¹⁸³² *Supra* n° 456 et s.

¹⁸³³ F. LABARTHE, C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, pp. 268-269.

¹⁸³⁴ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1989, qui définit les règles de l'art comme « un comportement technique approprié, accessible à l'ensemble du corps professionnel dont son application relève, et qui correspond à l'état technique au moment de la réalisation de l'acte » (p. 105) alors que la norme technique apparaît comme une procédure déterminée et standardisée et décrivant un résultat (sur ce point, v. K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 773 ; A. PENNEAU, « La réforme de la normalisation : quel "système" pour quel "intérêt public" ? – À propos du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation », *JCP E.* 2009, n° 44, p. 2038 ; M. ZAVARO, « Les règles de l'art », *Gaz. Pal.* 2000. Doctr., p. 1879.

¹⁸³⁵ Rennes, 2^e ch., 23 fév. 2018, n° 15/00394 : « En ce qui concerne la lisibilité des ouvrages, le contrat passé entre les parties ne spécifient pas la police de caractères. Mme L. n'a pas dénoncé ce défaut lorsqu'elle a pu contrôler un ouvrage en version papier et, au contraire dans un mail du 28 novembre 2011, répondant à un mail de l'imprimerie lui adressant un bon à tirer, elle demandait confirmation de ce que le titre et l'auteur étaient bien une page située à l'intérieur de l'ouvrage, et écrivait "pour le reste cela me convient parfaitement". L'examen de l'ouvrage déposé au dossier des époux L. amène à cette même constatation s'agissant des espaces importants entre chaque ligne. Mme et M. L. qui ne caractérisent pas un manquement de la société Imprimerie Basse Bretagne à ses obligations contractuelles justifiant la résolution du contrat à ses torts, seront déboutés de l'ensemble de leurs demandes, en ce compris celle de dommages et intérêts pour procédure abusive ».

¹⁸³⁶ La règle est rappelée par le Code des usages contenu dans l'accord conclu le 1^{er} décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition rendu obligatoire par arrêté du 10 décembre 2014 qui fait obligation à l'éditeur de livre, au titre de l'exploitation permanente et suivie, de « rendre disponible l'ouvrage dans une qualité respectueuse de l'œuvre et conforme aux règles de l'art quel que soit le circuit de diffusion » (art. 4.1 al. 3) et de « satisfaire dans les meilleurs délais les commandes de l'ouvrage » (art. 4.1 al. 4).

¹⁸³⁷ Ce cas de figure est expressément prévu par le CPI à l'article L. 132-11 al. CPI qui énonce que « l'éditeur est tenu d'effectuer ou de faire effectuer la fabrication ou la réalisation sous une forme numérique selon les conditions, dans la forme et suivant les modes d'expression prévus au contrat ».

¹⁸³⁸ TGI Paris, 3^e ch., 5 juin 1987, *Cab. dr. auteur* janv. 1988, p. 14.

papier utilisé pour un roman¹⁸³⁹, la police employée, le format¹⁸⁴⁰... L'obligation de fabrication est donc scrupuleusement encadrée par des normes techniques.

Cette obligation a fait l'objet d'une adaptation à la sphère numérique. En effet, la doctrine n'a pas manqué de souligner la spécificité du travail de « fabrication » des exemplaires de l'œuvre dans la sphère numérique¹⁸⁴¹. Depuis 2014, l'article L. 132-1 CPI énonce que l'œuvre peut être « réalisée » sous forme numérique. Le terme se substitue à celui de fabrication pour une meilleure adaptabilité de l'édition¹⁸⁴². Dans le fond, il s'agit simplement de numériser l'œuvre. Sans doute l'expérience démontrera-t-elle la nécessité de réglementer cette numérisation et de prendre en compte les différents formats numériques¹⁸⁴³. La diversité des formats et des contenus numériques peut en effet induire des enjeux d'interopérabilité avec les logiciels qui sont censés lire ces contenus¹⁸⁴⁴. Les usages doivent prendre en compte ces aspects qui sont directement liés à la réalisation des œuvres.

512. Obligation de commercialisation. L'obligation de commercialisation recoupe deux obligations qu'il est de coutume de distinguer mais dont l'analyse doit être menée de façon unitaire : l'obligation de publication et l'obligation de diffusion. La publication n'est pas réglementée à proprement dit par le CPI. Toutefois, l'article L. 132-17 2° CPI prévoit que l'éditeur doit publier l'œuvre dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat ou après mise en demeure par l'auteur¹⁸⁴⁵. C'est

¹⁸³⁹ Paris, 1^{re} ch., 19 déc. 1962, *D.* 1963, p. 609, note A. Françon.

¹⁸⁴⁰ Paris, 1^{re} ch., 19 févr. 1991, *Légipresse* 1991, I, p. 98.

¹⁸⁴¹ É. de La BOULAYE, « Le contrat d'édition en ligne », *Légicom*, vol. 24, no. 1, 2001, p. 13, spéc. p. 15 : « "Fabriquer" : le terme se rapporte aisément à l'édition en ligne, qui nécessite un long travail de mise en page, de formatage et de compression du texte. Le travail d'édition sur l'Internet n'est pas moins exigeant que celui qui est effectué pour la parution d'un livre. Il fait intervenir de nombreux intermédiaires, tels que des infographistes, des maquettistes, des programmeurs en SGML, XML et des fournisseurs de services ».

¹⁸⁴² L. de CARVALHO, « Le contrat d'édition à l'heure du numérique : les 10 points de l'accord du 21 mars 2013 », *Légicom*, vol. 51, n° 3, 2013, pp. 31-35 : « Les œuvres ou les supports concernés par cette définition sont notamment les livres, les disques, les films. Actuellement, pour l'édition numérique, la "fabrication des exemplaires" est interprétée comme permettant la réalisation du support numérique, qui comprend, entre autres, la mise en ligne de l'œuvre, sa conversion dans certains formats et sa sécurisation éventuelle au moyen de mesures techniques de protection. La précision juridique étant toujours efficace à la protection des auteurs, l'accord du 21 mars 2013 propose une nouvelle définition du contrat d'édition qui serait la suivante : "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 un nombre des exemplaires de l'œuvre, ou de la réaliser ou de la faire réaliser sous une forme numérique, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion." Grâce à cet ajout, les exploitations au format numérique de l'œuvre sont ainsi expressément couvertes par la nouvelle définition du contrat d'édition et dans un souci de cohérence, il a également été proposé d'adapter, dans le même sens, les définitions du contrat dit "à compte d'auteur" (article L. 132-2 CPI) et "de compte à demi" (article L. 132-3 CPI) ».

¹⁸⁴³ Sur les grandes évolutions liées au format de l'édition v. B. EPRON, et M. VITALI-ROSATI. « II. La production des contenus », in *L'édition à l'ère numérique*, La Découverte, 2018, p. 35 : « Du point de vue éditorial, la question des formats informatiques des livres numériques conduit à une réflexion qui dépasse les enjeux d'écosystèmes ou de gestion des droits. En effet, devenus un outil éditorial, les formats informatiques jouent un rôle central dans la définition et la forme des produits éditoriaux tels qu'ils sont conçus et utilisés » ; Ch. VANDENDORPE, *Du papyrus à l'hypertexte. Essai sur les mutations du texte et de la lecture*, La Découverte, 1999, notamment p. 193 et s.

¹⁸⁴⁴ V. CSPLA, *Rapport sur l'interopérabilité des contenus numériques*, avr. 2017 p. 18 qui prend l'exemple du secteur du livre et qui souligne que : « L'absence d'interopérabilité est également lourde de conséquences pour l'ensemble de la filière du livre et l'avenir même du marché du livre numérique. Elle évince en effet les distributeurs indépendants, mis dans l'impossibilité d'offrir des livres numériques à de nombreux lecteurs équipés de matériels non interopérables. Les investissements qu'ils consentent pour commercialiser des livres numériques en voient leur rentabilité mécaniquement dégradée. Cette situation tend également à laisser les auteurs et les éditeurs en situation de faiblesse face à des opérateurs très puissants. Enfin, elle dégrade l'attractivité du livre numérique, puisqu'elle limite la jouissance des œuvres pour lesquelles les lecteurs ont souscrit des licences, rendant plus difficilement acceptable par les lecteurs les niveaux de valeurs attendus par les ayants droit » ; P. SIRINELLI, « Numérique et interopérabilité : une nouvelle donne ? », *RLDI* suppl. n° 23, janv. 2007.

¹⁸⁴⁵ Art. 132-17 2° : « L'éditeur, sur mise en demeure de l'auteur lui impartissant un délai convenable, n'a pas procédé à la publication de l'œuvre ou, en cas d'épuisement, à sa réédition. Dans ce cas, la résiliation a lieu de plein droit ».

là le premier temps de la commercialisation. L'obligation de diffusion est prévue à l'article L. 132-12 CPI qui énonce que « l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession ». Elle consiste à proposer les exemplaires de l'œuvre à la vente ou à la mise à la disposition. Lorsque l'œuvre est exploitée sur les réseaux, le concept de diffusion doit être légèrement adapté. Pour cette raison, l'article 4.1 de l'accord étendu du 1^{er} décembre 2014 prévoit que, sur Internet, l'éditeur d'un livre doit :

« Exploiter l'œuvre dans sa totalité sous une forme numérique ; La présenter à son catalogue numérique ; La rendre accessible dans un format technique exploitable en tenant compte des formats usuels du marché et de leur évolution, et dans au moins un format non propriétaire ; La rendre accessible à la vente, dans un format numérique non propriétaire, sur un ou plusieurs sites en ligne, selon le modèle commercial en vigueur dans le secteur éditorial considéré ; L'auteur reprend les droits d'exploitation numérique de la dernière version de l'œuvre approuvée par lui sans qu'il soit besoin de nouvelle mise en demeure. Les apports d'autres auteurs distincts de l'œuvre (illustrations, préface, appareil critique...) restent la propriété de ces auteurs ou de l'éditeur cessionnaire »¹⁸⁴⁶.

Notons par ailleurs que les modèles de contrat d'édition proposés par certains syndicats ont déjà pris en considération les spécificités de l'exploitation numérique¹⁸⁴⁷. Globalement, les termes employés par l'accord sont suffisamment généraux pour être dupliqués dans d'autres secteurs culturels. L'accord pourrait ainsi servir de guide ou de matrice aux réformes à venir en matière musicale, audiovisuelle, etc.

513. Obligation de promotion. Bien que les dispositions du CPI n'y fassent pas allusion, la publication de l'œuvre implique l'existence d'une obligation de promotion de l'œuvre¹⁸⁴⁸. L'obligation de promotion peut être ramenée à la formule de Jean RAULT, qui y voyait une obligation « d'inciter » à l'acquisition de l'œuvre¹⁸⁴⁹ ou de lui donner un certain rayonnement¹⁸⁵⁰.

Lorsque l'éditeur achète des espaces publicitaires pour s'acquitter de son obligation, les actes pris relèvent du droit commun de la publicité¹⁸⁵¹. Toutefois, le législateur prohibe certaines pratiques en

¹⁸⁴⁶ V. B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. Contrats de l'édition. Les nouveaux (?) usages de l'édition numérique », *Comm. com. électr.*, 2014, n° 9, 2014, prat. 15. V. également en matière musicale, art. 3.4 Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales du 4 octobre 2017, qui détaille les différentes formes d'exploitation.

¹⁸⁴⁷ Relevons par exemple que le modèle de contrat d'édition proposé par la SGDL prévoit à l'article 24.1 les règles relatives à l'exploitation numérique permanente et suivie de l'œuvre et énonce que : « à compter de la publication de l'œuvre, l'éditeur est tenu : - d'exploiter l'œuvre dans sa totalité dans sa version numérique, - de présenter l'œuvre à son catalogue numérique, - de rendre l'œuvre accessible au public dans un format technique exploitable, en tenant compte des formats usuels du marché et de leur évolution, et dans au moins un format non propriétaire, - de rendre l'œuvre accessible à la vente, dans un format non propriétaire, sur un ou plusieurs sites de ventes en ligne ».

¹⁸⁴⁸ TGI Paris, 3^e ch., 29 avr. 1988, *RIDA* 1988/4, p. 324, Confirmé par Paris, 4^e ch. A, 27 mars 1990, *JurisData* n° 1990-021185. Paris, pôle 5, 2^e ch., 10 déc. 2010, n° 09/16757, *JurisData* n° 2010-024931.

¹⁸⁴⁹ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Étude de jurisprudence française, 1927, p. 284.

¹⁸⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1986, *Bull. civ. I*, n° 31, *D.* 1987, somm. p. 157, obs. C. Colombet, « *La Pensée Universelle, éditeur, a fait connaître à M. X..., auteur d'un manuscrit, qu'elle était disposée à le publier à certaines conditions et qu'elle s'engagerait pour sa part, s'il donnait suite, à mettre en œuvre plusieurs moyens publicitaires énumérés dans ladite lettre parmi lesquels figuraient la recherche des jurys littéraires susceptibles d'être séduits par l'ouvrage, ainsi que la présentation de l'auteur à ces jurys, et la prospection des éditeurs étrangers en vue de traductions* ».

¹⁸⁵¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JO*, 30 janvier 1993, p. 1588 ; *Cir.* du 19 septembre 1994 relative à la transparence et à la non-discrimination dans la publicité, *JO* 30 sept. 1994, p. 13827. Ces dispositions sont censées s'appliquer à la sphère numérique, L. VEYSSIERE et A. VIBERT. « La publicité sur Internet : Peut-on "surfer" sans risques ? », *Légiom*, vol. 12, n° 2, 1996, p. 19, spéc. pp. 22-23 : « Deux conditions doivent être réunies quant à l'application de la loi dans l'espace : d'une part, le message publicitaire doit être réalisé au bénéfice d'une entreprise française et, d'autre part, il doit être reçu principalement sur le territoire français. L'interprétation de cette dernière condition peut soulever certaines interrogations liées au caractère international d'Internet. Si l'on prend en compte le fait que la diffusion du message publicitaire est effectuée simultanément dans tous les pays, le message ne peut pas être considéré comme "principalement reçu en France" et l'application de la loi peut donc être écartée. En revanche, si l'on raisonne en fonction du nombre de personnes

matière culturelle. Cela est le cas de la publicité sur les chaînes télévisées hertziennes régie par un décret du 27 mars 1992¹⁸⁵². Cette interdiction vise principalement à ne pas désavantager les petites maisons d'édition qui ne pourraient pas financer de la publicité à la télévision contrairement aux majors de l'édition¹⁸⁵³.

Lorsque la promotion de l'œuvre est assurée sur les réseaux numériques, l'éditeur doit veiller à respecter le règlement général sur la protection des données¹⁸⁵⁴ dont l'observation relève assurément de l'ordre public¹⁸⁵⁵. Or, la promotion suppose parfois que l'éditeur livre des données à caractère personnel sur l'auteur¹⁸⁵⁶ – des détails sur la vie personnelle d'un romancier ou la photo d'un artiste¹⁸⁵⁷. Pour éviter d'engager la responsabilité de l'éditeur en la matière, la communication de ces données doit être rattachée à l'autorisation posée à l'article 6. b. du règlement en vertu de laquelle le traitement des données est licite lorsqu'il est « nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ». Ainsi, en dépit du fait que l'obligation de promotion ne soit pas formellement inscrite dans les dispositions du CPI, le traitement de données doit être considéré comme pleinement intégré au contrat d'édition. À défaut d'un tel rattachement, l'éditeur devra recueillir l'autorisation spécifique de l'auteur, imposant par la même une charge contractuelle à notre avis trop importante¹⁸⁵⁸.

514. De lege feranda obligation de rechercher des annonceurs. Le choix réalisé par l'éditeur d'opter pour des modèles économiques innovants – par exemple lorsque l'exploitant se rémunère par la publicité – est certes sans incidence sur la qualification du contrat d'édition comme cela a été constaté en première partie¹⁸⁵⁹ mais il emporte des conséquences sur le régime de l'obligation d'exploitation. Dans ce modèle, la présence d'un seul acquéreur de l'œuvre sous forme d'exemplaire ou de millions

recevant le message, la loi Sapin pourrait être applicable dès lors que la cible visée par le message est française. Ainsi, le fait que le message soit uniquement en langue française, diffusé sur un site "fr", destiné avant tout à un public français, pourrait constituer une présomption d'application de la loi Sapin dès lors que l'entreprise concernée est française. L'appréciation devra donc se faire au cas par cas ».

¹⁸⁵² D. n° 92-280 du 27 mars 1992. L'interdiction a été assouplie dans la mesure où depuis le décret n° 2003-960 du 7 oct. 2003 modifiant le décret du 27 mars 1992 (D. n° 2093-960, 7 oct. 2003, JO n° 233, 8 oct. 2003, p. 17189) elle ne vise plus la publicité « sur les services de télévision exclusivement distribués par câble ou diffusés par satellite ».

¹⁸⁵³ Cette prohibition n'est pas absolue, v. par exemple Paris, 24 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1983. 1. Somm. 133, qui condamne l'éditeur pour ne pas avoir mené la promotion promise sur des chaînes de télévision.

¹⁸⁵⁴ Règl. UE, 2016/679, 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Sur les méthodes de marketing et les problèmes suscités par la manipulation des données personnelles,

¹⁸⁵⁵ A. DANIS-FATÔME, « Ordre public et protection des données à caractère personnel », *AJC*, 2019, p. 366.

¹⁸⁵⁶ L'article 4.1 du règlement pose une définition très large de ce qu'il faut entendre par « donnée personnelle » (art. 4.1 : « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ; est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ») et l'article 4.2 retient une définition tout aussi large de la notion de « traitement » des données (art. 4.2 : « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction »).

¹⁸⁵⁷ B. KERJEAN, « Contrat d'édition et RGPD », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2019, prat. 12 : « ces pratiques, courantes et somme toute très logiques, réalisées généralement sans le consentement de l'auteur pour une partie d'entre elles, sont susceptibles de poser quelques difficultés au regard du RGPD dont l'objectif principal, si l'on simplifie un peu un dispositif parfois complexe, est avant tout de permettre à chaque personne physique de décider et de contrôler les usages qui sont faits de ses données personnelles ».

¹⁸⁵⁸ F. ROGUE, « Capacité et consentement au traitement de données à caractère personnel et au contrat » *AJC* 2019, p. 370

¹⁸⁵⁹ *Supra* n° 55 et s.

reste sans influence sur le coût d'exploitation et sur le montant de la rémunération¹⁸⁶⁰. Or, la rémunération de l'auteur est en principe placée dans la dépendance de l'exploitation. Lorsque l'éditeur opte pour ce modèle économique la problématique n'est pas tant de trouver des acquéreurs des exemplaires mais de trouver des annonceurs publicitaires qui croient à l'attractivité de l'œuvre. La rémunération de l'auteur proviendra des sponsors publicitaires et non du public. Dès lors, l'impératif d'exploitation doit être adapté en consacrant pour cette hypothèse une obligation qui consisterait à imposer à l'éditeur de chercher de façon continue des sponsors promotionnels et des annonceurs publicitaires afin d'augmenter le niveau de la rémunération dévolue à l'auteur tout au long de la durée de l'édition de l'œuvre.

ii. La nature de l'obligation d'exploitation par l'usage du droit de reproduction

515. Débat doctrinal. Concernant la nature des obligations qui incombent à l'éditeur, le débat doctrinal est partiellement ouvert. Concernant l'obligation de fabrication, elle n'appelle aucun débat et relève des obligations de résultat¹⁸⁶¹.

Les choses sont moins évidentes pour la diffusion commerciale et la promotion. En son temps, PLAISANT y voyait une obligation de moyens principalement en raison de l'aléa pouvant affecter le succès commercial¹⁸⁶². Dans cet esprit, le Professeur LUCAS concède que la promotion et la commercialisation ne sont que des obligations de moyens¹⁸⁶³. Le Professeur GAUTIER est plus nuancé et considère qu'il s'agit d'une obligation « *de moyens, mais renforcée, sous la forme d'une présomption simple de responsabilité* »¹⁸⁶⁴. De la même façon, Monsieur KERJEAN considère que « *la nature du caractère permanent et suivi de l'exploitation apparaît alors comme étant de moyens renforcés, l'éditeur devant démontrer l'absence de faute en prouvant par exemple que ses décisions sont dues à l'aléa attendant au goût du public (CA Paris, 13 mars 2002, n° 1999/23037)* »¹⁸⁶⁵.

Au contraire, une autre partie de la doctrine considère que l'obligation d'exploitation est de résultat. Cela est le cas de DESBOIS qui a très tôt soutenu une telle qualification¹⁸⁶⁶. Le Professeur POLLAUD-DULIAN fait valoir que l'« *obligation d'exploitation permanente et suivie, l'une des obligations*

¹⁸⁶⁰ Ch., PHILIPPE, et A. Le DIBERDER, « IV. L'exploitation numérique : tout change », Ph. CHANTEPIE éd., *Révolution numérique et industries culturelles*, La Découverte, 2010, p. 55 : « *Même si le vieux modèle du paiement à l'unité trouve aujourd'hui les promesses d'une nouvelle jeunesse "high-tech" avec les DRM, le centre de gravité de l'accès aux contenus reste aujourd'hui fondé sur des intermédiaires qui organisent une distribution globale, elle-même alimentée par la publicité ou par des abonnements globaux. Le cas le plus typique est bien sûr celui de la télévision généraliste [Anderson et Coate, 2000]. La principale caractéristique de cette économie est de n'avoir, à court terme, pratiquement que des coûts fixes. Une fois que la grille de programmes est commandée et alimentée, qu'il y ait 60 millions de personnes qui regardent TF1 ou une seule, les coûts sont les mêmes. Cette caractéristique se traduit par d'importantes conséquences* ».

¹⁸⁶¹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 571 ; A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 851, pp. 698-699.

¹⁸⁶² PLAISANT, *Les obligations de l'éditeur de musique*, RIDA 1969, n° 55, p. 77.

¹⁸⁶³ A. LUCAS, J.-Cl. PLA, préc. n° 67 : « *de manière générale, l'obligation ne peut être que de moyens, et il appartient aux juges d'apprécier si la gravité du manquement justifie la résiliation. Tel est le cas pour une campagne publicitaire insuffisante et mal faite* ».

¹⁸⁶⁴ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 572.

¹⁸⁶⁵ B. KERJEAN, « L'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition littéraire à l'épreuve du numérique », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2012, prat. 15.

¹⁸⁶⁶ H. DESBOIS, « L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique », RIDA 1968, n° 58, p. 163.

essentiels du contrat d'édition (CPI, art. L. 132-12) (...) est une obligation de résultat »¹⁸⁶⁷. En matière musicale, Madame DALEAU estime également que l'obligation est de résultat¹⁸⁶⁸.

516. Incertitudes prétoriennes. La jurisprudence est également fluctuante. Plusieurs arrêts d'appel estiment que la promotion et la commercialisation sont des obligations de moyens¹⁸⁶⁹ voire des obligations de moyens renforcés¹⁸⁷⁰. Toutefois, à notre connaissance, les seules fois où la Cour de cassation s'est prononcée sur la nature de l'obligation, elle a considéré qu'il s'agissait d'une obligation de résultat. Dans un arrêt du 29 juin 1971, la Haute Cour a estimé que, en vertu d'un contrat d'édition, « les éditeurs avaient contracté une obligation déterminée d'assurer la diffusion des œuvres par disques, et non pas une simple obligation de moyens »¹⁸⁷¹. Dans un arrêt rendu le 5 avril 2012, il était demandé à la Cour de cassation de constater que l'éditeur, « la société d'édition Page de garde, devait effectuer une large diffusion de l'ouvrage du concluant, notamment dans le secteur des ventes classiques telles que les librairies et que cette dernière ne justifiait nullement de l'exécution de son obligation de résultat ». Remettant les obligations d'exploitation dans leur contexte économique, la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel avait constaté « d'une part, par motifs propres et adoptés, que soixante-dix ou soixante-et-onze exemplaires de l'ouvrage litigieux avaient été fabriqués et que celui-ci avait été diffusé dans une librairie et un centre commercial par l'éditeur et, d'autre part, relevé qu'il n'était pas démontré que ce dernier aurait pris l'engagement d'en réaliser un plus grand nombre, la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a pu décider que la société n'avait pas manqué à ses obligations nées du contrat de louage d'ouvrage liant les parties »¹⁸⁷². Si, dans son attendu décisionnel, la Cour de cassation ne mentionne pas la nature de l'obligation d'exploitation, elle n'a pas pris la peine de contredire la demande des auteurs sur ce point. Indirectement, elle souscrit à la qualification d'obligation de résultat.

517. DEMOGUE et ESMEIN. Pour saisir le débat lié à la nature de ces obligations, un bref retour à l'essence de la distinction opposant les obligations de moyens aux obligations de résultat

¹⁸⁶⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Contrat d'édition musicale. Pacte de préférence. Indivisibilité », RTD com. 2016, p. 108. En ce sens, Madame de la BOULAY, rappelant que « l'alinéa premier de l'article L. 132-11 du Code de la propriété intellectuelle met à la charge de l'éditeur l'obligation "d'effectuer ou de faire effectuer la fabrication selon les conditions, dans la forme et suivant les modes d'expression prévus au contrat" », estime qu'« un tel principe, assez abstraitement mais fermement posé, impose à l'éditeur une obligation de résultat », E. de La BOULAYE, « Le contrat d'édition en ligne », *Légicom*, vol. 24, n° 1, 2001, p. 13.

¹⁸⁶⁸ J. DALEAU, « Teneur de l'obligation de l'éditeur d'œuvres musicales », *D. Act.*, 5 juill. 2006 : « L'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle impose à l'éditeur l'obligation d'assurer une exploitation permanente et suivie ainsi qu'une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession. Telle que précisée par la jurisprudence, cette obligation est de résultat ».

¹⁸⁶⁹ Pau, 1^{re} ch. civ., 9 sept. 2008, 06/03694 : « Sur les prétendus manquements à l'obligation d'exploitation permanente et suivie de l'œuvre : L'obligation d'exploitation permanente et suivie de l'œuvre imposée par l'article V.-B du contrat d'édition (qui ne constitue que la transposition des dispositions de l'article L.132-12 du Code de la propriété intellectuelle) est une obligation de moyens visant à optimiser la promotion et la commercialisation de l'œuvre ».

¹⁸⁷⁰ Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 7 janv. 2016, n° 13/09456 : « Sur l'obligation de promotion et de distribution. Considérant que la société l'Officine d'Écrivain soutient que l'obligation de moyens renforcée n'existe qu'en matière de sécurité et de prévention et non (...) pas en matière commerciale dès lors que les objectifs quantitatifs contractuels ne sont pas expressément définis au contrat ; qu'elle fait également valoir que l'insuccès des ouvrages de Raynaldine R. ne lui est pas imputable et que ce n'est pas un manque d'action commerciale, au travers des référencements et des visites auprès des librairies, qui est à l'origine de l'échec des ouvrages ; Considérant, selon l'article L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle, que l'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession ; qu'il appartient ainsi à l'éditeur de démontrer les efforts accomplis pour assurer la promotion et la diffusion de l'œuvre, en particulier la publicité faite afin de donner à l'œuvre toute chance de succès auprès du public ; (...) Que s'il ne peut être imputé à l'éditeur l'insuccès d'une œuvre auprès du public lorsqu'il assure une exploitation et une diffusion conformes à ses obligations, il en va autrement lorsque, comme en l'espèce, il ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, des efforts accomplis à cet effet ; que le jugement sera confirmé en ce qu'il a constaté un manquement à l'encontre de l'éditeur ».

¹⁸⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1971, Bull. civ. I, n° 219, RIDA 1971/4, p. 136 ; D. 1971, somm. p. 190 ; JCP G 1971, IV, p. 216.

¹⁸⁷² Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, 11-14.788, Inédit.

s'impose. Selon le Professeur MALABAT, « *l'empirisme des solutions jurisprudentielles conduit (...) à une impression de désordre et à trouver une explication à l'impossibilité de dégager un critère unique de distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat* »¹⁸⁷³. Nous ne pouvons que partager en notre matière le constat dressé par le Professeur. Si nous revenons au fondement de la pensée de DEMOGUE, « *l'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut-être une obligation de résultat ou une obligation de moyen (...) Au lieu de promettre un résultat, on peut être obligé légalement ou conventionnellement de prendre certaines mesures qui normalement sont de nature à amener un résultat* »¹⁸⁷⁴. Le souci d'esthétisme conduit l'auteur à proposer une distinction binaire dont l'intérêt repose sur la question de la charge de la preuve. Si l'obligation est de moyens, il appartient au créancier de prouver le manquement du débiteur. Au contraire, si l'obligation est de résultat, le constat de l'absence de résultat suffit à établir le manquement. Bien que cette distinction ait fait l'objet de virulentes critiques, nous ne pouvons que souligner sa postérité¹⁸⁷⁵. La critique concerne principalement le critère de distinction entre les deux obligations. La charge la plus virulente vient d'ESMEIN qui écrit : « *Cette distinction ne me paraît pas résoudre le problème (...). On dit que le débiteur ne promet pas un résultat. Il promet pourtant toujours un certain résultat, à savoir la prestation de ses services* »¹⁸⁷⁶. Mais il donne ensuite le critère qui a fait son succès : l'aléa. Il estime en effet que les activités aléatoires et celles qui ne le sont pas doivent être distinguées¹⁸⁷⁷. Il revient alors à TUNC d'avoir appliqué le critère de l'aléa théorisé par ESMEIN à la distinction fondée par DEMOGUE, synthétisant ainsi les deux pensées respectives¹⁸⁷⁸. C'est donc ce critère de l'aléa qui est aujourd'hui repris pour distinguer les deux espèces d'obligations.

Les attermoissements que connaît le régime de l'exploitation trouvent leur source dans le flottement notionnel qui existe au regard de la généralité de l'obligation d'exploitation qui recouvre en son sein plusieurs sous-obligations qui consistent en la fabrication, la promotion, la diffusion des exemplaires de l'œuvre. En effet, la nature de l'obligation diverge selon que l'on envisage le régime des obligations

¹⁸⁷³ V. MALABAT, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, 2004, PU Bordeaux, p. 439, n° 14, p. 447.

¹⁸⁷⁴ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Tome V, 1925, Paris, Arthur Rousseau., n° 1237 pp. 538-539. Les questionnements relatifs au rapport entre l'émergence de cette distinction et l'autonomisation de la responsabilité contractuelle par rapport à la responsabilité extracontractuelle ne seront pas traités dans les présents développements. Nous renvoyons le lecteur aux écrits dédiés à une telle analyse, parmi lesquels notamment v. J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001, spéc. n° 692 et s., p. 313 et s.

¹⁸⁷⁵ Admettons toutefois que cette postérité semble ébranlée dans la mesure où le législateur n'a pas jugé bon de reprendre la distinction à l'issue de la réforme du droit des obligations, v. P. JOURDAIN, Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP G.* 2016, n° 36, 909 : « *À la question de savoir si la distinction, non mentionnée dans le texte de l'avant-projet, avait vocation à perdurer, son abandon est explicitement évoqué. Il est même justifié : "cette distinction a conduit à l'élaboration d'une jurisprudence éminemment complexe et peu prévisible, en raison de l'imprécision et de l'incertitude de ses critères, et de la création de catégories intermédiaires. En outre, cette distinction n'a pas un réel apport en termes de charge de la preuve : cette charge incombe toujours au créancier qui réclame l'exécution de son obligation, quelle que soit l'étendue de son obligation"* (Entretien avec J.-J. Urvoas, *Cette réforme est absolument nécessaire pour des raisons de sécurité juridique : RLDC, juin 2016, n° 138*) ».

¹⁸⁷⁶ P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933, p. 627, spéc. n° 16, p. 658. V. également M. G. MARTON, « Obligations de résultat et obligation de moyens », *RTD civ.*, 1935, p. 499, n° 7 pp. 510-511 : « *Le créancier, lorsqu'il passe un contrat, ne le fait nullement pour déterminer par là le débiteur à une certaine activité (assiduité ou diligence), comme s'il est désireux de se délecter aux efforts de celui-ci, mais seulement pour obtenir de son cocontractant un résultat économique, dont il a besoin au cours de sa propre activité ou de sa vie privée (...)* » ; A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ.* 1945, p. 235, spéc. n° 2, p. 236 : « *Il ne sert à rien s'imposer simplement au débiteur, dans l'exécution de son obligation, une diligence "de bon père de famille" – ce qui revient à admettre l'absence de faute dès qu'il a eu cette diligence (...)* ».

¹⁸⁷⁷ P. ESMEIN, *ibid.*, p. 659 : « *Quand il s'agit d'une entreprise aléatoire, il n'est plus possible d'attribuer au débiteur, sur la base du plerumque fit, la charge de se justifier de l'insuccès de son activité. Car dire qu'une entreprise est aléatoire, c'est dire que, d'après l'expérience, elle échoue souvent sans erreur de conduite* ».

¹⁸⁷⁸ A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP* 1945. I, p. 449.

de l'éditeur sous le prisme de l'obligation d'exploitation ou sous le prisme de chacune des sous-obligations. Deux hypothèses sont donc concevables :

- soit l'on envisage l'obligation de l'éditeur comme une obligation d'exploitation. Dans ce cas, l'activité éditoriale forme un tout. Cependant, conformément à la définition de l'exploitation, l'éditeur doit s'assurer de valoriser l'œuvre. Il doit la faire fructifier¹⁸⁷⁹. Dans cette hypothèse, l'obligation ne peut être que de moyens dans la mesure où l'attrait du public est par essence aléatoire et n'est jamais garanti ;
- soit l'on conçoit l'activité éditoriale au travers des sous-obligations. Or, dans cette hypothèse, l'obligation est évidemment de résultat. Où se trouverait l'aléa si l'éditeur devait réaliser une œuvre, faire sa promotion ou mettre en vente les exemplaires de l'œuvre ?

Le raisonnement à mener dépend du grief qui est formulé par l'auteur. Si ce dernier reproche à son éditeur l'insuccès d'une œuvre notamment parce qu'il n'aurait pas pris les bonnes décisions commerciales alors l'obligation doit être qualifiée de moyens. Si, en revanche, il est reproché à l'éditeur d'avoir manqué à telle ou telle sous-obligation, alors l'obligation est de résultat.

518. Atténuation au regard des circonstances économiques. La spécificité des obligations de l'éditeur ne porte pas sur leur nature juridique mais sur la porosité qu'elles observent à l'égard des circonstances économiques. Ces circonstances influent non pas sur l'intensité de l'obligation – ce qui permettrait de disqualifier une obligation de résultat en une obligation de moyens – mais sur l'étendue de l'obligation. Par exemple, un petit éditeur qui exploite une œuvre pour un faible tirage ne devrait pas, au regard des circonstances économiques, être obligé d'engager des frais importants pour, par exemple, assurer à cette œuvre une promotion télévisée de premier plan. Est-ce à dire que l'obligation de promotion est de moyens ? La réponse ne peut être que négative.

On retrouve cette idée sous la plume de plusieurs membres de la doctrine. Pour le Professeur LUCAS, « l'effort de promotion exigé de l'éditeur dépendra de la nature de l'œuvre et du chiffre d'affaires envisagé »¹⁸⁸⁰. Et d'ajouter : « Il serait absurde, en effet, d'imposer dans ce domaine des obligations trop rigoureuses, ce qui risquerait d'affaiblir l'entreprise de l'éditeur, au préjudice des autres auteurs qui ont traité avec lui »¹⁸⁸¹. Nous souscrivons à ce raisonnement. Toutefois, contrairement aux auteurs cités, nous n'en déduisons pas la qualification d'obligation de moyens. Plusieurs exemples permettent de mieux saisir ce point :

- en matière musicale, l'affaire *Kapagama* permet de mesurer l'influence exercée par les circonstances économique sur l'obligation de fabrication. S'agissant d'une œuvre musicale, l'auteur avait considéré que son éditeur avait manqué à son obligation d'édition de l'œuvre sous forme graphique. Au visa des articles L. 132-1, L. 132-11 et L. 132-12 CPI, la Cour de cassation a rejeté la demande et considéré que « ne contrev[enait] pas aux dispositions légales susvisées et ne dispens[ait] 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, dispens[ait] l'éditeur de procéder ou faire procéder à la publication graphique de celle-ci et à son exploitation discographique »¹⁸⁸². Dès lors, au regard des circonstances économiques,

¹⁸⁷⁹ *Supra* n° 47.

¹⁸⁸⁰ A. LUCAS, J.-Cl. *PLA*, préc. n° 67.

¹⁸⁸¹ *Ibid.* V. également B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. L'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition littéraire à l'épreuve du numérique », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2012, prat. 15 : « Les tribunaux s'attachent ici à s'assurer que les décisions de l'éditeur sont motivées par le goût du public et ne nuisent pas aux chances de succès de l'œuvre en librairie (CA Paris, 25 sept. 1989). Il en sera également ainsi de l'obligation de promotion, après un délai lui aussi d'usage, notamment évalué en fonction de la rentabilité de l'opération et du sujet de l'œuvre (Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1986) ».

¹⁸⁸² Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, F-P+B, *Sté Kapagama c/ Poulet*, *JurisData* n° 2006-034001 *Comm. com. électr.*, n° 2, fév. 2007, n° 20, C. Caron ; *RTD com.* 2006, p. 593, F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2006, AJ p. 1819, obs. J. Daleau ; *RLDI.* n° 19, sept. 2006, p. 30, A. Valette. L'arrêt remet en cause une jurisprudence bien établie en vertu de laquelle l'édition graphique suffit à justifier l'existence de diligences quant à l'obligation d'exploitation de l'éditeur, v. TGI Paris, 16 oct. 1970, *Porte y Roma c/ Sté Éd. Max Eschig*, *RIDA* 1971/1, n° 77, p. 184.

l'éditeur peut être dispensé de fabriquer une œuvre et de l'exploiter sous une forme qui ne correspond plus à la demande du public ;

- ce caractère accessoire de l'édition graphique en matière musicale a été réitéré par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 septembre 2018. Dans cette affaire, l'auteur reprochait à l'éditeur plusieurs manquements relatifs à l'exploitation d'une œuvre musicale notamment en matière d'exploitation sous la forme graphique. La Cour de cassation a estimé que « *les enregistrements litigieux avaient été exploités pendant la période considérée et avaient fait l'objet d'une exploitation accessoire sous forme graphique des œuvres dans deux ouvrages ; la cour d'appel a pu en déduire que la réalité de l'exploitation des œuvres, ainsi établie, excluait tout manquement contractuel de la part de la société PPL.* »¹⁸⁸³. Les magistrats ont donc maintenu le caractère accessoire de l'exploitation graphique des œuvres musicales. Cette réitération prétorienne démontre ainsi l'existence d'un usage qui commande à l'éditeur d'exploiter l'œuvre musicale sous forme audio conformément aux nouvelles évolutions du marché. Une précision fondamentale s'impose. Le Code des usages en matière musicale signé le 4 octobre 2017 précise à son article 3.4.1 que parmi les formes d'exploitation permanente et suivie en matière musicale se trouve l'édition graphique¹⁸⁸⁴. Au sens strict, un éditeur qui procéderait à la fabrication et à la diffusion de partitions d'une œuvre musicale s'acquitterait de son obligation d'exploitation. Dès lors, il y a là un conflit normatif entre la jurisprudence qui semble avoir dégagé l'usage selon lequel l'exploitation graphique d'une œuvre musicale est nécessairement secondaire et l'article 3.4.1 du Code des usages. Logiquement, la disposition du Code des usages doit être tout simplement dépourvue d'effet en ce qu'elle préconise *ex nihilo* une nouvelle pratique qui porte atteinte à un usage qui semble établi. Dès lors, l'éditeur ne peut valablement s'acquitter de son obligation en publiant l'œuvre musicale sous forme graphique. Les nouvelles circonstances ont donc profondément modifié la teneur de l'obligation d'exploitation.

Les choses sont encore plus marquées concernant l'obligation de promotion et de diffusion. À défaut de stipulations indiquant clairement la teneur de l'obligation d'exploitation¹⁸⁸⁵, les magistrats doivent interpréter l'engagement de l'éditeur au regard des circonstances économiques. Plusieurs décisions de justice sont en ce sens :

- dans un arrêt du 26 juin 1991, la cour d'appel de Paris a estimé qu'on ne saurait faire grief à l'éditeur d'avoir recherché des économies dans le cadre de la promotion de l'œuvre à condition que cet objectif ne soit pas poursuivi au détriment de l'intérêt de l'auteur¹⁸⁸⁶. Sous certaines conditions, l'éditeur peut moduler son effort promotionnel notamment au regard des circonstances économiques ;

- dans un arrêt rendu le 11 janvier 2000, la Cour de cassation était sollicitée afin de savoir si l'éditeur avait ou non manqué à son obligation de promotion et de diffusion. Alors que l'éditeur avait fait état d'un certain nombre de dispositions qu'il avait prises afin de remplir ses obligations, l'auteur lui reprochait son insuffisante implication. La Cour de cassation a estimé que « *la cour d'appel a (...) souverainement décidé que l'inexécution de ses obligations par l'éditeur justifiait la résiliation du contrat d'édition, en retenant que la campagne de lancement de l'ouvrage avait été insuffisante, et que des carences avaient été relevées quant à l'approvisionnement des libraires et à la fourniture des comptes à l'auteur ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa*

¹⁸⁸³ Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2018, n° 17-19.490.

¹⁸⁸⁴ Art. 3.4.1 Codes usages préc. : « 1°) *La mise à disposition du public et des professionnels et la diffusion commerciale de l'œuvre sont assurés par les moyens suivants : (...) La commercialisation de la partition imprimée ou numérique.* »

¹⁸⁸⁵ Pour un exemple de contractualisation, v. Paris, 1^{re} ch. B, 16 mai 1991, *JurisData* n° 1991-022288.

¹⁸⁸⁶ Paris 26 juin 1991, *Gaz. Pal. Rec.* 1992, 2, p. 566, note P. Frémond : « *Considérant que s'il ne saurait être fait grief à Bordas d'avoir recherché des économies, ce souci de rentabilité ne peut être tenu pour légitime dès lors qu'il a été poursuivi au détriment des consorts Caratini, dont l'éditeur se devait de préserver aussi les intérêts ; que le jugement entrepris mérite donc confirmation en ce qu'il a retenu que Bordas n'avait pas exécuté de bonne foi ses obligations.* »

décision »¹⁸⁸⁷. Les magistrats admettent donc que l'éditeur a pris des actes de promotion et de diffusion mais ceux-ci s'avèrent insuffisants ;

- dans l'affaire *Sagan* du 30 avril 2014, la Cour de cassation a estimé que les circonstances économiques – fiscales en l'occurrence – pouvaient constituer « un obstacle à l'exploitation normale des œuvres ». Dès lors, l'éditeur était en droit d'adapter « à cette situation les modalités d'exploitation des œuvres, au mieux des intérêts de l'auteur en privilégiant des modes moins rémunérateurs (éditions de poche) mais de nature à maintenir l'accessibilité des œuvres au public »¹⁸⁸⁸. La solution édictée démontre bien que les circonstances économiques sont de nature à influencer sur le contenu de l'obligation d'exploitation.

Certains textes à caractère normatif consacrent également cette approche économique visant à atténuer l'obligation de résultat de l'éditeur. Cela est le cas de l'accord-collectif consacrant le Code des pratiques en matière littéraire ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension le 10 décembre 2014. À son article 4, relatif à l'exploitation permanente et suivie est prévu que : « Par application de l'article L. 132-12, du 3° du II de l'article L. 132-17-8 et de l'article L. 132-17-2 du Code de la propriété intellectuelle, afin d'assurer l'exploitation permanente et suivie de l'édition imprimée et numérique de l'œuvre, l'éditeur est tenu d'assurer une diffusion active de l'ouvrage pour lui donner toutes ses chances de succès auprès du public (...) ».

Quoi qu'il en soit, l'existence de ces circonstances ne remet pas en cause la nature de l'obligation qui reste une obligation de résultat. Une décision rendue par la cour d'appel de Versailles le 7 janvier 2016 peut être interprétée en ce sens. Alors que l'auteur reprochait l'insuccès de l'édition, l'éditeur a estimé que l'auteur devait apporter la preuve du manquement à son obligation de promotion et de diffusion commerciale. La cour d'appel de Versailles a estimé « que s'il ne [pouvait] être imputé à l'éditeur l'insuccès d'une œuvre auprès du public lorsqu'il assur[ait] une exploitation et une diffusion conformes à ses obligations, il en [allait] autrement lorsque, comme en l'espèce, il ne rapport[ait] pas la preuve, qui lui incomb[ait], des efforts accomplis à cet effet ; que le jugement sera[it] confirmé en ce qu'il [avait] constaté un manquement à l'encontre de l'éditeur »¹⁸⁸⁹. Dès lors, si les circonstances économiques peuvent relâcher la rigueur de l'obligation d'exploitation, il n'en demeure pas moins que c'est à l'éditeur d'apporter la preuve que les efforts fournis sont en adéquation avec les besoins commerciaux suscités par l'œuvre. Ainsi, les circonstances économiques sont sans influence sur la nature des obligations issues de l'exploitation.

519. Renforcement au regard des circonstances techniques. Il ressort des observations formulées par les auteurs que le numérique conduit à la diminution des coûts d'exploitation. « Du fait de l'hyper-reproductibilité numérique, la nature des contenus, une fois numérisés, dématérialisés, diffusables à l'infini à coût marginal proche de zéro, tend à la non-rivalité »¹⁸⁹⁰. Les « effets de réseaux » permettent de maintenir un catalogue sans coût particulier de gestion de stock¹⁸⁹¹. En vérité, ce phénomène d'hyper-reproductibilité

¹⁸⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2000, n° 97-13.903, *JurisData* n° 2000-000084.

¹⁸⁸⁸ Cass. 1^{re} civ. 30 avr. 2014, 13-10.560.

¹⁸⁸⁹ Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 7 janv. 2016, n° 13/09456.

¹⁸⁹⁰ Ph. CHANTEPIE et A. Le DIBERDER. « IV. L'exploitation numérique : tout change », in *Révolution numérique et industries culturelles*, La Découverte, 2010, p. 55.

¹⁸⁹¹ N. COLIN, « "Économie numérique", Notes du conseil d'analyse économique », vol. 26, n° 7, 2015, p. 1 : « Ces effets de réseau (directs comme indirects) sont consubstantiels à la "grande taille" : une base installée importante permet d'attirer de nouveaux utilisateurs. Le coût unitaire d'une opération pour la plate-forme est d'autant plus faible que le nombre des transactions est grand. Le coût d'une transaction pour l'utilisateur est d'autant plus faible que la plate-forme réalise un meilleur appariement des deux côtés du marché, ce qui découle de la présence d'un grand nombre d'utilisateurs sur chaque face du marché (effet "boule de neige") ». Contra O. GUILLON, « Livre numérique et création de valeur : une analyse économique », *Légicom*, vol. 51, n° 3, 2013, pp. 73, note de bas de page n° 5 : « S'il est vrai que le processus d'édition numérique permet d'économiser certains coûts variables par rapport à l'édition papier (notamment l'impression), les coûts fixes (création, édition) et de logistique (gestion des fichiers électroniques) ne sont pas nuls voire augmentent lorsque des fonctionnalités spécifiques sont ajoutées à la version numérique d'un texte » ; F. COLLARD, Ch. GOETHALS et M. WUNDERLE. « Le livre », *Dossiers du CRISP*, vol. 84, n° 1, 2015, p. 9.

est moins le fait de la dématérialisation que du pur progrès technique. En effet, si l'on prend l'exemple de l'audiovisuel, on constate que, bien avant le développement du numérique, la technique avait permis de réduire significativement les coûts de stockage et de diffusion¹⁸⁹².

La conséquence de ce progrès technique est principalement de réduire l'aléa commercial. En effet, la dimension technique de l'exploitation permet de limiter assez sensiblement les conséquences liées au risque d'insuccès d'une œuvre¹⁸⁹³. En ce sens, Monsieur KERJEAN estime que « *l'aspect technique se substitue aux notions de stocks ou d'exemplaires vendus. Dans cette logique l'aléa tenant au "goût du public" se réduit alors, ce qui nous incite à penser que la nature de l'obligation qui pèsera sur l'exploitant au format numérique sera de résultat* »¹⁸⁹⁴. La cour d'appel de Paris a déjà fait référence à la technique pour étendre l'obligation d'exploitation de l'éditeur. L'un des nombreux volets de l'affaire *Hugues Auffray* portait sur la méconnaissance supposée de l'éditeur de son obligation de promotion et de diffusion. L'éditeur avait exploité graphiquement l'œuvre musicale du chanteur mais s'était abstenu de réaliser l'œuvre sous forme de CD. La cour d'appel de Paris a estimé que l'éditeur devait « *mettre en œuvre tous les moyens techniques* » pour assurer l'exploitation de l'œuvre musicale du chanteur¹⁸⁹⁵. Certes l'arrêt fait état des « moyens » mis en œuvre mais le terme ne fait pas référence à la distinction de DEMOGUE. En effet, la cour d'appel constate simplement l'existence de moyens techniques à disposition de l'éditeur devant être impérativement mis en œuvre. La rigueur des obligations de l'éditeur en sort ainsi renforcée.

¹⁸⁹² V. dans le marché de l'audiovisuel, G. Le BLANC, « Innovations numériques, distribution et différenciation : le cas de la projection numérique dans le cinéma », *Entreprises et histoire*, vol. 43, n° 2, 2006, p. 82 : « *En résumé, les technologies numériques ont pour conséquence : i) d'ajouter (trucages, effets spéciaux, son) ou de retirer (compression) de l'information au film, ii) d'augmenter le nombre des versions et leurs niveaux de qualité respectifs, iii) de permettre la distribution des versions à travers des réseaux numériques (satellite, fibre optique, câble, hertzien numérique TNT, Internet). Pour les producteurs qui détiennent la propriété intellectuelle du film et cherchent à maximiser la valeur des droits correspondants, le bilan est clair : l'accroissement de la différenciation produit et du nombre des versions a permis de rééquilibrer leur modèle de financement et d'augmenter leurs revenus pour faire face aux dépenses croissantes de fabrication et de commercialisation des films. Le coût moyen complet d'un film américain s'élève à 96 millions \$ en 2005, dont 60 millions \$ dans la production du négatif et 36 millions \$ en marketing et publicité (données MPAA). Alors que les entrées en salle représentaient 100 % des recettes des studios américains en 1950, et encore plus de 75 % en 1980 malgré l'essor de la télévision, leur part dans les revenus totaux a chuté à moins de 20 % en 2003. Les ventes vidéo (cassettes VHS et désormais DVD), d'un poids négligeable il y a vingt ans, représentent désormais la première source de revenus de studios (45 %)* ».

¹⁸⁹³ J. le CALONNEC. « Le progrès technique et la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens » *Rev. Jud. de l'Ouest*, 1986-2, pp. 186, spéc. p. 193 : « *Le passage d'une obligation donnée d'une catégorie dans un autre est tributaire de l'évolution des sciences et des techniques. Une telle mutation est aisée à comprendre : si l'on parle le langage habituel, on dira que le progrès scientifique supprime l'aléa ou, du moins, le réduit dans des proportions telles que le créancier est en droit d'exiger du débiteur un résultat déterminé* ».

¹⁸⁹⁴ B. KERJEAN, « L'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition littéraire à l'épreuve du numérique », *Comm.com. électr.*, n° 9, sept. 2012. Notons toutefois que l'auteur soutient que, en matière d'édition matérielle, l'obligation de l'éditeur est de moyens renforcée : « *Dans cette logique très objective, la nature de l'obligation qui pèsera sur l'exploitant au format numérique sera de résultat là où pour le livre imprimé l'obligation ne semble être que de moyen renforcée, l'éditeur devant, dans un régime de présomption simple de responsabilité, démontrer l'absence de faute en prouvant par exemple que ses décisions de non-réimpression sont dues à l'aléa attendant au goût du public. Tant pour l'imprimé que pour le numérique, la résiliation a lieu de plein droit lorsque, sur mise en demeure de l'auteur lui impartissant un délai de six mois, l'éditeur n'a pas exécuté l'une des obligations lui incombant ci-dessus, au titre de l'exploitation numérique (CPI, art. L. 132-17-2). Seule la partie du contrat d'édition relative à l'exploitation considérée défaillante sera visée par la résiliation. Cette obligation et les conditions de résiliation s'appliqueront aux contrats en cours trois mois après l'entrée en vigueur de l'arrêté du ministre chargé de la Culture* ».

¹⁸⁹⁵ Paris, ch., sect. A, 13 mars 2002, *Hugues Auffray c/ Sté BMG Music publishing France et al.*, *JurisData* n° 2002-174174 : « *Considérant que l'étendue de cette cession entraîne pour les sociétés SEMI et MERIDAN une obligation renforcée de mettre en œuvre tous les moyens techniques qui sont à leur disposition pour assurer, dans des conditions conformes aux usages professionnels, l'exploitation normale de l'œuvre ; que l'exploitation ne saurait se limiter à la seule exploitation graphique, laquelle ne revêt plus qu'un caractère accessoire et secondaire en raison de l'évolution de l'édition musicale et du développement de l'exploitation de ces œuvres sous forme de phonogrammes ou tout autre support* », Ch. CARON et A. LUCAS, « Demogue au pays merveilleux de l'édition musicale : à propos des obligations de moyens et de résultat », *Comm. com. électr.*, n° 6, juin 2002, comm. 82.

b. *L'obligation d'exploitation des droits dérivés*

520. L'inadaptation de l'obligation d'exploitation matérielle. Les règles ci-dessus décrites sont difficilement transposables lorsque la cession des droits inclut les droits dits annexes et dérivés qui relèvent d'une appréciation large du domaine d'application *ratione materiae* du contrat d'édition¹⁸⁹⁶. L'exploitation est ici juridique, autrement dit, contrairement à l'exploitation matérielle, elle ne suppose pas de créer des exemplaires de l'œuvre mais de trouver des cessionnaires des droits dérivés¹⁸⁹⁷. L'éditeur s'acquittera de son obligation en trouvant des traducteurs de l'œuvre, des producteurs audiovisuels susceptibles de récupérer les droits d'adaptation... Au regard de ces particularismes, le régime de l'exploitation des droits dérivés prête à débat. Pour le Professeur LUCAS, imposer une obligation d'exploitation des droits dérivés conduirait à « *des résultats inacceptables* »¹⁸⁹⁸ au regard de la charge de travail que cela imposerait aux éditeurs. Ce caractère supposément injuste est sujet à caution. En effet, si les éditeurs ne souhaitent pas être investis d'une obligation d'exploitation, libre à eux de ne pas solliciter le transfert des droits dérivés. Pour cette raison, les droits dérivés doivent obligatoirement faire l'objet d'une exploitation conformément à l'esprit du contrat d'édition. Un regard sur le régime du contrat d'adaptation audiovisuelle et sur le contrat de production audiovisuelle permettra d'étayer le régime juridique de cette forme dérogatoire d'exploitation.

521. L'inspiration du régime des contrats de l'audiovisuel. En l'absence de dispositions propres à l'exploitation des droits dérivés, une analogie avec les contrats d'adaptation audiovisuelle et de production audiovisuelle semble possible. Le régime de l'exploitation de ces deux contrats doit être présenté.

- L'article L. 131-3 CPI prévoit dans ces deux derniers alinéas que : « *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* »¹⁸⁹⁹. Au regard de ces dispositions, le cessionnaire du droit dérivé d'adaptation audiovisuelle est tenu de *rechercher* une exploitation. Toutefois, « *rechercher une exploitation* » en monnayant les droits dérivés, c'est déjà une façon de réaliser une exploitation de l'œuvre. Parler « *d'obligation d'exploitation* » pour désigner l'activité du cessionnaire n'est donc pas galvaudé. Quant à la question de savoir s'il s'agit d'une obligation de moyens ou de résultat, elle suscite moins de débat que l'exploitation matérielle d'une œuvre sous forme d'exemplaires. Nous nous rangerons ici derrière l'avis du Professeur SIRINELLI qui, à juste titre, souligne que l'obligation est de moyens¹⁹⁰⁰. La cour d'appel de Paris a déjà eu l'occasion de se prononcer en faveur d'une obligation de moyens dans un arrêt du 30

¹⁸⁹⁶ *Supra* n° 113 et s.

¹⁸⁹⁷ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 579

¹⁸⁹⁸ A. LUCAS, J.-Cl. *PLA*, préc. n° 69 : « *Il paraît toutefois difficile d'ériger en principe que l'éditeur est tenu d'exploiter la totalité des droits cédés. La thèse conduirait, en effet, à des résultats inacceptables en contraignant l'éditeur à exploiter simultanément des droits annexes ou dérivés qui n'auraient vocation à être exercés que de façon alternative, à quoi il faut ajouter que les utilisations secondaires concevables sont si nombreuses qu'on ne saurait sérieusement imposer au cessionnaire de les rechercher toutes. Qu'il suffise de penser aux innombrables exploitations publicitaires* ».

¹⁸⁹⁹ Sur le rattachement artificiel de ces dispositions à l'article L. 131-3 CPI, v. P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. dactyl. Paris II Assas, 1985, p. 149.

¹⁹⁰⁰ P. SIRINELLI, *ibid.*, p. 422.

octobre 2009¹⁹⁰¹. Dans l'arrêt *Fayard c/ Hermant*, la cour d'appel de Paris a estimé que ces principes s'appliquaient en tout état de cause à l'éditeur qui avait recueilli les droits d'adaptation¹⁹⁰².

- Le régime de l'exploitation en matière de contrat de production audiovisuelle est prévu à l'article L. 132-27 CPI disposant que « *le producteur est tenu de rechercher une exploitation suivie de l'œuvre audiovisuelle, conforme aux usages de la profession* ». Une fois l'œuvre audiovisuelle réalisée, le producteur est tenu d'une obligation consistant à rechercher une exploitation de façon continue.

Comme pour le contrat d'adaptation, la jurisprudence considère également qu'il s'agit là d'une obligation de moyens¹⁹⁰³. La loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 a ajouté un second alinéa à l'article L. 132-27 CPI prévoyant que « *les organisations représentatives des producteurs, les organisations professionnelles d'auteurs et les sociétés de perception et de répartition des droits mentionnées au titre II du livre III peuvent établir conjointement un recueil des usages de la profession* ». Comme pour le contrat d'édition, les modalités liées à l'exploitation de l'œuvre peuvent être arrêtées par les instances représentatives et, le cas échéant, un arrêté d'extension rend le texte obligatoire. En application de cette disposition, l'accord du 3 octobre 2016 sur l'obligation de recherche d'exploitation suivie relative aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles – étendu par un arrêté du 7 octobre 2013 – a expressément qualifié l'obligation du producteur de « *moyens* »¹⁹⁰⁴.

¹⁹⁰¹ Paris, Pôle 5, 2^e ch., 30 oct. 2009, n° 0807715, *SA La Martinière Group c/ L. et A. V.*, *JurisData* n° 2009-016065 : « *Considérant que la société La Martinière Groupe conclut à l'infirmité du jugement entrepris qui a prononcé la résiliation du contrat portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle en faisant valoir que ne pèse sur elle aucune obligation d'exploiter. Mais considérant qu'aux termes de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle, le bénéficiaire de la cession s'engage par ce contrat à rechercher une exploitation du droit cédé conformément aux usages de la profession ; que le cessionnaire est ainsi astreint à une obligation de moyens. Qu'en l'espèce la société La Martinière Group ne justifie d'aucune démarche en vue de parvenir à une exploitation se bornant à affirmer qu'elle n'est pas tenue de "faire" ni "de conserver dans ses archives neuf années" sans même citer les démarches entreprises par elle durant ces neuf années ; que cette inertie fautive a causé un préjudice à M. et Mme Vezin lequel consiste dans la perte de chance de voir adapter leur œuvre et d'en tirer profit ; que la gravité de la faute commise par l'appelante justifie la résiliation du contrat au tort de cette dernière et l'allocation à chacun des auteurs de la somme de 1 500 € à titre de dommages et intérêts* » ; v. également TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 26 janv. 2017, E. R. c/ *SA Futurikon*, n° 15/12723, inédit.

¹⁹⁰² Paris, 4^e ch. B, 30 nov. 2007, *Fayard c/ Hermant*, *Propr. intell. avr.* 2008. 225, obs. A. Lucas, *RTD com*, 2008, p. 313, obs. F. Pollaud-Dulian : « *La société Fayard (...) se contente de mettre en avant un prétendu défaut d'intérêt dont les producteurs auraient fait montre à l'égard d'œuvres n'ayant pas connu la faveur du public, sans justifier du respect par elle de l'obligation lui incombant, en application de l'article 3 du contrat de cession des droits d'adaptation audiovisuelle du 16 janvier 2001 et de l'article 3 du contrat ayant pour objet une cession du même ordre signé le 10 janvier 2003, de ce qu'elle a, en tant qu'éditeur, recherché une exploitation des droits cédés conformément aux usages de la profession, une telle recherche impliquant l'accomplissement d'actes positifs dont l'existence doit être démontrée ; Que, dans ces conditions, il convient de confirmer le jugement du 1^{er} mars 2006 en ce qu'il a prononcé la résiliation, aux torts de FAYARD, des deux contrats* ».

¹⁹⁰³ Paris, 22 oct. 1992, *D.* 1993, somm. p. 246, obs. Hassler : « *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'en 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* » ; v. également Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1996, n° 94-14.644, *JurisData* n° 1996-001008, *Bull. civ. I*, n° 137, p. 97 ; *JCP G* 1996, IV, p. 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 ; que l'arrêt attaqué, qui ne comporte aucune dénaturation, est sur ces différents points, légalement justifié* » (première instance, TGI Créteil, 14 janv. 1992, *RIDA* 1992/3, n° 153, p. 197, et appel Paris, 12 janv. 1994 : *RIDA* 1995/2, n° 164, p. 210).

¹⁹⁰⁴ Art. 3 Accord du 3 octobre 2016 : « *Mise en œuvre de l'obligation de recherche d'exploitation suivie. L'obligation de recherche d'exploitation suivie est une obligation de moyens, qui appelle du producteur ses meilleurs efforts, dans les limites de l'article VI, pour permettre à l'œuvre d'être exploitée en France et/ou à l'étranger* ».

Que faut-il retenir de ces éléments de comparaison ? Tout d'abord, l'éditeur censé exploiter les droits dérivés est dans une situation analogue à celle du cessionnaire des droits d'adaptation audiovisuelle ou du producteur d'œuvres audiovisuelles. Comme ces derniers, l'éditeur ne se charge pas lui-même de « l'exploitation dérivée » : il ne fait que chercher de potentiels exploitants. Ensuite, le cessionnaire des droits d'adaptation et le producteur audiovisuel sont astreints à une véritable obligation d'exploitation continue, bien que celle-ci soit de moyens. Dès lors, *mutatis mutandis*, pourquoi ne pas aligner ces différents régimes d'exploitation « juridique » – qui passent par la réalisation d'actes juridiques – et considérer que l'éditeur est tenu de chercher de potentiels cessionnaires des droits dérivés ? Outre le fait que cet alignement serait conforme à l'esprit du contrat d'édition qui impose une obligation d'exploitation en matière d'exemplaires, une telle transposition serait rendue aisée par la présence d'une jurisprudence déjà bien établie en matière d'adaptation et de production audiovisuelle. Au demeurant, rappelons que l'éditeur est déjà soumis à ce régime lorsqu'il se porte acquéreur des droits d'adaptation¹⁹⁰⁵. Enfin, la présence de cette obligation d'exploitation dans les différents codes des usages, incline assez sensiblement en faveur d'une généralisation¹⁹⁰⁶.

2. La dualité des conséquences de l'exploitation

522. Plan. Les conséquences attachées à l'exploitation diffèrent selon que l'éditeur s'acquitte convenablement ou non de ses obligations. En cas de manquement à l'obligation d'exploitation, l'auteur est en droit de solliciter plusieurs sanctions (a). En cas de bonne exploitation, une faculté de réédition est reconnue à l'éditeur (b).

a. Les sanctions en cas de manquement à l'obligation d'exploitation

523. Plan. Lorsque l'éditeur ne procède pas à l'exploitation de l'œuvre, les sanctions applicables sont celles que l'on retrouve dans le droit commun des contrats. L'article 1217 du Code civil énumère les différents remèdes que le créancier peut solliciter en cas de manquement du débiteur. Loin de nous la volonté de procéder à un examen fastidieux de ces différents mécanismes. Nous nous arrêterons sur deux d'entre eux qui connaissent une fortune toute particulière en matière d'exploitation des droits d'édition : la résolution du contrat d'édition (i) et la responsabilité de l'éditeur (ii).

i. La résolution

524. Présentation. L'article L. 132-17 al. 2 CPI prévoit que « 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 (...) ». Le Professeur TREPPOZ qualifie cette prérogative de « résiliation-sanction » en ce qu'elle autorise l'auteur à se départir du contrat d'édition si l'éditeur mis en demeure n'a pas publié l'œuvre¹⁹⁰⁷.

Pendant longtemps, on a fait valoir que la grande spécificité de la disposition résidait dans le caractère de plein droit de l'effet extinctif en cas de carence de l'éditeur. Il était alors souligné la différence avec l'article 1184 du Code civil qui posait le principe de la résolution exclusivement

¹⁹⁰⁵ Paris, 4^e ch. B, 30 nov. 2007, *Fayard c/ Hermant*, préc.

¹⁹⁰⁶ V. Ainsi l'article 3.4.1. 2^o) du Code des usages en matière musicale du 4 octobre 2017 qui considère que « l'exploitation permanente et suivie est parallèlement réalisée notamment à travers : la proposition de l'œuvre à des interprètes ou des orchestres ou des chorales ; la création et la diffusion pour tous moyens de playlists ou de compilations promotionnelles physiques ou numériques, incluant l'œuvre ; la recherche et l'incitation à des diffusions de l'œuvre en concert ou sur des radios ou des chaînes de télévision ; la recherche et le placement de l'œuvre dans des œuvres audiovisuelles ou publicitaires ou multimédia ; l'incitation à la création d'adaptation ou d'arrangement ou à l'utilisation d'un sample ; l'export de l'œuvre à l'étranger ou la concession de la sous-édition ; l'exploitation de l'œuvre en merchandising ; la participation au financement de vidéoclips ou de documentaires ou de biopic ou de tournées ou de sites internet dédiés à l'auteur de l'œuvre ou à ses interprètes ».

¹⁹⁰⁷ E. TREPPOZ, « La résiliation des contrats d'édition », *JCP G.* 2004, n° 41, II, 10149.

judiciaire¹⁹⁰⁸. Toutefois, depuis la réforme du droit des contrats en 2016, la résiliation unilatérale a été consacrée à l'article 1226 du Code civil¹⁹⁰⁹. La possibilité pour l'auteur de prononcer unilatéralement la révocation du contrat sans passer devant le juge n'a plus rien d'atypique aujourd'hui¹⁹¹⁰. Il faut donc convenir que la résolution unilatérale est toujours possible pour l'auteur quelle qu'en soit la cause, sans se limiter aux hypothèses visées à l'article L. 132-17 CPI. Le droit commun a rattrapé ici le droit spécial.

Dès lors qu'une inexécution grave de la part de l'éditeur est constatée¹⁹¹¹, son partenaire contractuel est en droit de solliciter la résolution du contrat. « *La résolution met fin au contrat* »¹⁹¹². Comme la nullité, la résolution opère en principe de façon rétroactive. Toutefois, ces deux sanctions concernent des phases contractuelles différentes – conclusion pour la nullité, exécution pour la résolution – et ne sauraient donc être confondues.

525. Étendue temporelle de la résolution. L'alinéa 3 de l'article 1229 du Code civil donne les règles d'étendue de l'extinction contractuelle. Il énonce que : « *Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation* ». À suivre la règle, les effets de la résolution doivent tenir compte des effets acquis du contrat et de son caractère successif ou instantané. Par commodité, on parle volontiers dans cette dernière hypothèse de résiliation. Le contrat d'édition est certes une vente mais il est une vente avec charge qui déploie ses effets en continu et doit donc être considéré comme un contrat à exécution successive.

La règle de principe a été clairement posée par un arrêt du 3 novembre 1983 rendu au visa des anciens articles 1183 et 1184 du Code civil et aux termes duquel, en cas de manquement de l'éditeur à ses obligations d'exploitation, « *dans les contrats à exécution échelonnée, la résolution pour inexécution partielle*

¹⁹⁰⁸ Art. 1184 Code civil : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* » ; v. C. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009, n° 443-446, pp. 562-565 ; E. TREPPOZ, « La résiliation des contrats d'édition », JCP G. 2004, n° 41, II, 10149 : « *La résolution ou résiliation pour les contrats à exécution successive, à l'instar du contrat d'édition, est l'une des actions ouvertes au créancier d'une obligation inexécutée. Dérigeant à l'article 1184 du Code civil, l'article L.132-17 du Code de propriété intellectuelle permet une résiliation unilatérale, dont les conditions d'application pourraient inspirer l'évolution jurisprudentielle en droit commun* ».

¹⁹⁰⁹ Art. 1226 al. 1 Code civil : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable* ». Sur l'unilatéralisme dans le contrat, v. M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels. Étude de droit privé*, th. dactyl. Bordeaux, 2018.

¹⁹¹⁰ A. BÉNABENT, « Présentation », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant*, RDC 2018/3, p. 503 : « *Sous un angle de théorie juridique, ce mouvement peut toucher à la conception même du contrat. Ce n'est plus le cocon fermé par l'accord initial des volontés créant une situation figée et intangible, comme il résultait de la conception pure et dure de l'autonomie de la volonté de l'article 1134 où seule la volonté commune pouvait défaire ou modifier ce qu'elle avait fait, chacune des parties ayant, par son accord, abdiqué tout pouvoir unilatéral. Se généralise ainsi un mouvement d'unilatéralisme dans la vie du contrat, déjà connu dans des secteurs particuliers comme le droit du travail, mais qui reçoit ainsi une consécration plus large : la reconnaissance, au sein du cercle contractuel, d'une marge d'initiative ouverte à chacune des parties et qu'elle peut exercer sans avoir à requérir l'autorisation préalable de l'autre ou du juge, mais spontanément, à ses risques et périls et sous un contrôle qui n'est qu'à posteriori* » ; D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant » *ibid.*, n° 21, p. 505 : « *Alignant les textes sur la pratique, la réforme du Code civil a renversé les perspectives. La résolution judiciaire n'est plus le principe cardinal* ».

¹⁹¹¹ Art. 1224 Code civil : « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

¹⁹¹² Art. 1229 al. 1 Code civil.

atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible ou fractionné en une série de contrats »¹⁹¹³.

Deux exceptions existent au caractère partiel de la résolution. La première exception ressort en creux de l'arrêt précité de 1983. Lorsque les parties prévoient au contrat d'édition une clause d'indivisibilité entre les différentes prestations que fournit l'éditeur au titre de son obligation d'exploitation, alors la résolution devient rétroactive et les parties sont soumises au jeu des restitutions totales. La seconde exception relève du droit général de la résolution. Si le contrat d'édition n'a fait l'objet d'aucun acte d'exploitation, alors la résolution doit recouvrer son caractère rétroactif et annihiler en totalité les effets du contrat, conformément à ce qu'a rappelé la jurisprudence dans un arrêt du 3 avril 2003¹⁹¹⁴. L'absence d'effet acquis au contrat rend possible la résolution rétroactive¹⁹¹⁵. Outre ces cas, la résolution doit être circonscrite temporellement et ne joue que pour l'avenir.

526. Étendue matérielle de la résolution. Outre la date de prise d'effet de la résolution, le mécanisme de révocation pose des difficultés quant à son étendue matérielle. Lorsque l'éditeur manque à ses obligations, la résiliation doit-elle toucher uniquement le ou les modes d'exploitation concernés par le manquement ou doit-elle affecter le contrat d'édition dans son ensemble ? *A priori*, la résiliation touche l'ensemble du contrat. Seuls les effets acquis préalablement à la date de la résiliation sont à l'abri du jeu des restitutions.

Toutefois, à la lecture de l'article L. 132-17-2 CPI réglementant le contrat d'édition de livre, il se dégage un principe d'autonomie des modes d'exploitation et des résolutions subséquentes. L'article L. 132-17-2 CPI, issu de l'ordonnance de novembre 2014, prévoit ainsi que :

« I. L'éditeur est tenu d'assurer une exploitation permanente et suivie du livre édité sous une forme imprimée ou sous une forme numérique.

II. La cession des droits d'exploitation sous une forme imprimée est résiliée de plein droit lorsque, après une mise en demeure de l'auteur adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'éditeur ne satisfait pas dans un délai de six mois à compter de cette réception aux obligations qui lui incombent à ce titre.

Cette résiliation n'a pas d'effet sur la partie distincte du contrat d'édition relative à la cession des droits d'exploitation du livre sous une forme numérique.

III. La cession des droits d'exploitation sous une forme numérique est résiliée de plein droit lorsque, après une mise en demeure de l'auteur adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'éditeur ne satisfait pas dans un délai de six mois à compter de cette réception, aux obligations qui lui incombent à ce titre.

¹⁹¹³ Cass. 1^{re} civ. 3 nov. 1983, Bull. civ. I, n° 252, qui, en outre, énonce : « Attendu que l'arrêt attaqué qui a constaté l'inexécution partielle par la société des éditions Hermann, de ses obligations contractuelles dans la réalisation de l'édition que lui avait confiée vera x..., n'en a pas moins refusé à la succession de celle-ci la restitution de la somme de 260 000 frs qui avait été effectivement versée par elle à l'éditeur au motif que les manquements de ce dernier n'étaient pas suffisamment graves pour entraîner la résolution du contrat mais justifiaient sa résiliation au jour du 11 mars 1982 ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations mêmes que les parties avaient voulu faire un marché indivisible, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹⁹¹⁴ Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, Bull. civ. III, n° 87, p. 80 ; JCP G. 2004, II, n° 10031, note Ch. Jamin ; JCP G. 2003, I, 170, n° 15, obs. A. Constantin ; RTD. civ. 2003, p. 501, obs. J. Mestre et B. Fages ; où la Cour énonce que « dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat ».

¹⁹¹⁵ J. Mestre et B. Fages obs. préc. : « Ainsi, lorsque l'inexécution d'un contrat à exécution successive, qu'elle soit totale ou partielle, est constatée dès l'origine, la résolution judiciaire avec effet rétroactif n'apparaît plus impossible et c'est elle qui reprend naturellement le dessus ».

Cette résiliation n'a d'effet que sur la partie distincte du contrat d'édition relative à la cession des droits d'exploitation du livre sous une forme numérique.

IV. Les résiliations prévues aux II et III sont sans effet sur les contrats d'adaptation audiovisuelle prévus à l'article L. 131-3 ».

Un principe d'autonomie entre l'édition papier, l'édition numérique et l'adaptation audiovisuelle est donc clairement affirmé. L'esprit de la règle est certes dérogoire du droit commun, néanmoins elle n'est pas spécialement choquante au regard de la condition particulière du contrat d'édition. Au demeurant, l'arrêt du 3 novembre 1983 ci-dessus cité, laissait entrevoir cette possibilité de segmenter les effets de la résolution. Rappelons en effet que la Cour de cassation avait estimé que « *la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible ou fractionné en une série de contrats* »¹⁹¹⁶. Ainsi, dès 1983 n'était-il pas exclu d'autonomiser les modes d'exploitation en cas de résiliation. Ce caractère dérogoire de la règle appelle plusieurs remarques.

D'une part, on ne peut se résoudre à une telle consécration dans le domaine du livre et non dans les autres secteurs de l'industrie culturelle. La règle posée à l'article L. 132-17-2 CPI doit être nécessairement généralisée à tous les domaines de l'édition. Par ailleurs, si le dernier alinéa de l'article met à l'abri le contrat d'adaptation audiovisuelle lorsque l'éditeur manque à son obligation d'exploitation, une fois de plus, la cohérence des principes devrait conduire à généraliser cette indépendance à toutes les cessions de droits dérivés. En effet, conceptuellement, rien ne justifie l'indépendance des droits d'adaptation audiovisuelle vis-à-vis des droits de traduction, de synchronisation ou plus simplement d'adaptation en pièce de théâtre.

D'autre part, cette indépendance des résiliations doit être relative et doit plier dans certains cas face à la résiliation totale du contrat d'édition. Tout d'abord, tel doit être lorsque les parties ont pris le soin d'ajouter une clause d'indivisibilité entre les exploitations. Ce tempérament au principe d'indépendance des résiliations peut se réclamer de quelques arrêts. Dans l'arrêt *Fayard c/ Hermant* déjà cité, l'auteur se plaignait du comportement de son éditeur qui avait selon lui manqué à ses obligations d'exploitation. Outre la demande de résiliation du contrat d'édition aux torts de l'éditeur, le contentieux posé la question de la portée de cette résiliation sur la cession des droits d'adaptation. Sur ce point, la cour a estimé qu'« *aux termes de l'article 2 de ce contrat : "l'auteur cède à l'éditeur (...) le droit d'adaptation audiovisuelle des œuvres ayant fait l'objet du contrat d'édition"* ; *il apparaît que le contrat d'adaptation audiovisuelle s'inscrit dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible et que le contrat d'édition étant nul, il l'est aussi, comme étant dépourvu de cause* »¹⁹¹⁷. Si le recours à la théorie de la cause semble, dans ce cas précis, discutable¹⁹¹⁸, de façon générale le raisonnement poursuivi par les magistrats sur le terrain de l'indivisibilité a de quoi séduire. En effet, en estimant que dans le cas d'espèce une stipulation d'indivisibilité entre les conventions existe, la cour collectivise les effets de la résiliation à l'ensemble du groupe de contrats. Ce recours à la théorie de la cause a été réitéré par la Cour de cassation dans l'affaire *Kapagama* dont l'un des nombreux volets portait sur l'indivisibilité entre plusieurs contrats. Alors que l'auteur considérait que la cession de l'original d'une œuvre était dépourvue de cause, l'éditeur soutenait que cette cession trouvait sa cause dans un contrat d'édition que les parties avaient conclu par ailleurs. Au visa de l'ancien article 1131 du Code civil, qui posait le principe de la cause au sein des contrats, la

¹⁹¹⁶ Cass. 1^{re} civ. 3 nov. 1983, préc.

¹⁹¹⁷ Paris, 4^e ch. B, 30 nov. 2007, *Fayard c/ Hermant*, *Propriété intell.* avr. 2008. 225, obs. A. Lucas, *RTD com*, 2008, p. 313, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁹¹⁸ La solution nous semble discutable car, au regard de l'article L. 131-3 al. 3 CPI, la cession des droits d'adaptation audiovisuelle doit faire l'objet d'un contrat séparé à peine de nullité (L. 131-3 al. 3 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* ») si bien que le recours à la théorie de la cause et de l'indivisibilité nous semble être d'un embarras inutile en l'occurrence. Pour une application de la nullité lorsque les droits d'adaptation audiovisuelle sont cédés par une simple mention au contrat d'édition, v. Paris 4^e ch. A 14 mai 1997, *D.* 1998, p. 194, C. Colombet.

Cour de cassation a estimé que la cession de l'exemplaire original pouvait trouver sa cause dans la cession des droits d'édition¹⁹¹⁹. Les deux contrats pouvaient donc former un tout indivisible. Il semble tout à fait possible de mettre en échec le principe de l'autonomie des résiliations lorsque l'auteur et l'éditeur ont souhaité rendre indivisible l'exploitation des différents droits. Avec la disparition de la cause, on emploiera dorénavant l'article 1186 al. 2 du Code civil en vertu duquel, « *lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ».

Ensuite, la résiliation doit être totale lorsque le manquement de l'éditeur est tel que le maintien du contrat d'édition pour la fraction des droits en principe exclue de l'effet résolutoire serait purement artificiel. Cela doit être le cas par exemple lorsque le manquement de l'éditeur est dolosif. En effet, un éditeur ne devrait pas pouvoir conserver les droits numériques lorsqu'il a volontairement porté atteinte aux intérêts de l'éditeur à propos d'un autre mode d'exploitation. L'hypothèse n'est pas d'école. Nous pouvons en effet imaginer un éditeur qui souhaite d'une part exploiter un livre sur Internet et d'autre part ne pas subir la concurrence d'un autre éditeur en version papier. Le cas échéant, il se ferait ainsi octroyer l'ensemble des droits d'édition avec pour seule intention réelle d'exploiter l'œuvre sous la forme numérique. Dans une telle hypothèse, le comportement de l'éditeur serait anti-éditorial si bien qu'il devrait être sanctionné, outre par l'octroi de dommages-intérêts, par la résolution totale du contrat¹⁹²⁰.

ii. La responsabilité de l'éditeur

527. Responsabilité contractuelle. Lorsqu'il manque à son obligation d'exploitation, l'éditeur peut engager sa responsabilité contractuelle conformément aux articles 1231 et s. du Code civil. Ainsi, « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* »¹⁹²¹.

Pour la jurisprudence, le préjudice de l'auteur réside, d'une part, dans l'absence de gain qu'il « *aurait pu légitimement retirer d'une exploitation normale de ses œuvres* »¹⁹²² et, d'autre part, dans le « *préjudice de carrière* »¹⁹²³ à condition que le lien de causalité entre le manquement de l'éditeur et le préjudice soit avéré¹⁹²⁴. S'agissant ici de réparer la perte consécutive à l'espoir suscité par l'édition, le préjudice doit s'analyser en une perte de chance¹⁹²⁵.

¹⁹¹⁹ Cass. 1^e civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, préc. : « *Vu l'article 1131 du Code civil ; Attendu que, pour annuler le contrat dit d'achat de bandes sonores, l'arrêt retient que ce contrat prévoyant la cession matérielle des bandes et des droits voisins de producteur pour une somme symbolique d'un franc, soit une somme dérisoire, est dépourvu de cause, les obligations spécifiques contractées dans le cadre du contrat d'édition, auquel il n'est d'ailleurs pas renvoyé, ne suffisant pas à constituer la contrepartie des supports et de leur droit d'exploitation ; 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, la cour d'appel n'a pas donné de base légale au regard du texte susvisé* ». V. J. GHESTIN, « Existence de la cause et périmètre contractuel », D. 2007. 277 n° 9 (à propos de l'arrêt rappelé) : « *Sur le terrain de la mise en œuvre de la nullité pour absence de cause, cet arrêt confirme ainsi l'importance de la délimitation du périmètre à l'intérieur duquel doit être appréciée celle-ci. Au-delà du contrat contesté, c'est l'existence possible d'un ensemble contractuel indivisible qui, dans le cadre de l'opération économique poursuivie par les parties, doit obligatoirement être recherchée* ».

¹⁹²⁰ *Infra* n° 797 et s.

¹⁹²¹ Art. 1231-1 Code civil.

¹⁹²² TGI Paris, 29 avr. 1988, RIDA 1988, p. 324.

¹⁹²³ V. par exemple, Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 7 juill. 2016, n° 14/02968 qui retient que l'auteur « *se plaint d'un triple préjudice : un préjudice moral tenant à la confiance déçue qu'il avait en son oncle, un préjudice de carrière tenant au fait de n'avoir pas trouvé de producteur et un préjudice financier du fait de l'inexploitation de ses œuvres depuis leurs créations* ».

¹⁹²⁴ V. par exemple Paris, ch. 1 sect. B, 30 juin 1983, *Payen c/ Sarl Lamore*, *JurisData* n° 1983-027725, qui estime que le lien de causalité entre le retard dans l'édition d'une thèse et le préjudice de carrière découlant de l'échec du concours de l'agrégation n'est pas établi.

¹⁹²⁵ Paris 28 mai 2014, confirmé par Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 9 déc. 2015, n° 14-24.183.

La perte de chance constitue un préjudice issu de la disparition de la probabilité d'un événement favorable¹⁹²⁶. Pour reprendre la définition proposée par le projet de réforme du droit de la responsabilité, elle est « *la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* »¹⁹²⁷.

Cette probabilité est dite « estimative » et repose sur le degré de confiance que l'on peut accorder à un événement¹⁹²⁸. Par conséquent, les magistrats devront s'atteler à calculer en termes de probabilité le montant de l'indemnisation devant être reconnue à l'auteur¹⁹²⁹. Sa pleine application dans le droit de l'édition aura donc pour effet de tenir compte du caractère plurifactoriel du secteur éditorial et traduit la part de responsabilité de l'éditeur dans l'insuccès d'une œuvre et dans la carrière de l'auteur¹⁹³⁰. Finalement, la méthode pourrait s'approcher du standard probatoire de la « *balance of probabilities* »¹⁹³¹ que l'on retrouve dans les pays de *common law* et dans certaines sentences arbitrales ayant fait l'objet d'une publication¹⁹³². Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 novembre 2014 a clairement appliqué ce standard. L'espèce portait sur un contrat de production et d'édition d'une comédie musicale. Suspectant l'auteur de faits délictueux, l'exploitant a porté plainte à son encontre avant de se rétracter. En dépit de cette rétractation, le mal était fait et l'auteur a ainsi reproché au producteur-éditeur son comportement qui a ruiné les chances de succès de la comédie musicale. Les magistrats ont estimé que le comportement de l'exploitant avait donné lieu à une perte de chance de 50 % d'obtenir les sommes espérées à la conclusion du contrat¹⁹³³.

Une précision doit être apportée. La Cour de cassation considère que les pertes de chance minimales ne peuvent pas donner lieu à indemnisation, ce qui ne manque pas de fournir un moyen de défense aux éditeurs qui souhaiteraient s'éviter de tels recours¹⁹³⁴.

¹⁹²⁶ Cass. crim., 6 juin 1990, 89-83.703, Bull. crim. 1990 n° 224 p. 573 : « *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi alors que l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un événement favorable – encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine – la cour d'appel a méconnu le principe ci-dessus énoncé.* »

¹⁹²⁷ Art. 1238 proj. Resp. civ. : « *Seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.* »

¹⁹²⁸ Cette appréciation de la probabilité économique se distingue de deux approches : « *La probabilité mathématique est définie comme égale au quotient du nombre de cas possibles, la probabilité statistique est égale à la fréquence.* » G. MOUQUIN, *La notion de jeu de hasard*, 1980, Droz, Genève, § 631, p. 199. Ces deux modes de comptabilisation de la probabilité ont pour défaut de ne pas prendre en considération les facteurs spécifiques des acteurs en cause. Dans notre cas, il ne serait pas fait de distinction ni entre les différents éditeurs (moyens financiers, capital humain...) ni entre les différentes œuvres. Or, ces éléments sont fondamentaux au moment de déterminer la contribution de chacun lors d'un échec éditorial.

¹⁹²⁹ F. BELOT, « *L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante* », D. 2008. 1569 : « *L'évaluation du préjudice économique est donc d'ordre purement intellectuel. C'est un exercice "d'économie fiction" : "Que se serait-il passé si... ?" (...) Autrement dit, du fait de l'absence de point de comparaison antérieur fiable, l'expert comme le juge ne peuvent plus mener le raisonnement qui consistait en une comparaison entre une situation économique réelle post-dommage et une situation économique théorique en l'absence de dommage. Dans une telle hypothèse, ils n'auront d'autre choix que d'évaluer le préjudice économique en recourant à la théorie de la perte d'une chance.* » F. BELOT, « *L'évaluation du préjudice économique* », D. 2007. 1681.

¹⁹³⁰ Sur un tel rapprochement, v. L. Raschel, note sous Civ. 1^{re}, 14 janv. 2010, JCP G, 2010, n° 15, 413.

¹⁹³¹ *Enron Coal Services Ltd (In Liquidation) v. English Welsh & Scottish Railway Ltd* [2011] EWCA Civ 2.

¹⁹³² Pour une application en matière de contrat « d'exploitation de contenus » sur Internet, v. WIPO Arbitration and Mediation Center, D2010-0282 (WIPO June 3, 2010) *POEX Ltd. v. Zoran Stary c/ WhoIs Privacy Protection Service Inc*, Case N° D2010-0282 : « *6.17 The standard of proof is to evaluate the evidence on the balance of probabilities.* »

¹⁹³³ Cass. 2^e civ., 20 nov. 2014, n° 13-22.826 qui estime que l'exploitant a fait « *preuve d'une légèreté blâmable constitutive d'une faute qui avait causé directement un préjudice à M. X... tenant à l'arrêt définitif de l'exploitation de sa comédie musicale et à l'origine d'un préjudice de carrière, et enfin conclu, après avoir analysé les possibilités de succès d'une reprise de ce spectacle, que les préjudices subis devaient s'analyser en une perte de chance qui devait être évaluée à hauteur de 50 %, a retenu que l'emploi des termes au pluriel "des préjudices subis" manifestait que l'application de la perte de chance de 50 % concernait tous les préjudices.* »

¹⁹³⁴ Le principe a été énoncé dans le domaine des régimes matrimoniaux dans un arrêt du 30 avr. 2014, Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, n° 13-16.380, F P+B+I, *JurisData* n° 2014-008545 : « *Mais attendu qu'après avoir retenu une faute à l'encontre du notaire, l'arrêt relève que la perte de chance de choisir un autre régime matrimonial* »

528. Responsabilité pour atteinte au droit moral¹⁹³⁵. Dans d'autres hypothèses, la responsabilité de l'éditeur peut prendre un tour plus sévère lorsqu'il porte atteinte au droit moral de l'auteur. En effet, l'éditeur ne peut donner libre cours à ses velléités artistiques sur une œuvre qui n'est pas la sienne sauf à s'exposer légitimement à une action en « contrefaçon morale ». Dans cette hypothèse, l'atteinte à l'œuvre constitue à la fois le fait générateur et le préjudice subi par l'auteur.

Dans ce domaine, la jurisprudence est conséquente. Elle tient notamment aux alinéas 2 et 3 de l'article L.132-11 CPI et plus généralement aux articles L. 121-1 et suivants CPI qui réglementent le droit moral de l'auteur. Ainsi, l'éditeur viole le droit moral dès lors qu'il décide de modifier l'œuvre sans l'accord préalable de l'auteur¹⁹³⁶. Le préjudice se déduit *ipso jure* de l'absence de concordance entre l'exemplaire original remis et les exemplaires issus de l'exploitation, sous réserve de modifications manifestement résiduelles. À titre d'exemple, la suppression unilatérale par l'éditeur des photographies intégrées à l'œuvre à l'occasion d'une nouvelle édition est constitutive d'une atteinte au droit moral de l'auteur¹⁹³⁷. Pareillement, l'incorporation d'annexes, de commentaires, de nouvelles pistes « audiophoniques », d'une préface ou d'une postface expose leur auteur à une action en contrefaçon pour atteinte à l'intégrité de l'œuvre¹⁹³⁸. Dans le même ordre d'idées, l'édition musicale fournit une jurisprudence pléthorique. Cela est le cas notamment lorsqu'elle est employée, non sans altération, en soutien d'un spot publicitaire¹⁹³⁹ ou d'une œuvre satirique¹⁹⁴⁰. En tout état de cause, le seul détournement de la destination contractuelle de l'œuvre envisagée par l'auteur, à supposer qu'elle soit

était minime, dès lors que la préoccupation principale des époux lors de la signature du contrat de mariage était d'assurer la protection du conjoint survivant et non d'envisager les conséquences d'une rupture du lien matrimonial, et que les parties avaient tenu compte des modalités de la liquidation du régime matrimonial pour fixer le montant de la prestation compensatoire ; qu'en l'état de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a pu estimer que M. L. ne justifiait pas d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance raisonnable d'adopter un autre régime matrimonial ; que le moyen n'est pas fondé ». Il s'agit donc d'un revirement de la jurisprudence initiée un an auparavant aux termes de laquelle « la perte certaine d'une chance, même faible, est indemnisable » (Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2013, n° 12-14.439 : *JurisData* n° 2013-000265 ; *JCP G* 2013, act. 98, obs. H. Slim ; *JCP G* 2013, doctr. 1291, n° 1, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 108, F. Leduc ; *D.* 2013, p. 619, note M. Bacache ; *Gaz. Pal.* 23 avr. 2013, p. 14, A. Guégan-Lécuyer ; *RTD civ.* 2013, p. 380, obs. P. Jourdain).¹⁹³⁵ Voir notamment P. SIRINELLI, th. préc., p. 348 et s.

¹⁹³⁶ Paris, 1^{re} ch., 7 janv. 1982, *D.* 1983, IR., p. 97, obs. C. Colombet ; Paris, 4^e ch. B, 10 oct. 1997, *JurisData* n° 1997-024405.

¹⁹³⁷ Paris, Pôle 5, ch. 2, 25 juin 2010, n° 09/01136.

¹⁹³⁸ TGI Paris, 1^{re} ch., 25 nov. 1987, *JCP G* 1988, II, 21062, note B. Edelman ; *D.* 1989, somm. p. 46, obs. C. Colombet.

¹⁹³⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, n° 00-20.014, *Didier Barbelivien et Gilbert Montagné c/ Sté Agence Business et a*, *JurisData* n° 2003-017443 ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 21, note C. Caron ; *D.* 2003, p. 559, obs. J. Daleau ; *Légipresse*, 2003, n° 201, III, p. 61, note A. Maffre-Baugé ; *Propr. intell.* 2003, n° 7, p. 165, note P. Sirinelli, v. l'arrêt d'appel qui avait admis une telle atteinte Paris, 28 juin 2000, n° 1997/24943, *Didier Barbelivien et Gilbert Montagné c/ Sté Agence Business*, *JurisData* n° 2000-123537 ; *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 110, note C. Caron ; *LPA* 2001, n° 161, p. 6, obs. X. Daverat ; *Propr. intell.* 2001, n° 1, p. 62, note A. Lucas ; *RIDA* n° 187, 2001/1, p. 326). La cour de renvoi ne s'étant pas pliée au premier arrêt de de la Cour de cassation (Paris, 15 déc. 2004, n° 03/03275, *JurisData* n° 2004-258942 ; *JCP E* 2006, 1654, note C. Alleaume ; *JCP G* 2006, II, 10078, note T. Azzi ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 28, note C. Caron ; *D.* 2005, p. 2886, note B. Edelman ; *RLDI* 2006, n° 16, p. 13, note S. Pessina-Dassonville ; *Légipresse* 2006, n° 232, III, p. 101, note P. Tafforeau ; *RTD com.* 2006, p. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2005, p. 2886, note P. Sirinelli, cela avait entraîné à nouveau la cassation de l'arrêt (Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2006, n° 05-11.789, *JurisData* n° 2006-036361 ; *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 205, obs. J.-M. Bruguière ; *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 18, note C. Caron ; *Légipresse* 2007, n° 241, III, p. 112, note F. Corone et C. Barassi ; *Comm. com. électr.*, 2007, chron. 4, obs. X. Daverat ; *Comm. com. électr.*, 2007, chron. 7, obs. E. Dreyer ; *RTD com.* 2007, p. 95, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2007, n° 25, p. 6, note A. Singh et T. Debieesse.

¹⁹⁴⁰ TGI Paris, 10 janv. 1990, *D.* 1991, 2, p. 206, note B. Edelman ; *D.* 1991, somm. p. 99, obs. C. Colombet ; *RIDA* n° 145, 1990/3, n° 145, p. 318 ; v. X. DAYERAT, « L'impuissance et la gloire. Remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes », *D.* 1991, 1, p. 93.

clairement établie sur le terrain probatoire, est une source potentielle d'atteinte à l'intégrité de l'œuvre¹⁹⁴¹. L'exploitation des œuvres audiovisuelles n'est pas en reste et se trouve fréquemment mise en cause par la jurisprudence¹⁹⁴². Citons encore le contentieux relatif aux compilations. La jurisprudence a déjà été saisie d'une demande de la part de Jean Ferrat qui souhaitait s'opposer à l'exploitation de certaines de ses interprétations au sein de compilations dans lesquelles l'artiste était « *flanqué d'artistes les plus divers* », dont certains « *au passé trouble sous l'occupation* ». Pour l'artiste, ce voisinage était de nature à porter atteinte à son droit moral. Au visa de l'article L. 212-2 CPI qui prévoit que l'artiste-interprète a le droit au respect « *de sa qualité et de son interprétation* », la Cour de cassation a estimé que l'intégration d'une interprétation dans une compilation pouvait donner lieu à une atteinte aux droits de l'artiste-interprète¹⁹⁴³. Certes, la demande portait sur les droits voisins d'artistes-interprètes mais, à plus forte raison, le contentieux peut s'appliquer aux cessions de droits d'auteur¹⁹⁴⁴.

Bien que l'exploitation contractuelle soit propice aux atteintes à l'intégrité de l'œuvre, toutes les initiatives de l'éditeur ne peuvent faire l'objet d'une action en contrefaçon morale. À ce titre, plusieurs cours d'appel ont estimé que l'adjonction d'un paratexte à une œuvre ne constituait pas une atteinte à l'intégrité de l'œuvre dès lors que les deux corpus étaient clairement séparés¹⁹⁴⁵.

Enfin, rappelons que les possibilités renouvelées offertes par les évolutions technologiques ne sont pas neutres. Nous pensons notamment aux tablettes et « hyperlivres » qui autorisent l'adjonction de données supplémentaires à un livre, une musique... et qui suscitent logiquement quelques craintes auprès des auteurs au regard du droit moral¹⁹⁴⁶. En réalité, il est impossible de lister toutes les formes

¹⁹⁴¹ Paris, 4^e ch., 19 sept. 2001, *RIDA* n° 187, 2001/1, p. 303.

¹⁹⁴² A. FRANÇON, « Le droit au respect et les œuvres audiovisuelles », *Mélanges offerts A. Chavanne*, Litec, 1990, Paris, pp. 233 à 239 et les références corrélatives.

¹⁹⁴³ Cass. soc., 8 févr. 2006, n° 04-45.203, FS P+B+R+I, *Tenenbaum (dit Ferrat) c/ SA Universal Music et a.*, *JurisData* n° 2006-032093 : « *Vu l'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle (...) Qu'en statuant ainsi, alors qu'une exploitation sous forme de compilations avec des œuvres d'autres interprètes étant de nature à en altérer le sens, ne pouvait relever de l'appréciation exclusive du cessionnaire et requérait une autorisation spéciale de l'artiste, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé* » ; Cass. 1^{re} civ. 24 sept. 2009, n° 08.11.112FS P+B, *Henry Salvador c/ JBM*, D. 2010, p. 1466, note J. Daleau : « *Mais attendu que la cour d'appel a justement retenu que la commercialisation d'une compilation d'une qualité sonore de grande médiocrité, vendue au prix dérisoire d'un euro, sans commune proportion au prix du marché, et comme un produit de promotion de la grande distribution, étranger à la sphère artistique, était de nature à déprécier l'œuvre qui y était reproduite et portait atteinte à la considération de l'auteur et à son droit moral ; que le moyen n'est pas fondé* » ; Cass. 1^{re} civ. 1, 7 nov. 2006, n° 04-13.454, B. 2006 I, n° 462 p. 398 : « *Mais attendu que l'exploitation d'une œuvre au sein d'une compilation, mode d'exercice du droit patrimonial cédé, n'est de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur, requérant alors son accord préalable, qu'autant qu'elle risque d'altérer l'œuvre ou de déconsidérer l'auteur ; que la cour d'appel a relevé qu'en l'espèce la vidéocassette litigieuse ne dissociait pas les paroles et la musique de la chanson, que le groupe d'artistes l'interprétait classiquement, la livrant au public sans déformation, mutilation ou autre modification, et que ni la superposition du texte aux images ni le cadre général de l'œuvre audiovisuelle ne modifiait l'esprit de l'œuvre particulière, chanson populaire comme les treize autres, ni n'était de nature à la dévaloriser, ou à nuire à l'honneur ou à la réputation de M. Pierre X... ; qu'à partir de ces constatations, la cour d'appel, qui a ainsi mené les recherches prétendument omises, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est donc pas fondé* ».

¹⁹⁴⁴ V. note T. AZZI, préc. qui ne manque pas de noter le rapprochement que cet arrêt opère entre le droit d'auteur et le droit des artistes-interprètes.

¹⁹⁴⁵ Versailles, 3^e ch., 21 déc. 1990, *JurisData* n° 1990-049139 ; v. aussi Paris, 1^{re} ch., 28 févr. 1996, *JurisData* n° 1996-041359

¹⁹⁴⁶ Ch. CARON, M. BERGUIG, P. GALINIER, S. MADELEINE, « Table ronde n° 3. Propriété intellectuelle : les tablettes : révolution des usages, (r)évolution des droits de propriété... », *RLDI*, n° 71, 1^{er} mai 2011 : « *L'adaptation du modèle économique de l'édition pose deux autres questions. En premier lieu, celle de l'adaptation du contrat d'édition classique et, plus particulièrement, de l'obligation de fabrication et d'exploitation de l'éditeur, est essentielle. Fascinantes, les tablettes numériques n'en sont pas moins terrifiantes de par toutes les possibilités qu'elles offrent : d'une simple transposition à un livre très enrichi, les auteurs expriment une certaine inquiétude quant au respect de leur droit moral* » ; P. TAFFOREAU, « L'adaptation du contrat d'édition à l'ère numérique », *LPA*, 20 oct. 2015, n° 209, p. 7 : « *Si, en définitive, l'on parle de livre numérique, c'est que ses vendeurs en proposent d'abord une forme homothétique. Quant au livre enrichi ou hyperlivre, qui contient des images, des vidéos, avec l'interactivité que permet un logiciel de navigation, il doit être considéré comme une œuvre multimédia ayant elle-même la qualité d'œuvre composite* ».

d'atteintes à l'intégrité de l'œuvre, tant elles sont nombreuses et diverses. Elles relèvent de considérations factuelles soumises à l'interprétation souveraine des juges du fond, ce qui suscite des difficultés au moment de les répertorier, de les isoler et de les classer.

b. La faculté de réédition en cas d'accomplissement de l'obligation d'exploitation

529. Présentation. Problématique. L'article L. 132-17 CPI autorise l'auteur à résilier le contrat lorsque, après épuisement de l'édition, l'éditeur refuse de procéder à la réédition de l'œuvre. Simple dans son énoncé, cette disposition est bien plus ambivalente qu'elle n'y paraît. Comment justifier, après que l'édition d'une œuvre est terminée, que l'éditeur puisse conserver les droits en procédant à une réédition ? Dans quelle mesure l'éditeur est-il obligé de rééditer l'œuvre ? En tant que cessionnaire – donc propriétaire – ne devrait-il pas être maître des moyens d'exploitation au point de décider seul s'il y a lieu ou non de la rééditer ? Toutes ces questions se posent lorsque les parties sont restées silencieuses au sein du contrat d'édition¹⁹⁴⁷. L'article L. 132-17 CPI tend à concilier ces deux problématiques propres à la qualification de cession avec charge. Souvenons-nous qu'au titre de la qualification de cession avec charge, les droits d'édition sont destinés à l'exploitation¹⁹⁴⁸. Reste à présenter la façon dont cette conciliation s'opère.

530. Faculté de réédition. L'article L. 132-17 CPI prévoit que l'éditeur, après mise en demeure de l'auteur, puisse refuser la demande de réédition, ce qui incline en faveur d'une faculté. ROUBIER souligne le fait que la « faculté » n'est pas qu'un concept factuel. Il induit une certaine positivité au sein du droit¹⁹⁴⁹. LECOMPTE voit dans les facultés les « pouvoirs juridiques de l'homme qui se révèlent comme l'accessoire, soit d'un droit complexe imprescriptible, soit d'un état permanent, c'est-à-dire aux droits qui ne sont point sujets à prescription extinctive »¹⁹⁵⁰. En somme, à considérer la réédition comme une simple faculté, l'éditeur serait libre d'y procéder ou non sans que sa responsabilité puisse être engagée.

Un courant prétorien consacre le caractère facultatif de la réédition. D'une part, certains arrêts estiment que l'éditeur est en droit de rééditer spontanément l'œuvre¹⁹⁵¹. D'autre part, la cour d'appel de

¹⁹⁴⁷ V. Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1983, 82-14.597, Bull. I, n° 304. Où l'éditeur a été sanctionné pour avoir pris l'initiative de rééditer l'œuvre unilatéralement alors qu'une clause prévue au contrat d'édition imposait une concertation préalable avec l'auteur. (« Mais attendu que l'arrêt attaqué énonce qu'aux termes d'une des clauses des conventions intervenues, "les modifications de périodicité ou le lancement de nouvelles publications comportant le personnage Raban pourraient éventuellement constituer un élément de révision du montant de la pige" ; Que la cour d'appel a estimé que, même à tenir la "nouvelle collection" pour un simple artifice commercial et non pas pour le véritable lancement d'une nouvelle publication, les apparences contraaires appelaient au moins une nouvelle concertation avec M X... et "qu'en tout cas, en publiant ainsi dans la nouvelle collection Raban un épisode déjà paru une première fois dans pif gadget, puis une deuxième fois dans le périodique Raban, les Éditions de Vaillant ont unilatéralement privé M X... de sa chance de se voir consentir, comme conventionnellement envisagé et ainsi qu'il était précédemment advenu, une nouvelle révision du montant de sa pige" »).

¹⁹⁴⁸ *Supra* n° 414-417.

¹⁹⁴⁹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, éd. 1963, rééd. 2005, n° 21 : « Le mot faculté a certainement un sens dans le langage du droit ; le réduire à l'état de simple fait, c'est perdre de vue qu'en droit, les faits n'ont d'intérêt qu'autant qu'ils sont à la base de situations juridiques ».

¹⁹⁵⁰ H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, th. dactyl. Paris, 1930, p. 59. Pour le Professeur NAJJAR, la faculté, qui se signale par sa potestativité, se définit comme « la prérogative qui permet à son titulaire d'influencer sur une situation juridique afin d'en créer une nouvelle, ou de la modifier ou de l'éteindre au moyen d'une activité (ou un acte) propre unilatérale », I. NAJJAR, « La potestativité », RTD civ. 2012, p. 601 ; v. également M. CANTIN-CUMYN, « Le pouvoir juridique », *Rev. dr. McGill*, vol. 52, 2007, p. 217 spéc. p. 225 : « La personne qui se prévaut d'un pouvoir ou d'un droit est un acteur reconnu sur la scène juridique. Le pouvoir comme le droit habilite à décider, à accomplir de manière autonome des actes juridiques contraignants ».

¹⁹⁵¹ Paris, pôle 5, 2^e ch., 10 déc. 2010, n° 09/16757, G. Guery c/ SA Lextenso Editions, *JurisData* n° 2010-024931 : « Mais considérant qu'au regard de la baisse régulière de la demande du public à l'égard de la 12^e édition de l'œuvre, le lectorat potentiel d'une 13^e édition ne justifiait pas que l'éditeur engageât de nouvelles dépenses dans la réécriture, la mise en forme et la reproduction d'une nouvelle édition actualisée, Que l'éditeur, qui est en mesure d'apprécier l'opportunité financière d'une telle réactualisation, n'a pas manqué à son obligation en ne procédant pas à une nouvelle édition » (nous précisons). Paris, 4^e ch., 12 févr. 1980, Crigny c/ Éditions Jules Tallandier, *JurisData*, n° 1980-763182,

Paris a déjà considéré que l'éditeur avait, de par son comportement, manifesté sa volonté d'abdiquer son droit à la réédition, ce qui supposait *a contrario* que ce droit existait bien¹⁹⁵².

531. Rejet des arguments en faveur d'une obligation de réédition. Les auteurs font parfois valoir certains arguments laissant présager le caractère obligatoire de la réédition.

Un premier argument réside dans le fait que la réédition ressort du même article que la résolution fautive. Ainsi, en l'absence de réédition, l'éditeur commettrait une faute de nature à autoriser l'auteur à demander la résolution du contrat. En creux, une obligation de réédition se dégagerait. Cet argument doit être rejeté. Si l'on reprend les textes qui ont servi de base de réflexion, la réédition était formulée de façon analogue mais dans un article isolé¹⁹⁵³. On ne voit pas pourquoi le fait d'envisager la résolution dans la même disposition devrait en changer la nature. Il ne faut pas trop accorder d'importance à cet argument purement légistique.

Un autre argument trouve sa source dans un courant prétorien au terme duquel l'éditeur engage sa responsabilité lorsqu'il ne procède pas à la réédition de l'œuvre. Deux arrêts sont fréquemment invoqués à l'appui d'une telle position. Tout d'abord, l'affaire *Montherlant* qui a opposé le célèbre romancier à sa maison d'édition Grasset au titre de plusieurs contrats d'édition conclus à compter de 1934. À partir de 1942, date d'expiration des contrats, l'écrivain a relancé son éditeur afin qu'il procède à une réédition de l'œuvre. Ces demandes ont été répétées jusqu'en 1946. L'affaire a été portée devant la cour d'appel de Paris qui a fini par condamner l'éditeur¹⁹⁵⁴. La solution a été par la suite reprise par un arrêt du 12 février 1980 rendu à nouveau par la cour d'appel de Paris¹⁹⁵⁵. Ces arrêts semblent incontestablement rattacher la réédition au contenu obligatoire du contrat d'édition. Toutefois, une lecture plus fine s'impose. En effet, l'action des magistrats porte moins sur la réédition en elle-même que sur la confiance censée irriguer les rapports entre l'auteur et l'éditeur. En effet, le contrat d'édition est une cession fiduciaire¹⁹⁵⁶ ce qui justifie que son régime soit altéré¹⁹⁵⁷. Aussi, loin de sanctionner le manquement à une hypothétique obligation de réédition, les magistrats ont sanctionné l'atteinte à la confiance légitime entre les parties. Cette spécificité justifie le fait que la cour d'appel soit « contrainte » d'employer un attendu assez singulier. En effet, plutôt que de faire référence à la notion de confiance, la cour d'appel aurait pu se contenter d'un attendu plus explicite et plus simple dans sa compréhension

D. 1982, IR, p. 47, obs. crit. C. Colombet, qui laisse libre l'éditeur « de décider de l'opportunité d'un nouveau tirage » sous réserve que sa volonté ne soit pas « fautive » ; Paris, Ch. corr. 13 sect. A, 14 déc. 2005, *G. Barisset c/ Ph. Bachelier*, *JurisData* n° 2005-308372, préc. où l'éditeur a été condamné pour avoir procédé à la réédition alors que le contrat d'édition était arrivé à terme. Les juges acceptent le principe de la réédition facultative mais considèrent qu'en l'espèce l'éditeur avait commis des actes de contrefaçon dans la mesure où les droits d'édition étaient revenus dans le patrimoine de l'auteur.

¹⁹⁵² Paris, 11 juin 1997, D. 1998, p. 193, obs. C. Colombet : « *Que l'éditeur s'est engagé (clause 8 du contrat), en cas d'épuisement d'une édition, en cas de refus de l'éditeur d'en remettre une nouvelle sous presse, à restituer aux auteurs ou à leurs ayants droit, leurs droits de propriété littéraire et artistique. Or Masson avait demandé aux libraires de restituer leurs stocks afin de réparer une erreur de posologie. Mais il n'était pas prouvé que l'ouvrage avait été ensuite restitué aux libraires. Il y a donc eu rupture de stock – défaut d'exploitation permanente et suivie ; M. Legrand a donc, en conséquence, manifesté sa volonté de mettre fin au contrat* ».

¹⁹⁵³ V. § 30 Règlement sur le contrat d'édition issu du Congrès de Dresde, 1895, *Dr. aut.* nov. 1895, n° 11 p. 154, spé. 156 : « *L'auteur peut obliger l'éditeur de déclarer s'il veut procéder à une réédition dans un délai approprié aux circonstances. L'éditeur ayant répondu négativement ou omis toute déclaration pendant trois mois après avoir reçu la demande, l'auteur est autorisé à faire paraître l'édition nouvelle chez un autre éditeur. Une édition est considérée comme épuisée quand l'éditeur n'est plus à même de satisfaire à la demande* ».

¹⁹⁵⁴ Paris, 7 nov. 1951, *Henry de Montherlant c/ Éditions Bernard Grasset*, *Dr. aut.*, 1952, p. 86 : « *considérant qu'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* » et que « *Grasset, en n'agissant pas ainsi, a commis des fautes graves et de nature, si elles sont prouvées, à faire prononcer, en vertu de l'article 1184 du Code civil, la résiliation des conventions* ».

¹⁹⁵⁵ Paris, 12 fév. 1980, *Crigny c/ Editions Jules Tallandier*, *JurisData* n° 1980-763182, D., 1982, IR, 47, obs. C. Colombet.

¹⁹⁵⁶ *Supra* n° 419 et s.

¹⁹⁵⁷ *Infra* n° 819 et s.

tel que : « *Attendu que le respect de l'obligation de diffusion commerciale impose à l'éditeur de réaliser une réédition de l'œuvre en cas d'épuisement de l'édition en cours* ».

Ces remarques conduisent à rejeter les arguments qui militent en faveur de la reconnaissance d'une obligation de réédition. En tant qu'outil de conciliation entre les intérêts divergents de l'auteur et de l'éditeur, une lecture souple de l'article L. 132-17 CPI doit s'imposer. La réédition s'analyse en une faculté accordée en guise de rétribution à l'éditeur qui a exécuté convenablement ses obligations et ainsi épuisé l'édition. Si l'éditeur refuse de mettre en œuvre sa prérogative, alors l'article L. 132-17 CPI offre à l'auteur la possibilité de résilier le contrat d'édition. L'article édicte donc une double prérogative conditionnelle : si l'édition est épuisée, une faculté de réédition est attribuée à l'éditeur qui, dans l'hypothèse où elle n'est pas exercée, confère à l'auteur une faculté de résiliation.

B. L'OBLIGATION DE RÉMUNÉRATION

532. Plan. La volonté de voir l'auteur justement rétribué pour son travail intellectuel a débouché sur la consécration du principe de la rémunération proportionnelle. Toutefois, le régime classique de cette rémunération a connu quelques soubresauts qui limitent dorénavant la protection pécuniaire conférée à l'auteur (1). Heureusement, la règle connaît depuis peu la concurrence d'un nouveau principe, celui de la rémunération juste et équitable qui permettrait, potentiellement, d'apporter les correctifs nécessaires au régime du contrat d'édition (2). La réunion de ces deux principes assurera un niveau élevé de protection financière.

1. La protection limitée par le principe de la rémunération proportionnelle

533. Présentation du principe de rémunération proportionnelle. Plan. Le principe de la rémunération proportionnelle est posé par les articles L. 131-4 CPI¹⁹⁵⁸ et L. 132-5 CPI¹⁹⁵⁹ aux termes desquels la cession doit comporter une rémunération proportionnelle à l'exploitation. La règle s'applique indistinctement selon l'objet de l'édition¹⁹⁶⁰, mais aussi selon la nature des droits, qu'il s'agisse du droit de reproduction ou d'un droit dérivé¹⁹⁶¹. Ce principe, aussi novateur fût-il en 1957, apparaît aujourd'hui en déclin (a). Sa protection a été largement relativisée (b).

a. Un principe en déclin

534. Plan. L'obsolescence du principe de la rémunération proportionnelle est marquée tant au regard du modèle économique classique (i) que des modèles économiques nouveaux (ii).

¹⁹⁵⁸ L. 131-4 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* ».

¹⁹⁵⁹ L. 132-5 CPI : « *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* ».

¹⁹⁶⁰ La solution n'est pas limitée au seul cas de l'édition en librairie. La jurisprudence a interprété largement la règle. Elle vaut systématiquement lorsque la rémunération de l'auteur est assise sur les recettes encaissées à l'occasion de la vente de supports matériels, peu importe la nature de l'œuvre (en matière de vidéogramme pour une œuvre audiovisuelle, v. Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1998. Elle s'applique naturellement aux produits multimédias, v. TGI Paris, 3^e ch., 30 janv. 2002, *Légipresse* 2002, n° 192, III, p. 96, note F. Sardain).

¹⁹⁶¹ En matière de cessions de droits d'adaptation audiovisuelle, v. Paris, 4^e ch., 12 févr. 2003, *RIDA* 2003/3, n° 197, p. 307 ; pour les droits de traduction (Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1996, *RIDA* 1997/1, n° 171, p. 321 ; *JCP G* 1996, IV, p. 2398). En conséquence, la clause prévoyant que, pour la traduction en langue étrangère d'albums de bandes dessinées, la rémunération des auteurs fixée à 50 % de la part du chiffre d'affaires, tirée de la vente au public, versée à l'éditeur principal par l'utilisateur des droits à l'étranger, est jugée contraire aux prescriptions de l'article L. 131-4 CPI (Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1996, préc. Pour une critique de la solution v., P.-Y. GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteur à l'étranger créatrices de groupes de contrats », *D.* 1995, chron. p. 262).

i. L'obsolescence au regard du modèle économique classique

535. Présentation. Plan. Le modèle économique classique est celui promu par le législateur en 1957 qui corrèle la rémunération de l'auteur au prix des exemplaires vendus. De manière schématique, un livre vendu 10 euros assorti d'une rémunération proportionnelle de 15 % doit conduire au paiement de 1,5 euro. Pourtant, plusieurs éléments de régime démontrent que, en définitive, le principe de la rémunération proportionnelle accuse un déclin et n'est plus aussi protecteur qu'espéré. Tout d'abord, le principe de la liberté contractuelle en matière de taux connaît une vive contestation de la part des auteurs au regard des taux adoptés en pratique (α). Ensuite, l'admission progressive des assiettes intermédiaires (β) tout comme la validité des clauses d'abdication partielle de rémunération (χ) impliquent une réduction drastique de la protection des auteurs. Enfin, la sanction applicable en cas d'atteinte à la rémunération proportionnelle prête à débat (δ).

α . Le problème de la liberté contractuelle en matière de taux

536. Liberté contractuelle en matière de détermination du taux. Lors de séances parlementaires, l'opportunité du caractère « proportionnel » a été brièvement évoquée. Le député et mathématicien VIATTE a émis quelques réserves quant à l'usage du terme. La raison est qu'en mathématique la proportionnalité et la progressivité sont exclusives l'une de l'autre, ce qui pourrait bien générer des difficultés d'appréciation¹⁹⁶². À suivre rigoureusement les concepts, il aurait été interdit de stipuler la progressivité de la rémunération de l'auteur à partir du moment où celle-ci était proportionnelle. La crainte exprimée par le rapporteur ISORNI était de voir exclue du champ d'application de l'article toute clause de progressivité du taux de rémunération, ce qui aurait été largement défavorable aux créateurs¹⁹⁶³.

En réalité, la loi n'impose que le caractère proportionnel à titre de minimum, et laisse les parties libres d'organiser d'autres modalités venant s'y ajouter¹⁹⁶⁴. En ce sens, les parties peuvent différencier les modalités de rémunération en fonction des modalités d'exploitation¹⁹⁶⁵ ou au contraire convenir d'une redevance unique¹⁹⁶⁶. Elles peuvent prévoir la progressivité du taux et le cumul d'un forfait – par exemple sous forme de minimum garanti – et d'une rémunération proportionnelle valable¹⁹⁶⁷.

La détermination du prix est laissée à la discrétion des parties sous la réserve qu'il existe bien et que le taux ne soit pas dérisoire¹⁹⁶⁸. L'absence de précision sur le prix conduit en principe les magistrats à réputer le contrat nul pour absence de contrepartie¹⁹⁶⁹. Quoi qu'il en soit, la rémunération doit

¹⁹⁶² Ch. VIATTE, AN, séance 20 avr. 1956, p. 1440 : « En effet, je ne voudrais pas que ces textes soient interprétés par des mathématiciens, car ceux-ci ne manqueraient pas de relever la contradiction qu'il y a entre des grandeurs proportionnelles et des grandeurs progressives (...). Il est bien entendu que, dans l'article 35 comme dans l'article 31, il ne s'agit pas de proportion au sens mathématique du mot. Si les mathématiciens étaient intervenus dans la rédaction de ces textes, ils auraient simplement indiqué que la rémunération de l'auteur était fonction du produit de la vente. Ce que nous voulons, c'est que les droits soient liés au produit de la vente et de l'exploitation ».

¹⁹⁶³ J. ISORNI, A.N., séance., 20 avr. 1956, p. 1440.

¹⁹⁶⁴ Nous noterons ainsi que la Cour de cassation a repris les remarques du député mathématicien VIATTE en considérant que la rémunération proportionnelle était celle qui est « directement fonction » du prix de vente (Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1996, préc.).

¹⁹⁶⁵ Paris, pôle 5, 6 juin 2012, n° 09/2087, *Propriété intellectuelle* 2012, p. 406, obs. A. Lucas, qui distingue les exemplaires « ordinaires » de ceux qui sont « reliés et/ou illustrés » ou encore diffusés en format de poche.

¹⁹⁶⁶ V. par exemple pour une double reproduction, par la voie graphique et par enregistrement, Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1983, *RIDA* 1983/3, n° 118, p. 241 ; Bull. civ. I, n° 6.

¹⁹⁶⁷ Versailles, 1^{re} ch., 27 janv. 1988, *D.* 1998, somm. p. 223, obs. T. Hassler.

¹⁹⁶⁸ Pour un exemple de rémunération dérisoire, v. TGI Seine, 3^e ch., 16 mai 1969, *D.* 1969, jurispr. p. 630, 2^e esp., *RIDA* 1970/1, n° 63, p. 213, note A. Schmidt.

¹⁹⁶⁹ TGI Paris, 3^e ch., 9 mai 1990, *Bernadette Bonnet c/ Société Sur la piste du mercure et Alain Léonard-Matta*, *RIDA* 1991/1, n° 147, p. 355, qui a jugé que l'absence de précision sur le montant de la rémunération équivaut à une cession sans contrepartie et est contraire au principe de la rémunération proportionnelle.

clairement ressortir de la convention et les parties ne peuvent se ranger derrière un lapidaire « *pourcentage à débattre* », comme l'a rappelé le tribunal de grande instance de Paris¹⁹⁷⁰.

537. Le sentiment de spoliation des auteurs. Le régime classique de la rémunération proportionnelle dont le taux serait laissé à la liberté contractuelle peut conduire à quelques excès avec l'avènement de l'édition numérique. Depuis qu'Internet offre la possibilité de vendre des exemplaires à des coûts de production moindres, plusieurs voix se sont levées pour signifier aux éditeurs que les clés de répartition classiques ne sont plus adaptées et mènent à une spoliation des auteurs. En effet, si aux dires de certains « *les économies de coût engendrées par l'édition numérique seront de l'ordre de 40 %* »¹⁹⁷¹, ces économies seraient portées à 65 % aux dires d'autres¹⁹⁷². Tout cela rend les partages de rente classiques difficilement justifiables¹⁹⁷³.

De plus, selon la théorie bien connue de la « *longue traîne* »¹⁹⁷⁴, les nouveaux exploitants que sont Netflix, Amazon et Disney seraient plus enclins à exploiter des œuvres à faible potentiel économique. Afin de proposer un catalogue qui justifie un prix d'inscription, ces éditeurs se devraient de proposer, outre des œuvres dites « *grands-publics* », des œuvres de niche disposant d'un public bien plus restreint. Mécaniquement, les auteurs de ces œuvres seraient davantage intéressés aux retombées économiques. Pourtant, les effets de ce modèle peinent à se vérifier actuellement¹⁹⁷⁵. Il semblerait même que l'effet des réseaux soit inverse et que le numérique favorise l'économie dite de podium ou de « *star-system* » qui conduit à une concentration plus forte encore des œuvres « *grands-publics* »¹⁹⁷⁶. Cette situation peut générer un sentiment de frustration chez les auteurs qui ont le sentiment d'être spoliés.

¹⁹⁷⁰ Dans le jugement du 9 mai 1990 cité à la note précédente, le tribunal de grande instance de Paris a prononcé la nullité d'un contrat de cession de droits qui se contentait de mentionner un pourcentage « *à débattre* ».

¹⁹⁷¹ F. POLLAUD-DULIAN, « Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique », RTD com. 2011, p. 556.

¹⁹⁷² S. LACHAUSSÉE, « Le droit de l'édition face aux évolutions du numérique », *Les Échos*, 9 juill. 2013 : « *L'édition en ligne a un intérêt pratique qui n'est plus à prouver pour l'acheteur (mise à disposition rapide de l'ouvrage, flexibilité d'utilisation, etc.), mais elle a également un intérêt économique certain pour les éditeurs ! Elle permet de comprimer les coûts de production et de distribution qui représentent parfois jusqu'à 65 % du prix d'un ouvrage. Ainsi, l'édition numérique grossit d'heure en heure* ».

¹⁹⁷³ P. LESCURE, *Rapport Act. II de l'exception culturelle*, p. 20 : « *S'agissant du livre numérique, les pourcentages reversés par les éditeurs aux auteurs sont, en règle générale, légèrement plus élevés que pour le livre imprimé ; toutefois, compte tenu de la différence de prix, ces pourcentages se traduisent par une rémunération à l'acte plus faible en valeur absolue. En outre, la rémunération des auteurs au titre des nouveaux modèles d'exploitation (offres de « bouquets de livres », location, modèles gratuits financés par la publicité, vente des livres au chapitre, etc.) soulève de nombreuses interrogations. S'agissant de la musique enregistrée, le niveau des royautés perçues par les artistes interprètes au titre de l'exploitation numérique (téléchargement et streaming) est régulièrement contesté : les abattements pratiqués, calqués sur le physique ou propres au numérique, conduisent à des taux de redevance réels nettement inférieurs aux taux affichés. En conséquence, la baisse des revenus unitaires liée à la dématérialisation se double d'une diminution de la part relative revenant à l'artiste. Par ailleurs, les musiciens et artistes d'accompagnement ne bénéficient généralement d'aucun intéressement sur l'exploitation de leurs enregistrements, car ils cèdent leurs droits voisins contre une rémunération forfaitaire. Seules les rares exploitations relevant de la gestion collective volontaire (par exemple les webradios) donnent lieu au versement d'une rémunération proportionnelle* ».

¹⁹⁷⁴ C. ANDERSON, « "The long trail", *Wired* », Issue, 12, n° 10, oct. 2004 : « *Most successful businesses on the Internet are about aggregating the Long Tail in one way or another. Google, for instance, makes most of its money off small advertisers (the long tail of advertising), and eBay is mostly tail as well – niche and one-off products. By overcoming the limitations of geography and scale, just as Rhapsody and Amazon have, Google and eBay have discovered new markets and expanded existing ones. This is the power of the Long Tail. The companies at the vanguard of it are showing the way with three big lessons. Call them the new rules for the new entertainment economy* ».

¹⁹⁷⁵ V. P.-J. BENGHOZI, F. BENHAMOU, qui parle de « *réalité introuvable* » pour qualifier ce modèle « *Longue traîne : levier numérique de la diversité culturelle ?* », *Culture prospective*, vol. 1, n° 1, 2008, p. 3.

¹⁹⁷⁶ F. BENHAMOU, *L'économie du star-system*, Odile Jacob, 2002 ; N. MOUREAU, « *Société de l'information et modèles de star-system* », *Hermès, La Revue*, vol. 44, no. 1, 2006, p. 183.

β. Le problème de la détermination de l'assiette

538. Prohibition classique des assiettes intermédiaires. Compte tenu de la définition donnée par les articles L. 131- 4 et L. 132-5 CPI, la question s'est posée de savoir quelle est la marge de manœuvre des parties concernant la détermination de l'assiette sur laquelle est censé s'imputer le taux de rémunération. Par exemple, serait-il possible d'utiliser le prix de vente HT pour imputer la rémunération proportionnelle et non le prix TTC ? Le cas échéant, cette assiette intermédiaire diminuerait la rémunération de l'auteur dans la mesure où l'assiette serait plus restreinte.

Les textes ne brillent pas par leur clarté¹⁹⁷⁷, visant indifféremment les recettes d'exploitation¹⁹⁷⁸, les profits de l'exploitation¹⁹⁷⁹ ou les produits¹⁹⁸⁰. Cependant, très tôt, la doctrine, DESBOIS notamment, a pris le parti d'une lecture rigoureuse considérant que le taux ne pouvait s'imputer que sur le prix de vente¹⁹⁸¹. La jurisprudence a finalement appliqué rigoureusement le principe dans plusieurs arrêts. Trois d'entre eux seront cités :

- la cour d'appel de Paris a considéré que l'assiette ne pouvait en aucun cas porter sur le bénéfice réalisé¹⁹⁸². En effet, une telle clause pourrait ruiner le principe de la rémunération dans la mesure où l'éditeur pourrait réduire le montant distribuable de toutes les charges d'exploitation ;

- dans l'affaire *Masson* de 1984, la Cour de cassation a rendu un arrêt de principe en matière d'assiette¹⁹⁸³. Dans cette affaire, le contrat d'édition littéraire prévoyait simplement que la rémunération de l'auteur serait fonction de la « vente de l'ouvrage ». L'éditeur soutenait que la référence « ne saurait, à défaut de précision, s'entendre autrement que des ventes réalisées par le cessionnaire des droits ». L'éditeur soutenait ainsi que la rémunération était librement négociable si bien que la référence à la « vente de l'ouvrage » ne renvoyait pas nécessairement au prix de la vente au public et pouvait être également le prix HT. La première chambre civile a répondu « qu'il résult[ait] des dispositions impératives de l'art. 35 de la loi du 11 mars 1957 que la participation de l'auteur aux recettes [devait] être calculée en fonction du prix de vente au public ». La solution a été réitérée¹⁹⁸⁴ ;

- de la même façon, la Cour de cassation a estimé que le principe s'applique également dans le cadre des droits dérivés. Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de cassation le 15 octobre 1996, il était prévu dans un contrat d'édition que les frais de prospection pour l'exploitation des droits de traduction s'imputeraient sur la rémunération de l'auteur. La Cour de cassation a logiquement condamné la pratique au regard du principe strict de la rémunération proportionnelle¹⁹⁸⁵. En l'absence de précision textuelle dans le droit commun de l'édition en matière de droits dérivés, cette solution a

¹⁹⁷⁷ Sur ce point, v. Y. GAUBIAC, « L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur d'A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 163.

¹⁹⁷⁸ L. 131-4 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 ».

¹⁹⁷⁹ 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 corrélative aux profits d'exploitation ».

¹⁹⁸⁰ L. 132-5 CPI : « 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 ».

¹⁹⁸¹ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 562. « Selon l'art. 35, les recettes de la vente s'entendent du prix auquel les libraires, acheteurs ou simples dépositaires vendent les volumes dans le public, abstraction faite des remises qui leur sont consenties ».

¹⁹⁸² Paris, 1^{re} ch., 3 mars 1971, *RIDA* 1972/2, n° 76, p. 155 ; D. 1972.109 ; Paris, 4^e ch., 4 mai 1983, *Ann. propr. ind.* 1983, p. 222.

¹⁹⁸³ Cass. 1^{re} civ. 9 oct. 1984, Bull. civ. I, 1984, n° 252 ; *RIDA* 1985/3, n° 125, p. 144 ; D. 1985. IR, p. 316, obs. C. Colombet.

¹⁹⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1984, préc., Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 27 ; *JCP G* 1996, II, 22643, obs. Daverat ; *RIDA* 1996/3, n° 169, p. 331.

¹⁹⁸⁵ V. Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1996, n° 94-18.016, *JCP G*, 1996, IV, 2398, interdisant pour des traductions une rémunération proportionnelle basée sur la part du chiffre d'affaires, tiré de la vente au public, versée à l'éditeur français par l'utilisateur des droits à l'étranger ; Paris, 1^{re} ch., 5 avr. 1993, D. 1993, IR, p. 157.

été jugée conforme à la volonté du législateur « *qui a voulu protéger les auteurs et éviter qu'ils supportent les frais d'exploitation des ouvrages* »¹⁹⁸⁶.

539. Admission progressive des assiettes intermédiaires. Néanmoins, cette prohibition est actuellement remise en cause à propos des stipulations prévoyant la rémunération sur une assiette HT. Ce phénomène touche aussi bien la jurisprudence que les praticiens et le législateur.

- Comme le rappelle le Professeur LUCAS, « *l'usage s'est aussi établi et maintenu, dans le secteur de l'édition scientifique et technique, de calculer la rémunération proportionnelle des auteurs sur la base du chiffre d'affaires hors taxes encaissé par l'éditeur, sous déduction des remises commerciales. Celles-ci étant importantes, l'assiette s'en trouve, bien sûr, sensiblement réduite* »¹⁹⁸⁷. Si cette branche d'activité présente indéniablement quelques spécificités, un tel usage n'en demeure pas moins une atteinte assez forte au principe de rémunération proportionnelle.

- Un arrêt rendu le 16 juillet 1998 par la première chambre civile a jeté le trouble en considérant que la rémunération légale renvoyait au prix hors taxe. Dans cette affaire, un contrat de production audiovisuelle était conclu entre l'auteur et le producteur. Par la suite, le producteur avait conclu avec un tiers exploitant un contrat d'édition vidéographique. Certes, le conflit portait sur le contrat de production. Toutefois, au regard de la chaîne contractuelle, l'arrêt avait un enjeu sur le régime du contrat d'édition. Ainsi, l'auteur estimait que la rémunération HT n'était pas conforme aux articles L. 131-4 CPI et L. 132-25 CPI qui reprennent la règle de principe en matière de contrat de production audiovisuelle. Finalement, la Cour de cassation a réputé valable la clause en question¹⁹⁸⁸. Cette solution a en partie été saluée par la doctrine¹⁹⁸⁹. Elle rompt pourtant avec l'idée de prix de vente au public et doit être remise en question. Un retour à une jurisprudence plus orthodoxe en matière d'assiette serait plus conforme à l'esprit du contrat d'édition¹⁹⁹⁰. D'autant que cette solution connaît aussi ses partisans au sein de la doctrine¹⁹⁹¹.

¹⁹⁸⁶ Paris, 4^e ch., 19 déc. 1991, *D.* 1992, IR. p. 87 ; Paris, 4^e ch., 2 juill. 1992, *RIDA* 1992/4, n° 154, p. 166 ; *RTD com.* 1993, p. 95, obs. Françon ; *D.* 1985, IR. p. 316, C. Colombet.

¹⁹⁸⁷ A. LUCAS, « L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur », *D.* 1992, p. 269.

¹⁹⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1998, 96-10.123 Bull. civ. 1998, I, n° 256 : « *Vu les articles L. 131-4 et L. 132-25 du Code de la propriété intellectuelle ; Attendu que l'arrêt attaqué fixe la rémunération de M. X... à un pourcentage du prix payé par le public pour l'acquisition des vidéocassettes reproduisant l'œuvre, toutes taxes comprises ; Attendu, cependant, que ce mode de rémunération exclut les taxes ; D'où il suit que, sur ce point, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés* », *RIDA* 1998/3, p. 241 ; *D.* 1999, p. 306, note E. Dreyer ; *D. aff.* 1998, p. 1911 ; *JCP E.* 2000, p. 77, note M.-E. Laporte-Legeais. V. également Paris, 4^e ch., 28 févr. 2003, *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 68, note Ch. Caron.

¹⁹⁸⁹ E. DREYER, note préc. n° 7 : « *Cette solution doit être approuvée car le calcul de la rémunération sur le prix toutes taxes comprises conduirait à assimiler des sommes qui ont la nature de dettes fiscales à des recettes (...) le prix payé par le public constitue un critère objectif de référence. Il ne saurait toutefois conduire le producteur et l'éditeur à verser une fraction de redevance sur une base qu'ils n'ont pas eux-mêmes perçue, ou plutôt, qui n'a été perçue que pour être transmise au Trésor public. La logique même d'une participation de l'auteur aux produits d'exploitation de son œuvre serait rompue. Il ne s'agirait plus là d'une "rétrocession" mais d'un véritable paiement aux frais du producteur. Ce revirement de jurisprudence était donc justifié* ».

¹⁹⁹⁰ Pour une motivation des plus limpides, v. TGI Paris 3^e sect., 2 juin 1988, *RIDA* 1989/1, n° 139, p. 194 ; confirmé par Paris 4^e ch., 14 fév. 1990, RG 88-015841, inédit : « *Attendu que cette interprétation est conforme à l'esprit de la loi qui donne à l'auteur le droit à rémunération proportionnelle sur les recettes provenant de la vente ou de l'exploitation ; que la règle énoncée à l'article 35 a une portée générale et s'applique à tous les ayants droit ; que supprimer la participation proportionnelle en cas de cession à un tiers reviendrait à limiter les droits que l'auteur tient de la loi* ».

¹⁹⁹¹ V. CHARDIN, « La rémunération des auteurs de l'œuvre audiovisuelle. Dix ans de jurisprudence », *Légicom*, vol. 12, no. 2, 1996, p. 139, n° 40 : « *Même si la solution peut sembler choquante puisqu'elle conduit à faire payer par le producteur un pourcentage sur des sommes sur lesquelles lui-même n'a rien perçu, le tribunal a ainsi marqué la nécessité de sauvegarder le pourcentage de l'auteur dans le cas de cessions forfaitaires successives. Il nous semble pourtant que, s'agissant de la question fondamentale de la distinction entre cession de droits et cession de contrats, cette motivation était trop succincte* ».

- Le législateur a également porté atteinte au principe en matière de livre numérique. En effet, à l'occasion de la réforme du contrat d'édition, le nouvel article L. 132-17-6 CPI énonce qu' « *en cas de vente à l'unité, la participation proportionnelle aux recettes au profit de l'auteur est calculée en fonction du prix de vente au public hors taxes* ». Bien que la disposition soit amplement justifiée par la spécificité de l'environnement numérique, elle traduit un recul de la protection financière de l'auteur.

χ. Le problème des clauses abdicatives de rémunération

540. Validité des contrats d'édition à titre gratuit. La cour d'appel de Paris est allée un peu plus loin dans la diminution de la protection financière des auteurs dans un arrêt déjà présenté du 25 novembre 2005. L'affaire portait sur un contrat d'édition d'un ouvrage académique, une thèse pour être plus précis. Le contrat prévoyait que l'auteur ne percevrait aucune rémunération sur le premier tirage. Après quelques temps, l'auteur, estimant que le contrat portait atteinte au principe de la rémunération proportionnelle, a agi en nullité de la clause. La cour d'appel de Paris a rejeté la demande et estimé que : « *Que l'auteur reste libre, si du moins, il a une claire conscience de ce qu'il cède à titre gratuit, de renoncer à percevoir des droits patrimoniaux sur l'exploitation de son œuvre ; Que les articles L. 132-5 et L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle s'appliquent dès lors que l'auteur n'a pas consenti à une cession à titre gratuit* »¹⁹⁹².

541. Commentaire. Si l'on s'en tient à une conception stricte de la rémunération proportionnelle, cette solution est peu compréhensible. En effet, même si le droit d'auteur autorise les cessions gratuites, lorsque la qualification de contrat d'édition est établie, la convention est obligatoirement onéreuse. Le contrat d'édition est exempt d'intention libérale. À cet égard, on peut s'interroger sur la dernière incise citée ci-dessus en vertu de quoi « *les articles L. 132-5 et L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle s'appliquent dès lors que l'auteur n'a pas consenti à une cession à titre gratuit* ». Pour la cour d'appel, les dispositions relatives à la rémunération de l'auteur ne peuvent logiquement s'appliquer lorsque la cession est réalisée à titre gratuit. Or, ces dispositions sont en principe impératives¹⁹⁹³. Refuser de les appliquer signifie que l'on renonce à la qualification de contrat d'édition¹⁹⁹⁴. Comme cela a été énoncé en début de démonstration, on ne saurait accepter que les parties s'affranchissent de la qualification de contrat d'édition en supprimant l'obligation d'exploitation ou l'obligation de rémunération¹⁹⁹⁵. Par conséquent, la jurisprudence du 25 novembre 2005 heurte le principe d'onérosité du contrat d'édition. En réalité, ce principe ne correspond qu'imparfaitement à la réalité d'aujourd'hui. Pour cause, sur le terrain de l'opportunité pratique, cette jurisprudence peut se justifier. En effet, elle tend à favoriser la communication d'œuvres qui ne connaîtraient pas d'édition au regard de la frilosité des exploitants. En effet, si d'aventure un éditeur doit sacrifier des moyens trop importants pour éditer une œuvre à faible attractivité sans pouvoir répercuter son investissement sur la rémunération de l'auteur, tout laisse à penser qu'il ne conclura pas de contrat¹⁹⁹⁶. L'exemple classique est celui des ouvrages purement académiques qui n'intéresseront qu'un nombre très restreint de lecteurs¹⁹⁹⁷. À défaut de succès financier, l'auteur se contente très souvent d'un succès d'estime.

De plus, la disparition de la rémunération n'est pas absolue. Au regard de cette jurisprudence permissive, la suppression de la rémunération porte uniquement sur le premier tirage ou pour un seuil

¹⁹⁹² Paris, 25 nov. 2005, *SNAC et SGDL c/ SA librairie éd. Harmattan*, *JurisData* n° 2005-292625.

¹⁹⁹³ *Supra* n° 32-33 et *infra* n° 621 et s.

¹⁹⁹⁴ *Supra* n° 39.

¹⁹⁹⁵ *Supra* n° 39.

¹⁹⁹⁶ B. AUERBACH, « Production universitaire et sanctions éditoriales. Les sciences sociales, l'édition et l'évaluation », *Sociétés contemporaines*, vol. 74, n° 2, 2009, p. 121.

¹⁹⁹⁷ Paris, 4^e ch., 1^{er} déc. 2006 *Propriété intellectuelle* 2007, n° 22, p. 94, obs. J.-M. Bruguière : « *L'ouvrage était le premier de l'auteur et (...) il constituait la publication de sa thèse doctorale devant l'Université des Antilles et de la Guyane et s'adresse de ce fait à un lectorat spécifique, la publication étant essentielle pour la carrière de l'auteur et l'enrichissement du patrimoine culturel et que M. U. s'est adressé à (la maison d'édition) en sachant qu'elle n'acceptait les risques et les frais d'édition d'un tel ouvrage que dans la mesure où la cession était consentie à titre gratuit pour les premiers exemplaires* ».

déterminé d'exemplaires. Une fois ce seuil atteint, la rémunération proportionnelle se trouve réhabilitée. Nous nous rangerons derrière l'opinion du Professeur AZZI pour qui, dans pareille hypothèse, il faudrait véritablement s'assurer de la volonté de l'auteur¹⁹⁹⁸. La protection passerait alors par un renforcement du formalisme. Ainsi, la jurisprudence exige que ces cessions dépourvues de contrepartie soient également dépourvues d'ambiguïté¹⁹⁹⁹. Reste que la rémunération proportionnelle n'est pas pleinement effective. Cette jurisprudence doit être circonscrite aux seules œuvres académiques dont l'exploitation est parfois délicate²⁰⁰⁰.

δ. Le problème de l'étendue de la nullité

542. Choix de l'étendue laissé à l'auteur. La nullité se cantonne-t-elle à la seule clause ou entraîne-t-elle par capillarité la disparition totale du contrat ? La règle initiale qui suppose que la nullité est totale lorsqu'elle touche un élément essentiel ou lorsque la clause litigieuse est déterminante du consentement implique en principe que le contrat d'édition doit disparaître dans son entièreté²⁰⁰¹. La rigidité du principe a néanmoins posé le problème du découragement des plaideurs, un auteur soulevant le caractère illicite de la rémunération se retrouvant *in fine* dépourvu de tout contrat d'édition. Afin de conjurer cet effet pernicieux, les magistrats, qui ont pris la mesure de l'enjeu, ont décidé que l'auteur pouvait opter pour la nullité partielle et faire annuler la seule clause de rémunération²⁰⁰².

543. Choix de l'indemnisation en cas de nullité partielle. Que faire lorsque l'auteur opte pour la nullité partielle et que la clause litigieuse est anéantie ? Comment assurer le financement de l'auteur dans pareille hypothèse ? Le problème se pose dans la mesure où, d'une part, en maintenant le contrat on prive l'auteur du jeu des restitutions et, d'autre part, on se retrouve avec un contrat d'édition dépourvu de rémunération, la clause litigieuse ayant été annulée. La jurisprudence tente de réparer la situation en indemnisant l'auteur. Plusieurs décisions peuvent être citées ici.

¹⁹⁹⁸ T. AZZI, « La cession à titre gratuit du droit d'auteur », *RIDA* 2013/3, n° 237, p. 91.

¹⁹⁹⁹ V. en matière de cession de droit d'auteur, TGI Paris, 3^e ch., 30 nov. 1999, *RIDA* 2000/3, n° 185, p. 435 ; *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 87, note Ch. Caron ; Paris, 4^e ch., 25 juin 2003, *RIDA* 2004/1, n° 199, p. 246. Paris, 4^e ch., 10 déc. 2004, *Prop. intell.* 2005, n° 15, p. 175, note A. Lucas ; *RIDA* 2005/2, n° 204 p. 286. Paris, 4^e ch., sect. C, 25 nov. 2005, n° 04/02005, *JurisData* n° 2005-292625 ; *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 40, note Ch. Caron ; Paris, 4^e ch., 18 nov. 2005, *Tamari c/ Université Paris X*, *Comm. com. électr.*, 2006, comm. 40, Ch. Caron. *A contrario*, l'engagement de l'auteur manque de clarté lorsque le contrat d'édition se veut partiellement gratuit mais fait référence à un prix (v. Paris, 4^e ch., 1^{er} déc. 2006 : *Prop. intell.* 2007, n° 22, p. 94, obs. J.-M. Bruguière : « *Qu'une telle formulation qui se réfère à un prix de cession alors qu'une partie est gratuite et n'a donc pas de prix n'est pas suffisamment claire ; qu'il ne peut en conséquence, en raison de cette ambiguïté, être déduit que l'auteur a consenti à une cession gratuite, renonçant ainsi à la rémunération proportionnelle ou forfaitaire prévue par l'article L. 132-5 du CPI, d'autant plus qu'il s'agit de contrat pré-imprimé élaboré par la maison d'édition et que l'auteur n'a pas paraphé cette mention dérogatoire ; que c'est donc par des motifs pertinents que les premiers juges ont retenu que cette clause était nulle* »). Dans cette hypothèse, la clause doit être annulée, ce qui entraînera l'annulation du contrat tout entier dans la mesure où la clause de rémunération est déterminante du contrat d'auteur. V. cependant, Rennes, 1^{re} ch., 29 mars 2016, n° 15/01651, *Prop. intell.* 2016, p. 336, obs. A. Lucas qui, estimant que l'auteur « *est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public* », considère que la cession a été réalisée à titre gratuit alors qu'aucun *instrumentum* ne permettait de se figurer avec certitude du consentement de l'auteur. Notons tout de même que dans cette affaire l'exposition était gratuite si bien qu'il n'y pas eu d'exploitation de l'œuvre, ce qui exclut la convention du champ des contrats d'auteur.

²⁰⁰⁰ J. B. THOMPSON, « L'édition savante à la croisée des chemins », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. n° 164, no. 4, 2006, p. 93 ; B. AUERBACH, « Production universitaire et sanctions éditoriales. Les sciences sociales, l'édition et l'évaluation », *Sociétés contemporaines*, vol. 74, n° 2, 2009, p. 121.

²⁰⁰¹ Paris, 4^e ch., 9 oct. 1995, V. également, Paris, 1^{re} ch., 13 oct. 1998, Paris, 3^e ch., 25 juin 2003, *RIDA* 2004/1, n° 199, p. 181, obs. A. Kéréver et p. 246.

²⁰⁰² Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, *JCP G* 1996, II, 22643, note X. Daverat. Paris, 4^e ch., 28 févr. 2003, *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 68, note Ch. Caron. Paris, 4^e ch., sect. A, 9 févr. 2005, n° 03/18405, *JurisData* n° 2005-269781, *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 99, note Ch. Caron.

Le premier cas est un jugement du tribunal de grande instance de Paris qui a prononcé l'annulation de la clause et attribué des dommages et intérêts à l'auteur²⁰⁰³. Cette solution a été par la suite consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt *Masson* en date du 9 janvier 1996. De façon lapidaire, la Cour de cassation se contente de souligner « *que la violation par la société Masson du principe légal de rémunération de l'auteur ne pouvait être sanctionnée que par l'attribution de dommages-intérêts* »²⁰⁰⁴. Enfin, la cour d'appel de Paris a réitéré en 2005 cette jurisprudence dans sa décision *Boudet c/ SARL NEU*. Alors que la validité de la clause de rémunération faisait débat, la cour d'appel a appliqué les articles L. 131-4 et L. 132-5 CPI, rappelant que la sanction applicable n'était autre que l'attribution de dommages-intérêts²⁰⁰⁵.

544. Problème de l'indemnisation en cas de nullité partielle. D'un point de vue théorique, on s'interrogera pourtant sur l'applicabilité d'une telle sanction qui est référencée non pas dans le droit de la nullité mais dans le droit de la responsabilité. Quelle faute ou quel manquement contractuel donne une assise à une telle solution ? La réponse a été rendue par un arrêt du 28 février 2003 de la cour d'appel de Paris. De façon classique, le contentieux opposait un auteur à son éditeur et portait sur la validité de la clause de rémunération. Pour sa défense, l'éditeur a fait valoir que la clause respectait la pratique en la matière. Constatant le caractère illicite de la clause usitée dans le contrat d'édition, la cour d'appel a concédé là encore des dommages et intérêts. Selon elle, l'exploitant avait commis une faute en concluant un contrat qui était conforme à la pratique mais qui contrevenait au principe de la rémunération proportionnelle²⁰⁰⁶. La faute était donc d'avoir suivi un usage *contra legem*.

Dans un autre arrêt du 3 mars 2015, la cour d'appel de Rennes a retenu une solution contradictoire. Alors que l'auteur avait contesté la validité de la clause de la rémunération, les magistrats ont estimé que le professionnel de l'édition avait engagé sa responsabilité envers l'auteur dans la mesure où le taux stipulé de 10 % du prix de vente au public hors taxes « *n'était pas conforme à l'usage en matière d'édition de livres sur support papier* »²⁰⁰⁷. Dans cette affaire, c'est au contraire la méconnaissance des usages qui a généré la responsabilité.

L'argument est donc ambivalent. Par ailleurs, une fois l'indemnisation acquise, que se passe-t-il pour le contrat d'édition qui demeure toujours dépourvu de clause de rémunération ?

²⁰⁰³ : TGI, Paris, 3^e ch., 1^{er} sect., 20 oct. 1993.

²⁰⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, 92-19.080, 92-20.436, 92-20.489, *RIDA* 1996/3, n° 169, p. 331, *Pactec c/ Masson*, Bull. 1996 I n° 27 p. 17 : « *Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir refusé d'annuler la clause relative à l'assiette de sa rémunération et de lui accorder la différence entre la rémunération légalement due et celle qu'il avait effectivement perçue, alors qu'en vertu des articles L. 131-4 et L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle cette clause devait être réputée non écrite et qu'il incombait en conséquence à la cour d'appel de condamner l'éditeur au paiement des droits calculés sur le fondement des recettes brutes provenant de la vente des ouvrages au public ; Mais attendu qu'il résulte des dispositions impératives de l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle que la participation de l'auteur aux recettes doit être calculée en fonction du prix de vente au public ; que, faisant une exacte application de ce texte duquel il résultait que la clause prévoyant l'assiette de la rémunération de M. X... était illicite la cour d'appel a justement estimé que la violation par la société Masson du principe légal de rémunération de l'auteur ne pouvait être sanctionnée que par l'attribution de dommages-intérêts* ».

²⁰⁰⁵ Paris, 9 févr. 2005, *Boudet c/ SARL Nouvelles éd. Université*, *JurisData* n° 2005-269781 : « *Considérant que la nullité de cette clause ne peut ouvrir droit pour l'auteur à une rémunération en fonction d'un taux qui n'a pas été contractuellement débattu, mais à l'attribution de dommages-intérêts* », *Comm. com. électr.*, juin 2005, n° 6, comm. n° 99, C. Caron.

²⁰⁰⁶ Paris, 4^e ch., 28 févr. 2003, n° 2000/06207, *SARL Antefilms production c/ Alex Sanders et al.*, *JurisData* n° 2003-206143, *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 68, note C. Caron : « *Que cette demande de dommages et intérêts est fondée ; qu'en effet, ANTEFILMS ne peut valablement soutenir n'avoir commis aucune faute, ayant suivi ce qui était la pratique constante au moment de la signature du contrat, dès lors que cette pratique était contraire aux dispositions légales* ».

²⁰⁰⁷ Rennes, 1^{re} ch., 3 mars 2015, n° 14/00557, *JurisData* n° 2015-004991, *LEPI*, 2015, 85, obs. A. Lucas-Schloetter.

ii. L'obsolescence au regard des modèles économiques nouveaux

545. Solution. Le livre vert de 2011 sur la distribution des œuvres audiovisuelles, qui préfigurait la directive de 2019 sur le marché numérique, avait déjà pour postulat l'obsolescence des chaînes classiques de valeur au regard des nouveaux canons imposés par l'exploitation en ligne²⁰⁰⁸. En effet, si le principe s'applique tant bien que mal lorsque l'exemplaire de l'œuvre fait l'objet d'une vente, tel n'est pas le cas lorsque les parties souscrivent à un autre modèle économique²⁰⁰⁹. On évoquera ici le modèle de la rémunération sous forme d'abonnement et le modèle de la rémunération par la publicité.

546. Rémunération sous forme d'abonnement. Lorsque le modèle économique éditorial repose sur la mise à disposition d'un bouquet d'œuvres moyennant une rémunération mensuelle, voire annuelle, le principe de la rémunération proportionnelle au prix du public peut sembler délicat à mettre en œuvre. Cela est le cas notamment du modèle du *streaming* qui prospère actuellement tant dans le domaine audiovisuel – Netflix, Amazon Prime... – que dans le domaine musical – Spotify ou Deezer. Certes, la technologie peut fournir les moyens permettant de savoir si l'abonné a cliqué sur telle ou telle œuvre, néanmoins comment faire la part des choses entre l'internaute qui écoute brièvement une chanson comme on feuillette un livre dans une librairie et celui qui écoute véritablement la chanson de tel artiste ? Doit-on rémunérer de la même façon les deux artistes ?

547. Rémunération indirecte par la publicité. Lorsque l'éditeur décide non pas de vendre les exemplaires mais de les proposer gratuitement à la consultation, on éprouve quelques difficultés à établir une rémunération proportionnelle sur la base des articles L. 131-4 CPI et L. 132-5 CPI. Or, ce modèle économique se développe sur Internet où l'éditeur se voit rémunérer indirectement non pas au nombre de fichiers numériques téléchargés mais grâce aux redevances versées par les annonceurs publicitaires²⁰¹⁰. C'est d'ailleurs le sens de l'article L. 132-17-6 al. 3 CPI consacré à la suite de la réforme de 2014 qui énonce que : « *dans les cas où le modèle économique mis en œuvre par l'éditeur pour l'exploitation de l'édition sous une forme numérique repose en tout ou en partie sur la publicité ou sur toutes autres recettes liées indirectement au livre, une rémunération est due à l'auteur de ce titre* ». Dans ce cas, l'application de la rémunération proportionnelle peut s'avérer bien délicate lorsque la plateforme ou le site propose plusieurs œuvres d'auteurs différents entre lesquels doit être ventilée la rémunération perçue par l'annonceur.

548. Rémunération indirecte et semi-gratuité. D'autres entités éditoriales ont fait le choix d'un modèle intermédiaire articulé autour d'une semi-gratuité. Cela est le cas des Éditions de l'éclat qui

²⁰⁰⁸ Livre vert, Com. (2001), 427/3, Sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles, p. 6 : « Tandis que les possibilités offertes par l'évolution technologique se multiplient, la chaîne de valeur de l'audiovisuel dans son ensemble est en mutation. Avec le développement de la télévision couplée à des services internet existants (over the top video), de l'IPTV et de la TV connectée, le terrain de la vidéo en ligne sera, de plus en plus, partagé non seulement par des chaînes de télévision, des opérateurs de réseaux de distribution par câble et de réseaux à haut débit, mais aussi par de nouveaux prestataires de services. Ce paysage se caractérise aussi par le développement rapide des réseaux sociaux et des sites de médias sociaux, qui se basent sur la création et la mise en ligne de contenus par les utilisateurs finaux (contenu généré par les utilisateurs), ainsi que par l'arrivée de services "en nuage" ».

²⁰⁰⁹ Ph. CHANTEPIE et A. Le DIBERDER, « IV. L'exploitation numérique : tout change », Ph. CHANTEPIE éd., *Économie des industries culturelles*. La Découverte, 2019, p. 56 ; J. SCHNERF, « I. La diffusion commerciale », *Publier la littérature française & étrangère* J. SCHNERF (dir.), Éditions du Cercle de la Librairie, 2016, p. 63.

²⁰¹⁰ D. ATTIAS, « Quel modèle économique pour la presse sur Internet ? », *Rev. Le Temps des Méd.*, 2006, n° 1, p. 143 ; J. HAGEL III, A. G. ARMSTRONG, *Net Gain Expanding markets through virtual communities* The McKin. Quart., 1997 n° 1, p. 140. Sur l'essence du modèle économique des contrats d'auteur, v. Ph. GAUDRAT, *Les modèles d'exploitation du droit d'auteur*, RTD com. 2009, p. 323, spéc. n° 20 ; D. LEFRANC, *Le droit des applications connectées, Applications – Réseau – Interfaces*, préf. A. LUCAS., LGDJ, Larcier, 2017, sur les modèles d'exploitation envisageables, voir p. 149 et s. ; F. LATRIVE, « Les Barbares du Bazar. Une introduction aux faubourgs de la nouvelle économie », in *Libres enfants du savoir numérique*, O. BLONDEAU (dir.), Éditions de l'Éclat « Hors collection », 2000, p. 11.

proposaient de mettre en ligne gratuitement la version numérique des œuvres éditées tout en faisant payer la version papier²⁰¹¹. Ce système est largement repris sur les réseaux en matière musicale²⁰¹².

Le recours à la publicité n'est pas limité à l'exploitation numérique. Rappelons en effet que, dans une affaire qui a opposé l'office de tourisme de la ville de Rambouillet à un exploitant chargé d'éditer un guide touristique²⁰¹³, la rémunération de l'exploitant provenait de la vente d'espaces publicitaires aux annonceurs²⁰¹⁴. Est-il vraiment pertinent d'appliquer la rémunération proportionnelle dans cette hypothèse ? La réponse apparaît négative.

b. Une protection relative

549. Plan. Bien que la rémunération proportionnelle soit présentée par les instigateurs de la loi de 1957 comme un principe cardinal, elle connaît un tempérament qu'il convient d'analyser. En effet, la rémunération peut cesser d'être proportionnelle pour être forfaitaire dans un certain nombre de cas (i). Or, un tel recours conduit à des situations paradoxales au regard de la protection que doit instiller la rémunération proportionnelle (ii).

i. Le recours à la rémunération forfaitaire

550. Annonce. Deux cas de figure marquent la volonté du législateur de relativiser la portée du principe de la rémunération proportionnelle en lui préférant la rémunération forfaitaire : d'une part, afin de ménager le sort des éditeurs dont le travail de calcul serait trop conséquent et, d'autre part, afin de garantir une sécurité financière à l'auteur.

551. Rémunérations forfaitaires favorables à l'éditeur. La rémunération de l'auteur peut, par dérogation, être évaluée forfaitairement dans un certain nombre de cas énoncés par le deuxième alinéa de l'article L. 131-4 CPI et par l'article L. 132-6 CPI. En substance, ces articles consacrent deux grands cas de figure de recours au forfait. Au regard de l'article L. 131-4 CPI, les parties qui se retrouvent en situation d'impossibilité matérielle d'établir clairement une rémunération proportionnelle peuvent avoir recours au forfait. À titre d'exemple, citons l'article L. 131-4 al. 2 1° CPI qui traite de « *l'impossibilité de déterminer la base de calcul de la rémunération proportionnelle* ». Cette dérogation renvoie à des hypothèses de bon sens, par exemple lorsque l'œuvre est diffusée à des fins publicitaires²⁰¹⁵. L'article L. 132-6 CPI renvoie davantage à certaines spécificités qui touchent telle ou telle catégorie d'œuvre. Par exemple, le 3° de l'article concerne « *les œuvres de l'esprit publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre et par les agences de presse* ». La nature formelle de l'œuvre conduit à l'application d'un régime particulier.

552. Annuités forfaitaires favorables aux auteurs. Par ailleurs, en vertu de l'article L. 131-4 al. 3 CPI, « *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* ». Au regard de cet alinéa, le paiement proportionnel peut être transformé en annuités forfaitaires.

Reprenant sur ce point les travaux de la commission ESCARRA, l'idée initiale était de permettre à l'auteur soucieux de l'avenir de se prémunir en assurant sa rémunération sous la forme d'une rente

²⁰¹¹ CSPLA, *Rapport sur la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, juin 2007, n° 37, pp. 17-18.

²⁰¹² *Ibid.*, n° 38, p. 18.

²⁰¹³ T.C. 7 avr. 2014 *Société Services d'édition et de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet et société Axiom-Graphic*, n° C3949, Rec. CE, n° 3949, Lebon ; AJDA 2014, p. 766 ; AJCT 2014, p. 394, obs. E. Royer ; RJEP 2014, n° 725, comm. 51, C. Maugué.

²⁰¹⁴ Déc. préc. : « *Contrepartie de cette prestation de services, le contrat concède à la société SEVP l'exploitation, à titre exclusif, de la publicité dans ce guide et que la société tirera sa rémunération de l'exercice de cette activité économique, en vendant des espaces aux annonceurs publicitaires* ».

²⁰¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2001, n° 97-22.428, *JurisData* n° 2001-008772 ; Bull. civ. 2001, I, n° 79 ; *Propriété intell.* 2001, n° 1, p. 69, note A. Lucas.

viagère²⁰¹⁶. Largement critiqué en séance, parfois au moyen d'arguments fallacieux²⁰¹⁷, le texte a été amendé et une rente à durée déterminée par les parties au contrat a été substituée à la rente viagère²⁰¹⁸. Il appartient donc aux parties de modifier la nature de la rémunération afin de renforcer la protection de l'auteur. La mise en œuvre du principe s'inscrit également dans cet esprit de protection. La conversion est possible si trois conditions cumulatives sont remplies : elle doit être demandée par l'auteur ; elle ne peut l'être que pour les contrats en cours ; elle doit avoir une durée déterminée à l'issue de laquelle la rémunération redevient proportionnelle.

ii. Les paradoxes de la rémunération forfaitaire

553. Plan. La rémunération forfaitaire marque l'existence d'un double paradoxe qui atténue grandement la protection assurée par la rémunération proportionnelle. D'une part, la protection offerte par la rémunération forfaitaire semble supérieure à celle de la rémunération proportionnelle par application des mécanismes correcteurs de la rémunération de l'article L. 131-5 CPI (α). D'autre part, l'exploitation numérique pourrait bien permettre le recours massif à la rémunération forfaitaire. De la sorte, on assisterait à un renversement du principe et de l'exception marquant un peu plus le déclin de la rémunération proportionnelle (β).

α . Le surcroît de protection par les mécanismes correcteurs de l'article L. 131-5 CPI

554. Lésion et imprévision de l'article L. 131-5 CPI. L'article L. 131-5 CPI prévoit qu'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* ». La disposition précise que « *la lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé* ». Ces deux mécanismes sont similaires en dépit de leur dénomination respective. En effet, dans les deux cas, il s'agit de savoir si, en raison de l'exécution du contrat d'édition, l'auteur a subi ou non un préjudice des cinq douzièmes au regard du résultat d'exploitation qui n'est découvert qu'à l'exécution du contrat²⁰¹⁹. Le fait que le caractère lésionnaire de la rémunération soit découvert à l'occasion de l'exploitation de l'œuvre crée assurément un lien entre la phase de conclusion du contrat et la phase d'exécution²⁰²⁰. Dès lors, les deux procédés n'ont pas à faire l'objet de traitement séparé.

²⁰¹⁶ Art. 35 projet de loi présenté le 9 juin 1954 : « *Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires sa vie durant* ».

²⁰¹⁷ M. MAZARIN, rapporteur pour avis suppléant, AN, séance 20 avr. 1956, p. 1433 : « *La commission de l'Éducation nationale considère que cet alinéa apporte une exception très grave au principe posé par le premier alinéa de l'article, à savoir le droit pour l'auteur à une rémunération proportionnelle aux recettes. (...) Cet alinéa prévoyant la conversion des droits proportionnels en annuité forfaitaire à la demande de l'auteur, il est à craindre que celui-ci ne soit pas suffisamment armé pour se défendre contre certaines tentatives, de la part de l'éditeur, de lui imposer de tels contrats* ». Ainsi, au nom de la protection de l'auteur, il lui serait interdit de bénéficier d'une rente à vie qui pourrait être corrigée par une action en rescision si le forfait déterminé était lésionnaire. V. la réponse J. ISORNI, rapporteur : « *Je voudrais que l'Assemblée nationale comprenne bien que cet alinéa est bien souvent favorable à l'auteur. Certains auteurs peuvent toucher des droits proportionnels minimes. Par suite de relations personnelles avec l'éditeur, grâce à la confiance de l'éditeur ou pour tout autre raison, ils peuvent toucher des annuités forfaitaires infiniment plus sûres pour eux que la recette proportionnelle hypothétique* », *Ibid.*

²⁰¹⁸ Art. 131-4 CPI : « *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* ».

²⁰¹⁹ J.-M. BRUGUIÈRE, « Les adaptations contractuelles », *JAC*, 2017, n° 47, p. 30 : « *Cette distinction qui nous semble assez claire en théorie est souvent brouillée en pratique. Le déséquilibre au moment de la formation du contrat est souvent apprécié à partir d'éléments postérieurs (par exemple une cote accrue de l'auteur après la conclusion du contrat)* ».

²⁰²⁰ E. DREYER, « Lésion et rémunération forfaitaire de l'auteur », *RDPI* 1997 n° 76 p. 44 ; P. FRÉMOND, « La lésion en matière de droit d'auteur », *Cab. dr. Auteur* 1989 n° 12 p. 4 ; MATTHYSSENS, « Sanction de la lésion dans les contrats relatifs aux droits d'auteur », *RIDA* 1959/1, n° 25 p. 73 ; J.-P. OBERTHUR, « La révision du prix de cession des droits d'auteur en publicité »,

555. Protection de la partie faible uniquement en cas de forfait. Les mécanismes correcteurs de la rémunération de l'auteur sont explicitement cantonnés par l'article L. 131-5 al. 2 CPI aux cas où « l'œuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire ». Que penser de cette limitation ? Nous savons que « les règles relatives à la qualité pour agir en rescision pour lésion trahissent, dans leur ensemble, le souci de protection des faibles qui anime le législateur et la jurisprudence dans cette matière »²⁰²¹. En suivant mécaniquement ce raisonnement, seul l'auteur rémunéré au forfait serait digne de protection. Pour cette raison, la restriction a été critiquée dans la mesure où un pourcentage pourrait être au moins tout autant spoliateur et lésionnaire qu'un forfait bas. Le Professeur BRUGUIÈRE note à cet égard qu'« il est évident qu'un pourcentage dérisoire peut être aussi néfaste qu'un forfait lésionnaire »²⁰²², si bien qu'il n'y a pas lieu de protéger une catégorie d'auteurs et pas l'autre. Dans une certaine mesure, le recours au forfait offre davantage de protection que le principe de la rémunération proportionnelle, ce qui marque bien un affaiblissement.

B. Le renversement du principe et de l'exception dans la sphère numérique

556. Constat de l'inadaptabilité. Comme le rappelle le Professeur GOUTAL, la mise en réseaux des œuvres permet plus facilement de justifier le recours à la rémunération forfaitaire²⁰²³. En effet, les éditeurs font parfois valoir l'opacité des réseaux pour brandir de façon systématique les impossibilités matérielles de calcul et se tourner vers les modalités plus élémentaires du forfait²⁰²⁴. L'argument justifiant cette situation renvoie au fait que l'accès aux œuvres sur les réseaux marque l'avènement d'un nouveau modèle industriel pour les exploitants : « La réduction supposée des coûts de recherche pour les consommateurs, la réduction des coûts de catalogage et de transaction pour les producteurs et les distributeurs, mais aussi des perspectives d'un meilleur appariement de l'offre et de la demande (matching) »²⁰²⁵ sont autant d'éléments qui rendent complexe la mise en place d'une rémunération proportionnelle. Cet argument peut être repris lorsque la dématérialisation n'est pas totale, ce qui est le cas lorsque les éditeurs optent pour un système d'impression à la demande²⁰²⁶. Dans ce système, l'œuvre est stockée numériquement et, lorsqu'un client souhaite acquérir un exemplaire, l'éditeur la reproduit sur un exemplaire tangible. L'édition est donc à mi-chemin entre la sphère tangible et la sphère numérique. Ce caractère hybride de l'exploitation peut accroître les difficultés de calcul. Le recours massif à la rémunération forfaitaire traduit un renversement du principe et de l'exception et assène, à notre avis, un coup de boutoir définitif au paradigme de la rémunération proportionnelle. Pour ces différentes raisons, le constat paraît sans équivoque : la

RIDA 1985/2, n° 126 p. 45. P.-Y. GAUTIER, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *D.* 1990. 130 n° 3 : « Ce déséquilibre contemporain du contrat sera souvent apprécié à partir d'éléments postérieurs (par ex. cote générale de l'auteur qui s'est accrue, depuis lors), ce qui rejoint un certain mouvement du droit des obligations et montre à quel point la frontière avec l'imprévision est mince » ; A. R. BERTRAND, RIDA 1996/4, n° 170, p. 290 note sous Versailles 1^{re} ch. 25 mai 1996, *Tel & Tota c/ Roy* : « En droit civil, il est de règle que la lésion soit appréciée en se replaçant au moment de la conclusion du contrat, et donc indépendamment du profit effectivement retiré ultérieurement par le cessionnaire de l'exploitation convenue, alors que "l'action pour révision insuffisante prend en référence ce que l'auteur aurait été en mesure d'attendre si une rémunération proportionnelle avait été prévue et calculée de manière sérieuse et crédible" ». Plus généralement, sur la relativité de la distinction entre conclusion et exécution du contrat, v. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Paris II Assas, 1978, n° 292 : « C'est une vue abstraite des choses que d'opposer radicalement ce qui se passe avant et ce qui se passe après la conclusion car le passé préjuge de l'avenir ».

²⁰²¹ D. MAZEAUD, « Lésion », *Répertoire droit civil*, Dalloz, Mis à jour par M. LATINA.

²⁰²² J.-M. BRUGUIÈRE, « Les adaptations contractuelles », *JAC*, 2017, n° 47, p. 30.

²⁰²³ J.-L. GOUTAL « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, p. 357, n° 14 : « La rémunération proportionnelle tend à reculer, au profit de la rémunération forfaitaire, solution d'exception qui tend elle aussi à devenir normale dans le contexte numérique ».

²⁰²⁴ *Supra* n° 551.

²⁰²⁵ P.-J. BENGHOZI et F. BENHAMOU, « Longue traîne : levier numérique de la diversité culturelle ? », *Culture prospective*, vol. 1, n° 1, 2008, p. 1.

²⁰²⁶ É. MATHIEU et J. PATISSIER. « III. L'IAD : des enjeux éditoriaux », in *Enjeux & développements de l'impression à la demande*, M. ÉMILIE, J. PATISSIER (dir.), Éditions du Cercle de la Librairie, 2016, p. 47.

conception traditionnelle de la rémunération connaît un déclin inéluctable. Pour que la protection financière de l'auteur soit de nouveau pleinement satisfaisante, le principe de la rémunération proportionnelle doit être complété par un principe de rémunération juste et équitable.

2. La protection renforcée par le principe de la rémunération juste et équitable

557. Nouveau paradigme. Plan. Le renforcement de la protection de l'auteur par le principe de la rémunération juste procède d'une philosophie renouvelée de la rémunération de l'auteur dont il importe d'apprécier la teneur²⁰²⁷. Depuis le vote de la directive DAMUN et la consécration de la rémunération équitable, la logique commande de reconnaître une portée générale à ce principe (a). Au sens du Professeur BRUGUIÈRE, la directive a pour objectif de « *parvenir au "juste prix" du droit d'auteur cher à Saint Thomas d'Aquin* »²⁰²⁸. S'en remettre à l'équité dans l'appréciation de la valeur du contrat implique ainsi un changement de paradigme conséquent de la protection de l'auteur. Sa fortune potentielle devra faire l'objet d'une étude minutieuse (b).

a. Un principe général

558. Émergence de la rémunération juste et équitable hors du contrat d'édition. La notion de rémunération équitable s'est peu à peu imposée en droit d'auteur.

À titre d'exemple, le principe de la rémunération équitable est énoncé dans plusieurs textes de droit international dont la France est signataire. Il en va ainsi de la Convention de Berne qui impose dans ses articles 11 et 13 une « *rémunération équitable* » comme contrepartie nécessaire de la licence obligatoire en matière de radiodiffusion²⁰²⁹. C'est le cas également de la Convention de Rome de 1961 qui prévoit plusieurs dispositions mentionnant le principe de « *rémunération équitable* » là encore afin d'offrir une contrepartie aux potentielles licences obligatoires²⁰³⁰. Le principe est encore présent dans la Convention universelle sur le droit d'auteur²⁰³¹.

Par ailleurs, ce principe se retrouve au sein de nombreuses directives européennes. Tel est le cas de la référence en matière de compensation pour copie privée dont le régime juridique a été défini à l'occasion de la directive de 2001²⁰³². Cette rémunération vise à compenser financièrement les auteurs dont les œuvres sont copiées *via* du matériel de reproduction. Les sommes sont récoltées auprès des fabricants et réparties entre les ayants droit par un organisme de gestion collective habilité à cet effet.

²⁰²⁷ Comme le rappelle le professeur Tristan AZZI, « *toute la question consiste à savoir ce qu'il faut entendre par rémunération "équitable"* », T. AZZI, « Rapport, général : mécanismes destinés à garantir une rémunération appropriée aux créateurs et artistes-interprètes », in *Remuneration for the Use of Works : Exclusivity vs. Other Approaches*, S. von LEWINSKI (dir.) ed. De Gruyter, Allemagne, 2017, p. 72, spéc. p. 76.

²⁰²⁸ J.-M. BRUGUIÈRE, « Les adaptations contractuelles », *JAC*, 2017, n° 47, p. 30.

²⁰²⁹ Art. IV (6), (a), Convention de Berne : « *Des mesures appropriées seront prises sur le plan national pour que (i) la licence comporte en faveur du titulaire du droit de traduction ou de reproduction, selon le cas, une rémunération équitable et conforme à l'échelle des redevances normalement versées dans le cas de licences librement négociées entre les intéressés dans les deux pays concernés* ».

²⁰³⁰ Art. 12 de la Conv. de Rome, 26 oct. 1961, Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion : « *Lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé directement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public, une rémunération équitable et unique sera versée par l'utilisateur aux artistes interprètes ou exécutants, ou aux producteurs de phonogrammes ou aux deux. La législation nationale peut, faute d'accord entre ces divers intéressés, déterminer les conditions de la répartition de cette rémunération* ».

²⁰³¹ Art. 4. d. Conv. univ. sur le droit d'auteur, 24 juill. 1971 : « *La législation nationale adoptera les mesures appropriées pour assurer au titulaire du droit de traduction une rémunération équitable et conforme aux usages internationaux, ainsi que le paiement et le transfert de cette rémunération, et pour garantir une traduction correcte de l'œuvre* ».

²⁰³² Art. 5 Dir. 2001/29/CE 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.

La rémunération équitable existe encore dans les droits voisins en matière de phonogrammes²⁰³³, y compris à l'échelle européenne avec l'article 8 de la directive 2006/115²⁰³⁴.

559. Rémunération juste et équitable dans le droit du contrat d'édition numérique. En droit français, l'article 6 de la loi sur le prix du livre numérique de 2011 avait modifié l'article L. 132-5 CPI en y ajoutant l'alinéa suivant : « *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* ». De la sorte, le législateur avait cessé d'inscrire la rémunération de l'auteur dans le principe de la rémunération proportionnelle pour lui préférer le principe de la rémunération juste et équitable. La disposition a finalement été abrogée par l'ordonnance de 2014 visant à moderniser le régime du contrat d'édition en matière de livre numérique.

Cette ordonnance de 2014 change également le paradigme de la rémunération et fait référence à la rémunération juste et équitable. Ainsi, en matière de livre numérique, l'article L. 132-17-6 CPI prévoit que « *le contrat d'édition garantit à l'auteur une rémunération juste et équitable sur l'ensemble des recettes provenant de la commercialisation et de la diffusion d'un livre édité sous une forme numérique* ». Pour Monsieur Alexandre ENTRAYGUES et Madame Juliette CROUZET, « *la variété des modalités de distribution du livre numérique a (...) contraint le législateur à adapter ce modèle* »²⁰³⁵.

Aussi intéressantes soient-elles, la loi de 2011 et l'ordonnance de 2014 présentent la grande limite d'être cantonnées à l'édition du livre. Au contraire, la directive européenne de 2019 tend à généraliser le principe.

560. Généralisation de la rémunération équitable à tous les contrats d'auteur par la directive sur le marché numérique. Dans l'exposé des motifs de la première mouture de la directive portant sur le marché numérique en date de 2016, la Commission européenne mettait en avant la volonté de garantir que « *les auteurs et titulaires de droits reçoivent une part équitable de la valeur générée par l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés* »²⁰³⁶. Dans la version définitive en date du 17 avril 2019 de la directive sur le marché unique numérique, le principe est définitivement installé dans le droit des contrats d'auteur aux articles 18, 19²⁰³⁷ et 20 :

- article 18 – Principe de rémunération appropriée et proportionnelle : « *1. Les États membres veillent à ce que, lorsque les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants octroient sous licence*

²⁰³³ Art. L. 214-1 CPI prévoit que « *lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer (...) à sa radiodiffusion et à sa câble-distribution simultanée et intégrale, ainsi qu'à sa reproduction strictement réservée à ces fins, effectuée par ou pour le compte d'entreprises de communication audiovisuelle en vue de sonoriser leurs programmes propres diffusés sur leur antenne ainsi que sur celles des entreprises de communication audiovisuelle qui acquittent la rémunération équitable* ».

²⁰³⁴ Dir. préc. 8, § 2 : « *Les États membres prévoient un droit pour assurer qu'une rémunération équitable et unique est versée par l'utilisateur lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé pour une radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques ou pour une communication quelconque au public, et pour assurer que cette rémunération est partagée entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes concernés. Ils peuvent, faute d'accord entre les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes, déterminer les conditions de la répartition entre eux de cette rémunération* ».

²⁰³⁵ A. ENTRAYGUES, J. CROUZET, « Le big bang du livre numérique », RLDI, fév. 2015, n° 112.

²⁰³⁶ COM (2016) 593 final, 2016/0280(COD) Prop. de Dir. sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : exposé des motifs : « *L'évolution des technologies numériques a entraîné l'apparition de nouveaux modèles économiques et renforcé le rôle de l'Internet en tant que principal marché pour l'accès à des contenus protégés par le droit d'auteur et leur distribution. Dans ce nouveau cadre, les titulaires de droits rencontrent des difficultés lorsqu'ils cherchent à accorder des licences sur leurs droits et à être rémunérés pour la distribution en ligne de leurs œuvres. Cette situation pourrait mettre en péril le développement de la créativité européenne et la production de contenus créatifs. Il faut donc garantir que les auteurs et titulaires de droits reçoivent une part équitable de la valeur générée par l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés* ».

²⁰³⁷ Au regard de la longueur de la disposition, seul le premier alinéa qui édicte la disposition générale sera ici rappelé.

ou transfèrent leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres ou autres objets protégés, ils aient le droit de percevoir une rémunération appropriée et proportionnelle.

2. Aux fins de la mise en œuvre en droit national du principe énoncé au paragraphe 1, les États membres sont libres de recourir à différents mécanismes et tiennent compte du principe de la liberté contractuelle et d'un juste équilibre des droits et des intérêts » ;

- article 19 1. – Obligation de transparence : « Les États membres veillent à ce que les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants reçoivent, régulièrement et au minimum une fois par an, et en prenant en compte les spécificités de chaque secteur, des informations actualisées, pertinentes et complètes, sur l'exploitation de leurs œuvres et les exécutions de la part des parties auxquelles ils ont octroyé sous licence ou transféré leurs droits, ou des ayants droits de celles-ci, notamment en ce qui concerne les modes d'exploitation, l'ensemble des revenus générés et la rémunération due » ;

- article 20 – Mécanisme d'adaptation des contrats : « 1. En l'absence d'accord collectif applicable prévoyant un mécanisme comparable à celui énoncé dans le présent article, les États membres veillent à ce que les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants ou leurs représentants aient le droit de réclamer à la partie avec laquelle ils ont conclu un contrat d'exploitation des droits ou aux ayants droits de cette partie, une rémunération supplémentaire appropriée et juste lorsque la rémunération initialement convenue se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou des interprétations ou exécutions ».

La directive reprend et généralise le principe édicté à l'occasion de l'affaire *Premier League* en matière de radiodiffusion, qui avait précisé que la rémunération de l'auteur devait être « appropriée » et en corrélation avec l'exploitation²⁰³⁸. Levons une ambiguïté sur les termes employés par les rédacteurs de la directive. Certes, la directive fait référence à la rémunération appropriée et surtout « proportionnelle » si bien que le constat du déclin précédemment posé peut s'avérer invalide. Toutefois, le concept européen de « rémunération proportionnelle » est très différent du nôtre. Pour preuve, il ressort du considérant n° 73 que, au sens de la directive, la rémunération proportionnelle « peut être forfaitaire »²⁰³⁹. Or, en droit français, les deux principes sont exclusifs l'un de l'autre. Cette distorsion démontre bien que, au sens de la directive, le caractère proportionnel doit être assimilé au caractère équitable.

De plus, bien que cette directive porte sur le marché numérique, le législateur français serait bien inspiré de généraliser la règle à tous les contrats d'auteur, peu importe leur sphère d'activité, matérielle ou numérique. Cela conférerait un haut niveau de protection aux nouvelles dispositions du droit d'auteur. Avec le Professeur TREPPOZ, notons que le principe relève dorénavant de l'impérativité européenne, ce qui a pour conséquence de renforcer le principe²⁰⁴⁰.

À condition que le régime de la rémunération équitable s'ajoute au régime de la rémunération proportionnelle et ne s'y substitue pas, la consécration totale du principe offre une protection financière maximale à l'auteur. Reste à établir dorénavant les modalités concrètes de la protection offerte par le cadre renouvelé de cette directive.

²⁰³⁸ CJUE, 24 oct. 2011, aff. C-403/08 *Football Association Premier League Ltd e.a. c/ QC Leisure*. a. *Comm. com. électr.*, 2011, comm. 110, note Ch. Caron ; *JCP G* 2012, 978 n° 3, obs. Ch. Caron ; *Propri. intell.* 2012, n° 42, p. 51, note V.-L. Benabou.

²⁰³⁹ Considérant n° 73 *Dir. préc.* : « La rémunération des auteurs et artistes interprètes ou exécutants devrait être appropriée et proportionnelle à la valeur économique réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés, compte tenu de la contribution de l'auteur ou de l'artiste interprète ou exécutant à l'ensemble de l'œuvre ou autre objet protégé et de toutes les autres circonstances de l'espèce, telles que les pratiques de marché ou l'exploitation réelle de l'œuvre. Un montant forfaitaire peut également constituer une rémunération proportionnelle, mais cela ne devrait pas être la règle ».

²⁰⁴⁰ E. TREPPOZ : « Premiers regards sur la directive », *JCP E.* 2019, n° 27, p. 1343 : « En droit interne, cette impérativité a pour conséquence de rendre toute disposition contractuelle contraire inopposable aux auteurs/interprètes. En droit européen, l'un des apports du règlement Rome I fut de limiter l'autonomie de volonté au sein des contrats internationaux intra-unionistes, par les dispositions européennes impératives. En l'espèce, les articles 19, 20 et 21 s'analysent en des dispositions européennes auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord ».

b. La protection potentielle

561. Plan. La protection peut se cristalliser à la conclusion du contrat (i) mais également à l'exécution du contrat (ii).

i. La protection à la conclusion du contrat

562. Plan. En premier lieu, l'article 19 de la directive consacre une obligation de transparence aux termes de laquelle les auteurs bénéficient d'une information annuelle sur « *sur l'exploitation de leurs œuvres* ». Si l'information est essentiellement délivrée en cours d'exploitation, le texte peut servir de canevas à la consécration d'un devoir général d'information précontractuelle sur la valeur des droits. Un tel devoir, qui supposerait une lecture très extensive de l'article 19, permettrait une meilleure protection des auteurs (α). Ensuite, pour permettre de réaliser l'objectif de rémunération appropriée de l'article 18, le recours aux accords collectifs semble être la voie la plus satisfaisante (β). Enfin, les règles relatives à la « compensation équitable » doivent être analysées sous le prisme d'une rémunération juste et équitable entre les parties (χ).

α . L'obligation d'information précontractuelle sur la valeur des droits

563. Postulat communautaire. Au sens des instances européennes l'information participe pleinement du caractère équitable de la rémunération²⁰⁴¹. En 2011, le livre vert sur les œuvres audiovisuelles et le marché numérique mettait déjà en lumière la nécessité de « *favoriser la capacité des auteurs à négocier, individuellement ou collectivement, ce qui pourrait être considéré comme la meilleure façon de maximaliser la valeur des droits exclusifs* »²⁰⁴². Le principe est repris dans les considérants de la directive de 2019 qui mettent l'accent sur l'information qui doit être délivrée par les exploitants. Le considérant n° 75 énonce que « *comme les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants sont généralement dans une position contractuelle moins favorable lorsqu'ils octroient des licences ou transfèrent leurs droits, ils ont besoin d'informations pour déterminer la valeur économique sur la durée de leurs droits* »²⁰⁴³. En effet, notons que le 7^e baromètre des relations auteurs/éditeurs publié en 2018 par la SCAM fait état du fait que la majorité des auteurs ayant conclu des contrats d'édition en 2017 et 2018 n'ont pas été mis au courant de l'existence des accords syndicaux en matière de rémunération²⁰⁴⁴. Une obligation d'information permettrait donc un réel équilibre entre les parties.

564. Prohibition des informations précontractuelles sur la valeur en droit français. Instaurer une obligation d'information en matière de rémunération proportionnelle suppose de contourner un obstacle existant en droit civil français. Depuis l'arrêt *Baldus* du 3 mai 2000²⁰⁴⁵ et sa

²⁰⁴¹ Considérant n° 74, Dir. 17 avril 2019 préc. : « *Les auteurs et artistes interprètes ou exécutants ont besoin d'informations pour apprécier la valeur économique de leurs droits qui sont harmonisés en vertu du droit de l'Union. C'est en particulier le cas lorsque des personnes physiques octroient une licence ou transfèrent des droits à des fins d'exploitation en contrepartie d'une rémunération* ».

²⁰⁴² Livre vert, Com (2011) 0427, sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles, p. 18.

²⁰⁴³ Le considérant n° 75, Dir. préc. ajoute ensuite : « *Par conséquent, le partage d'informations suffisantes et précises par leurs partenaires contractuels ou les ayants droit de ceux-ci est important pour la transparence et l'équilibre du système qui régit la rémunération des auteurs, et des artistes interprètes ou exécutants* ».

²⁰⁴⁴ SCAM, 7^e baromètre 2018 des relations auteurs/éditeurs 2018 : « *Les auteurs signent dans leur grande majorité (96 %) des contrats à compte d'éditeur. Plus de la moitié d'entre eux ont signé leur contrat le plus récent en 2017 et 2018. Les représentants des auteurs et des éditeurs ont négocié un accord prévoyant de nouvelles dispositions pour le contrat d'édition en vue de l'exploitation numérique, mais 52 % des auteurs déclarent ne pas en avoir eu connaissance. Toutefois, 11 % d'entre eux ont d'ores et déjà utilisé l'une des nouvelles clauses permettant à un auteur de reprendre plus facilement ses droits* ».

²⁰⁴⁵ Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, C.C.C., 2000, Comm. n° 140, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2000. 1110, obs. P. Delebecque et D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. J. Mestre et B. Fages.

codification à l'article 1112-1 du Code civil²⁰⁴⁶, un devoir précontractuel d'information est imposé aux professionnels, excepté lorsque celle-ci porte sur la valeur de la prestation. Il n'est donc pas possible de s'appuyer sur le droit civil pour consacrer une obligation précontractuelle d'information sur la valeur des droits d'exploitation transmis. Aussi, la consécration d'un tel devoir passera obligatoirement par une consécration légale qui semble délicate en l'état de la directive tant il s'agirait d'une interprétation large de ses dispositions.

B. Le recours aux accords collectifs

565. Présentation. Le recours aux accords collectifs doit permettre de guider les parties dans la négociation de la rémunération dévolue à l'auteur. Pour que ce recours soit efficace, il faut préalablement encadrer la possibilité pour les parties de choisir la rémunération forfaitaire²⁰⁴⁷. On notera ainsi qu'en matière de livre numérique, la stipulation de forfait est prohibée lorsque tous les droits d'édition sont transférés à l'éditeur. Il faudrait généraliser cette idée qui relève à notre avis du bon sens à défaut de quoi le principe de la rémunération équitable serait diminué dans ses effets. Cette prohibition acquise, le recours aux accords collectifs pourrait connaître un plein essor.

566. Droit allemand. L'une des innovations de la réforme du droit des contrats d'auteur de 2002²⁰⁴⁸ a été la création de nouvelles dispositions au § 36 UrhG, qui invite les syndicats d'auteurs et d'exploitants à négocier par la voie collective des barèmes de rémunération sur la base de considérations objectives²⁰⁴⁹. L'idée initiale était de préciser les contours de la notion de « rémunération équitable » qui a servi de matrice de réflexion aux promoteurs de cette réforme²⁰⁵⁰. En cas d'échec de la négociation ou en cas de refus d'engager des négociations, l'alinéa 3 du § 36 UrhG organise la mise en œuvre d'une procédure de conciliation, comparable à celle que prévoit le droit français pour le droit à rémunération des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes²⁰⁵¹. Un accord a été trouvé en 2005 en

²⁰⁴⁶ Art.1112-1 du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ».

²⁰⁴⁷ L. de CARVALHO, « Le contrat d'édition à l'heure du numérique : Les 10 points de l'accord du 21 mars 2013 », *Légicom*, vol. 51, no. 3, 2013, pp 31 : « L'accord du 21 mars, quant à lui, a prévu un certain nombre de règles de principe concernant la rémunération. (...) En l'absence de prix payé par le public, la rémunération de l'auteur s'effectue cette fois-ci sur les recettes encaissées par l'éditeur au prorata des consultations et des téléchargements. En effet, pour les recettes liées indirectement à l'ouvrage une rémunération est également due à l'auteur et aucune clause du contrat ne peut exclure une source de revenu. Afin de prévenir les abus, il est également apparu nécessaire d'encadrer les règles relatives au forfait. Ainsi, l'accord du 21 mars 2013 prévoit que dans les cas où le recours à un forfait est admissible (article L. 131-4 du CPI), ce dernier ne saurait être versé à l'auteur en contrepartie de la cession de l'ensemble de ses droits numériques et pour tous les modes d'exploitation de l'ouvrage. Si le forfait est justifié par une opération déterminée, il devra être renégocié pour toute nouvelle opération ».

²⁰⁴⁸ Loi du 22 mars 2002 relative au renforcement de la position contractuelle des auteurs et artistes interprètes (*Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urbebern und ausübenden Künstlern*), JO fédéral (*Bundesgesetzblatt – Bgb I*), 2002, partie I, n° 21 du 28 mars 2002, p. 1155. V. A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récente du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA* 2003/4, n° 198, p. 147 ; A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Propriété intellectuelle*, n° 17, 2005, p. 403.

²⁰⁴⁹ § 36 I UrhG : « Afin de déterminer le caractère équitable de la rémunération conformément à l'article 32, les associations d'auteurs et les associations d'exploitants établissent des règles communes en matière de rémunération. Les règles de rémunération communes doivent tenir compte des circonstances propres au domaine réglementaire, en particulier de la structure et de la taille des exploitants. Les conventions collectives contiennent des règles communes de rémunération ».

²⁰⁵⁰ A. LUCAS-SCHLOETTER, *ibid.* : « La loi du 22 mars 2002, dont l'apport principal a été de consacrer un droit universel à une rémunération équitable et d'encourager la négociation de barèmes communs de rémunération ».

²⁰⁵¹ § 36 III UrhG : « Une procédure d'établissement de règles communes en matière de rémunération devant le conseil d'arbitrage (article 36a) peut être engagée avec l'accord des parties. La procédure se déroule à la demande écrite d'une partie, si 1°) l'autre partie n'entreprend pas de négociations sur les règles communes de rémunération dans les trois mois suivant la demande écrite par laquelle l'une des parties a demandé l'ouverture de négociations ; 2°) des négociations sur des règles

matière d'édition littéraire qui a abouti à l'instauration de barèmes²⁰⁵² qui demeurent purement indicatifs²⁰⁵³.

567. Droit français. Il serait donc tentant de poursuivre l'effort de détermination de la rémunération juste en invitant les syndicats professionnels à arrêter des grilles de rémunération indicatives²⁰⁵⁴. En effet, ces barèmes ne doivent pas devenir purement supplétifs de volonté en autorisant par la même les parties à se référer directement auxdites conventions sans arrêter de rémunération précise dans le contrat d'édition. La clé de partage du produit d'exploitation doit rester de la prérogative des parties. Néanmoins, si la rémunération n'est pas conforme aux principes édictés dans le CPI et que l'auteur soulève en justice la nullité de la clause, les juges seraient bien inspirés de substituer le barème prévu dans l'accord-cadre à la clause illicite²⁰⁵⁵.

Pour que le principe ne soit pas dépourvu d'effectivité, sa consécration doit s'accompagner d'un renforcement des pouvoirs du juge afin de garantir au mieux que l'objectif d'équité soit bien atteint²⁰⁵⁶. Le principe de la rémunération équitable serait un fondement juridique intéressant pour un élargissement de l'office du juge qui pourrait corriger la rémunération en s'immisçant dans le contrat. Le point a déjà été évoqué dans la doctrine²⁰⁵⁷. Si, d'un point de vue conceptuel, la solution n'est guère satisfaisante au regard de l'autonomie de la volonté qui interdit tout immixtion du juge²⁰⁵⁸, elle paraît envisageable à partir du moment où les taux de rémunération ont été fixés dans les codes des usages, ce qui contiendrait les pouvoirs du juge. Toutefois, si l'éditeur a fait preuve d'une intention dolosive, par exemple en cachant sciemment des éléments qui auraient permis de négocier une meilleure rémunération, alors le juge pourrait être autorisé à appliquer des clauses-sanctions allant bien au-delà des taux prévus dans les accords collectifs.

communes de rémunération un an après la rédaction de leur demande d'admission ont été demandées, sans résultat ni résultat ; 3°) une partie a déclaré que les négociations avaient finalement échoué ».

²⁰⁵² Selon l'accord, une rémunération équitable correspond pour un livre cartonné (*hardcover*) à un droit d'auteur de 10 % du prix de vente HT, sachant que le pourcentage peut être abaissé à 8 % lorsque certaines circonstances l'exigent. Les *softcovers* étant moins chères, les pourcentages vont de 8 % à 11 % selon un volume de vente détaillé. Pour les éditions dites « de poche », l'accord prévoit comme standards de rémunération les pourcentages sur les prix de vente HT suivants : 5 % jusqu'à 20 000 exemplaires vendus, 6 % à partir de 20 000, 7 % à partir de 40 000 et 8 % à partir de 100 000. Enfin, les revenus des droits dérivés ou non exploités par des tiers doivent se répartir entre l'éditeur et l'auteur au moins à parts égales pour les droits de traduction et à 60/40 en faveur de l'auteur pour les autres droits.

²⁰⁵³ A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Propriété intellectuelle*, 2005/4, n° 17, p. 412.

²⁰⁵⁴ J.-M. BRUGUIÈRE et P. DEPREZ, « Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique », *Légicom*, n° 51 – 2013/3, p. 7, n° 6 : « Concrètement, qu'est-ce qu'une rémunération équitable ? Modes de rémunération. "L'équitable" sera vraisemblablement saisi au travers des accords passés au sein de la profession. Ces conventions devront être vigilantes sur deux points : les modes de rémunération, tout d'abord, les taux, ensuite. Concernant les modes, nous savons que le principe est celui de la rémunération proportionnelle avec des exceptions lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la base de calcul (article L. 131-4 CPI) ».

²⁰⁵⁵ À plus forte raison si l'accord est étendu par arrêté ministériel. Rappelons en effet que, en droit social, lorsque les magistrats procèdent à l'éviction d'une stipulation violant une règle impérative, ils y substituent les dispositions valables de la convention collective.

²⁰⁵⁶ Article 1-11° du Titre V du Livre préliminaire du Code civil : « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'Équité ».

²⁰⁵⁷ S. JACQUIER, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2001, n° 711.

²⁰⁵⁸ C'est d'ailleurs la raison donnée par les magistrats actuellement, v. Paris 7 juill. 1992, *D.* 1992, p. 249 : « Le juge ne peut se substituer aux parties pour définir les bases de rémunération d'un auteur et, estimant que l'un des éléments du contrat d'édition, à savoir l'assiette servant de base de calcul à la rémunération de l'auteur, n'est pas conforme à la loi, le juge ne peut retenir l'autre élément du contrat, à savoir le taux de la rémunération, les deux éléments formant un tout, l'un étant négocié en fonction de l'autre ; en conséquence, le juge ne peut condamner l'éditeur à payer à l'auteur une rémunération sur l'assiette légale au taux contractuel et la violation par l'éditeur du principe légal de rémunération de l'auteur ne peut être sanctionnée que par l'attribution de dommages et intérêts ».

χ. La répartition de la compensation équitable en cas de licence légale

568. Présentation. L'article L. 122-5 CPI édicte une série d'exceptions au droit d'auteur pour lesquelles le législateur tente de ménager un équilibre avec les intérêts légitimes des ayants droit²⁰⁵⁹. Depuis la loi du 17 juillet 2001, les éditeurs bénéficient, au même titre que les auteurs, de la rémunération pour copie privée des œuvres dont ils ont acquis les droits. Le principe est codifié à l'article L. 311-1 du CPI. Une autre licence légale, au profit des bibliothèques prévue aux articles L. 133-1 et s. CPI, répond à une logique analogue²⁰⁶⁰. En effet, l'article L. 133-4 CPI prévoit que la première part de la rémunération au titre du prêt en bibliothèque sera répartie à parts égales entre l'auteur et l'éditeur²⁰⁶¹. Cette répartition des sommes avec les éditeurs s'explique aisément dans la mesure où ceux-ci pâtissent tout autant de l'existence des licences légales et des exceptions.

569. Obstacle de l'affaire *Reprobel*. Malgré l'évidence du mécanisme, la CJUE a largement remis en cause les mécanismes de compensations financières au profit des éditeurs liées aux utilisations d'œuvres couvertes par des exceptions ou des limitations au droit d'auteur. La prohibition des mécanismes compensatoires concerne en premier lieu les redevances dues au titre de la reprographie et de la copie privée. Tout d'abord, l'arrêt *Reprobel* affirme, en substance, que seuls les titulaires originaires de droits exclusifs désignés par les directives européennes sont en principe investis *ab initio* du droit à rémunération²⁰⁶². Or, tel n'est pas le cas des éditeurs, puisque ceux-ci bénéficient des droits à l'occasion d'une cession. Il résulte ensuite de l'arrêt *Martin Luksan* que les éditeurs ne peuvent valablement se faire céder par les auteurs tout ou partie de ces droits à rémunération, auxquels il n'est pas possible de renoncer²⁰⁶³. Si cette solution peut être saluée sous l'empire d'un système de rémunération qui n'offre pas toutes les garanties d'équité à l'auteur – ces derniers ayant le sentiment d'être davantage spoliés²⁰⁶⁴ –, tel n'est pas le cas lorsque cette rémunération est sous-tendue par des garanties d'équité. Aussi, rétablir les droits des éditeurs ne doit pas choquer dans la mesure où cela permet en parallèle la mise en place d'outils de protection de la rémunération de l'auteur.

570. Rétablissement des droits de l'éditeur par la directive sur le droit d'auteur et le marché numérique. L'article 16 de la directive sur le marché numérique du 17 avril 2019 vise

²⁰⁵⁹ Directive 29/2001/CE du 22 mai 2001, considérant 31 : « Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droit et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés » et surtout, article 5 § 2 b) qui autorise les États membres à édicter des exceptions au droit d'auteur en matière de copie privée sous réserve d'une rémunération équitable des titulaires de droits ». Sur le caractère illusoire, ou du moins laborieux, d'une harmonisation européenne des mécanismes de compensation, notamment en matière de copie privée, voir P. SIRINELLI, « Propos introductif », in *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, A. LUCAS, P. SIRINELLI et A. BENSAMOUN (dir.), Dalloz, 2012, p. 9.

²⁰⁶⁰ Les auteurs ne se privent pas de traiter simultanément ces deux questions en les qualifiant parfois de droits voisins d'auteur au profit des éditeurs, voir par exemple : F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 2520-2521, p. 1636.

²⁰⁶¹ V. notamment C. CARON, « Le nouveau prêt public des œuvres en droit d'auteur », *JCP E.*, n° 49, 4 déc. 2003, 1708, voir notamment n° 14 et n° 16.

²⁰⁶² CJUE, 12 nov. 2015, aff. C-572/13, *Hewlett-Packard Belgium SPRL c/ Reprobel SCRL*, RTD com. 2016., p. 114, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D. IP/IT* 2016. 30, note V.-L. Benabou ; *Prop. intell.* 2016. 52, obs. C. Bernault ; *Comm. com. électr.*, 2016, étude 9, par N. Binctin, et comm. 10, obs. C. Caron.

²⁰⁶³ CJUE, 9 févr. 2012, aff. C-277/10, *Martin Luksan*, *D.* 2012. 2841, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2012. 318, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2012. 964, obs. E. Treppoz ; *Prop. intell.* 2012. 425 et 434, obs. V.-L. Benabou ; *Comm. com. électr.*, 2012, comm. 37, obs. C. Caron.

²⁰⁶⁴ F. POLLAUD-DULIAN « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi "liberté de la création, architecture et patrimoine" », *RTD com.* 2016. 481 : « Cette incessibilité du droit à rémunération équitable est le résultat heureux de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ».

clairement à « briser » cette jurisprudence²⁰⁶⁵. L'article prévoit ainsi que « les États membres peuvent prévoir que lorsqu'un auteur a transféré ou octroyé sous licence un droit à un éditeur, ce transfert ou cette licence constitue un fondement juridique suffisant pour que l'éditeur puisse avoir droit à une part de la compensation versée pour les utilisations de l'œuvre faites dans le cadre d'une exception ou d'une limitation au droit transféré ou octroyé sous licence ».

« Cette disposition autorise les États membres à prévoir que lorsqu'un auteur a transmis par contrat un droit exclusif à un éditeur, ce contrat constitue un fondement juridique suffisant pour que l'éditeur puisse obtenir une part de la compensation versée pour les utilisations de l'œuvre faites en vertu d'une exception ou limitation audit droit. Il s'agit cependant d'une simple faculté pour les États membres et non d'une obligation. Dans les pays qui feront le choix d'adopter cette règle, les éditeurs pourront opportunément sortir de l'impasse dans laquelle ils se trouvent depuis la décision de la CJUE »²⁰⁶⁶.

ii. La protection en cours d'exécution du contrat

571. Plan. Au premier rang des règles de protection se trouve la rémunération supplémentaire appropriée prévue à l'article 20 qui prend en droit les traits d'une correction généralisée de la lésion (α). À noter qu'en matière de contrat d'édition, la lésion, qui est en principe un mécanisme sanctionnant les vices économiques au stade de la conclusion du contrat, s'apprécie au regard des retombées de l'exploitation de l'œuvre. C'est donc bien au stade de l'exécution que la lésion est découverte, ce qui justifie sa présentation au sein de la sous-partie présente. Au demeurant, par ailleurs, lorsque le contrat d'édition est exécuté, la rémunération équitable doit permettre l'adaptation des modalités contractuelles de rémunération (β) ainsi que la résiliation du contrat pour insuffisance de produit d'exploitation (χ). Ces deux derniers mécanismes présentent la singularité d'avoir déjà été consacrés en droit français en matière de livre numérique.

α . La correction généralisée de la lésion

572. Légitimité de l'extension. Comme l'énonce le Professeur SIRINELLI, les mécanismes ont vocation à réaliser « un meilleur partage de la valeur »²⁰⁶⁷. Pour le Professeur BENABOU, « Le texte vise ainsi à remettre l'individu au cœur du système dont sa production est à l'origine et à l'associer pleinement à ses bénéfices »²⁰⁶⁸. Alors que le droit français autorise les actions en révision et en rescision uniquement dans l'hypothèse d'un forfait, la règle de l'article 20 a vocation à s'appliquer nonobstant le mode de rémunération choisi par les parties. En vertu de cette disposition, les auteurs et artistes ont le droit de « réclamer » aux exploitants une rémunération appropriée et juste lorsque la rémunération initiale est trop

²⁰⁶⁵ T. AZZI, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », *JAC*, 2017, n° 47, p. 26 ; T. AZZI, « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *D. IP/IT* 2019, p. 297.

²⁰⁶⁶ T. AZZI, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », préc.

²⁰⁶⁷ P. SIRINELLI, « Premières vues sur la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique », *D. IP/IT* 2019, p. 279 : « Cette construction, nouvelle pour de nombreuses législations nationales, ne s'applique pas simplement dans les relations entre le corps des ayants droit et celui des prestataires techniques, mais également dans les rapports des ayants droit entre eux. La recherche d'un équilibre, d'un meilleur partage de la valeur, est un credo totalement transversal ».

²⁰⁶⁸ V. L. BENABOU, « La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier », *JCP G.*, n° 26, 1^{er} juill. 2019, 693 : « Le texte vise ainsi à remettre l'individu au cœur du système dont sa production est à l'origine et à l'associer pleinement à ses bénéfices. La transposition de l'article 18 risque toutefois d'être délicate et d'entraîner des différences de traitement car le paragraphe 2 prévoit expressément que les États membres peuvent recourir à une diversité de mécanismes prenant en compte la liberté contractuelle et le libre équilibre des droits et intérêts. L'article 20 aménage toutefois un mécanisme dit d'adaptation des contrats (s'apparentant à une forme d'imprévision) permettant de réclamer une rémunération supplémentaire appropriée et juste lorsque la rémunération initialement convenue se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation ».

faible au regard de l'ensemble des revenus générés par l'œuvre ou l'interprétation. En cela, le principe de la rémunération juste permet un rééquilibrage financier total²⁰⁶⁹.

Ensuite, le mécanisme de révision n'est pas cantonné aux seules hypothèses de forfait et concerne également les clauses de rémunération proportionnelle ce qui est plus conforme²⁰⁷⁰. Reste à savoir, d'une part, comment le législateur compte transposer ce nouvel article et, d'autre part, comment les juridictions nationales et européennes en feront application.

573. Exemple allemand. En droit allemand, la loi de 2002 a également permis la consécration du principe de la rémunération équitable²⁰⁷¹. Dans sa version antérieure, le droit d'auteur allemand ne présentait aucune disposition générale portant sur la rémunération de l'auteur. Contrairement au système français qui avait pris la peine en 1957 d'ériger le principe de la rémunération proportionnelle, la rémunération de l'auteur en droit allemand était laissée à la discrétion des parties. Seul le § 36 UrhG, dit « *clause de best-seller* », prévoyait la possibilité d'une révision de la rémunération contractuellement convenue, dans l'hypothèse d'un succès inattendu de l'œuvre²⁰⁷². Mais les conditions de mise en œuvre étaient tellement drastiques que le recours à cette disposition était quasiment voué à l'échec. Madame LUCAS-SCHLOETTER note ainsi que la première décision du BGH relative à l'ancien § 36 UrhG date de 1991²⁰⁷³, soit 26 ans après sa consécration dans le droit d'auteur²⁰⁷⁴.

Le § 32a UrhG issu de la loi de 2002 permet à l'auteur d'exiger de son cocontractant une rémunération supplémentaire lorsque la rémunération initialement convenue apparaît ultérieurement comme disproportionnée par rapport au produit d'exploitation de l'œuvre. Mais « *contrairement à son homologue français, le législateur allemand a refusé de reprendre la notion de laesio enormis du droit romain* »²⁰⁷⁵. En effet, le droit allemand ne fait nullement référence au cinq douzièmes.

Le système est novateur car il permet de changer les ordres de grandeur en fonction de la situation. Ainsi, cinq douzièmes de dix mille euros et cinq douzièmes d'un million d'euros ne peuvent pas être tenus pour synonymes. La lésion doit être plus facilement qualifiée dans le second cas. Les règles arithmétiques doivent céder face aux situations concrètes. Il faudrait alors autoriser le juge à recourir, pour les besoins de l'espèce, à une approche purement quantitative qui ne tienne pas compte du jeu classique de la règle fractionnelle.

β L'obligation de reddition de comptes d'exploitation

574. Présentation de la reddition de comptes. À défaut d'information précontractuelle sur la valeur des prestations en faveur de l'auteur, le législateur doit s'assurer de l'existence de mesures

²⁰⁶⁹ P. SIRINELLI, art. préc.

²⁰⁷⁰ J.-M. BRUGUIÈRE, « Les adaptations contractuelles », *JAC*, 2017, n° 47, p. 30 : « *La loi n'entend pas en effet corriger toutes les injustices contractuelles mais seulement celles qui accèdent à un certain seuil de gravité et qui permettront au juge (ou toute autre instance) d'intervenir sur le contrat. La révision du prix est possible en présence d'une rémunération forfaitaire et proportionnelle. La proposition de directive ne distingue, en effet, nullement les modes de rémunération comme cela est fait dans la loi française, espagnole ou belge, mais non allemande. Il faut ici se réjouir de cette règle tant il est évident qu'un pourcentage dérisoire peut être aussi néfaste qu'un forfait lésionnaire* ».

²⁰⁷¹ J. C. GINSBURG et P. SIRINELLI, « *Private International Law Aspects of Authors Contracts : the Dutch and French Examples Forthcoming* », *Columbia Journ. of Law & the Arts*, 2015, n° 39, p. 171, spéc. p. 174 : « *The Dutch law contains several nonwaivable provisions assuring authors "fair compensation". As a general rule, contracts are to stipulate fair compensation for grants of rights of exploitation, and the Minister of Education, Culture and Science is to "determine the amount of fair compensation for a specific sector and for a certain period of time" upon the "joint request of an association of makers existing in the relevant sector and a commercial user or an association of commercial users* ».

²⁰⁷² *Ibid.* « *The law's "bestseller clause" provides for additional compensation when "the agreed compensation is seriously disproportionate to the proceeds from the exploitation of the work," although the law does not define "seriously disproportionate* ».

²⁰⁷³ BGH, 27 juin 1991, *Horoskop-Kalender* : GRUR 1991, 901. 95. § 132 al. 3 UrhG.

²⁰⁷⁴ A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Propri. intell.*, n° 17, 2005, p. 412.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*

d'information les plus complètes au stade de l'exécution. Le principe est énoncé aux articles L. 132-13 et L. 132-14 CPI. Le premier texte impose une reddition des comptes au moins annuelle quant aux exemplaires réalisés²⁰⁷⁶ tandis que le second impose à l'éditeur de porter à la connaissance de l'auteur toute information susceptible d'établir la véracité des comptes²⁰⁷⁷. Dans le cadre de l'exploitation matérielle d'une œuvre qui suppose la commercialisation d'exemplaires, le principe connaît une vigueur difficilement contestable. Le principe s'applique que la rémunération soit proportionnelle ou forfaitaire²⁰⁷⁸, que la valorisation soit conséquente ou modeste²⁰⁷⁹. La jurisprudence a déjà admis une dispense de responsabilité pour défaut de reddition de comptes lorsque le produit d'exploitation est nul. L'argument avancé reposait sur l'absence corrélative de préjudice²⁰⁸⁰. En l'absence de produit d'exploitation, la reddition de comptes serait inutile. Or, l'absence de résultat effectif ne doit pas être une source d'atténuation d'information. Deux raisons peuvent être convoquées afin de rejeter ce tempérament. D'une part, l'information sert à contrôler le travail de l'éditeur²⁰⁸¹. Comment s'assurer de l'absence de produit d'exploitation si les comptes ne sont pas communiqués ? D'autre part, la simple méconnaissance de la réalité de l'exploitation peut en elle-même constituer un préjudice indemnisable. Dans d'autres matières, éloignées certes, il a été jugé que le défaut d'information dont il est pourtant acquis qu'il n'a entraîné aucune conséquence matérielle, est la source d'un préjudice d'impréparation psychologique²⁰⁸². Pour ces différentes raisons, il n'y a pas lieu de modérer la rigueur de l'obligation au prétexte qu'il faudrait croire sur parole l'éditeur lorsqu'il prétend que le produit d'exploitation est nul.

575. Renforcement du principe de reddition de comptes. Une approche juste de la rémunération suppose à notre avis une refonte de l'obligation de reddition de comptes. Plusieurs postes sont concernés par cette refonte.

- *Extension des modalités d'information.* Tout d'abord, il serait intéressant, au nom d'une approche plus juste de la distribution de la valeur, d'augmenter les modalités d'information de l'auteur. Ainsi, certains modèles de contrat d'édition proposés par les syndicats représentatifs prévoient une « clause

²⁰⁷⁶ Art. L. 132-13 CPI : « L'éditeur est tenu de rendre compte. L'auteur pourra, à défaut de modalités spéciales prévues au contrat, exiger au moins une fois l'an la production par l'éditeur d'un état mentionnant le nombre d'exemplaires fabriqués en cours d'exercice et précisant la date et l'importance des tirages et le nombre des exemplaires en stock. Sauf usage ou conventions contraires, cet état mentionnera également le nombre des exemplaires vendus par l'éditeur, celui des exemplaires inutilisables ou détruits par cas fortuit ou force majeure, ainsi que le montant des redevances dues ou versées à l'auteur ».

²⁰⁷⁷ L. 132-14 CPI : « L'éditeur est tenu de fournir à l'auteur toutes justifications propres à établir l'exactitude de ses comptes. Faute par l'éditeur de fournir les justifications nécessaires, il y sera contraint par le juge ».

²⁰⁷⁸ T. civ. Seine, 18 mai 1920, *Gaz. Pal. Rec.* 1920, 2, p. 63.

²⁰⁷⁹ Paris, 4^e ch. sect. B, 30 avr. 1987, *JurisData* n° 1987-024040.

²⁰⁸⁰ Paris, 1^{re} ch., 29 janv. 1991, *RIDA* 1991/3, p. 219, note P.-Y. Gautier.

²⁰⁸¹ Paris, 4^e ch. sect. A, 27 mars 1990, *Ste Fortin Euromusic c/ Ferre*, *JurisData* n° 1990-021185 : « Le défaut de sérieux dans l'établissement des comptes qui ne pouvaient (...) être contrôlés efficacement par l'auteur, constitue une faute grave de l'éditeur ».

²⁰⁸² Dans le domaine de la responsabilité médicale, v. Cass. 1^{re} civ. 25 janv. 2017, n° 15-27.898, *D.* 2017. 555, note M. Ferrié ; *ibid.* 2224, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon ; *ibid.* 2018. 35, obs. P. Brun, O. Gout et C. Quézel-Ambrunaz ; *RDSS* 2017. 716, note D. Cristol ; *RTD* civ. 2017, p. 403, obs. P. Jourdain ; Cass. 1^{re} civ. 23 janv. 2014, n° 12-22.123, *Bull. civ. I*, n° 13 ; *D.* 2014, p. 589 ; *ibid.* 584, avis L. Bernard de la Gatinais ; *ibid.* 590, note M. Bacache ; *ibid.* p. 2021, obs. A. Laude ; *ibid.* 2015 p. 124, obs. P. Brun et O. Gout ; *RDSS* 2014, p. 295, note F. Arhab-Girardin ; *RTD* civ. 2014. 379, obs. P. Jourdain ; *JCP G.* 2014. 446, note A. Bascoulegue ; *RCJ* 2014. Comm. 116, obs. S. Hocquet-Berg ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 19, obs. M. Mekki ; Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 2012, n° 11-17.510, *D.* 2012. 2277, note M. Bacache ; *ibid.* 2013, p. 40, obs. P. Brun et O. Gout ; *RTD* civ. 2012, p. 737, obs. P. Jourdain ; *RTD* eur. 2013, p. 292, obs. N. Rias ; Cass. 1^{re} civ. 23 janv. 2019, n° 18-10.706. Sur le préjudice d'impréparation v. M. BACACHE, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.* 2008, p. 1908.

d'audit » qui autorise l'auteur à contrôler une fois par an les documents comptables de l'éditeur²⁰⁸³. Cette faculté d'audit peut être considérée comme un prolongement de l'article L. 132-14 CPI déjà présenté. Dans cette mesure, sa consécration dans les codes des usages serait relativement aisée. L'accès aux documents comptables pourra être réalisé sous astreinte judiciaire si l'éditeur s'y oppose.

- *Extension à l'exploitation des droits dérivés.* En outre, une parfaite connaissance du produit d'exploitation par l'auteur suppose que la reddition de comptes qui pèse sur l'éditeur soit étendue à tous les modes d'exploitation et notamment à tous les droits dérivés ou accessoires. La jurisprudence a déjà estimé que l'obligation s'impose à propos de la rémunération issue de la cession du droit de traduction²⁰⁸⁴. Il faudrait donc généraliser cette jurisprudence.

- *Extension aux sous-cessionnaires.* Enfin, pour que l'information de l'auteur soit totale, l'obligation de reddition de compte doit s'imposer aux sous-cessionnaires des droits d'édition. Rappelons tout d'abord qu'en pareille hypothèse, la jurisprudence considère que l'éditeur initial demeure tenu de rendre les comptes d'exploitation à l'auteur²⁰⁸⁵. Ensuite, l'article 19.2 de la directive du 17 avril 2019 prévoit à cet égard une information complémentaire que l'auteur peut solliciter auprès du « sous-licencié » lorsque la reddition de comptes est insuffisante²⁰⁸⁶. À notre sens, l'impératif de justice et d'équité doit permettre la mise en œuvre d'un contrôle efficace par l'auteur de l'ensemble de la chaîne d'exploitation. Aussi, plus qu'une simple information complémentaire, il faut permettre à l'auteur de demander la communication des comptes d'exploitation aux différents sous-cessionnaires de ses droits.

²⁰⁸³ Modèle contrat d'édition SGDL 2018, Art. 6/ Clause d'audit : « Une fois par an et par une personne de son choix, l'auteur pourra vérifier les comptes de l'éditeur et les accords de cession relatifs au présent contrat, sous réserve d'un délai de prévenance de quinze (15) jours. L'éditeur mettra à la disposition de l'auteur ou de son mandataire les livres comptables, le double des relevés de ventes avec les différents diffuseurs, ainsi qu'un état des stocks vérifiable chez le distributeur, toutes les pièces comptables et tous justificatifs, contrats, accords de distribution ou de cession, etc. permettant de mener à bien cette vérification. S'il s'avère que la vérification des comptes révèle des erreurs dans les redditions et/ou dans le montant des droits d'auteur qui avait été versé à l'auteur, le coût de cet audit sera intégralement à la charge de l'éditeur qui devra rembourser l'auteur de ses débours ».

²⁰⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-15.989. Cet arrêt doit néanmoins être lu avec précaution. En l'espèce, il était question de savoir si l'éditeur pouvait voir sa responsabilité du fait qu'il n'ait pas communiqué ses comptes portant notamment sur l'état de la valorisation du droit de traduction. La réponse à cette question supposait donc au préalable de savoir si l'obligation afférente à l'éditeur au titre de l'article déjà mentionné couvrirait également l'exploitation du droit de traduction. Finalement, la cour d'appel ayant constaté le transfert des documents de compte en cours instance, elle a constaté incidemment la disparition du préjudice, ce que la Cour de cassation a approuvé. En considérant que la transmission des comptes annihile le préjudice, elle laisse entendre au contraire l'obligation de reddition de comptes était bien applicable à la circonstance.

²⁰⁸⁵ V. à propos de la sous-cession des droits d'exploitation à l'étranger (à ne pas confondre avec les droits de traduction), Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1994 : Bull. civ. I, n° 56 : « Mais attendu que l'éditeur qui a cédé les droits d'exploitation de l'œuvre pour une édition hors de France demeure tenu de l'obligation d'informer l'auteur des conditions dans lesquelles son œuvre est exploitée à l'étranger ; qu'à cet égard la cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés du jugement, que M. Z... n'avait reçu, en 1982, que des acomptes sur les éditions de son œuvre réalisées au Japon et en Argentine, sans autre information depuis lors ; que l'éditeur n'avait procédé à aucun contrôle régulier des règlements en provenance de l'étranger, pour les droits cédés en Allemagne, au Portugal, en Italie et au Canada ; qu'ayant en outre retenu que l'auteur avait réclamé des comptes, la cour d'appel a pu déduire des circonstances souverainement constatées par elle que l'éditeur avait en l'espèce manqué de rigueur dans le contrôle de l'exploitation des ouvrages et dans la tenue de la comptabilité, et retenir sa responsabilité contractuelle, de même que celle de M. X... et que Mme Y..., qui avaient concouru à la réalisation du dommage en ne faisant pas toutes diligences auprès de l'éditeur pour s'informer de l'état de l'exploitation des ouvrages, tant en France qu'à l'étranger ; que la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision ».

²⁰⁸⁶ Art. 19. 2, dir. préc. : « Les États membres veillent à ce que, lorsque les droits visés au paragraphe 1 ont par la suite été octroyés sous licence, les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants ou leurs représentants reçoivent, à leur demande, de la part des bénéficiaires de sous-licences, des informations complémentaires si leur premier partenaire contractuel ne détient pas toutes les informations nécessaires aux fins du paragraphe 1 ».

χ. L'adaptation du contrat d'édition

576. Annonce. La consécration d'un principe d'adaptation peut avoir un effet salvateur lorsque les parties à un contrat d'édition, conscientes du potentiel d'exploitation de l'œuvre, connaissent des dissensions quant aux modalités d'exploitation. La clause d'adaptation permet alors de forcer les parties à renégocier le contrat. Une telle clause légale de renégociation s'inscrirait grandement dans une conception nouvelle de la rémunération de l'auteur. Le mécanisme a déjà fait l'objet d'une consécration à l'article L. 132-17-7 CPI pour le seul domaine du livre numérique qui énonce que « *le contrat d'édition comporte une clause de réexamen des conditions économiques de la cession des droits d'exploitation du livre sous une forme numérique* ». Nous nous contenterons de le présenter et de souhaiter sa généralisation à toutes les formes d'édition²⁰⁸⁷.

577. Présentation du mécanisme. La clause d'adaptation contractuelle a été l'une des grandes nouveautés de la réforme du numérique²⁰⁸⁸. Tout comme elle, elle a vocation à inscrire le contrat d'édition dans une relation non figée, prenant légèrement ses distances avec l'adage *pacta sunt servanda*. Ainsi, le contrat d'édition comporte de plein droit une clause de réexamen des conditions économiques de la cession des droits d'édition numérique. « *Ces clauses de hardship ont (...) fait une entrée remarquée dans le CPI avec la réforme de 2014 sur le contrat d'édition d'un livre* »²⁰⁸⁹ au sein de l'article L. 132-17-7 CPI. Le réexamen des modalités économiques et financières porte notamment sur « *l'adéquation de la rémunération de l'auteur, qu'elle soit proportionnelle ou forfaitaire, à l'évolution des modèles économiques de diffusion numérique de l'éditeur ou du secteur* »²⁰⁹⁰. Notons toutefois que, si l'esprit relationnel irrigue la prérogative qui est ouverte aux deux parties, celle-ci n'a pas vocation à protéger leurs intérêts communs. En dernier lieu, ce mécanisme a vocation à contraindre l'autre partie à accepter des modifications, éventuellement substantielles, de l'économie du contrat.

La procédure est détaillée à l'article 6 du code des usages arrêté conjointement par le CPE et le SNE étendu par un arrêté du 10 décembre 2014²⁰⁹¹. Aux termes de celui-ci, l'auteur et l'éditeur peuvent chacun demander un réexamen une fois un délai écoulé de quatre ans à compter de la signature du contrat et pour une durée de deux ans. Passé ce délai de six ans, l'auteur et l'éditeur peuvent chacun introduire deux demandes de réexamen pendant un délai de neuf ans. Au-delà de cette période totale de quinze ans, la demande de réexamen a lieu uniquement en cas de modification substantielle de l'économie du secteur entraînant un déséquilibre du contrat depuis sa signature ou sa dernière modification. On retombe donc ici sur le principe de la lésion déjà présenté²⁰⁹². En cas de refus de réexamen ou de désaccord, l'une ou l'autre des parties peut saisir une commission de conciliation, composée à parité de représentants des auteurs et des éditeurs, dont l'avis est rendu dans les quatre mois suivant la saisine. Toutefois, ce recours n'a pas de fonction judiciaire : d'une part, les avis de la

²⁰⁸⁷ Certes, l'extension à tous les domaines d'une telle disposition doit prendre en considération les spécificités des différents secteurs d'activité notamment pour déterminer des délais de mise en œuvre adéquats. Ces délais doivent tenir compte de la durée de vie des œuvres auprès du public. Celle-ci est différente selon que l'on parle d'un livre, d'une chanson ou d'un jeu vidéo. Passées ces subtilités, rien ne doit interdire l'extension du procédé.

²⁰⁸⁸ P. SIRINELLI, L. de CARVALHO, « Réforme du contrat d'édition », *D.* 2015, p. 498 : « *afin de ne pas figer les constructions contractuelles alors même que les données techniques sont extrêmement mouvantes et que l'économie du secteur n'est pas encore fixée, les rédacteurs de la réforme ont voulu offrir aux parties au contrat la possibilité, encadrée, de demander la révision des conditions économiques de la partie de la convention conclue concernant l'édition sous forme numérique* ».

²⁰⁸⁹ X. PRES, « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ contrat* 2018, p. 112.

²⁰⁹⁰ P. SIRINELLI, L. de CARVALHO, art. préc.

²⁰⁹¹ Arrêté du 10 décembre 2014 pris en application de l'article L. 132-17-8 du code de la propriété intellectuelle et portant extension de l'accord du 1er décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre.

²⁰⁹² *Supra* n° 572.

commission ne lie pas les parties ; d'autre part, la consultation de la commission n'est pas un préalable obligatoire à la saisine d'un juge.

578. Spécificité de la clause légale de *hardship*. Grande spécificité, « la clause » en question est d'origine légale. Sous réserve que le juge la considère comme impérative, elle s'impose au cocontractant de celui qui l'exerce et qui se voit obligé d'entamer une renégociation contractuelle. Corrélativement, la mise en œuvre de la prérogative ne peut contraindre à la modification. La clause de *hardship* n'est donc pas une consécration de la théorie de la révision pour imprévision.

Néanmoins, en l'absence d'effectivité des décisions de la commission de conciliation, la positivité de la disposition n'est pas évidente. Pour ne pas que le mécanisme soit privé d'effet, plusieurs scénarii juridiques sont concevables. Tout d'abord, sur le modèle du principe « *comply or explain* »²⁰⁹³, la personne qui statue sur un litige pourrait imposer à la partie qui refuse d'appliquer la préconisation de motiver sa décision. En cas de déloyauté des parties, une conception minimaliste conduirait à une condamnation aux seuls dommages-intérêts tandis qu'une conception maximaliste conduirait à imposer les modifications souhaitées à la partie déloyale et à la condamner, si besoin est, aux divers frais de mise en œuvre de la révision. Ensuite, en cas d'échec de la renégociation, il serait concevable de tirer les conséquences et d'offrir une faculté de résiliation aux parties. Cela est la position partagée par la SGDL qui a pris le soin d'inscrire dans son modèle de contrat d'édition une stipulation qui offre une faculté de résiliation en cas d'échec des négociations menées²⁰⁹⁴. Enfin, la commission devrait être investie de véritables pouvoirs de contrainte afin d'imposer ses préconisations.

δ. La résiliation du contrat pour insuffisance de produit d'exploitation

579. Annonce. De la même façon, la faculté ouverte aux parties de mettre fin au contrat d'édition en cas d'insuffisance de produit d'exploitation est une bonne façon de protéger les intérêts pécuniaires des parties. Cette fois-ci, l'équité commande de ne pas maintenir un contrat d'exploitation qui, manifestement, ne génère aucune rémunération. Plutôt que de paralyser les parties, elles devraient être autorisées à se délier du contrat sous réserve d'observer des conditions précises. Là encore, la réforme du contrat d'édition de 2014 a consacré le dispositif dans le domaine du livre matériel et numérique. Sa généralisation à tous les contrats d'édition s'avèrerait opportune.

580. Présentation du mécanisme. La réforme du 12 novembre 2014 a instauré un mécanisme entièrement nouveau permettant aux parties de mettre un terme au contrat sur la considération objective de l'absence d'exploitation de l'ouvrage, déduite d'une absence de revenus. Cette hypothèse, appelée « *fin d'exploitation* », est aussi qualifiée par les parties prenantes à l'accord comme une « *clause d'électroencéphalogramme plat* »²⁰⁹⁵.

²⁰⁹³ P. DEUMIER « Le principe "appliquer ou expliquer", appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.* 2013. p. 79 ; M. MEKKI, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* », *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, p. 18.

²⁰⁹⁴ Art. 26 modèle type de contrat d'édition 2018 SGDL : « *En cas de refus de réexamen par l'une des parties à l'issue de la période de trois (3) mois suivant la réception de la demande, ou en cas de désaccord suite au réexamen, l'autre partie peut notifier par lettre recommandée avec accusé de réception la résiliation de plein droit du contrat* ». Un tel régime de l'échec de la renégociation se rapprocherait des jurisprudences *Huard* (Cass. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338 ; *D.* 1995. 85, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. Mestre ; *JCP* 1993. II. 22164, note G. Virassamy) et *Chevassus* (Cass. com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277 ; *D.* 1999. 9 ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre, et 646, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP* 1999. II. 10210, note Y. Picod, et I. 143, obs. C. Jamin ; *Deffrénois* 1999. 371, obs. D. Mazeaud). Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a considéré que le devoir de loyauté en phase d'exécution contractuelle impose aux parties de renégocier le contrat litigieux. En cas d'échec, il faut convenir de que la résiliation du contrat pourra être prononcée.

²⁰⁹⁵ J. DALEAU, « Naissance officielle du contrat d'édition numérique », *D. act.*, 14 nov. 2014 ; B. KERJEAN, « Contrat d'édition », préc. ; B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. Contrat de l'édition. Les nouveaux (?) usages de l'édition numérique », *Comm. com. électr.*, 2014, n° 9, prat. 15 ; C. CARON,

Aux termes de l'article L. 132-17-4 CPI, « *le contrat d'édition prend fin à l'initiative de l'auteur ou de l'éditeur, si, pendant deux années consécutives au-delà d'un délai de quatre ans après la publication de l'œuvre, les états de comptes ne font apparaître de droits versés, ou crédités en compensation d'un à-valoir, au titre d'aucune des opérations* » qui touchent à la vente, à l'accès ou à la consultation d'un livre numérique ou papier ainsi qu'à sa traduction. Une fois la prérogative mise en œuvre par l'une des parties, un délai de préavis de trois mois doit être observé à l'issue duquel le contrat est résilié de plein droit. « *Cette nouvelle solution doit être comprise comme la conséquence des relations ouvertes et complètes existant entre un auteur et son éditeur* »²⁰⁹⁶.

La résiliation est possible quand l'absence d'activité économique dans la vie d'un livre est constatée pendant une certaine durée. L'absence d'activité économique suppose la réunion des critères suivants : l'écoulement d'un délai de quatre ans après la publication du livre et l'absence de revenus durant deux années successives. Une fois ces conditions réunies, les parties peuvent demander la résiliation du contrat.

La résiliation est notifiée à l'autre partie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans un délai de douze mois suivant la date limite d'envoi de l'état des comptes par l'éditeur ou de sa mise à disposition de l'auteur par un procédé de communication électronique.

581. La nécessité d'encadrer le mécanisme. La disposition n'établit aucune distinction quant au sort de l'auteur ou de l'éditeur. Pourtant, le fait que l'éditeur mène l'exploitation doit être un tant soit peu pris en compte. En effet, un tel mécanisme génère un risque d'opportunisme élevé dans la mesure où l'éditeur pourrait tirer profit de sa propre inexécution contractuelle pour justifier la résiliation. Pour ces raisons, les modalités d'usage de la résiliation doivent être précisées.

Le II de l'article prévoit que ces modalités d'usage seront précisées par l'accord rendu obligatoire mentionné à l'article L. 132-17-8 CPI²⁰⁹⁷. En l'état du droit positif, l'apport du Code des usages est résiduel. Ce code, arrêté conjointement par les syndicats représentatifs, pris en son article 8, prévoit les spécificités du mécanisme. La clause dite de fin d'exploitation ne peut pas être mise en œuvre lorsque l'ouvrage fait partie intégrante d'un recueil d'œuvres (du même auteur ou de divers auteurs) ayant généré des recettes en vente à l'unité pendant ledit délai de deux ans, que ce soit sous forme imprimée ou numérique²⁰⁹⁸. Peut-être serait-il pertinent de préciser une autre modalité, d'ordre probatoire, lorsque la clause est mise en œuvre par l'éditeur. En effet, cette clause ne doit pas conférer un blanc-seing à l'éditeur qui pourrait décider, au-delà des quatre premières années, de ne plus exploiter l'œuvre et de faire jouer la clause en question. Il serait sans doute bon de conditionner la mise en œuvre du mécanisme par l'éditeur à la délivrance d'un juste motif en l'obligeant à faire état du respect de ses obligations.

582. Conclusion de section. Aux termes de cette section, on constate que les enjeux liés au renouveau de l'activité éditoriale touchent toutes les facettes du contrat d'édition. L'avènement d'Internet et la volonté des éditeurs de recueillir toujours plus de droits dérivés sont autant de phénomènes qui ne correspondent pas à l'esprit initial du droit des contrats d'auteur. En phase de conclusion du contrat, les règles qui encadrent l'engagement de l'auteur peuvent entretenir des effets pervers tant au regard de la capacité contractuelle de l'auteur que de la destination contractuelle de l'œuvre. De plus, les conceptions traditionnelles de la rémunération de l'auteur et de l'obligation d'exploitation de l'éditeur doivent également être pensées à la lumière de ces nouveaux enjeux. Il en a découlé une profonde adaptation de la phase d'exécution contractuelle du contrat d'édition.

« Vingt ans après : le contrat d'édition passe officiellement au numérique », *JCP G*, 2015, n° 7, p. 177 ; A. LUCAS, « Contrat d'édition (CPI, art. L. 132-1 à L. 132-17-7) » *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1320, n° 105 et s.

²⁰⁹⁶ P. SIRINELLI, L. de CARVALHO, *ibid.*

²⁰⁹⁷ Art. L. 132-17-8 II 8° CPI : « *L'accord mentionné au I fixe les modalités d'application des dispositions : De l'article L. 132-17-7 relatives au réexamen des conditions économiques de la cession des droits d'exploitation d'un livre sous forme numérique, notamment la périodicité de ce réexamen, son objet et son régime ainsi que les modalités de règlement des différends* ».

²⁰⁹⁸ Article 8 de l'accord entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre annexé à l'arrêté du 10 décembre 2014.

Section II

L'OPTIMISATION DES DROITS ET PRÉROGATIVES CONFÉRÉS À L'AUTEUR

583. Présentation des droits et prérogatives contractuelles. Le régime juridique du contrat d'édition confère à l'auteur des droits et prérogatives qui, en dernier lieu, participent de la protection de l'auteur. Quoique leur efficacité puisse être optimisée par le législateur, ces garde-fous juridiques demeurent capitaux. À suivre la jurisprudence actuelle, les droits et prérogatives ne recourent pas la même réalité. C'est du moins l'interprétation que l'on peut faire de l'arrêt du 10 juillet 2007 dit *des Maréchaux* estimant que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties »²⁰⁹⁹. Ainsi, les deux notions doivent être distinguées sans pour autant que l'on sache vraiment quel domaine d'application leur attribuer²¹⁰⁰. Avec le Professeur CHENEDE, nous accorderons une portée relativement faible à cette opposition qui semble relever davantage du style employé par la Cour de cassation que de la véritable divergence notionnelle²¹⁰¹. Cela constitue d'ailleurs le sens de la pensée de ROUBIER qui, dans un article de recherche fondamentale, voyait dans la prérogative juridique un concept dépassant les droits subjectifs et regroupant divers phénomènes juridiques²¹⁰², qu'il finira plus tard par qualifier de « situations juridiques »²¹⁰³.

Ainsi, de la façon la plus large qui soit, la prérogative se définit comme « tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait »²¹⁰⁴. Il s'agit de « chacun des pouvoirs exclusifs spécifiés, des moyens d'action, etc., qui appartiennent au titulaire d'un droit et dont l'ensemble correspond au contenu de ce droit »²¹⁰⁵. Pour les besoins de notre recherche, les deux notions seront assimilées. Compte tenu de cette large définition, l'ensemble des droits et des prérogatives issus d'un contrat d'édition est concerné par la jurisprudence des *Maréchaux*. Par conséquent, les prérogatives que nous présenterons ont pour seule limite la loyauté du contractant qui souhaite s'en prévaloir²¹⁰⁶.

²⁰⁹⁹ Cass. com., 10 juill. 2007, no 06-14768 : Bull. civ. 2007, IV, n° 188 ; RDC 2007/4, p. 1107, obs. L. Aynès, p. 1110, obs. D. Mazeaud ; D. 2007, p. 2839, note P. Stoffel-Munck, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. Fages ; RTD com. 2007, p. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondéro, JCP G 2007, II, 10154, note D. Houtcief. Cet arrêt sera confirmé deux années plus tard : Cass. 3^e civ., 9 déc. 2009, n° 04-19923 : D. 2010, p. 476, note Billefont, p. 1103, obs. C. Monge et F. Nési ; Dr. et pat. 2010, n° 194, p. 104, JCP N 2010, I, 1311, note J.-P. Garçon.

²¹⁰⁰ J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement » RDC, 2011/2, p. 695.

²¹⁰¹ F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles 1 », RDC, 2011/2, p. 709, « Il faut donc commencer par observer que si l'on souhaite vraiment découvrir une opposition entre la "prérogative contractuelle" et un autre élément, il convient de l'opposer, non pas à la substance, mais bien aux "droits et obligations". Or ces deux expressions décrivent-elles des réalités différentes ? Cela n'est guère certain. On peut en effet parfaitement imaginer que la Cour de cassation a simplement souhaité ici éviter une répétition inélégante ». V. également L. AYNÈS, « Vers une déontologie du contrat ? », Conférence devant la Cour de cassation, 11 mai 2006, Cycle Droit et technique de cassation, RDC 2007/1 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 2000, nos 634 et s., p. 468 et s.

²¹⁰² P. ROUBIER, *Les prérogatives juridiques*, Arch. ph. Dr., 1960, p. 76. CARBONNIER quant à lui assimilait les prérogatives aux droits subjectifs (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2^e éd., 2017, n° 161).

²¹⁰³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.

²¹⁰⁴ *Vocabulaire juridique CAPITANT*, préc. voir sous occurrence « Prérogative ».

²¹⁰⁵ *Ibid.*

²¹⁰⁶ V. arrêts préc. ; A. BÉNABENT, « Rapport français », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Litec, 1998, p. 291 et s., spéc. p. 298. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 61, p. 66 : « Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134 du Code civil, interdit à une partie au contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci ». Ce pouvoir est exercé de manière illégitime s'il est mis au service de fins autres que celles en vue desquelles il a été stipulé.

584. Enjeu. Plan. Le droit d'auteur offre à l'auteur plusieurs prérogatives lui permettant le cas échéant de se délier du contrat d'édition ou de protéger sa rémunération. Pour classiques qu'elles soient, ces prérogatives présentent un intérêt non négligeable, y compris au regard des enjeux contemporains de l'édition. À ce titre, leur préservation s'impose. Les prérogatives conférées à l'auteur sont de deux ordres : celles qui permettent de garantir et de protéger ses intérêts matériels (§ 1) et celles qui visent à préserver ses intérêts moraux (§ 2).

§ 1. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS MATÉRIELS

585. Plan. Tout d'abord, l'auteur peut faire valoir ses droits en cas de cession irrégulière de la convention (A). Par ailleurs, une série de dispositions visant à optimiser les chances de paiement de l'auteur est instituée (B).

A. LES OPÉRATIONS DE SOUS-ÉDITION

586. Article L. 132-16 CPI. Plan. L'article L. 132-16 CPI pose le cadre juridique de la cession du bénéfice du contrat d'édition. L'alinéa premier de l'article pose une règle de principe assortie d'une exception et prévoit que « *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* ». Cette disposition doit être interprétée de la façon la plus large qui soit. Aussi l'éditeur doit-il s'enquérir au préalable de la volonté de l'auteur lorsqu'il souhaite céder le contrat d'édition mais également les droits d'édition²¹⁰⁷. À défaut, le transfert n'est pas licite (1).

Mais, même dans cette seconde hypothèse, l'auteur n'est pas totalement démuné. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article L. 132-16 CPI, « *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 (l'auteur) est fondé à obtenir réparation même par voie de résiliation du contrat* ». Ainsi, même lorsque la cession de contrat s'avère licite au regard de l'alinéa premier de l'article, l'auteur peut faire valoir que ses intérêts sont gravement compromis (2).

1. L'opposition à la cession illicite du bénéfice du contrat d'édition

587. Plan. L'hypothèse de la sous-édition irrégulière donne lieu à une solution de principe arrêtée en jurisprudence, celle de la nullité relative (a). Toutefois, une conception plus ouverte de la cession de contrat peut inciter à admettre, en sus, une action directe en paiement contre le sous-éditeur lorsque la sous-édition n'a pas été autorisée (b).

a. La solution de principe : la nullité relative

588. L'inopposabilité à nullité relative. Traditionnellement, la jurisprudence considérait que le défaut d'accord de l'auteur à une cession de contrat était sanctionné sur le terrain de l'inopposabilité²¹⁰⁸. La sanction édictée en droit d'auteur rejoignait alors le droit civil. Finalement, dans un arrêt du 30 janvier 2007, la première chambre civile a eu l'occasion de revenir sur cette sanction. Elle a considéré que les héritiers de l'auteur qui contestaient la cession d'un contrat d'édition musicale pouvaient invoquer la nullité de la cession²¹⁰⁹. L'idée de protection qui déroge au droit commun des contrats

O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles » *RDC* 2011/2, p. 726.

²¹⁰⁷ Sur la qualification applicable dans cette situation, v. *supra* n° 355-356.

²¹⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1994, *RIDA* 3/1994, p. 309, où il a été jugé que la convention de sous-édition conclue entre l'éditeur et un tiers n'était opposable à l'auteur que si celui-ci avait donné son accord exprès.

²¹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ. 30 janv. 2007 n° 05-19.352, *Larue et a. c/ Emi Music Publishing France*, *JurisData* n° 2007-037263 : « *Vu les articles L. 132-7 et L. 132-16 du code de la propriété intellectuelle, ensemble l'article 1304 du code civil ; Attendu qu'en vertu du deuxième de ces textes, l'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou à titre onéreux ou*

conduit à une sanction différente. Mais, là encore, la quête d'un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux de l'éditeur a conduit les tribunaux à tempérer la rigueur de la prohibition sans toutefois remettre en cause sa vigueur.

589. Délimitation : exclusion des droits dérivés. Conformément à la spécificité de l'exploitation des droits dérivés, ceux-ci sont exclus du champ d'application posé à l'article L. 132-16 CPI. En effet, pour ces droits, l'éditeur n'est tenu qu'à une obligation de rechercher une exploitation²¹¹⁰. Dès lors, il est acquis dès la signature du contrat d'édition que l'éditeur devra rétrocéder ses droits à des sous-exploitants. On retrouve parfois ce principe dans les différents codes des usages qui prennent le soin de distinguer les deux formes d'exploitation. Aussi le code des usages en matière d'illustration rappelle à son article 1.1.2 que l'éditeur n'a pas à recueillir l'accord préalable de l'auteur pour céder à des tiers exploitants les supports photographiques pour réaliser des exploitations dérivées²¹¹¹. Les droits dérivés sont donc librement cessibles par l'éditeur.

590. Tempérament : ratification discrétionnaire. En considérant la nullité comme relative, celle-ci devrait naturellement pouvoir être confirmée par le titulaire de l'action, à savoir l'auteur. La question s'est récemment posée dans un arrêt du 24 mai 2017. Dans cette affaire, la société Comotion avait cédé des contrats d'édition musicale à la société Comotion musique. N'ayant pas fait l'objet d'un accord préalable par l'auteur mais uniquement d'une autorisation *a posteriori*, la cession a été annulée par les juges du fond. Comotion musique avait assigné le gérant de la société Comotion pour avoir failli à sa promesse de porte-fort. Ainsi, l'accord postérieur de l'auteur ne permet pas de couvrir la nullité. L'arrêt a été cassé au motif que « *les auteurs pouvaient renoncer à se prévaloir de cette nullité en ratifiant la cession de leurs contrats* »²¹¹². Néanmoins, la Cour de cassation a clairement exclu le principe de la ratification tacite lorsque la « *complexité des relations en cause* » le commande²¹¹³.

591. Critique de la solution. La jurisprudence prend le parti de qualifier de « *nullité relative* » la sanction édictée par l'article L. 132-16 CPI. La solution encourt la critique. Bien qu'il soit toujours possible de ratifier *a posteriori* la cession du contrat, la sanction demeure trop rigoureuse dans son énoncé. L'auteur doit soit prendre acte de la cession et libérer l'éditeur indélicat qui sous-édite l'œuvre sans autorisation soit soulever sa nullité. Cette alternative revient à un système tout ou rien. Pour éviter cette rigueur excessive et prolonger la fonction de protection de l'auteur, telle qu'elle a été envisagée en première partie²¹¹⁴, un système plus mesuré doit être proposé. L'auteur devrait bénéficier de l'option suivante : demander la nullité du contrat ou, s'il souhaite conserver le bénéfice de l'édition de son œuvre, ouvrir une action en paiement contre le sous-éditeur tout en maintenant son droit d'agir en paiement contre l'éditeur initial. L'auteur bénéficierait alors de deux actions parallèles : une action en paiement contre son éditeur, et une action directe contre le sous-éditeur qui n'aurait pas fait l'objet d'une autorisation *ab initio*²¹¹⁵.

par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment du fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur ; que ces dispositions impératives ayant été prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs, leur violation ne donne lieu qu'à une nullité relative dont l'action se prescrit par cinq ans à compter de la découverte du vice ».

²¹¹⁰ *Supra* n° 520-521.

²¹¹¹ Art. 1.1.2 Code des usages en matière d'illustration photographique : « *l'exception des dispositions prévues pour les éditions dérivées, et les traductions réalisées par un tiers éditeur, prévues au chapitre III, il est interdit [pour l'éditeur] de rétrocéder à quiconque, et pour quelque motif que ce soit, les supports des photographies communiquées par le photographe ou son représentant, quelle qu'en soit la nature (numérique, argentique ou autre), sans autorisation préalable des photographes ou de leurs représentants et accord de règlement de droits* ».

²¹¹² Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2017, n° 16-10.898, *Sté Comotion musique c/ Bitan*, *JurisData* n° 2017-010355, *Légipresse* 2017, p. 636, § 7, obs. C. Alleaume ; *Comm. com. électr.*, 2017, comm. 60, note C. Caron ; *Propri. intell.* 2017, n° 65, p. 66, obs. A. Lucas.

²¹¹³ Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1995, n° 93-13.559, *JurisData* n° 1995-003517, *Bull. civ.* 1995, I, n° 450.

²¹¹⁴ *Supra* n° n° 27.

²¹¹⁵ Cette solution est consacrée en droit commun des contrats à l'article 1216-1 du Code civil qui énonce : « *Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. A défaut, et sauf clause*

b. L'ouverture d'une action directe

592. Présentation de l'action directe. L'action directe en paiement est une prérogative accordée à un créancier qui lui permet d'« *agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur* »²¹¹⁶. Elle permet ainsi une simplification des paiements et un renforcement des droits du créancier, notamment lorsque l'action directe est dite « *parfaite* »²¹¹⁷. Le créancier qui bénéficie d'une telle action peut ainsi réclamer le paiement de ce que lui doit son contractant directement au sous-contractant²¹¹⁸. En ce sens, c'est une action convoitée par les créanciers.

593. Régime de l'action directe. Il n'est pas exclu d'ouvrir une action directe en paiement au profit de l'auteur à l'encontre d'un sous-éditeur lorsque la cession du contrat n'a pas été expressément entérinée par l'auteur. L'intérêt d'une telle action est patent lorsque l'auteur souhaite demander le paiement. Il peut ainsi agir au choix contre son éditeur ou contre le sous-éditeur, la cession de contrat n'ayant pas eu d'effet libératoire. Seul inconvénient, l'action directe trouve en principe sa source dans une loi spéciale conformément à la définition donnée à l'article 1341-3 du Code civil²¹¹⁹. L'ouverture d'une action directe au profit de l'auteur supposerait donc au préalable une intervention législative. Certes, l'argument est recevable mais la formulation vague de l'article L. 132-16 CPI qui, rappelons-le, énonce que « *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* », autorise une interprétation *intra legem* en vertu de laquelle le juge pourrait découvrir une action en paiement.

594. Cohérence avec la chaîne de contrats. Rapprochement avec le contrat de production audiovisuelle. L'ouverture d'une action directe en faveur de l'auteur a été plaidée par les plus éminents Professeurs en la matière. En son temps, DESBOIS militait pour l'existence d'une telle action²¹²⁰. Pour le Professeur POLLAUD-DULIAN, le lien entre l'auteur et son œuvre permettrait de fonder l'existence d'une telle action²¹²¹. À notre avis, cette action doit être ouverte en raison du lien entre l'exploitation et la rémunération. La cohérence des chaînes d'exploitation, en accord avec l'approche macrocontractuelle retenue en première partie²¹²², passe par l'ouverture d'une telle action. Au demeurant, c'est bien le souhait du législateur européen qui, dans la directive du 17 avril 2019, a réitéré sa volonté d'intéresser l'auteur à toutes les exploitations de son œuvre²¹²³.

contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat ». À défaut d'accord du cédé, le cédant reste tenu solidairement avec le cessionnaire du contrat.

²¹¹⁶ Art. 1341-3 du Code civil : « *Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur* ».

²¹¹⁷ Si l'action directe est parfaite, alors le sous-débiteur, le sous-éditeur, ne peut opposer aucune exception au créancier, ici l'auteur, tirée de son rapport avec le débiteur intermédiaire, à savoir le premier éditeur, v. M. BANDRAC, « Nature juridique de la propriété réservée », *RTD civ.* 1990, p. 121. W. DROSS, « Actions ouvertes au créancier – Action directe », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique.

²¹¹⁸ C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1991, n° 377 s.

²¹¹⁹ L'ordonnance portant réforme du droit des contrats n'admet les actions directes que « *dans les cas déterminés par la loi* » (C. civ., art. 1341-3).

²¹²⁰ DESBOIS, *op. cit.*, n° 602.

²¹²¹ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1431, p. 978.

²¹²² *Supra* n° 294 et s.

²¹²³ L'article 18.1 de la directive du 17 avril 2019 qui prévoit la rémunération appropriée vise indistinctement les contrats passés par l'auteur ou par « l'exécutant » ouvrant le principe également aux sous-cessions (« *Les États membres veillent à ce que, lorsque les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants octroient sous licence ou transfèrent leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres ou autres objets protégés, ils aient le droit de percevoir une rémunération appropriée et proportionnelle* »).

Récemment, un contentieux a mis l'action directe en lumière en matière de contrat de production audiovisuelle. À titre liminaire, rappelons qu'en vertu de l'article L. 132-27 CPI, le producteur est tenu à une obligation d'exploitation qui prend généralement les traits d'un contrat de sous-exploitation²¹²⁴. Comme un éditeur cherche à monnayer les droits de traduction ou d'adaptation audiovisuelle auprès d'autres exploitants, le producteur d'un film tente de céder ses droits aux chaînes de télévision, aux exploitants de salles de cinéma... Ainsi, l'analogie est autorisée. Ces quelques précisions faites, la Cour de cassation a considéré que l'auteur pouvait agir en paiement contre le sous-cessionnaire des droits d'exploitation à l'occasion de l'affaire *Yves Boisset*. Yves Boisset, célèbre cinéaste présenté comme un précurseur de la nouvelle vague, a cédé en 1974 ses droits pour les films *Dupont Lajoie* et *Un taxi mauve* à la société productrice Sofracima, qui a elle-même cédé les droits d'exploitation télévisuelle à la société Canal 01. Cette dernière a par la suite transféré les droits à un autre distributeur qui les a par la suite transféré à la société MK2. Le producteur n'ayant pas rempli ses obligations de reddition des comptes et de rémunération, l'auteur a alors demandé la résiliation du contrat. En outre, l'auteur a demandé au sous-cessionnaire des droits le règlement direct des sommes issues de la chaîne d'exploitation. Alors que la cour d'appel n'avait pas admis l'action en paiement²¹²⁵, la Cour de cassation a estimé que « l'auteur dispos[ait] d'une action directe en paiement de la rémunération proportionnelle à l'encontre de l'exploitant cessionnaire des droits, qu'autant que l'action du producteur contre l'exploitant [n'était] pas elle-même éteinte, en sorte que la connaissance que pouvait avoir la société MK2 des difficultés de paiement des droits d'auteur par le producteur était indifférente »²¹²⁶. Ainsi, dans le domaine voisin du contrat de production audiovisuelle, la Cour de cassation a considéré que l'auteur pouvait agir directement contre le sous-cessionnaire. *Mutatis mutandis*, il conviendrait d'appliquer le principe en matière de contrat d'édition, ce qui permettrait, comme dans l'affaire précitée, de garantir une certaine homogénéité de la chaîne d'exploitation.

595. Effet de garantie. Rapprochement avec la gestion d'affaires de l'éditeur. Dans plusieurs affaires, les juges du fond ont admis, sur le fondement de la gestion d'affaires, que l'éditeur pouvait, en cas d'urgence, prendre l'initiative de céder des droits d'édition dont il n'avait pas acquis la propriété et sans en référer à l'auteur²¹²⁷. La gestion d'affaire est un quasi-contrat en vertu duquel le gérant agit spontanément dans l'intérêt du géré, appelé aussi « *maître de l'affaire* »²¹²⁸. Il va de soi qu'il reste tenu vis-à-vis de ce dernier.

Dans une affaire qui a opposé l'auteur d'un ouvrage illustré à son éditeur qui avait pris l'initiative de céder les droits de traduction de l'œuvre à une société espagnole, une cour d'appel, dans un arrêt de 1987, a réputé valable la cession. Elle a estimé, en vertu de de l'article 48.6 de l'ancien Code des usages en matière d'illustration photographique encore applicable à l'espèce, que l'éditeur pouvait céder les droits de traduction sans en informer l'auteur mais qu'il restait « *ducroire* » – qui n'est autre qu'un garant – pour toutes les sommes à verser²¹²⁹. Ainsi, l'auteur dispose d'une action en paiement contre le sous-éditeur et d'une action en garantie de paiement contre le premier éditeur tenu en tant que *ducroire*.

Pour ces différentes raisons, l'ouverture à titre optionnel d'une action directe en paiement contre le sous-éditeur est la solution la plus simple et la plus protectrice des intérêts matériels de l'auteur.

²¹²⁴ Ainsi, le producteur qui n'a fait aucune tentative de cession de droits à une chaîne de télévision manque à son obligation d'exploitation, Paris, 8 juin 1999, *RIDA* n° 183, 2000/1, p. 311.

²¹²⁵ Paris, du 16 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-234796, *Propri. intell.* 2005, p. 63, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.*, 2004, comm. n° 38, p. 23, note Ch. Caron ; *Légipresse* 2004, n° 217, III, p. 219, note C.-E. Renault qui affirme « que les exigences tenant à la rémunération proportionnelle des auteurs s'imposent au cessionnaire des droits d'auteur mais non pas aux sous-cessionnaires qui n'ont pas de relation directe avec les auteurs ».

²¹²⁶ Cass. 1^{re} civ. 29 mai 2013, n° 12-14.041, Bull. I 2013, n° 544, *D.* 2013. 1810, A. Etienney-de Sainte Marie.

²¹²⁷ TGI Paris, 3^e ch., 5 févr. 1977, *RIDA* 1978, p. 190.

²¹²⁸ Art. 1301 du Code civil : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire ».

²¹²⁹ Paris, 4^e ch. A, 6 mai 1987, *JurisData* n° 1987-023970.

2. L'opposition à la cession licite du bénéfice du contrat d'édition

596. Présentation. Selon l'alinéa 2 de l'article L. 132-16 CPI, « 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 ». La disposition est constitutive d'une véritable clause de conscience dont l'objet réside dans la résolution des conflits entre droit et morale. Elle permet de contrebalancer la règle de l'alinéa précédent qui dispense l'éditeur de solliciter l'autorisation de l'auteur à la cession du contrat d'édition avec le fonds de commerce. Ainsi, l'auteur qui veut s'opposer à la cession du fonds de commerce doit au moins établir le risque d'atteinte à ses intérêts²¹³⁰.

Si ce mécanisme de retrait recoupe pleinement l'approche française de la propriété intellectuelle, d'autres législations parfois réputées moins soucieuses du sort des auteurs connaissent des dispositifs similaires. En Allemagne par exemple, la réforme de 2002 a été l'occasion de consacrer un droit de retrait équivalent en cas de vente de la maison d'édition²¹³¹. Bien qu'il ne faille pas surestimer l'usage du dispositif²¹³², la législation allemande suspicieuse à l'endroit d'une telle action pose les raisons invocables, parmi lesquelles : « les choix éditoriaux (idéologiques, moraux, littéraires, etc.) du repreneur sont trop éloignés de leurs propres orientations, créations ou sensibilité, le législateur reconnaît à l'auteur le droit à la résiliation »²¹³³. La position française n'est donc pas isolée mais nous notons une différence de démarche significative. Alors que le droit allemand dresse une liste des raisons invocables par l'auteur, le droit français se contente d'une définition générale. L'esprit synthétique qui anime le législateur peut certes être salué, néanmoins une telle conception mène à une forte casuistique.

597. Casuistique. Le contentieux de la clause de conscience est des plus casuistiques : les magistrats doivent à la lumière des faits apprécier le bien-fondé de la demande de l'auteur. En l'occurrence, le problème est qu'il ne faut pas trop facilement accéder à cette demande sous peine de paralyser systématiquement le transfert accessoire au fonds de commerce²¹³⁴. Outre l'établissement du risque d'atteinte aux intérêts moraux et patrimoniaux de l'auteur, les juges doivent apprécier le bien-fondé de l'usage de l'action tant au regard de la déloyauté dont pourrait faire preuve l'auteur que des attentes légitimes de l'éditeur cessionnaire du fonds de commerce.

Un arrêt émanant de la cour d'appel de Paris illustre assez bien cette quête d'équilibre et les difficultés qui peuvent en résulter. L'affaire opposait un artiste musical à la SACEM et à une société de production audiovisuelle. Les faits de l'espèce sont passablement compliqués et le contentieux s'est étalé sur une décennie. Pour ce qui nous intéresse, le litige est le suivant : Gabriel Yared a cédé à la société De Bop ses droits sur les œuvres constituant la musique du film *37,2° le matin*. La société Gargo Films qui a acquis le fonds de commerce de la société De Bop en difficulté a fait valoir son droit au

²¹³⁰ Paris, 17 mai 1989, *JurisData n° 1989-022336*, D. 1989. IR 183 ; *Cah. dr. auteur* 1990, p. 21 : « l'auteur ne parvient pas à démontrer la réalité du risque d'atteinte à ses intérêts en cas de refus du cessionnaire d'utiliser une chanson inscrite à son catalogue à des fins publicitaires, alors que l'éditeur veut seulement préserver son actif ».

²¹³¹ § 34. 3 UrhG.

²¹³² En ce sens, v. A. DIETZ, « La réforme législative allemande du 22 mars 2002. Maigres perspectives européennes », Francine Labadie éd., *Travail artistique et économie de la création. Actes des 2^e journées d'économie de la culture*. Ministère de la Culture - DEPS, 2008, p. 193.

²¹³³ V. SGDL, *le droit d'auteur en usage en Europe : Allemagne* (oct. 2010), Motif, p. 7.

²¹³⁴ Orléans, ch. civ., 11 janv. 2016, n° 14/03012, *Monsieur Guy Roulier / SARL DG Diffusion, SAS Espaces Loisir* : « Attendu, en deuxième lieu, que M. ROULIER reproche à son éditeur une atteinte à son droit moral et à son éthique en ce que ses ouvrages seraient présentés au même rang que des ouvrages traitant de sorcellerie et qu'un ouvrage "polémique" intitulé *La nouvelle dictature médico-scientifique* aurait figuré dans la collection dirigée par lui, intitulée *"Environnement et santé durables"* ; Attendu cependant qu'il apparaît à l'examen des extraits de catalogue des éditions DANGLES produits aux débats pour 2006 et 2008 que les ouvrages de M. Guy ROULIER ainsi que les éléments biographiques de cet auteur ont été clairement mis en avant dans ces catalogues pour permettre de les dissocier d'autres ouvrages traitant de sujet plus ésotériques dans d'autres collections ainsi que de l'ouvrage que M. ROULIER qualifie de polémique, sans toutefois en justifier autrement que par son affirmation, alors que rien dans le dossier ne permet de dire qu'il serait susceptible de porter atteinte à sa réputation ; Que le grief allégué n'est donc pas démontré ».

transfert automatique du contrat d'édition *via* l'article L. 132-16 CPI et a obtenu gain de cause. Corrélativement, l'auteur souhaitant absolument se délier du contrat d'édition a fait valoir plusieurs moyens juridiques. Il a agi en résolution sur le terrain de l'article 1184 du Code civil en reprochant à la société cédante et à la société cessionnaire des manquements à leurs « *engagements d'éditeurs* ». La demande a été rejetée. La cour a en effet constaté que l'auteur ne s'était pas inquiété des conditions d'exécution du contrat de 1985 à 1995, ce qui démontrait l'absence de gravité du grief²¹³⁵. En revanche, la demande fondée sur l'article L. 132-16 alinéa 2 a été accueillie. La cour a relevé que la cession du fonds de commerce à la société Gargo Films n'avait pas été publiée et que l'auteur n'en avait été averti que dix-huit mois plus tard, après qu'il avait assigné en résiliation, sur le fondement de l'article L. 132-15 alinéa 4, à l'occasion de la mise en liquidation judiciaire de la société De Bop. Ceci a suffi à justifier la résiliation²¹³⁶. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article L. 132-16 CPI a autorisé – quinze ans après les faits – le juge à remettre en cause un contrat d'édition alors que d'autres prérogatives ont été privées d'effet en raison du temps écoulé²¹³⁷.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation en 1995 a rejeté la ratification tacite de la cession du contrat d'édition non pas en raison d'une approche très rigoureuse de l'article L. 132-16 CPI mais en raison de la « *complexité des relations en cause* »²¹³⁸. Sans être explicite sur la question, la solution renvoyait immanquablement à la mise en œuvre de la clause de conscience. Au regard de sa plasticité, le mécanisme apparaît comme largement protecteur des intérêts de l'auteur et expose les acquéreurs de fonds de commerce à un risque d'inconnu important au regard de la casuistique que la règle impose.

598. Extension en cas de cession de contrat anticipée. Outre l'hypothèse de la cession de fonds de commerce, le recours à la clause de conscience doit être admis lorsque l'auteur a accepté de façon anticipée la cession du contrat. Par un arrêt du 19 décembre 2013, la Cour de cassation a tranché un problème juridique de taille en la matière, celui de la date à laquelle l'accord de l'auteur doit être donné. En l'espèce, un contrat d'édition avait été conclu entre un illustrateur et les éditions Atlas. Apprenant que son éditeur avait sous-édité les illustrations litigieuses, l'auteur a agi contre son éditeur en résiliation du contrat d'édition et en nullité de la sous-édition. Les juges du fond s'étaient déjà montrés réceptifs à l'argument de *l'intuitu personae* en considérant que seules les clauses précisant clairement les caractéristiques du potentiel cessionnaire étaient valables²¹³⁹. La Cour de cassation a rejeté ses prétentions : l'édition litigieuse n'était pas fautive puisque le contrat d'édition stipulait la faculté de rétrocession à des tiers²¹⁴⁰. Un auteur a parlé de caractère « *négociable* » du contrat d'édition pour indiquer que l'autorisation *a priori* de l'auteur autorisait le transfert du contrat en toute hypothèse²¹⁴¹. La Cour de cassation a appliqué en droit d'auteur la jurisprudence du droit commun qui admettait les clauses

²¹³⁵ Paris P. 5, 1^{re} ch., 13 oct. 2010 *Yared c/ Sacem et Sté Gargo Films* inédit A. Lucas. « *Sa longanimité suffit à démontrer que les griefs qu'il forme à l'encontre de ses éditeurs successifs n'ont pas atteint une gravité telle qu'elle justifierait l'anéantissement rétroactif du contrat* ».

²¹³⁶ Arrêt préc. : « *La circonstance que G. Yared ait été ainsi tenu dans l'ignorance de la cession du contrat au point d'être conduit à introduire une procédure contre la société qu'il croyait encore être son editrice démontre que ses intérêts matériels et moraux étaient gravement compromis au sens des dispositions ci-dessus rappelées de l'article L. 132-16 alinéa 2* ».

²¹³⁷ Car si la Cour de cassation refuse le jeu de la prérogative en raison d'une gravité insuffisante, elle apprécie cette gravité ou cette non-gravité à la lumière du comportement de l'auteur qui est resté silencieux pendant plusieurs années.

²¹³⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1995, *JCP G* 1996, IV, 254, Bull. civ. 1995, I, n° 450.

²¹³⁹ Paris, ch. 1, sect. A, 13 févr. 1990, *Légipresse* 1990, I, p. 59. Dans ce cas, seules les clauses d'anticipation indiquant l'identité du cessionnaire seraient valables. En pratique, le plus sûr reste la stipulation, entre l'auteur et son cocontractant, d'une clause d'agrément du cessionnaire.

²¹⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2013, n° 12-28.912, inédit, *RTD com.* 2014, p. 118, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Ess. Propr. intell.*, mars 2014, n° 3, p. 4, obs. C. Bernault : *Propr. intell.* 2014, p. 172, obs. A. Lucas. Cette position trouvait déjà des échos dans notre matière, à condition que la clause soit claire et précise (v. TGI Paris, 3^e ch., 3 sept. 1997, *RIDA* 1/1998, p. 343).

²¹⁴¹ J.-M. GUILLOUX, « Le contrat d'édition musicale est assurément négociable » *RLDI*, n° 62, 1^{er} juillet 2010, sous arrêt, Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 8 avr. 2010, *RLDI* 2010/61, n° 2003.

d'accord anticipé dans le contrat initial²¹⁴². En effet, en l'absence de disposition particulière au sein du CPI, rien n'est censé interdire de telles clauses, si ce n'est éventuellement l'esprit général de protection de la personne de l'auteur. Mais cette situation a de quoi laisser perplexe dans la mesure où l'auteur s'engage aveuglément au profit d'un tiers dont il ignore jusqu'à l'existence. Pour pallier le risque d'atteinte à l'*intuitu personae*, il conviendrait de tempérer l'effet acquis du consentement selon une alternative simple :

- soit le contrat prévoit une clause d'agrément. L'auteur peut ainsi refuser d'agréer le sous-éditeur de ses droits. Le cas échéant, l'auteur doit justifier le refus d'agrément comme cela est le cas dans d'autres domaines²¹⁴³ ;

- soit le contrat ne prévoit pas de clause d'agrément et, dans ce cas, l'auteur doit être autorisé à recourir à la clause de conscience ci-dessus présentée afin qu'il puisse mettre en exergue devant les tribunaux le risque d'atteinte à ses intérêts matériels ou moraux.

B. LE DÉFAUT DE PAIEMENT

599. Plan. Le paiement est tiraillé entre deux objectifs opposés que le droit tente de concilier. D'une part, le créancier doit être prémuni contre les éventuels défauts de son débiteur. D'autre part, si le débiteur accuse des difficultés financières pour honorer ses dettes, le droit doit ménager sa situation. Ce double postulat se retrouve en droit de l'édition. Aussi, pour s'assurer de son paiement, l'auteur bénéficie d'un privilège (1). Ensuite, lorsque la situation de l'éditeur s'est fortement dégradée et que celui-ci se retrouve en procédure collective, des dispositions dérogatoires sont instituées à l'article L. 132-15 CPI (2). Enfin, la solution la plus protectrice en la matière n'est autre que le paiement anticipé qui prend la forme d'un « à-valoir » (3).

1. Le privilège de l'auteur

600. Présentation du privilège. « *En vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres, (...) les auteurs, compositeurs et artistes bénéficient du privilège prévu au 4° de l'article 2331 et à l'article 2375 du Code civil* »²¹⁴⁴. Est ainsi reconnu à l'auteur une sûreté qui garantit les trois dernières années d'exploitation de l'œuvre. Ce texte présente la particularité d'avoir connu une fortune progressive. D'abord cantonné au contrat d'édition, son champ d'application a finalement été largement élargi et concerne dorénavant tous les contrats d'auteur²¹⁴⁵.

²¹⁴² Cass. com., 6 mai 1997 (2 arrêts), n° 95-10.252, n° 94-16.335, *JurisData* n° 1997-002065, n° 1997-002064, Bull. civ. 1997, IV, n° 118, *JCP E* 2012, p. 1447, 7.

²¹⁴³ V. Cass. com., 2 juill. 2002, *JurisData* n° 2002-015113 ; Bull. civ. IV, n° 133 : « *Le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et que, pour éviter tout arbitraire, il lui appartenait de le motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels* ».

²¹⁴⁴ Art. 131-8 CPI.

²¹⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988, n° 85-18.813, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 422, obs. Dureuil, *D.* 1989, somm., p. 50, note Colombet, *Rev. proc. coll.* 1989, p. 376, obs. Soinnie : « *Attendu qu'en visant expressément et de façon générale les redevances qui sont dues à l'occasion de la cession, l'exploitation et l'utilisation des œuvres dans le domaine spécifique de la propriété littéraire et artistique, cet article ne limite pas sa portée au seul cas des dettes éditoriales, mais l'a étendue à toutes les redevances d'origine contractuelle* ». V. récemment en matière de d'organismes de gestion collective, Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2019, n° 18-10.605 : « *Vu l'article L. 131-8 du code de la propriété intellectuelle : Attendu que, selon ce texte, les auteurs compositeurs et artistes bénéficient du privilège prévu au 4° de l'article 2331 du code civil et à l'article 2375 du même code pour le paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres (...) Attendu que, pour dire que cette créance est de nature privilégiée, l'arrêt retient qu'elle correspond aux droits générés par l'exploitation d'œuvres d'auteurs dont la perception avait été confiée à la SPACEM ; Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que cette créance correspondait à des droits et redevances relatives à la période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre* ».

Le privilège est défini à l'article 2324 du Code civil comme un « *droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers* ». En dépit des spécificités qui l'entourent²¹⁴⁶, le privilège est une véritable sûreté bien qu'un auteur n'y voie qu'une rupture d'égalité entre créanciers chirographaires²¹⁴⁷.

601. Renforcement du privilège de l'auteur : assimilation totale au salarié. On s'arrêtera un instant sur le renvoi au 4° des articles 2331 et 2375 du Code civil. Ces deux dispositions réglementent le privilège général du salarié. Par un jeu de renvoi, l'auteur est expressément soumis au régime du salarié, ce qui démontre la volonté protectrice du législateur soucieux du sort des auteurs face aux exploitants. Cette assimilation provient du renvoi au 4° des articles 2331 et 2375 Code civil qui renvoient aux créances salariales dans leur sens le plus large. Toutefois, si le privilège traduit une volonté indéniable de faire entrer l'auteur dans le domaine de la partie faible, l'assimilation n'est pas totale : d'une part, le privilège est limité à trois ans et, d'autre part, contrairement aux salariés, il n'est pas reconnu de « super-privilèges » aux auteurs afin de garantir leurs créances d'exploitation les plus récentes. Contrairement au simple privilège, le super-privilège a le mérite de primer toutes les autres créances, notamment dans l'hypothèse d'une procédure collective²¹⁴⁸. En droit du travail ce super-privilège ne concerne que les deux derniers mois de salaires²¹⁴⁹. Aussi, le texte de 1957 mériterait un léger toilettage afin d'aligner définitivement le régime du privilège de l'auteur sur celui du salarié.

602. Extension du privilège à tous les sous-exploitants. Par ailleurs, dans la mesure où les chaînes d'exploitation sont de plus en plus denses comme nous l'avons en première partie d'étude²¹⁵⁰, il faut veiller à protéger l'action en paiement contre les sous-exploitants. Aussi, la logique imposerait d'étendre le bénéfice du privilège à l'encontre de tous les intervenants d'une chaîne d'exploitation.

2. La procédure collective de l'éditeur

603. Funambulisme. Plan. L'article L. 132-15 CPI met en exergue l'exercice de style auquel s'est livré le législateur afin de ménager les intérêts de l'auteur et ceux de l'éditeur. Confinant au funambulisme, l'article propose un jeu de règles, d'exceptions et de renvois qui rend délicate l'appréhension du régime du contrat d'édition en procédure collective²¹⁵¹. Deux grandes situations se présentent à l'article L. 132-15 CPI : lorsque l'éditeur est en sauvegarde ou en redressement (a) ou, au contraire, lorsqu'il est en liquidation ou en cessation d'activité depuis plus de trois mois (b).

2010, ce dont il résultait qu'elle portait sur une période de dix ans, excédant celle prévue par la loi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

²¹⁴⁶ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 13^e éd., 2019, n° 665 : « L'assiette du privilège étant générale il n'existe ni affectation spéciale, ni individualisation. Les critères traditionnels et stricts du droit réel et de la sûreté réelle ne sont dès lors pas respectés ».

²¹⁴⁷ M. DAGOT, « La notion de privilège », *Mélanges Christian Mouly* T. 2, 1998, Litec, p. 335 : « *Qu'est-ce donc qu'un privilège général, sinon une simple règle de concours entre les créanciers : sera payé par priorité celui qui est titulaire du privilège général* ». Et d'ajouter « *Le privilège général n'est qu'une règle de classement des créanciers sur les biens qui en sont l'objet, à supposer qu'ils existent concrètement au moment du règlement* ».

²¹⁴⁸ Art. L. 3253-2 Code du travail : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont, déduction faite des acomptes déjà perçus, payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires. Ce plafond est fixé par voie réglementaire sans pouvoir être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale* ».

²¹⁴⁹ *Ibid.*

²¹⁵⁰ *Infra* n° 298-299.

²¹⁵¹ Pour une étude exhaustive des rapports entre le droit des contrats d'auteur et le droit des procédures collectives, v. N. MARTIAL-BRAZ, « Contrats de propriété intellectuelle et entreprises en difficulté », *Bull. Joly Entrep. diff.*, janv. 2019, p. 68.

a. La sauvegarde et le redressement : le droit au maintien des obligations de l'éditeur

604. Éviction du droit d'option des contrats en cours. Que l'éditeur réclame l'ouverture d'une procédure de sauvegarde s'il « *justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* »²¹⁵² ou d'un redressement s'il est « *dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »²¹⁵³, le droit d'auteur prime en partie le droit des procédures collectives. En principe, ce dernier conduit notamment à appliquer la législation des contrats en cours telle qu'on la retrouve à l'article L. 622-13 du Code de commerce qui se présente de la sorte : lorsque le contrat déploie ses effets à l'encontre du débiteur endetté après l'ouverture de la procédure, l'administrateur judiciaire saisi peut décider de maintenir le contrat en cours ou d'en demander la résiliation²¹⁵⁴. Toutefois, l'article L. 132-15 CPI fait échec à ce droit d'option²¹⁵⁵. En effet, l'administrateur est ici dépourvu d'option, rompant ainsi avec le principe d'égalité entre créanciers²¹⁵⁶ et instillant une spécificité en faveur de l'auteur²¹⁵⁷.

Dès lors, si durant la période d'observation, l'éditeur ne remplit pas ses obligations – obligation d'exploitation et obligation de paiement – alors, en vertu de l'article L. 622-13 III 2° du Code de commerce, tout intéressé peut demander au juge-commissaire la résiliation du contrat d'édition²¹⁵⁸.

605. Cession d'entreprise : absence de consentement de l'auteur. L'article L. 132-15 CPI prévoit encore des règles particulières qui s'appliquent au contrat d'édition dans le cas où le plan de redressement prévoit la cession de l'entreprise d'édition en application des articles 61 et suivants de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985²¹⁵⁹. À la manière d'un cessionnaire du contrat d'édition, l'acquéreur de l'entreprise d'édition est tenu des obligations du cédant. En d'autres termes, la cession d'une entreprise d'édition emporte transmission automatique du bénéfice du contrat d'édition à l'acquéreur, sans qu'il y ait obligation d'obtenir le consentement de l'auteur. Cette solution poursuit un objectif particulier : éviter que le cessionnaire puisse, à la suite d'un audit ou d'un inventaire, décider de se délier des engagements du cédant et laisser l'auteur seul face à lui-même.

b. La liquidation et la cessation supérieure à trois mois : la faculté de résiliation reconnue à l'auteur

606. Attribution d'une faculté de résiliation. Lorsque la situation de l'éditeur est manifestement obérée ou que celui-ci a cessé son activité durant trois mois, l'article L. 132-15 CPI dispose que l'auteur peut demander la résiliation du contrat. Il s'agit d'une faculté si bien que celle-ci doit être demandée et ne peut produire ses effets de plein droit²¹⁶⁰. Une fois demandée, la résiliation doit être judiciairement prononcée et ne peut avoir d'effet qu'à compter du jour de la demande formée par l'auteur.

La cour d'appel de Paris a pris le soin de rappeler le fondement de cette disposition, en soulignant que le droit patrimonial d'auteur est avant tout un monopole d'exploitation, qui doit retourner à

²¹⁵² Art. L. 620-1 Code de commerce.

²¹⁵³ Art. L. 630-1 Code de commerce.

²¹⁵⁴ L. 622-13 II Code de commerce : « *L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant* ».

²¹⁵⁵ Article L. 132-15 CPI.

²¹⁵⁶ R. NEMEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD com.* 2008, p. 241.

²¹⁵⁷ C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783.

²¹⁵⁸ Cass. com. 4 juill. 2018, n° 17-15.038, Bull. IV n° 599.

²¹⁵⁹ Art. L. 621-83 Code de commerce.

²¹⁶⁰ TGI Paris, 5 janv. 1996, n° 137.

l'auteur, faute de quoi il dépérirait avant le terme fixé par la loi pour la fin de la protection qu'elle accorde²¹⁶¹.

607. Conséquence sur les exemplaires : l'attribution d'un droit de préemption. Une fois la société en liquidation, le liquidateur ne peut pas procéder à la vente en solde des exemplaires fabriqués ni à leur réalisation. En sus, l'alinéa 4 de l'article L. 132-15 CPI confère à l'auteur un droit de préemption sur les exemplaires invendus. À cet effet, l'éditeur doit manifester son intention par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception de vendre les exemplaires puis observer un délai de quinze jours après avoir averti l'auteur.

3. La prévention des difficultés par l'octroi d'un à-valoir

608. Présentation. L'à-valoir est une création de la pratique qui consiste pour l'éditeur à verser à l'auteur une avance sur recettes. Elle est évoquée dans le CPI aux articles L. 132-10 CPI²¹⁶² et L. 132-14-17 CPI²¹⁶³, mais pour l'essentiel, son régime s'est forgé peu à peu par la pratique. Le premier précise que, en cas d'avance sur recettes, l'éditeur est dispensé d'indiquer au contrat le nombre du premier tirage²¹⁶⁴. Le second prévoit que, en cas d'absence de produit d'exploitation, y compris pour compenser un à-valoir, le contrat peut être résilié. La somme n'étant qu'une avance, elle a vocation à se compenser avec les produits d'exploitation réalisés. Le recours aux techniques éprouvées du droit des obligations permet de se prémunir contre le risque d'impayé de l'éditeur, l'auteur recevant par avance au moins une partie du paiement. Une explication des rouages juridiques de l'à-valoir permet de se figurer la protection.

609. Mécanisme : compensation et remise de dette sous condition suspensive. Deux phases peuvent être observées lorsqu'est mis en œuvre l'à-valoir. Assez classiquement, les auteurs analysent la première phase comme une compensation. Néanmoins, il convient en sus d'analyser le second temps de l'à-valoir qui autorise l'auteur à conserver les sommes en cas d'insuffisance de produit d'exploitation. La seconde phase qui consiste pour l'auteur à conserver les sommes perçues en cas d'insuccès ne pose aucune difficulté. Il s'agit d'une remise de dette sous la condition suspensive d'un manque de produit d'exploitation concédé par l'éditeur à l'auteur. « *La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation* »²¹⁶⁵. La condition est dite « suspensive » « *lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple* »²¹⁶⁶. Relevons que le fait qu'elle soit à la mesure de

²¹⁶¹ Paris, 17 juin 1993, *RIDA* 1993/4, n° 158, p. 252.

²¹⁶² Art. 132-10 CPI : « *Le contrat d'édition doit indiquer le nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux contrats prévoyant un minimum de droits d'auteur garantis par l'éditeur* ».

²¹⁶³ Art. 132-14-4 I CPI : « *Le contrat d'édition prend fin à l'initiative de l'auteur ou de l'éditeur, si, pendant deux années consécutives au-delà d'un délai de quatre ans après la publication de l'œuvre, les états de comptes ne font apparaître de droits versés, ou crédités en compensation d'un à-valoir, au titre d'aucune des opérations suivantes* ».

²¹⁶⁴ V. Paris, 14 mai 1997, *D.* 1998. Somm. 194, obs. C. Colombet. Néanmoins, lorsque l'éditeur s'est engagé au sein du contrat d'édition à verser un minimum de droits garanti et à commercialiser un minimum d'exemplaires, l'éditeur est tenu de respecter les deux engagements, v. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1971, n° 70-10900, *Bull. civ. I*, n° 219 ; *RIDA* 1971/4, n° 70, p. 136 : « *Attendu qu'il est enfin vainement soutenu que l'arrêt attaqué aurait retenu à tort comme motif de résiliation le fait que les éditeurs n'auraient pas procédé au tirage des chansons en un nombre d'exemplaires prévus au contrat, alors que l'indication d'un nombre minimum d'exemplaires ne saurait lier l'éditeur qui a satisfait au vœu de la loi en garantissant à l'auteur un minimum de droits ; Attendu, en effet, qu'un nombre de 200 exemplaires ayant été prévu aux différents contrats pour la première reproduction des chansons retenues, la cour d'appel, justement, a déclaré : "que la stipulation d'un minimum de droits d'auteur garanti par l'éditeur, si elle dégage celui-ci de l'obligation de préciser au contrat le nombre minimum d'exemplaires devant constituer le premier tirage (art. 51 de la loi du 11 mars 1957) ne le libère pas pour autant de l'engagement qu'il a pu prendre, comme en l'espèce, de réaliser une première reproduction en un nombre déterminé d'exemplaires"* ».

²¹⁶⁵ Ar. 1350 du Code civil.

²¹⁶⁶ Art. 1304 al. 2 du Code civil.

l'exploitation menée par l'éditeur n'est pas de nature à rendre la condition potestative pour la simple et bonne raison qu'il est le créancier de l'obligation. La Cour de cassation a déjà validé une telle qualification dans d'autres domaines, notamment en matière de remboursement de prêt²¹⁶⁷.

610. Limite à l'effet de remise : la disparition rétroactive du contrat d'édition. Naturellement, si le contrat est annulé ou résolu quelle qu'en soit la cause, l'auteur doit rembourser le montant perçu au titre de l'à-valoir²¹⁶⁸. Si la doctrine recommande parfois de prendre des stipulations contractuelles précisant qu'en cas de résolution contractuelle il y aura restitution de l'à-valoir²¹⁶⁹, précisons que le jeu des restitutions prévu à l'article 1229 du Code civil devrait conduire à un effet similaire²¹⁷⁰.

§ 2. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS MORAUX DE L'AUTEUR

611. Présentation. Les droits moraux sont prévus aux articles L. 121-1 CPI et suivants. On retrouve parmi ces droits : le droit de paternité²¹⁷¹, le droit au respect de l'œuvre,²¹⁷² le droit de divulgation²¹⁷³, le droit de retrait et de repentir²¹⁷⁴. Traditionnellement, ces droits sont présentés comme des droits de la personnalité²¹⁷⁵. Rappelons la formule de DESBOIS qui écrivait que « *L'œuvre porte l'image de celui qui a créée, à la manière d'un miroir* »²¹⁷⁶. Cette qualification est retenue y compris à l'étranger

²¹⁶⁷ Civ. 1^{re}, 9 juill. 2014, n° 13-10.710, inédit, RDC 2015, 321, obs. C. Goldie-Génicon.

²¹⁶⁸ V. par exemple, Paris, 1^{re} ch., sect. A, 2 nov. 1999, *Stéphanie Morato c/ S.A. F.D.M. Francis Dreyfus Music Gaz. Pal.*, n° 225, 12/08/2000, p. 24 : « Cette convention nulle n'a pu faire naître aucun droit. Il convient de remettre les parties dans la situation qui aurait été la leur si ces conventions n'avaient pas existé. Il y a donc lieu pour l'auteur de restituer les sommes qu'elle a perçues en exécution de celles-ci, les versements effectués au titre des autres conventions existant entre les parties, non atteintes par la nullité ci-dessus retenue, devant lui rester acquis. Il appartient à l'éditeur de préciser lors des avances qu'il accorde la cause de celles-ci. Faute d'indication de sa part et d'élément permettant d'établir la commune intention des parties, il y a de retenir qu'il s'agit d'avances sur les œuvres pour lesquelles un contrat d'édition a été signé et non pas d'avances sur œuvres futures » ; v. également Paris, 23 oct. 2013, n° 12/04583, *Ess. propr. intell.*, janv. 2014, n° 1, p. 3 A. Lebois ; Paris, 24 nov. 2015, n° 14/14720, *Ess. propr. intell.*, mars 2016, n° 3, p. 3, S. Chatry.

²¹⁶⁹ V. ainsi, le modèle de clause « d'à-valoir » préposé par Monsieur A. R. BERTRAND qui prévoit le cas où l'auteur ne remet pas le manuscrit à l'éditeur dans les délais impartis : « Il est expressément convenu que, dans le cas où, selon le Comité de rédaction des éditions (...) le manuscrit ne correspondrait pas à ces critères scientifiques et techniques, l'éditeur se réserve le droit de ne pas accepter le manuscrit ou, si le calendrier de fabrication le permet, d'exiger de l'auteur qu'il le modifie pour se conformer à ces critères. Dans l'hypothèse où le manuscrit serait définitivement refusé à la publication, l'auteur retrouverait sa pleine liberté et pourrait alors le faire publier par l'éditeur de son choix. Dans cette hypothèse, il devra rembourser l'à-valoir qui lui a été versé », « Chapitre 112 – Transmission, cession et contrats relatifs aux droits d'auteur », *Dalloz Action. Droit d'auteur, 2018/2019*.

²¹⁷⁰ Art. 1229 al. 4 Code civil : « Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ».

²¹⁷¹ Art. 121-1 al. 1 CPI : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre ».

²¹⁷² *Ibid.*

²¹⁷³ Art. 121-2 al. 1 CPI : « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ».

²¹⁷⁴ Art. 121-4 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 originairement choisi et aux conditions originairement déterminées ».

²¹⁷⁵ DESBOIS, *op. cit.*, p. 59 : « La protection des intérêts moraux et la satisfaction des intérêts de caractère patrimonial représentent deux objets, que l'analyse et l'observation des faits permettent de dissocier » ; P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 54 et s. ; POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droit de la personnalité », *JCP G*, 1994, I, 3780 ; N. BINCTIN, « Le droit moral en France », *Cab. propr. intell.*, 2013, vol. 25 n° 1 ; P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971, p. 483 ; G. KOUMANTOS, « Faut-il avoir peur du droit moral ? », *RIDA* 1999/2, n° 180, p. 87.

²¹⁷⁶ DESBOIS, « *Le droit moral* », *RIDA* 1958/2, n° 19, p. 121, spéc. p. 123.

lorsque la catégorie existe bien²¹⁷⁷. Au contraire, certains auteurs contredisent cette qualification, expliquant qu'une telle conception aurait pour effet d'affaiblir le droit moral en le noyant dans la « *nébuleuse* » des droits de la personnalité²¹⁷⁸. Pour notre part, la question de la qualification des droits moraux ne sera pas plus évoquée. Seule l'influence de certains droits moraux sur le contrat d'édition sera envisagée dans les présents développements.

612. Plan. Sujet à analyse, le droit moral autorise l'auteur à remettre en cause *a priori* le contrat d'édition lorsqu'il exerce négativement son droit de divulgation (A). Au contraire, l'usage positif du droit de retrait lui permet d'obtenir la remise en cause *a posteriori* du contrat d'édition (B).

A. LA REMISE EN CAUSE *A PRIORI* DU CONTRAT D'ÉDITION PAR L'EXERCICE NÉGATIF DU DROIT DE DIVULGATION

613. Présentation. Les dispositions du CPI ne définissent pas le droit de divulgation. Pour l'essentiel, ces dispositions intéressent le régime de la divulgation, principalement lorsqu'il est exercé par un héritier²¹⁷⁹. Le droit de divulgation s'analyse comme la publication de l'œuvre, le fait de la relever au public. Avant même que le contrat d'édition déploie ses effets, l'auteur est habilité à « conditionner » ses effets à l'exercice de son droit de divulgation. Ce droit dispose d'une place particulière au sein des droits moraux dans la mesure où il est présenté comme le droit qui confère la protection morale la plus aboutie. Pour DESBOIS, il est « *le premier des attributs destinés à la défense des intérêts spirituels* ». Cet auteur en déduit que le pouvoir de divulguer, « *discrétionnaire et absolu, constitue l'assise du droit moral : il procède de la nature des œuvres de l'esprit et commande l'exercice des droits patrimoniaux* »²¹⁸⁰.

614. Influence conséquente sur le contrat d'édition : l'impossibilité contractuelle. Cette influence s'est matérialisée par la jurisprudence *Whistler* dans laquelle la Cour de cassation a dû se prononcer sur les rapports entre le droit de divulgation et les contrats portant sur les œuvres. Dans cette affaire, un contrat de commande d'une œuvre d'art avait été conclu par un auteur avec un exploitant. Au moment de remettre l'œuvre au commanditaire, l'auteur s'était rétracté et avait fait valoir l'absence de divulgation pour faire obstacle aux mesures d'exécution forcée. Au sens de l'arrêt de la Cour de cassation, la conclusion du contrat ne permettait pas de transférer les droits de l'œuvre. En outre, l'œuvre aurait dû être divulguée, c'est-à-dire faire l'objet d'un accord autorisant l'exploitant à communiquer l'œuvre au public²¹⁸¹. La cour d'appel d'Orléans, dans l'affaire *Rouault*, a clairement précisé la portée du droit de divulgation. Là encore, le litige concernait un contrat de commande portant sur une œuvre d'art dont l'auteur avait refusé de transférer la propriété. Estimant que son œuvre n'avait pas été divulguée, il souhaitait revendiquer la propriété de l'œuvre dont le commanditaire, de bonne foi, était entré en possession. La cour d'appel a estimé que « *l'auteur [pouvait] revendiquer l'œuvre non divulguée même entre les mains d'un possesseur de bonne foi, lequel [n'était] pas fondé à se prévaloir de l'article 2279*

²¹⁷⁷ Y. GENDREAU, « Droit d'auteur et droits de la personnalité : droits français, québécois et canadien », in *Droit québécois et droits français : communauté, autonomie et concordance*, Montréal, 1993, p. 291 ; A. DIETZ, *Rapport général. Principes légaux du droit moral dans les pays de droit civil*, ALAI (Association littéraire et artistique internationale), Congrès d'Anvers, sept. 1993 « *The artist's right of integrity under copyright law - a comparative approach* », IIC 1994, vol. 25, p. 177.

²¹⁷⁸ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 534, pp. 475-476.

²¹⁷⁹ Art. L. 121-2 al. 2 : « *Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. A leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir* ».

²¹⁸⁰ DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 2^e éd., Dalloz, 1966, n° 384, et d'ajouter qu'« *aucun attribut du droit moral n'exerce une influence aussi vive sur les droits patrimoniaux que celui-ci* », *ibid.*, n° 387.

²¹⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1900, *Whistler*, DP 1900, 1, p. 497, rapp. Rau, concl. Desjardins et note Planiol, S. 1900, 1, p. 489, obs. Esmein ; D. 1900. I. p. 497, obs. Planiol.

(ancien) du Code civil. L'argument "[était]" qu'une œuvre d'art ne peut entrer dans le commerce que du jour où son créateur s'en est dessaisi librement par un acte discrétionnaire qui la livre au public²¹⁸². L'œuvre non divulguée est donc demeurée hors commerce²¹⁸³. Naturellement, le droit de divulgation est susceptible de paralyser l'ensemble des contrats d'auteur parmi lesquels le contrat d'édition.

615. Influence excessive sur le contrat d'édition : le bon à tirer. Certains arrêts sont toutefois allés trop loin dans l'influence exercée par le droit de divulgation. Par une lecture trop extensive de l'article L. 132-11 CPI, la jurisprudence a cru devoir sanctionner les éditeurs qui n'avaient pas recueilli d'autorisation écrite d'exploitation sous la forme d'un bon à tirer. Le bon à tirer est une pratique éditoriale qui consiste pour l'auteur à « donner son accord » sur la forme définitive de publication de l'œuvre. Une telle autorisation est-elle obligatoire ?

La Cour de cassation s'est montrée très rigoureuse à ce sujet en donnant une réponse positive à cette question. Ainsi dans un arrêt du 12 octobre 1977, elle a estimé que l'éditeur qui ne recueillait pas le bon à tirer permettant de formaliser l'exercice du droit de divulgation, engageait sa responsabilité²¹⁸⁴. Plus récemment, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 février 1995, a également posé le bon à tirer en condition *sine qua non*. Elle a déduit de la simple absence de bon à tirer une violation de l'article L. 132-11 CPI. En l'espèce, l'éditeur a pris le parti d'éditer l'œuvre en librairie sans avoir préalablement adressé les épreuves à l'auteur et obtenu de sa part la signature du bon à tirer. Ce faisant, la cour d'appel a estimé que l'éditeur avait porté une atteinte grave aux droits moraux de l'auteur²¹⁸⁵. Cette jurisprudence encourt la critique. Certes, le droit de divulgation doit conférer une protection à l'auteur en lui permettant de maintenir les droits d'exploitation hors du commerce juridique, mais son exercice ne doit pas prendre les traits d'un véritable acte juridique. À suivre cet arrêt, l'éditeur qui signe un contrat d'édition doit conclure en outre un contrat d'autorisation de divulgation, lorsqu'il s'agit de la première publication de l'œuvre. Or, avec le Professeur GAUTIER, convenons qu'il « faudrait éviter que l'auteur monnaie deux droits »²¹⁸⁶. L'exploitation de l'œuvre doit se résumer à la conclusion du contrat d'édition.

En ce sens, la jurisprudence a tempéré la portée relative du bon à tirer. En premier lieu, dans l'affaire *De Naw c/ Gallimard*, la cour d'appel de Paris a considéré que l'auteur pouvait avoir « tacitement autorisé l'éditeur à divulguer l'ouvrage, et ainsi exercé son droit de divulgation »²¹⁸⁷. En second lieu, le tribunal de grande instance de Paris a adopté la position la plus légitime à l'occasion d'un jugement rendu le 26 mars 2008 en considérant que la divulgation d'une œuvre ne suppose pas la signature d'un bon à tirer²¹⁸⁸. Cette décision a été maintenue par la cour d'appel de Paris²¹⁸⁹. Ce positionnement semble de loin le

²¹⁸² Orléans, 17 mars 1965, *JCP* 1965, II, 14186, note H. Boursigot.

²¹⁸³ M. CONTAMINE-RAYNAUD, « De l'existence du droit moral des artistes mariés sous le régime de la communauté », *D.* 1971, Chron. p. 251. Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1971, *D.* 1971, p. 585.

²¹⁸⁴ Civ. 1^{re}, 12 oct. 1977, Bull. civ. I, n° 363 ; *D.* 1978, IR 68 ; *Gaz. Pal.* 1977. 2. Somm. 359.

²¹⁸⁵ Paris, 13 févr. 1995, *JurisData* n° 1995-021606 ; *RIDA* 1995/4, n° 166, p. 241, obs. A. Kéréver ; *D.* 1995, somm. p. 288, obs. C. Colombet. Paris, 4^e ch., 27 oct. 1995, *D.* 1995, IR. p. 260 : « Lorsqu'un livre a été publié et diffusé en librairie sans que l'éditeur ait préalablement adressé les épreuves à l'auteur et ait obtenu de lui le "bon à tirer", une telle publication, faite en violation des dispositions du contrat et de l'art. L. 132-11 du Code de la propriété intellectuelle, constitue une grave atteinte aux droits moraux de l'auteur dont ce dernier doit obtenir réparation », *D.* 1995, I.R. p. 260 ; *D.* 1995, somm. p. 288.

²¹⁸⁶ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 191.

²¹⁸⁷ Paris, 5 mai 2006, *De Naw c/ Gallimard*, n° 04/17870, *JurisData* n° 2006-308733 ; v. également Paris, pôle 5, 2^e ch., 3 sept. 2010, n° 09/03200, *JurisData* n° 2010-019213.

²¹⁸⁸ Dans cette affaire, un contrat d'édition avait été conclu portant sur l'exploitation d'un manuel de droit commercial. L'éditeur avait décidé de publier l'œuvre dès la rentrée universitaire, ce que lui reprochait précisément l'auteur qui a alors agi en responsabilité et en résiliation du contrat d'édition. Parmi les moyens invoqués pour fonder sa demande, l'auteur a souligné qu'il n'avait pas signé de bon à tirer et pour ainsi dire pas divulgué son œuvre. Le tribunal a rejeté la demande de l'auteur et estimé que « si en application de l'article L. 121-1 du Code de propriété intellectuelle, seul l'auteur a le droit de divulguer son œuvre, il est constant que la preuve du consentement de l'auteur à la divulgation résulte de situations de fait associées au dessaisissement à titre définitif de l'œuvre et non à la signature d'un bon à tirer, s'agissant en l'espèce d'un ouvrage d'imprimerie », TGI, ch. civ. 3, 26 mars 2008, 07/15543.

²¹⁸⁹ Paris, pôle 5, ch. 2, 19 juin 2009, n° 08/08339, *Fiori Khayat c/ Studyrama*.

plus logique au regard des spécificités qui entourent le droit de divulgation. La divulgation doit rester un acte juridique mais son régime probatoire doit être complètement libre²¹⁹⁰. Ajoutons néanmoins que la signature d'un bon à tirer doit être observée comme créant une présomption irréfragable d'autorisation de divulgation²¹⁹¹.

Depuis la réforme du livre numérique de 2014, la question de la portée du bon à tirer se pose à nouveau. Ainsi, le Code des usages en la matière issu de l'accord conclu le 1^{er} décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition qui a été rendu obligatoire par arrêté du 10 décembre 2014 a précisé que l'auteur doit donner ce bon à diffuser « *dès lors que l'éditeur apporte aux épreuves papiers des modifications ou des enrichissements autres que ceux nécessaires à l'exploitation numérique* ». La formalité est également requise si le livre imprimé contient des illustrations car leur qualité pourrait être altérée dans la version numérique du livre. Notons la valeur juridique de la disposition qui a été étendue par arrêté et dont il a été précisé qu'elle revêtait sans doute un caractère impératif²¹⁹². Dans cette mesure, cet accord collectif – dont l'intention louable est de protéger les auteurs – paraît à contre-courant de la jurisprudence *De Naw* précitée.

616. Critiques doctrinales de l'influence du droit de divulgation. Dans leur ensemble, les auteurs actuels sont critiques à l'endroit de la puissance dont ce droit peut disposer sur les contrats d'exploitation. Les Professeurs VIVANT et BRUGUIÈRE estiment que le formalisme et le droit au respect de l'œuvre sont des protections suffisantes et qu'une telle jurisprudence se résume à « *"torturer" le droit de divulgation* »²¹⁹³. Ces critiques sont censées. En effet, pourquoi imposer l'exigence d'un bon à tirer qui marque une emprise trop grande du droit de divulgation lorsque les atteintes relèvent simplement du droit au respect de l'œuvre ? Une telle exigence marque un empiètement du droit de divulgation sur le droit au respect de l'œuvre. En revanche, il est vrai que le bon à tirer permet de limiter les contentieux lorsque l'auteur d'une œuvre a pris le soin de la modifier entre la conclusion du contrat d'édition et l'exploitation menée par l'éditeur. Dans cette mesure, le bon à tirer permettra à l'éditeur de prendre connaissance de l'ampleur des modifications apportées et de se prémunir contre les actions de l'auteur fondées sur une atteinte au droit moral.

Pour autant, la critique ne doit pas conduire à renier totalement le droit de divulgation. Ce droit moral doit conserver son empire : celui de maintenir hors du commerce le droit d'exploitation et, ce faisant, de bloquer les contrats d'exploitation conclus. Une fois la preuve apportée par tout moyen que l'auteur a bien divulgué son œuvre, le contentieux doit être porté exclusivement sur le terrain de l'obligation d'exploitation et du droit au respect de l'œuvre.

B. LA REMISE EN CAUSE *A POSTERIORI* DU CONTRAT D'ÉDITION PAR L'EXERCICE POSITIF DU DROIT DE REPENTIR ET RETRAIT

617. Présentation du droit de retrait. L'article L. 123-4 CPI définit de la sorte le droit de retrait : « *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* ». Bien que l'article assimile le retrait au repentir, les deux prérogatives doivent être distinguées²¹⁹⁴. Le repentir a pour objectif d'autoriser l'auteur à modifier son œuvre en cours d'exploitation alors que le retrait

²¹⁹⁰ Sur ce que la preuve de l'accord de l'auteur peut être faite par tous moyens, V. Paris, 1^{re} ch., 2 mai 2000, *Gaz. pal. Rec.* 2000, somm. p. 26.

²¹⁹¹ J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Étude de jurisprudence française, 1927, p. 244. Elle vaut « *approbation non équivoque de l'auteur* ».

²¹⁹² *Supra* n° 465.

²¹⁹³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE *op. cit.*, n° 483.

²¹⁹⁴ P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. dactyl. Paris II Assas, 1985, p. 606.

consiste pour l'auteur à mettre fin au contrat d'exploitation. Selon le Professeur TREPPOZ, « la rupture étant dépourvue de rétroactivité, elle s'analyse en une résiliation et plus précisément en une résiliation-droit »²¹⁹⁵. Traditionnellement, les auteurs étaient largement hostiles à l'octroi d'une telle faculté de résiliation à l'instar de MASSE²¹⁹⁶ et AUSSY²¹⁹⁷. D'autres, à l'image d'HUARD, sont plus gênés à propos d'une telle faculté. HUARD écrit ainsi : « On a prétendu que la volonté unilatérale de l'auteur pouvait mettre fin à l'accord conclu, quand il invoque des scrupules légitimes. Cette doctrine est évidemment contredite par l'article 1134 du Code civil »²¹⁹⁸. Mais il ajoute que « l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a le droit exclusif, sans la détruire, de la retirer de la circulation. Il faut qu'il ait ce droit et qu'il l'ait seul, parce que sa réputation est intéressée par la publicité que reçoit son œuvre »²¹⁹⁹. Aujourd'hui, sa présence ne fait plus débat mais son application demeure délicate en matière de contrat d'édition.

618. Application délicate au contrat d'édition. La première application d'une telle faculté en matière de contrat d'édition est l'affaire *Anatole France* qui s'est soldée par un jugement du tribunal civil de la Seine le 4 décembre 1911 aux termes duquel l'écrivain a récupéré ses droits²²⁰⁰. On retrouve encore le droit de retrait dans l'affaire *Léon Daudet* : le romancier, pamphlétaire et homme politique avait souhaité en son temps demander le retrait de son ouvrage, *L'entremetteuse*, en raison du scandale qu'il avait suscité à sa sortie²²⁰¹. Néanmoins, ce droit n'est pas fréquemment mis en œuvre. Tout d'abord, pour que la résiliation soit effective, l'éditeur doit être au préalable indemnisé²²⁰². Ensuite, l'exercice du repentir doit être conforme à la finalité de ce droit, à savoir concrétiser le regret de l'auteur indépendamment de considérations financières²²⁰³. En effet, on ne saurait tolérer qu'un auteur tire profit de l'existence de ce droit de retrait pour se délier comme bon lui semble de son contrat. Le cas échéant, le détournement du droit de retrait de sa fonction initiale doit légitimement conduire à la sanction de l'auteur sur le terrain de l'abus de droit.

619. Conclusion de section. Cette section, plus modeste dans ses apports, a été l'occasion d'appréhender le régime du contrat dans ses manifestations externes au contenu. Il résulte de la volonté du législateur d'attribuer des prérogatives proposant des articulations originales avec d'autres branches du droit. Ainsi, les droits et prérogatives visant à la protection des intérêts patrimoniaux de l'auteur permettent tour à tour au droit de faire échouer les cessions de contrat non consenties, d'obtenir la résiliation du contrat en cas de procédure collective de l'éditeur, d'offrir une sûreté à l'auteur pour garantir le paiement et de puiser dans le régime général des obligations pour instituer la théorie de l'à-valoir. Un bilan analogue peut être dressé pour les prérogatives ayant pour objectif la protection des intérêts moraux. Alors que le droit de divulgation permet de paralyser le contrat d'édition, le droit de retrait permet de révoquer le contrat d'édition.

²¹⁹⁵ E. TREPPOZ, « La résiliation des contrats d'édition », *JCP G*, n° 41, 6 oct. 2004, II 10149.

²¹⁹⁶ MASSE, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, A. Rousseau, Paris 1906, p. 52 : « Il est inadmissible que l'auteur puisse, de sa seule autorité et sans courir aucun risque, rompre le contrat qu'il a signé », cité par H. RAZON, *La contractualisation du droit moral de l'auteur*, th. dact. 2014, n° 86, p. 60.

²¹⁹⁷ AUSSY, *Du droit moral de l'auteur sur les œuvres de littérature et d'art*, Imprimerie J. Pigelet, Auxerre 1911, pp. 40-41 : « l'éditeur a traité pour un ouvrage déterminé, c'est cet ouvrage qu'il est tenu de publier et non un autre qui serait de forme ou de tendance différente. Le droit moral n'est donc pas, à notre avis, une cause de résiliation ».

²¹⁹⁸ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique.*, T. 1, Marchal et Billard, Paris, 1903, n° 91, pp. 136- 137.

²¹⁹⁹ G. HUARD, *op. cit.*, n° 205, p. 213.

²²⁰⁰ Trib. civ. Seine 4 déc. 1911, affaire *Anatole France c/ Lemerre*, *API* 1912, p. 98 art. 4989, *L'Art & le Droit*, 1911, p. 283 ; *DA* 15 juill. 1912, p. 102.

²²⁰¹ H. RAZON, th. préc., n° 87, p. 60.

²²⁰² Paris, sept. 1980, *S.A.R.L. Éditions Pygmalion c/ Pessar*, *JurisData* n° 1980-098354.

²²⁰³ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *JCP G* 1991, II, 21760, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RIDA* 1992/1, n° 152, p. 272, P. Sirinelli.

620. Conclusion de chapitre. Ce chapitre a été l'occasion d'appréhender le contenu obligationnel du contrat d'édition dans toute sa complexité. En proie à des tendances nouvelles, bien loin des considérations qui animaient le législateur en 1957, le régime du contrat d'édition accuse dorénavant un retard sur la présente époque. Pour que cette convention ne tombe pas en désuétude, son régime doit s'adapter. Les règles censées encadrer l'engagement de l'auteur doivent être renouvelées. De la même façon, les règles d'exécution du contrat, qu'il s'agisse de la rémunération de l'auteur ou de l'obligation d'exploitation de l'œuvre, doivent connaître des évolutions afin de répondre aux enjeux de notre temps.

Au contraire, les droits et prérogatives attribués à l'auteur se signalent par leur permanence. Qu'il s'agisse des mécanismes de défense des intérêts pécuniaires ou des intérêts moraux, leur champ d'application doit être légèrement corrigé sans pour autant être remis en cause. Pour l'essentiel, il faudra s'assurer du fait que l'auteur use de ses prérogatives conformément à l'esprit général de l'édition et du droit d'auteur sous peine d'adopter un comportement abusif ou déloyal.

LA PROTECTION AUXILIAIRE DE L'AUTEUR ASSURÉE PAR L'ORDRE PUBLIC IN FAVOREM

621. Position du problème. Le contrat d'édition est un contrat impliquant une partie faible. L'assertion a déjà été discutée au début de l'étude²²⁰⁴. Elle justifie, au demeurant, les développements du chapitre précédent. Toutefois, le contrat d'édition n'est pas un lieu de sociabilité. Il faut donc veiller à ce que l'éditeur n'organise pas subrepticement l'éviction de la protection conférée par le droit d'auteur. L'exemple d'un contrat d'édition international conclu par un auteur ayant sa résidence en France offre un éclairage. Si les règles de rattachement conduisent à l'exclusion du droit français, alors la protection par le droit d'auteur devient illusoire. En tant que tel, cela n'est pas si grave sauf lorsque l'éviction du droit français, réputé très protecteur du sort des auteurs, est tournée au gré d'une stipulation contractuelle imposée par l'éditeur. De la même façon, si le contrat d'édition prévoit une clause compromissaire, la protection édictée serait aisément contournée, l'arbitre n'étant le gardien d'aucun ordre public contrairement au juge. Pour ne pas que le contrat d'édition redevienne indirectement « *l'instrument d'une vassalité économique* »²²⁰⁵ et pour que soit préservé un certain « *équilibre* » entre les parties²²⁰⁶, il est logique d'édicter un régime juridique protecteur en sus des règles du CPI.

622. Présentation. Le présent chapitre se donne pour objectif de systématiser ces règles « *auxiliaires* » au droit d'auteur, que nous prenons le parti de rassembler sous l'appellation « *droit de la partie faible* », bien que l'expression ne soit pas consacrée officiellement. On formulera alors deux remarques quant à la légitimité de nos développements. D'une part, ils se contenteront de mettre en perspective les règles du droit d'auteur. Ainsi, nous ne prétendons pas systématiser de façon exhaustive un corps de règles pouvant s'appliquer à toutes les parties faibles²²⁰⁷. D'autre part, ils porteront sur des points extérieurs ou, du moins, à la lisière du droit d'auteur, qui participent tout de même à l'édification du droit de l'édition.

623. Méthodologie. Plan. Il revient donc à l'ordre public d'agir sur le constat sociologique de la présence d'une partie faible et d'anticiper les tentatives de contournement de régime du contrat d'édition²²⁰⁸. Pour que l'encadrement soit pleinement effectif, il doit être dérogé aux conceptions

²²⁰⁴ *Supra* n° 27.

²²⁰⁵ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges G. Marty*, 1978, p. 235. Pour le Professeur, certains contrats, qu'il nomme « *contrats de situation* », sont « *déterminants pour la vie d'une entreprise ou pour son niveau d'activité* » si bien qu'ils peuvent donner lieu à divers abus que l'ordre public ne saurait tolérer. Nous voyons bien que, pour le créateur d'une œuvre, la conclusion d'un contrat d'édition est d'une importance plus que capitale ; S. Le GAC-PECH, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA*, 16 août 2016, n° 119, pp. 6-7.

²²⁰⁶ L'ordre public économique de protection se « *propose de rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel* » F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 13^e éd. 2022, spéc. n° 497.

²²⁰⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. MONTERO, Larcier, 2010 p. 71 : « *On peut en effet estimer qu'il y a (presque) autant de faiblesses que de rapports contractuels considérés* »

²²⁰⁸ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai d'une méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002 ; Y. STRICKLER, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 oct. 2004, n° 213, p. 6 : « *Pour rétablir l'équilibre faussé entre les parties au contrat par le développement des techniques modernes, le droit – rejoignant en cela la morale – poursuit la protection du faible contre le fort. Cette volonté de protection vise d'ailleurs tant l'individu que des groupes de personnes (salariés, assurés, locataires et, bien sûr, consommateurs). C'est sur ce dernier point la manifestation de l'ordre public dit de protection, qui tend à préserver les*

traditionnelles de l'ordre public. En effet, ces dernières demeurent impropres à englober tous les enjeux qui sont les nôtres. Généralement, la doctrine et le législateur adoptent ce constat à l'endroit des contrats de consommation ou du contrat de travail²²⁰⁹. De la même façon, il convient donc de repenser les principes de l'ordre public du contrat d'édition à la lumière de l'impératif de protection de la partie faible. À cet effet, l'ordre public en droit d'auteur devra être repensé afin qu'il soit qualifié d'*in favorem* (Section 1). Une fois ce travail conceptuel effectué, on mesurera la portée et les manifestations de cet ordre public *in favorem* sur le contrat d'édition (Section 2).

Section 1. La détermination de l'ordre public *in favorem*

Section 2. L'expression de l'ordre public *in favorem*

Section I

LA DÉTERMINATION DE L'ORDRE PUBLIC *IN FAVOREM*

624. Présentation de l'ordre public. Afin de savoir dans quelle mesure l'ordre public peut encadrer le régime du contrat d'édition, il faut, au préalable, présenter et, si possible, définir la notion d'ordre public. Un tel travail n'a rien d'évident, tant la notion semble complexe. De fait, ambitionner d'y parvenir en quelques lignes serait une gageure à laquelle nous ne prétendons pas. Pour illustrer cet embarras, rappelons que le Professeur MALAURIE, dans sa thèse dédiée à l'étude de l'ordre public, comptabilise une vingtaine d'acceptions différentes. Malgré les difficultés inhérentes à l'étude, il conclut que l'ordre public, « *c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* »²²¹⁰. Si sa vocation semble essentiellement défensive, les Professeurs MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK concèdent que « *l'ordre public ne se borne pas à interdire, mais impose, de manière positive, des obligations aux parties ; il aménage autoritairement les effets de certains contrats* »²²¹¹. Pour justifier cette autorité, des auteurs mettent l'accent sur l'intérêt général²²¹², voire sur les concepts moins juridiques « *d'humanisme* »²²¹³ ou de « *dignité humaine* »²²¹⁴. Sans entrer dans le débat portant sur la nature de l'ordre public, remarquons qu'il

intérêts d'une catégorie d'individus » ; J. ROCHFELD, « Du statut contractuel "de protection de la partie faible". Les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'Homme », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835.

²²⁰⁹ Au contraire, le contrat d'édition est généralement le grand oublié lorsqu'une étude est menée sur la partie faible, contrairement au consommateur, à l'assuré ou au salarié (v. D. LOCHAK, « Loi du marché et discrimination » in *Lutter contre les discriminations*, D. BORILLO (dir.), La Découverte, 2003, p. 11, spéc. p. 12 : « *Le législateur n'est pas resté aveugle à ce constat : le droit du travail, le droit de la consommation, dans une moindre mesure le droit des assurances ont précisément pour objectif de protéger la partie la plus faible contre la partie la plus forte* ». À cet égard, nous avons déjà noté que le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », inscrivait son régime dans l'impératif de protection de la partie faible (O. BOSKOVIC, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2175) sans référence aux contrats d'auteur (v. T. AZZI, « Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », art. préc.).

²²¹⁰ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, préf. P. ESMEIN, Matot-Braine, 1953, n° 99, p. 69.

²²¹¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9^e éd. LGDJ, 2017, n° 650.

²²¹² N. MOLFESSIS, « Sur les trois facettes de la jurisprudence constitutionnelle » *Nouv. Cab. Dr. Const.*, 2011, p. 75.

²²¹³ D. GUTMANN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », *Mélanges F. Terré. L'avenir du droit*, PUF, 1999, p. 329.

²²¹⁴ M. MEKKI *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, notamment n° 430 ; J. ROCHFELD, art. préc. n° 14 : « *La vulnérabilité de l'une des parties pourrait intégrer l'idée, certes floue, de protection de sa dignité* » ; M. MEKKI, « Observations sur le livre III, titre III, sous-titre I, chapitre II du projet de la Chancellerie sur les principes directeurs (articles 15 à 18) », *LPA*, 12 fév. 2009, n° 31, p. 103 : « *En opposant intérêt général et intérêt privé, le législateur entend consacrer un critère exclusivement quantitatif. Or la coloration également qualitative du débat sur la nullité, en*

s'agit d'une notion éminemment fonctionnelle²²¹⁵, dont les contours sont délicats à cerner. C'est pourquoi, certains préfèrent renoncer à en expliquer les fondements et considèrent simplement la notion comme « *relative dans le temps et dans l'espace* »²²¹⁶.

En droit des contrats, l'ordre public se préoccupe tantôt des intérêts privés – ordre public de protection²²¹⁷ – tantôt des intérêts collectifs et généraux, des « *colonnes de la cité* »²²¹⁸ – ordre public de direction²²¹⁹. Dans ce dernier cas, l'ordre public qui s'impose aux parties « *s'oppose donc, si l'on peut dire, à toute forme d'imperium des parties sur le juge* »²²²⁰.

625. Plan. Bien qu'en droit des contrats d'auteur l'ordre public soit généralement présenté comme étant de protection²²²¹ (§ 1), une tendance actuelle traduit une nouvelle façon d'appréhender l'impérativité propre à cette matière. L'on s'orienterait alors vers un ordre public d'un genre nouveau qui conjuguerait protection des intérêts catégoriels et protection de l'intérêt général (§ 2).

termes de valeurs notamment, amène à défendre la prise en compte d'un concept plus neutre et plus adapté : celui d'intérêt supérieur. Il s'agit des intérêts véhiculant des valeurs jugées essentielles protégées par l'ordre public. Outre l'ordre politique et moral indispensable pour maintenir un minimum d'ordre social, il est surtout question aujourd'hui de la dignité de la personne humaine fédérant l'ensemble des droits et libertés fondamentaux. Plus qu'une affaire d'intensité de l'intérêt bafoué par la violation de la règle, c'est l'efficacité de la sanction et de la règle violée qui doit toujours guider le choix du type de nullité. Au regard de la dignité de la personne humaine, c'est la nullité absolue qui s'impose avec force. Tout citoyen est directement ou indirectement intéressé par une telle question. Quant à la nullité relative, elle doit s'imposer dans tous les autres cas, c'est-à-dire dans les hypothèses où l'intérêt propre à toute vie en société ou ce qui fait l'humanité de l'homme n'est pas concerné ».

²²¹⁵ E. PICARD, « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, M.-J. REDOR (dir.), Bruylant, 2001, Droit et justice, p. 17 ; S. BRADBURN, *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf. F. DEBOISSY, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017, n° 242, p. 176 : « Il (l'ordre public) est une notion fonctionnelle dont le corps de règles vise à interdire ou à réglementer les initiatives privées au nom d'intérêts tenus pour supérieurs ».

²²¹⁶ J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire droit civil*, Dalloz.

²²¹⁷ V. G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Les sources du droit, Mélanges en l'honneur de F. Geny*, Sirey, 1934, T. II, p. 333, spéc. n° 2 : « L'homme n'a plus le droit de se lier à un autre homme par le jeu complexe des rapports juridiques que seuls son intérêt ou son caprice imaginent. La liberté ne convient qu'aux forts (propos qui rappellent ceux de Lamennais, selon lesquelles entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui émancipe...). Le contrat suppose l'égalité dans la lutte ; l'infirmité physique, intellectuelle "et économique" est vice de consentement. Il n'y a qu'une présomption de capacité au profit de ceux que la loi ne déclare pas incapables. Celui qui s'est incliné devant la résolution inflexible de l'autre partie et a subi sa loi n'a pas consenti une obligation. Le contrat d'adhésion n'a plus que le vêtement contractuel ».

²²¹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens. Les obligations*, PUF, 2017, n° 70, p. 139.

²²¹⁹ L'ordre public de direction se veut un instrument permettant de canaliser les contrats conclus dans le sens d'une meilleure conformité à l'utilité sociale (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 13^e éd. 2022, n° 36) et repose sur l'idée que l'État peut ainsi orienter la vie contractuelle en intervenant dans les rapports contractuels privés entre parties de puissance économique inégale dans le but de protéger la partie la plus faible des deux (G. RIPERT, *ibid.*).

Les règles relevant de l'ordre public de direction cherchent à obtenir « *une organisation et un équilibre économiques* » en faveur de l'intérêt général, et parfois au détriment de certains intérêts particuliers. Le Professeur Jacques MESTRE souligne cependant que l'ordre public de direction est à la fois en déclin, car des lois impératives à portée générale se raréfient, et en renouvellement au regard du rôle de l'État dans la promotion et la protection des libertés (J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, T. REVET (dir.), Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 1996, p. 33 et s., spéc. p. 38. – V. aussi du même auteur, « L'ordre public dans l'économie du contrat, Rapport français », in *Journ. Libanaises, Trav. assoc.* H. Capitant, 1998, p. 125 et s).

²²²⁰ J. MESTRE et B. FAGES, « Variations autour de l'ordre public », *RTD civ.* 2003, p. 85.

²²²¹ F. POLLAUD-DULIAN, « L'ordre public, la dignité humaine et les bonnes mœurs dans le droit de la propriété intellectuelle », *Légicom*, 2014/2, n° 53, p. 45, notamment p. 48 : « *Le droit d'auteur est imprégné d'un ordre public de protection, qui se manifeste notamment dans le régime des contrats, mais il ne nourrit que peu de rapports avec l'ordre public économique ou social* ».

§ 1. DE LEGE LATA : L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION

626. Ordre public de protection. En matière de droit d'auteur, et notamment de contrat d'édition, puisque l'ordre public vise à protéger les intérêts pécuniaires et moraux de l'auteur²²²², il est présenté comme étant de protection. À titre d'exemple, l'exposé des motifs de la loi de 1957 relève que la rémunération proportionnelle posée à l'article 35 a pour vocation première de protéger les intérêts pécuniaires de l'auteur, justifiant ainsi que l'on ne puisse pas y déroger conventionnellement²²²³. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que les articles L. 132-7, qui exige le consentement écrit de l'auteur au contrat d'édition, et L. 132-16 CPI, qui subordonne la cession de contrat d'édition à l'accord de l'auteur, contiennent des « *dispositions impératives ayant été prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs* », justifiant que leur méconnaissance entraîne une nullité relative²²²⁴. D'autres dispositions sont concernées par l'ordre public, comme l'article L. 132-13 CPI, qui impose aux éditeurs l'obligation de reddition de compte²²²⁵, l'article L. 132-13 CPI, qui prévoit l'obligation d'exploitation²²²⁶ ou l'article L. 131-1 CPI, qui prohibe les cessions d'œuvres futures²²²⁷. Cette réglementation a poussé le Professeur FRANÇON à écrire cette phrase restée célèbre selon laquelle la liberté contractuelle en droit d'auteur « *apparaît comme une liberté surveillée* »²²²⁸. Ces différentes dispositions forment un véritable ordre public « *artistique* »²²²⁹. En de rares occasions, la jurisprudence a rappelé clairement la nature de l'ordre public en question. Ainsi, la cour d'appel de Paris a énoncé expressément et à plusieurs reprises qu'en matière de contrat d'édition les dispositions impératives du CPI constituaient un ordre public de protection²²³⁰.

²²²² M. VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », *Mélanges Foyer*, PUF, 1997, p. 307 ; J. STRAUS, « *Ordre public and morality issues in patent eligibility* », in *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, de T. TAKENAKA (dir.), Elgar Publishing 2013, p. 19 : « *Lockean theory of natural rights to the fruits of own's labour, the doctrine of intellectual property, as well as Hegel's personality justification, suggesting that the best way of progressing science and arts is to protect scientists and artists from theft, so as to become the basis for learning by others, are such examples. Modern critics of intellectual property rights also put emphasis on ethical aspects* ».

²²²³ À titre d'exemple, v. entre autres : Rennes, 1^{re} ch., 3 mars 2015, RG : 14/00557 : « *Il résulte de l'article L. 132-5 du Code de la propriété intellectuelle que le contrat d'édition 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 ; Force est de constater que les contrats en cause ont prévu une rémunération proportionnelle, mais dont l'assiette n'est pas celle, résultant des dispositions d'ordre public précitées, des recettes brutes provenant de la vente de l'ouvrage au public, hors taxes, mais celle du chiffre d'affaires net, qui ne se réfère qu'aux recettes de l'éditeur, qui peut avoir lui-même vendu à d'autres distributeurs ou intermédiaires, et qui est calculé notamment après déduction des remises, assiette dont la société Éditions ENI reconnaît dans ses écritures qu'elle est en effet plus restreinte que celle du prix public* » ; Paris, pôle 5, ch. 1, 25 nov. 2014, n° 12/21950 : « *Considérant que les dispositions de l'article L. 131-4 susvisé n'ayant été édictées que dans le seul intérêt patrimonial de l'auteur et relevant ainsi d'un ordre public de protection* » ; Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 7 janv. 2016, n° 13/09456, *JurisData*, n° 2016-000760.

²²²⁴ Civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, n° 04-15543, Bull. I, n° 47, p. 41, *JCP G.* 2007, II, 10025, note C. Caron.

²²²⁵ Paris, pôle 5, ch. 1, 30 janv. 2013, RG n° 11/10574 : « *Considérant que l'obligation de rendre compte au moins une fois l'an est une obligation légale d'ordre public prévue par l'article L. 132-13 du Code de la propriété intellectuelle, laquelle s'impose à l'éditeur même en l'absence de réclamation de l'auteur* ».

²²²⁶ Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, n° 13-10.560 qui donne raison aux demandeurs sans pour autant reprendre dans la motivation les moyens relatifs à l'ordre public (moyen reproduit : « *Le contrat d'édition ainsi défini relève également du droit commun des contrats et notamment de l'article 1134 du Code civil et précise entre les cocontractants les obligations respectives de l'éditeur et les limites des cessions auxquelles peut consentir l'auteur en énonçant des exigences qui composent, ensemble, un ordre public de protection de l'auteur ; qu'ainsi, l'obligation d'assurer une exploitation suivie et permanente des œuvres ressort de cette disposition* ».

²²²⁷ TGI de Paris, 25 mars 2008, n° 06/01062.

²²²⁸ A. FRANÇON « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.*, 1976, chron. p. 55. Voir également sur ce point O. BUSTIN, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Légipresse*, n° 205, oct. 2003.

²²²⁹ A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*, 1962, LGDJ ; Ph. ALLAEYS, O. BUSTIN, J.-H. MITRY, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Légipresse*, 2003, II, p. 117.

²²³⁰ Paris, 23 sept. 2010, pôle. 5 ch. 2, RG n° 09/03200, *M. R c/ La Martinière Groupe* : « *que le contrat d'édition qui relève certes du droit commun des contrats et notamment de l'article 1135 du Code civil est défini par les*

La référence à l'ordre public de protection est plus fréquente dans les moyens développés par les demandeurs²²³¹.

627. Limite de l'ordre public. La nature de l'ordre public en matière de contrat d'édition comporte un effet pervers : parce que l'ordre public est de protection, la protection conférée est amoindrie par rapport à l'ordre public de direction. Le point a été mis en lumière à l'occasion d'un contentieux concernant sur un contrat d'édition conclu avant la loi de 1957 et porté devant les tribunaux dans les années 1990. La question a été posée de savoir si les dispositions nouvelles étaient rétroactivement applicables à la convention. Le contentieux est classique. Il porte sur une demande en résiliation d'un contrat d'édition en raison d'un manquement à l'obligation légale d'exploitation permanente et continue comme le prévoit l'article L. 132-12 CPI. En l'absence de dispositions transitoires prévues par la loi de 1957, l'une des problématiques porte sur le degré d'impérativité devant être reconnu à l'ordre public de protection. En cas d'impérativité élevée, les litigants seraient autorisés à appliquer rétroactivement les règles nouvelles aux contrats conclus avant 1957. Cette application rétroactive a été autorisée au sein de législations étrangères²²³². Toutefois, la Cour de cassation a estimé « *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* »²²³³. De la sorte, la Cour de cassation a relativisé la portée de la fonction de protection du droit d'auteur. La jurisprudence a également maintenu ce principe à propos des dispositions communes à l'ensemble des contrats d'auteur²²³⁴.

628. Effet pervers : protection amoindrie. Cette jurisprudence illustre le paradoxe de l'ordre public en matière de contrat d'auteur : parce que l'ordre public est de protection, sa méconnaissance est sanctionnée sur le terrain des nullités relatives et son impérativité s'en trouve amoindrie. Le caractère relatif des nullités permet d'organiser l'éviction du droit d'auteur, en ayant recours, par exemple, aux clauses abdicatives de droit réputées valables par la jurisprudence²²³⁵. Ainsi, on pourrait concevoir un contrat d'édition dans lequel l'auteur renonce expressément à sa créance d'exploitation de l'œuvre ou à sa rémunération proportionnelle.

dispositions des articles L. 132-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle qui viennent spécifier les obligations respectives de l'auteur et de l'éditeur et les limites des cessions auxquelles peut consentir l'auteur en énonçant des exigences qui composent, ensemble, un ordre public de protection de l'auteur » ; v. également Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 25 nov. 2014, RG n° 12/21950 : « *Considérant que l'article 6 B du contrat d'édition du 02 mai 2005 stipule que "L'Éditeur devant à l'Auteur, en cas d'exploitation par un tiers des autres droits (i.e. édition en format de poche et en édition club), 50 % des sommes, de toute nature, nettes de tous frais et taxes effectivement encaissés par lui"* ; *Considérant que les dispositions de l'article L. 131-4 susvisé n'ayant été édictées que dans le seul intérêt patrimonial de l'auteur et relevant ainsi d'un ordre public de protection, leur violation n'est susceptible d'emporter qu'une nullité relative du contrat, soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil qui dispose que "dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans"* » ; Paris, 4^e ch., sect. A, 28 mai 2008, n° 06/17505 : « *Considérant (à propos du délai de prescription d'une action en nullité d'un contrat d'édition) que les dispositions impératives invoquées ont été prises dans le seul intérêt patrimonial des auteurs, de sorte que leur violation ne donne lieu qu'à une nullité relative dès lors qu'il s'agit d'un ordre public de protection* ».

²²³¹ Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, *JurisData*, n° 13-10.560.

²²³² Dresde, Oberlandesgericht, 12 fév. 1942, *Rev. Dr. d'aut. wipo*, 1944, p. 126 : « *La disposition contenue dans la loi sur le droit d'édition du 19 janvier 1901, article 2, alinéa 3, est aujourd'hui considérée comme de droit strict et comme rétroactivement applicable aux contrats passés avant son entrée en vigueur. Si donc les droits sur une œuvre ont été cédés, même avant la promulgation de ladite loi, par l'auteur à un éditeur, les héritiers de cet auteur ont la liberté de disposer de ladite œuvre pour la comprendre dans une édition des œuvres complètes de l'auteur en cause* ».

²²³³ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2001, n° 98-18.411, *JurisData* n° 2001-011977, *Bull. civ.* 2001, I, n° 307, *D.* 2002, p. 646 ; *RTD civ.* 2002, p. 507, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²²³⁴ À propos de l'action en révision issue de l'article L. 131-5 CPI qui ne peut être appliqué qu'aux seuls contrats conclus après le 11 mars 1958, v. Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1967, *D.* 1968, *Somm.* 25.

²²³⁵ Sur la nouvelle théorie des nullités qui autorise une telle renonciation v. entre autres, A.-S. LEBRET, « Les nullités revisitées » *AJ contrat* 2017, p. 12 ; A. POSEZ, « La théorie des nullités », *RTD civ.* 2011, p. 64.

Cette position semble difficilement tenable conceptuellement, dans la mesure où, comme cela a été rappelé en première partie, le contrat d'édition doit assurer la protection de l'auteur²²³⁶. Or, l'ordre public de protection ne permet pas de protéger l'auteur de façon optimale. C'est pourquoi, seule l'élaboration d'un ordre public mixte ou *in favorem* permettrait de résoudre ces problèmes, qui semblent irréductibles sur le terrain de l'ordre public de protection.

§ 2. DE LEGE FERANDA : L'ORDRE PUBLIC IN FAVOREM

629. Intérêt de l'édification de l'ordre public *in favorem*. Plan. En matière de contrat d'auteur, et de contrat d'édition en particulier, l'ordre public convoqué doit connaître un remaniement afin d'éliminer les effets pervers de l'ordre public de protection. Le contrat d'édition, qui postule l'existence d'une partie faible, doit bénéficier de règles protectrices d'une rigueur accrue.

L'ordre public *in favorem* repose sur le constat d'un ordre public hybride qui allie protection et direction. Cette proposition n'est pas nouvelle. Bien qu'elle fasse l'objet de sévères critiques²²³⁷, on la rencontre dans d'autres domaines du droit. Une fois constaté ce tropisme qui pousse au renouvellement conceptuel (A), celui-ci impliquera plusieurs mutations de l'ordre public (B).

A. LE TROPISME CONSTATÉ

630. Plan. Le tropisme se constate tant en droit interne (1) qu'en droit européen (2).

1. Le tropisme en droit interne

631. Tropisme en dehors du contrat d'édition. En dehors du droit d'auteur, une façon originale d'appréhender l'ordre public est constatée parfois au sein de la jurisprudence et parfois au sein de la doctrine. Il convient de noter ces manifestations afin d'envisager sereinement le cas du droit d'auteur.

- L'expression « *ordre public mixte* » a déjà été employée par la cour d'appel de Paris dans le domaine très économique de la sous-traitance. En la matière, l'article 1799-1 du Code civil impose au maître d'ouvrage de fournir des garanties de paiement aux différents prestataires lorsque le montant de l'opération dépasse un certain seuil. La doctrine fait valoir que cette disposition protège certes les prestataires, mais également le tissu économique compte tenu du fait qu'elle conjure le risque de « *faillites en cascade* » et de licenciements qui leur sont subséquents²²³⁸. En ce sens, la cour d'appel de Paris a pu affirmer que « *les dispositions de l'article 1799-1 du Code civil sont d'ordre public économique mixte, de protection en ce qu'elles visent à protéger l'entrepreneur titulaire d'un marché de travaux privé du risque d'impayé et de direction, en ce qu'elles visent à éviter les "faillites" répétées* »²²³⁹.

- En matière de placements immobiliers, la Cour de cassation a également eu l'occasion de « *transformer* » une règle de protection en une règle de direction. Elle a considéré que les règles de démarchage concernaient tant la protection des épargnants que celle des établissements financiers. À ce titre, elles constituent tout à la fois des règles de protection et des règles de direction²²⁴⁰.

²²³⁶ *Supra* n° 27

²²³⁷ V. M. TOUCHAIS, *La règle impérative. Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, th. dactyl., Paris Descartes, 2019, n° 299 et s. et 478 et s.

²²³⁸ Sur les aspects à la fois microéconomiques et macroéconomiques de la sous-traitance, v. H. PERINET-MARQUET, *Les aspects économiques du contrat de construction*, *RD imm.* 2002, p. 1 ; Ch. YUEGO, « Louage d'ouvrage et d'industrie – Garantie de paiement de l'entrepreneur » *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique.

²²³⁹ Paris, 14^e ch., sect. A, 6 févr. 2008, n° 07/15562, *Sté Levauux SAS c/ Sté Clinique St Louis SA*, *JurisData* n° 2008-356875.

²²⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., du 15 mai 2001, 99-12.498, *Bull. civ. I*, n° 139, *D.* 2001, *AJ*, p. 1880 ; obs. A. Lienhard : « *Attendu que pour déclarer prescrite l'action en nullité fondée sur les textes susvisés, l'arrêt attaqué relève que les*

- Dans un registre similaire, en matière d'indexation, la clause éponyme est de nature ambivalente. Ces clauses permettent d'indexer le prix d'une prestation à un indice particulier. Elles constituent pour les parties une mesure de protection, destinée à corréliser le montant des prestations aux circonstances économiques, mais également une mesure de défense de la monnaie, destinée à lutter contre l'inflation²²⁴¹, ce qui relève naturellement de l'ordre public de direction²²⁴².

- Témoin encore de cette tendance à l'hybridation, l'ordre public en matière de concurrence est souvent qualifié d'ordre public hybride en raison de ses spécificités²²⁴³. Le droit de consommation a également été présenté comme bicéphale par certains auteurs²²⁴⁴.

632. Tropicisme au sein des règles s'appliquant au contrat d'édition. Le tropisme peut également être constaté au sein de règles qui s'appliquent au contrat d'édition.

Ainsi, le constat d'un ordre public hybride a déjà été porté sur l'action en contrefaçon ou l'action en concurrence déloyale²²⁴⁵. En effet, ces actions permettent de préserver l'organisation économique en protégeant de façon pérenne et globale les entreprises productrices de biens susceptibles d'être contrefaits et les consommateurs qui achèteraient les produits en question.

En outre, plusieurs dispositions qui intéressent les contrats d'exploitation trouvent également leur raison d'être dans la protection de l'intérêt général. Compte tenu de l'exception française et du soutien régaliens à la culture²²⁴⁶, certains auteurs ont estimé que l'impérativité qui irrigue le droit d'auteur n'était pas uniquement le fruit d'un ordre public de protection. Des considérations d'intérêt général, qui renvoient davantage à l'ordre public de direction, peuvent être décelées dans certaines règles qui s'appliquent au contrat d'édition. À titre d'exemple, les articles L. 221-1 et L. 221-2 du Code du cinéma et de l'image animée, qui imposent aux éditeurs de vidéogrammes une obligation de déclaration auprès

dispositions législatives prohibant ou réglementant le démarchage applicable à la négociation de parts de sociétés civiles de placements immobiliers émises par des sociétés autorisées à faire appel public à l'épargne ne sont destinées qu'à la protection des épargnants, de sorte que la nullité de la souscription que serait susceptible de justifier leur violation ne pourrait qu'être relative et relever de la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil ; Attendu, cependant, que les textes susvisés ne concernent pas seulement la protection des épargnants, mais aussi celle des autres établissements financiers ; qu'ils relèvent donc de l'ordre public de direction lorsqu'ils dressent la liste des établissements pouvant recourir au démarchage ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel les a violés ».

²²⁴¹ Sur le cours légal et le cours forcé et les atteintes à l'État que supposerait la défiance à l'encontre des monnaies officielles, v. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Infractions contre l'État, la Nation et la paix publique », *RSC* 2006, p. 607.

²²⁴² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 13^e éd. 2022, spéc. n° 498.

²²⁴³ G. PIGNARRE, « Évoquer la mixité de l'ordre public suppose d'affronter pour tenter de le dépasser le déchirement que suppose la nécessité de choisir entre deux impératifs contradictoires. (...) celles-ci (les règles d'ordre public) visent à assurer la protection des intérêts généraux de la nation et du pays. Cela a été dit, le droit de la concurrence est méthodologiquement répressif. En ce sens, l'instauration d'organes chargés de vérifier le bon fonctionnement du marché de la concurrence permet de sauvegarder (si l'on croit aux vertus de la concurrence) les intérêts de tous les intervenants sur le marché. Ainsi la recherche de l'intérêt individuel conduit à la satisfaction de l'intérêt général ». Et si l'on parlait d'ordre public (contractuel), 01/2013, p. 251 n° 22. L'on impute généralement ce brouillement des frontières aux nouveaux « systèmes de régulation de la concurrence » (G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *La concurrence déloyale : permanence et devenir*, Y. SERRA (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 132 ; cf., également, Y. SERRA, « Article 1131 du Code civil, droit de la concurrence, même combat », *D.* 2000, p. 312.

²²⁴⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 13^e éd. 2022, n° 497.

²²⁴⁵ F. RIEM, « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », *RLDC*, oct. 2009, n° 21 : « La protection de catégories de sujets de droit peut s'entrelacer avec les préoccupations du fonctionnement global du marché. Le droit de la concurrence déloyale et de la contrefaçon permet ainsi "d'observer des combats d'ampleur macro-économique" » ; A. PIROVANO, « Justice étatique, support de l'activité économique ? Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Justices*, 1995, n° 1, p. 26.

²²⁴⁶ *Supra* n° 194 et s.

du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), doivent être observés comme relevant de l'ordre public de direction²²⁴⁷. En effet, en vertu de ces obligations, le Centre national du cinéma et de l'image animée peut assurer sa mission de régulation et d'organisation de l'activité audiovisuelle qui relève du soutien régalién à la culture. Dans un esprit similaire, l'article L. 123-1 de ce même code impose de procéder à une déclaration sur un registre des contrats de cession de droits débouchant sur une exploitation de l'œuvre parmi lesquels le contrat d'édition²²⁴⁸. Ainsi encore, les dispositions établissent la chronologie des médias qui ne peut faire l'objet de dérogation conventionnelle sur la volonté de l'auteur en raison de l'impératif de protection de la filière cinématographique poursuivi par ces dispositions. Il en va de même des règles de responsabilité en cascade issues de la loi de 1881, qui ne peuvent être aménagées par voie conventionnelle²²⁴⁹ et qui ont pour dessein de protéger la liberté de la presse.

Le tropisme peut être constaté au sein même du droit d'auteur. Le Conseil constitutionnel a apporté un argument à cette thèse, dans sa décision du 29 juillet 2004, où il a souligné « *l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle* »²²⁵⁰. Protéger l'auteur revient ainsi à protéger la création artistique et avec elle, le modèle de l'exception française. Ces éléments de langage se retrouvent dans le Code des usages en matière d'édition musicale qui corrèle les avances récupérables au soutien à la création artistique²²⁵¹. Dans sa thèse dédiée au formalisme en droit d'auteur, Monsieur BORIES conclut que le droit d'auteur semble avoir une « *finalité sociale (...) guidée par la recherche de l'intérêt collectif* »²²⁵², « *l'intérêt particulier des auteurs exprim[ant] aussi l'intérêt général de la culture* »²²⁵³. Cette finalité sociale est fréquemment mise en avant pour justifier le caractère d'intérêt général du droit d'auteur²²⁵⁴. *In fine*, l'intérêt général suppose que les créateurs d'œuvres soient décemment protégés afin qu'ils puissent pleinement se consacrer à leur art. À cet égard, pour Madame JOLY, le formalisme

²²⁴⁷ Art. L. 221-1 Code du cinéma et de l'image animée : « *Les personnes dont l'activité a pour objet l'édition de vidéogrammes destinés à l'usage privé du public doivent se déclarer auprès du président du Centre national du cinéma et de l'image animée* ». Art. L. 221-1 Code du cinéma et de l'image animée : « *Le contenu, les modalités de dépôt et d'enregistrement de la déclaration, ainsi que les modifications dans la situation du déclarant qui doivent être portées à la connaissance du président du Centre national du cinéma et de l'image animée, sont fixés par décret en Conseil d'État* ».

²²⁴⁸ Art. L. 123-1 Code du cinéma et de l'image animée : « *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 (...)* ».

²²⁴⁹ V. Art. 6 de la loi du 29 juillet 1881 : « *Toute publication de presse doit avoir un directeur de la publication. Lorsqu'une personne physique est propriétaire ou locataire-gérant d'une entreprise éditrice au sens de la loi n° 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse ou en détient la majorité du capital ou des droits de vote, cette personne est directeur de la publication. Dans les autres cas, le directeur de la publication est le représentant légal de l'entreprise éditrice (...)* ». et art. 9 de la loi du 29 juillet 1881 : « *En cas de contravention à l'article 6, le propriétaire, le directeur de la publication et, dans le cas prévu au troisième alinéa du même article 6, le codirecteur de la publication sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. La peine sera applicable à l'imprimeur à défaut du propriétaire ou du directeur ou, dans le cas prévu au troisième alinéa de l'article 6, du codirecteur de la publication (...)* ».

²²⁵⁰ Cons. cons., déc. n° 2004-499 DC, 29 juill. 2004, Considérant n° 13.

²²⁵¹ Art. 3-1 Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales du 4 oct. 2017 : Soutiens à la création et avances récupérables : « *Le contrat d'édition fixe, le cas échéant, les modes de soutien à la création consenties à l'auteur par l'éditeur* ».

²²⁵² A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur*, Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique, préf. J.-M. BRUGUIÈRE, PUAM, 2010, p. 72.

²²⁵³ *Ibid.* p. 257

²²⁵⁴ Ph. QUEAU, « *Intérêt général et propriété intellectuelle* », in *Libres enfants du savoir numérique. Une anthologie du "Libre"*, dir. O. BLONDEAU, Editions de l'Éclat, 2000, p. 163 : « *Il s'agit avant tout de protéger l'intérêt général en assurant la diffusion universelle des connaissances et des inventions, en échange d'une protection consentie par la collectivité aux auteurs pour une période limitée* ».

contractuel imposé aux articles L. 131-3 CPI transcende les seuls intérêts des auteurs et recoupe ainsi un ordre public de direction²²⁵⁵.

En sus, les récentes analyses historiques inscrivent le droit d'auteur dans cette tendance. Certains commentateurs contemporains des lois de 1791 et de 1973 – qui consacrent respectivement le droit de représentation et le droit de reproduction –, sans délaisser la dimension jusnaturaliste du droit d'auteur, mettent l'accent sur la valeur accordée à l'intérêt public²²⁵⁶. Dans sa monographie dédiée au « *sacre de l'auteur* », Monsieur EDELMAN convoque la figure du contrat social pour expliquer la légitimité du droit d'auteur postrévolutionnaire. À la question de savoir d'où vient le génie de l'auteur, il répond lapidairement : « *La société* »²²⁵⁷. Il poursuit en jugeant que « *l'homme de génie ne crée pas ex nihilo* » et voit dans l'œuvre « *un juste retour des choses (...), ce que l'auteur a reçu sous la forme brute de l'éducation, de la culture, du commerce avec ses semblables* »²²⁵⁸, ce qui justifie la dialectique entre intérêt général et intérêt privé qu'exprime le droit d'auteur. Avec le Professeur PFSITER, « *il faut se résoudre à admettre que le droit d'auteur de la Révolution n'est pas exempt de compromis et qu'il est traversé de tensions qui témoignent de la recherche d'un équilibre entre intérêt particulier et intérêt général, entre deux droits, propriété privée et liberté économique* »²²⁵⁹.

2. Le tropisme en droit européen

633. Tropisme en dehors du droit d'auteur. En droit communautaire, le tropisme est réel mais demeure cantonné au droit de la consommation. Dans ce domaine, qui connaît une quête d'équilibre similaire à celui des contrats d'auteur, la CJUE a pris le soin d'inscrire la protection du consommateur dans une logique de défense de « *l'intérêt public* »²²⁶⁰ dans les arrêts *Eva Martín Martín*²²⁶¹ et *Asturcom*²²⁶². Dans l'affaire *Eva Martín Martín*, elle était sollicitée sur question préjudicielle afin de savoir si le juge national pouvait ou non relever d'office la nullité du contrat pour manquement à une obligation d'information qui incombait au professionnel. Parmi les arguments visant à contester la possibilité de relever d'office le moyen, était invoqué le fait que la règle ne protégerait qu'un intérêt personnel. La Cour de justice a considéré qu'une « *telle disposition [relevait], par conséquent, de l'intérêt public pouvant, au sens de la jurisprudence rappelée au point 20 du présent arrêt, justifier une intervention positive du juge national afin de suppléer au déséquilibre existant entre le consommateur et le commerçant* »²²⁶³. Ainsi, la bonne information du consommateur s'inscrit certes dans le cadre de l'intérêt personnel du contractant mais également dans celui de l'intérêt public. L'affaire *Asturcom* portait également sur la possibilité pour le juge de relever d'office un moyen du droit de la consommation, en l'occurrence une clause abusive. La CJCE a reconduit sa position²²⁶⁴. Dès lors, la protection du consommateur s'inscrit dans l'intérêt public et, par conséquent, dans l'ordre public de direction. La Cour de justice ne se borne pas énoncer le principe,

²²⁵⁵ S. JOLY, « L'ordre public et le droit d'auteur », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL et A. ROBIN (dir.) PUAM, 2007, p. 343.

²²⁵⁶ J. C. GINSBURG, « A Tale of two copyrights : literary property in Revolutionary France and America », *Tul. Law Rev.*, 64 (5), May 1990, p. 991 ; D. BECOURT, « La Révolution française et le droit d'auteur : pour un nouvel universalisme », *RIDA* n° 143, 1990/1, p. 255 ; J.-M. DUCOMTE, « La Révolution française et la propriété littéraire et artistique », in *Propriété et Révolution*, G. KOUBI (dir.), Toulouse, CNRS, p. 109.

²²⁵⁷ B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, Paris, Le Seuil, 2004, p. 269.

²²⁵⁸ *Ibid.*

²²⁵⁹ L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *J.-Cl., PLA*, Fasc. 1110, n° 42.

²²⁶⁰ L'emploi de l'expression « *intérêt public* » renvoie à une acception similaire à celui d'intérêt général.

²²⁶¹ CJUE, 17 déc. 2009, *Eva Martín Martín c/ EDP Editoriales SL*, aff. C-227/08, *JCP E*, 2010, n° 12, 1290, note L. Idot.

²²⁶² CJCE, 6 oct. 2009, *Asturcom*, C-40/08.

²²⁶³ CJUE, 17 déc. 2009, *Eva Martín Martín c/ EDP Editoriales SL*, pt. 28.

²²⁶⁴ CJCE, 6 oct. 2009, *Asturcom*, C-40/08, pt. 68 : « *la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection assurée aux consommateurs, qui se trouvent dans une situation d'infériorité à l'égard des professionnels, la directive 93/13 impose aux États membres, comme il ressort de son article 7, paragraphe 1, lu en combinaison avec le vingt-quatrième considérant de celle-ci, de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel* ».

elle lui attribue une portée juridique : parce que la défense du consommateur est d'intérêt général, les magistrats peuvent relever d'office les moyens de défense relatifs.

634. Tropisme en droit d'auteur. En droit d'auteur, le tropisme est réel mais plus diffus. En premier lieu, depuis l'*Uruguay Round* et plus largement l'accord de Marrakech dans le cadre du GATT²²⁶⁵, l'exception culturelle permet de faire échapper divers biens culturels couverts par le droit d'auteur à la logique unioniste²²⁶⁶. Les aspects touchant au droit d'auteur constitueraient en quelque sorte un domaine régalien. Indirectement, il y aurait lieu de penser que ces aspects de droit d'auteur relèveraient de l'intérêt général.

En second lieu, la Cour de Justice de l'Union européenne a certes été sollicitée en matière de contrat d'auteur notamment pour rappeler la nécessité d'assurer aux auteurs une rémunération équitable²²⁶⁷, mais celle-ci ne prend pas la peine de déterminer la nature de l'intérêt protégé et donc la nature de l'ordre public sollicité. Néanmoins, l'idée d'un ordre public hybride est présente au sein des conclusions de l'avocat général KOKOTT présentées le 3 février 2011 à propos de l'affaire *Premier League*. Dans ses points n° 178 et s., il rappelle que le droit d'auteur, en raison de son caractère d'ordre public, autorise des restrictions au principe fondamental de libre prestation de services. Dans ses conclusions, l'avocat général estime que le droit d'auteur est bien une raison d'ordre public qui renvoie à la protection de l'intérêt public²²⁶⁸. Bien que cette assertion ébranle fortement notre conception nationale de l'intérêt général, elle n'est pas choquante à l'échelle européenne²²⁶⁹.

B. L'ORDRE PUBLIC RENOUVELÉ

635. Ordre public *in favorem* et hybride. Si l'on admettait que le droit d'auteur soit aussi dominé par des impératifs touchant à l'intérêt général, l'on serait autorisé à penser différemment l'ordre public en matière de contrat d'édition. On pourrait alors inaugurer un ordre public de protection renforcée, qui puiserait sa force et sa légitimité dans l'intérêt général visant à ménager le sort des auteurs. « *Baudruche insaisissable, un ordre public mixte apparaît : mi-direction, mi-protection, à la fois supplétif et impératif* »²²⁷⁰, car bâti sur le constat que la protection de l'auteur participe aussi de l'intérêt général, en assurant une meilleure circulation de la connaissance et de la culture. Bien que la formule semble contradictoire, elle peut s'expliquer. Il s'agirait de parer les dispositions applicables au contrat d'édition des vertus traditionnellement reconnues à l'ordre public de direction et d'asseoir ainsi la protection contractuelle des auteurs sur une impérativité accrue. L'ordre public mixte ou hybride donnerait lieu à

²²⁶⁵ S. REGOURD, « Exception culturelle », *J.-Cl. Communication*, Fasc. n° 7100

²²⁶⁶ Sur la question, v. A. TINEL, « Qu'est-ce que l'exception culturelle ? », *RMCUE* 2000. 78 ; A. KÉRÉVER, « Le GATT et le droit d'auteur international », *RTD com.* 1994, p. 629 : « Ces dernières conventions illustrent une conception du droit d'auteur et voisins associant le droit de propriété intellectuelle, exprimé par des droits exclusifs d'autoriser certains actes d'exploitation de l'œuvre et le droit de la personnalité du créateur (...). Cette double inspiration fait du droit d'auteur une valeur culturelle puisque, dans un monde dominé par l'économie de marché, les prérogatives patrimoniales et morales reconnues aux auteurs sont nécessaires pour assurer la création culturelle et la continuation de l'enrichissement de notre patrimoine littéraire et artistique ». Pour une manifestation concrète de l'exception culturelle, v. par exemple *Gouda c/ Commissariaat voor de Media*, 25 juill. 1991, C-288/89, où la CJCE a estimé qu'une « politique culturelle peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la libre prestation de services ».

²²⁶⁷ Aff. *SGAE*, 7 déc. 2006, C-306/05, pt. 36 ; *Peek & Cloppenburg*, 17 avr. 2008, C-456/06., pt. 37, ainsi que *Football Association Premier League e.a.*, 24 oct. 2011, aff. C-403/08., pt. 186.

²²⁶⁸ Concl. avocat général KOKOTT, pt. 178 : « L'article 52, paragraphe 1, TFUE (anciennement article 56, paragraphe 1, CE), qui, conformément à l'article 62 TFUE (anciennement article 55 CE), trouve à s'appliquer à la libre prestation des services, permet des restrictions justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. En outre, la jurisprudence a déterminé un certain nombre de raisons impératives d'intérêt public susceptibles de justifier les restrictions à la libre prestation des services (64) »

²²⁶⁹ A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, th., Paris I, 2015.

²²⁷⁰ J. DANIEL, « L'ordre public légal ou la tentation du chamane », *JCPS*, n° 16, 25 avr. 2017, p. 1127.

un ordre public de protection renforcée dans la mesure où les effets de l'ordre public de direction ne favoriseraient que l'auteur.

636 Rejet de l'assimilation de l'ordre public hybride aux ordres publics préexistants. Il faudra se garder de confondre l'ordre public *in favorem* avec l'ordre public de protection et l'ordre public de direction.

- On pourrait tout d'abord objecter que notre façon d'apprécier l'ordre public ne renvoie qu'à une forme d'ordre public de protection. En effet, l'ordre public de protection se « propose de rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel »²²⁷¹, si bien que, « derrière toute règle de protection, il y a une considération sociale qui dépasse la prise en compte du seul cas particulier »²²⁷². Ainsi, on trouverait, toujours et en tout domaine, une raison de remplacer l'ordre public de protection par un ordre public hybride. Cette objection doit toutefois être rejetée. Elle repose en effet sur une confusion entre les catégories protégées. Peut-on mettre sur le même plan conceptuel des règles de protection purement privées, comme celles protégeant le consentement en droit des contrats, sociologiquement neutres et philosophiquement centrées sur l'individu, et des règles à visée collective ou catégorielle comme en matière de droit du travail ou de droit d'auteur ? La réponse est, naturellement, négative. Le Professeur CATALA considère qu'une telle assimilation serait « discutable »²²⁷³. Pour cet auteur, il existe des impératifs qui protègent des groupes et des populations indéterminées : les salariés, les locataires, les consommateurs, les assurés, etc. Ces catégories d'anonymes étant potentiellement immenses, la somme de leurs intérêts individuels forme un intérêt collectif dont la satisfaction est un facteur de paix sociale²²⁷⁴. À ce titre, l'assimilation de l'ordre public hybride à l'ordre public de protection doit être rejetée.

- À l'inverse, on pourrait objecter que l'ordre public hybride s'apparente à l'ordre public de direction²²⁷⁵. Rien n'est moins sûr. D'une part, présenter l'intérêt général comme la somme des intérêts particuliers s'avère critiquable²²⁷⁶ et, d'autre part, l'intérêt catégoriel ne recoupe pas, par définition,

²²⁷¹ A. JEAUNEAU, th. préc., n° 384, p. 399.

²²⁷² F. TERRÉ, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. REVET (dir.), Dalloz, Paris, 1996, p. 3, spéc. p. 10 : « Il repose sur le constat que la liberté passe de plus en plus pour être une source de distorsion dans les relations contractuelles, justifiant la protection par l'État de certains contractants : consommateurs, travailleurs, propriétaires, locataires, salariés, commerçants, agriculteurs, etc. » ; P. LECLERCQ « Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique, n° 6 : « En effet, les finalités des règles impératives sont toujours, même lorsqu'elles tendent essentiellement à la protection de certaines catégories de personnes privées, teintées de considérations d'intérêt général, ne serait-ce que le souci d'un équilibre social, voire de la paix sociale, et même, souvent, le respect d'un principe juridique désormais tenu pour être fondamental au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de la CEDH ».

²²⁷³ P. CATALA, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à P. Drai, Dalloz 2000, spéc. n° 2, p. 512.

²²⁷⁴ *Ibid.*

²²⁷⁵ A. MBOTAINGAR, « Bail commercial - Ordre public du statut », *J.-Cl. Commercial*, Fasc. n° 1265, n° 6 : « Ne touche-t-on pas dès lors à l'ordre public qui, d'après la définition, est censé préserver l'intérêt général ; étant précisé que celui-ci est parfois, sinon souvent, défini comme "la somme des intérêts particuliers" ? »

²²⁷⁶ V. en ce sens Conseil d'État, *Rapport, réflexion sur l'intérêt général* : « Deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent. L'une, d'inspiration utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques. Cette approche, non seulement laisse peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'État. L'autre conception, d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société. L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers (...) Nul doute que la tradition française, telle qu'elle s'exprime dans la législation et la jurisprudence, a clairement pris le parti de promouvoir un intérêt général qui aille au-delà d'un simple arbitrage entre intérêts particuliers. Elle s'inscrit, sans conteste, dans la filiation volontariste de l'intérêt général ». Alors que la conception utilitariste se retrouve davantage dans les pays de culture anglo-saxonne marqués par les

l'ensemble des intérêts particuliers. Ainsi, cette objection doit être écartée. Soutenir la consécration d'un ordre public mixte, hybride ou *in favorem* sur la base d'un intérêt catégoriel dont la protection s'inscrirait, au moins en partie, dans l'intérêt général n'a rien d'excessif.

637. Conclusion de section. Les conceptions traditionnelles de l'ordre public présentent des limites dans le domaine du contrat d'édition. Cela tient, pour l'essentiel, à la distinction classique entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Le premier n'a vocation qu'à protéger les intérêts privés du contractant alors que le second repose sur l'intérêt général. Par conséquent, l'ordre public de direction dispose d'un régime plus énergique et donc plus protecteur que son homologue. Une présentation *de lege lata* de l'ordre public en matière de contrat d'édition met alors en lumière une situation paradoxale. En qualifiant de « *protection* » l'ordre public qui règne au sein du contrat d'édition, les magistrats concèdent le fait que les auteurs bénéficient d'une protection moindre. Or, une brève analyse des soubassements de la matière démontre que la protection des créateurs est une cause qui doit également intéresser l'intérêt général, notamment au regard de la dimension régaliennne de la culture et de la connaissance en France. Par conséquent, à la lumière de ce qui existe dans d'autres branches du droit, il convient, *de lege ferenda*, de proposer une lecture originale de l'ordre public. Constatant l'ambivalence du droit d'auteur, l'étude a conduit à militer pour la qualification d'ordre public hybride et *in favorem*. Reste à présenter les diverses manifestations de cet ordre public, qu'elles soient ou non d'ores et déjà présentes au sein du droit positif.

Section II

LES MANIFESTATIONS DE L'ORDRE PUBLIC *IN FAVOREM*

638. Plan. Les manifestations issues de l'ordre public *in favorem* sont de deux ordres. Tout d'abord, l'ordre public doit déterminer les règles applicables au contrat d'édition par des règles de conflits adaptées (§ 1). Ensuite, l'ordre public doit secréter des règles d'ordre substantiel (§ 2).

§ 1. LES RÈGLES CONFLICTUELLES

639. Plan. « *L'habileté des parties ne s'exprime pas nécessairement au stade des qualifications matérielles à donner aux termes de la convention. Les contractants peuvent également se mouvoir dans les espaces ouverts par la logique du conflit de normes* »²²⁷⁷. L'ordre public se doit de corriger certains excès liés à la détermination des lois applicables. Aussi, lorsqu'un contrat d'édition présente des liens d'extranéités, le droit français n'est pas automatiquement compétent. Le caractère international d'un contrat d'édition soulève donc des interrogations légitimes quant aux règles de conflit de lois en droit international (A). Rappelons à cet égard que la propriété intellectuelle est l'un des premiers domaines juridiques à s'être mondialisés. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le droit français serait applicable, la multiplication des règles juridiques, tant en matière de droit d'auteur que de droit civil, ne doit pas conduire à des conflits de normes affaiblissant pernicieusement la protection de l'auteur. L'ordre public *in favorem* doit s'opposer à cette situation, en promouvant une règle de conflit en droit interne propre à notre situation (B).

A. LES CONFLITS DE LOIS EN DROIT INTERNATIONAL

640. Position du problème. Plan. Tandis que la matière des contrats d'auteur s'internationalise, on constate que les textes dévolus au traitement des conflits de lois sont relativement silencieux sur la

écrits fondateurs d'Adam Smith, l'intérêt général "à la française" marque l'influence volontariste du contrat social de Rousseau ».

²²⁷⁷ M. TOUCHAIS, *La règle impérative. Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, th. dactyl., Paris Descartes, 2019, n° 618.

question. Il faut revenir un instant sur ce que l'on entend par contrat international. La question est d'autant plus délicate que les règles ne fournissent aucune disposition. Le règlement Rome I – qui fixe les règles de conflits de lois en droit international privé des contrats – se contente de prévoir à son premier article la règle selon laquelle le « *règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale* ». Le texte reprend mot pour mot les dispositions de la convention de Rome de 1980²²⁷⁸. On s'en tiendra à l'évidence partagée en la matière : aucune définition unitaire du contrat international n'est recensée au sein du droit positif²²⁷⁹. Dès lors, de façon schématique, un contrat d'édition peut être qualifié d'international dès lors que plusieurs législations peuvent prétendre à s'appliquer. Dans cette perspective, le contrat d'édition pose une question aux multiples contingences : quelle est la loi applicable lorsque le contrat présente un caractère international ? Ces questionnements sont d'une incidence fondamentale sur notre objet d'étude dans la mesure où une règle de conflit trop souple offrirait insidieusement les moyens d'éviction du droit d'auteur français. Les textes de référence que sont la convention de Rome et le règlement Rome I n'apportent aucune réponse claire quant au rattachement des contrats d'édition lorsqu'ils présentent des liens d'extranéité. Un examen des règles de conflits de lois s'impose donc. Dans un premier temps, il faudra détailler les règles de rattachement afin d'identifier le droit applicable au contrat d'édition (1) et, dans un second temps, il faudra présenter les mécanismes correcteurs de ce rattachement (2).

1. La détermination du droit applicable

641. Plan. Lorsque le contrat d'édition est international, les règles de rattachement diffèrent selon que les parties ont ou non formalisé le choix de soumettre leur convention à telle ou telle législation. Ces deux situations doivent donc faire l'objet d'un examen autonome. Ainsi, en premier lieu, sera analysée l'hypothèse selon laquelle les parties ont effectué un choix (a) et, en second lieu, il faudra déterminer les règles de rattachement à défaut de choix (b).

a. Le rattachement en présence d'un choix

642. Principe de liberté de choix. Le principe est énoncé par l'arrêt *American trading Co* du 5 décembre 1910, en vertu duquel la loi applicable est celle choisie par les parties²²⁸⁰. Le principe a été repris dans la convention de Rome à l'article 3.1²²⁸¹ avant d'être logiquement réaffirmé au sein du règlement Rome I qui énonce à l'article 3.1 que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* »²²⁸². Ainsi, les parties sont libres de convenir de la loi applicable à leur situation contractuelle par un « *contrat d'electio juris* »²²⁸³ les autorisant à soumettre le contrat à n'importe quel ordre étatique.

643. Contrat d'édition sans loi étatique. La question se pose de savoir si les contrats peuvent être soumis à un ordre juridique qui n'est pas étatique. Si le règlement lui-même ne comprend pas de

²²⁷⁸ Art. 1.1 Convention de Rome de 1980 98/C 27/02 : « *Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles* ».

²²⁷⁹ C. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *RLDA*, n° 46, fév. 2002 Supp., qui, à la question « *quand un contrat est-il international ?* », répond lapidairement : « *Tout dépend* ».

²²⁸⁰ Cass. 1^{re} civ. 5 déc. 1910, *American Trading Co*, *Les grands arrêts du droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 11 : « *La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée* ».

²²⁸¹ Art. 3.1 Conv. Rome : « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ».

²²⁸² Art. 3.1 Règl. Rome I : « *Le contrat est régi par la loi des parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ».

²²⁸³ J. FOYER, « *Le contrat "d'electio juris" à la lumière de la Convention de Rome* », *Mélanges en l'honneur du doyen Loussouarn, L'internationalisation du droit* : Dalloz 1994, 169 s.

règle en la matière, les considérants sont en ce sens. Ainsi, le considérant n° 13 autorise expressément « l'intégration » dans le contrat d'un droit non étatique²²⁸⁴. Le recours à des règles indépendantes de tout for s'avère possible. Le contrat d'édition pourrait être soumis aux principes UNIDROIT²²⁸⁵, voire à la *lex mercatoria*²²⁸⁶. L'hypothèse demeure toutefois discutée tant en droit français qu'en droit étranger²²⁸⁷. En effet, inférer d'un simple considérant une règle de rattachement aux enjeux aussi importants semble délicat²²⁸⁸.

Un autre corpus de règles détaché de tout ordre juridique peut encore trouver à s'appliquer et appelle à des développements isolés : la *lex mediatica*. Selon ses promoteurs, la *lex mediatica* est un corpus de règles matérielles de droit d'auteur à caractère international, dont l'émergence s'est faite de pair avec l'arrivée des satellites. Il s'agirait d'un « avatar » de la *lex mercatoria*²²⁸⁹. Théoriquement, le recours à un tel corpus semble autorisé par le considérant. Néanmoins, un tel rattachement peut s'avérer périlleux. En effet, « l'existence de la *lex mediatica* n'est pas fermement établie » et, à supposer qu'elle le soit, « les règles qui la composent sont parcellaires et ont un contenu incertain »²²⁹⁰. En outre, le recours à la *lex mercatoria* étant sujet à caution, le choix de la *lex mediatica*, qui n'est qu'un avatar imparfait, doit connaître des réserves au moins similaires sinon supérieures. Enfin, le caractère très rudimentaire de ce corps de droit aurait pour effet de dépouiller totalement le contrat d'édition de la protection qu'il est censé reconnaître à l'auteur. En opportunité donc, l'hypothèse d'un tel rattachement doit être repoussée.

b. Le rattachement à défaut de choix

644. Absence de rattachement propre aux contrats d'auteur. À défaut de choix, le rattachement s'avère plus délicat²²⁹¹. Au moment de consacrer le règlement Rome I, un rattachement spécifique dédié au contrat de propriété intellectuelle a été envisagé par les instances européennes. Un article 4.1 f) prévoyait alors que « le contrat portant sur la propriété intellectuelle ou industrielle est [toujours] régi par la loi du pays dans lequel celui qui transfère ou concède les droits a sa résidence habituelle ». Toutefois, les instances européennes ont estimé que la règle de rattachement poserait des difficultés d'articulation avec l'article

²²⁸⁴ Consid. n° 13 Règl. Rome I : « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157, spéc. n° 6.

²²⁸⁵ UNIDROIT, Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 2016, <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>.

²²⁸⁶ À propos de la théorisation de la *lex mercatoria*, v. B. GOLDMAN, « Frontières du droit et “*lex mercatoria*” », *Arch. phil. Dr.*, 1964, p. 177.

²²⁸⁷ F. SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé », *Rev. Québ. Dr. inter.*, vol. 19-2, 2006, p. 35.

²²⁸⁸ Par exemple, au sens des principes d'UNIDROIT, l'application de ce corps de règles peuvent s'incorporer à l'ordre interne sans pour autant le supplanter, UNIDROIT, préc. p. 3 : « une référence faite par les parties aux Principes sera normalement considérée comme un simple accord visant à les incorporer au contrat, alors que la loi régissant le contrat devra encore être déterminée sur la base des règles de droit international privé du for. Le résultat sera que les parties ne seront liées par les Principes que dans la mesure où ceux-ci ne portent pas atteinte aux règles du droit applicable auxquelles les parties ne peuvent déroger ». Sur les difficultés d'une telle situation v. T. AZZI, « Les mutations de la norme en droit international privé », in *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, dir. N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS, *Economica*, coll. Études juridiques, vol. 43, 2011, p. 141.

²²⁸⁹ A. LUCAS, « Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks », WIPO, Group of consultants on the private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through global digital networks, Geneva, december 16, 1998, n° 13 : « “*Lex mediatica*” as a new avatar of the *lex mercatoria* ».

²²⁹⁰ T. AZZI, « Les contrats d'exploitation de la propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », *RIDA* 2007/4, n° 214, p. 3, spéc. n° 10, p. 25.

²²⁹¹ Pour un exposé des règles de rattachement en matière contractuelle, v. J. BEGUIN, M. MENJUCQ, T. AZZI, G. BOURDEAUX, R. DALMAU, D. MAINGUY, T. MASTRULLO, D. MOURALIS, C. NOURISSAT, CH. SERAGLINI, *Traité de droit du commerce international*, LexisNexis, 3^e éd. 2019, n° 531.

4.1 h) – devenu e) – qui énonce une règle de rattachement en matière de contrat de franchise²²⁹². Ce dernier, qui est aussi un contrat contenant un transfert de propriété intellectuelle²²⁹³, connaît un rattachement différent dans la mesure où la loi applicable est la loi du lieu de résidence du franchisé qui s'acquiesce d'une obligation d'exploitation²²⁹⁴. Consacrer une règle de rattachement en matière de droit d'auteur fondée sur la cession des droits, ainsi qu'une autre règle de rattachement pour le contrat de franchise articulée autour de l'obligation d'exploitation, a donc semblé antinomique. Ce conflit a abouti au retrait de la disposition. Les instances ont préféré ne pas remettre en cause la cohérence du rattachement en matière de franchise, alors qu'il eût été parfaitement concevable que la propriété intellectuelle puisse disposer d'un rattachement de principe et d'un rattachement différent en matière de franchise²²⁹⁵.

645. Rattachement à la loi du lieu de résidence de l'auteur. En dépit de l'absence de rattachement prioritaire posé au règlement Rome I, un rattachement du contrat d'édition à la loi du lieu de résidence de l'auteur est possible. Quatre arguments peuvent être développés au soutien de cette règle de conflit de lois.

- En premier lieu, le contrat d'édition ayant été qualifié de contrat de vente avec charge en droit civil²²⁹⁶, il semble possible de rechercher le rattachement posé en matière de vente de biens tel qu'il figure à l'article 4.1 a) du règlement Rome I et qui retient la compétence de « *la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle* »²²⁹⁷. Dans cette hypothèse, la loi applicable est celle du cédant des droits d'édition, à savoir l'auteur. Ce rattachement serait le plus intéressant dans la mesure où la France, qui est connue pour être une terre d'accueil pour les artistes et les créateurs, verrait son ordre juridique fréquemment applicable²²⁹⁸.

- En deuxième lieu, même à considérer que la qualification contractuelle en droit international privé est autonome par rapport aux qualifications internes, l'analyse, en termes de prestation caractéristique à partir de la convention de Rome et du règlement Rome I, doit conduire à un rattachement analogue. L'article 4.1 de la Convention de Rome prévoit que le contrat est soumis à la loi avec lequel il présente « *les liens les plus étroits* »²²⁹⁹. L'article 4.2 énonce que les liens les plus étroits

²²⁹² *Ibid.*

²²⁹³ D. FERRIER, « La franchise : un contrat d'exploitation de droits intellectuels » in *Liber amicorum Georges Bonet*, 2010, Litec, p. 187.

²²⁹⁴ Art. 4. e) Règl. Rome I : « *Le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle* ».

²²⁹⁵ F. FERRARI, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I » in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 18^e année, 2006-2008. 2009* p. 127 : « *À notre avis, la sécurité juridique et la prévisibilité de la loi applicable auxquelles aspire la proposition de règlement Rome I ne sont pas atteintes uniquement par des règles de conflit rigides. En plus, le but d'unification qui anime les règles de l'article 4.1, g) et h) n'exige pas lui non plus une approche nécessairement rigide ; ce but peut également être atteint au moyen de règles plus flexibles* » et d'ajouter pp. 144-145 : « *Malheureusement, même dans le nouveau projet du 30 mars 2007, la règle ne contient plus l'autre règle en matière de contrat avec lequel une partie cède des droits de propriété intellectuelle et industrielle parce qu'il y avait un conflit entre les deux règles* ».

²²⁹⁶ *Supra* n° 401 et s.

²²⁹⁷ Sur les différentes méthodes de rattachement à défaut de choix au sein des contrats de vente, v. T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2169 : « *Il s'agit d'une reprise de l'article 4.2 de la convention de Rome qui conduit déjà à cette solution, la prestation du vendeur étant considérée comme caractéristique* ».

²²⁹⁸ F. TALIANO-DES GARETS, *Un siècle d'histoire culturelle en France : de 1914 à nos jours*, Armand Colin, Paris, 2019.

²²⁹⁹ Art. 4.1. Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Remplacée par règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008 entre les États membres) : « *Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».

doivent être déterminés à l'aune de la prestation caractéristique²³⁰⁰. Ce second principe a été repris dans le règlement Rome I du 17 juin 2008²³⁰¹. Alors que le considérant 19 du règlement fait état de la nécessité de recourir à l'analyse de la prestation caractéristique²³⁰², l'article 4.2 prévoit expressément le rattachement à « *la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* »²³⁰³.

Pour déterminer la loi applicable en matière de contrat d'édition, « *il est donc indispensable de savoir qui du cédant ou du cessionnaire du monopole est le débiteur de cette prestation, puisque la loi du pays où il demeure va s'appliquer* »²³⁰⁴. Une première théorie consiste à qualifier de caractéristique la prestation de l'auteur qui cède les droits d'édition. Cette théorie reviendrait à mettre en œuvre le rattachement applicable en matière de vente. Une seconde théorie suppose d'ériger l'exploitation menée par l'éditeur en prestation caractéristique. Autant le reconnaître, ce rattachement semble avoir les faveurs des juges du fond²³⁰⁵. Dans l'arrêt *Martinelli et Meazza* du 2 avril 2003, la cour d'appel de Paris a ainsi clairement marqué sa préférence. Les faits de l'espèce relevaient du cas d'école. Un contrat d'édition avait été conclu dans les années 1980 entre des photographes italiens et une société d'édition basée à Hong-Kong pour des illustrations de l'Inde et de l'Irlande. Un litige a été porté devant les juridictions françaises. En l'absence de clause d'*electio juris*, il revenait donc aux juges français de choisir l'ordre juridique compétent. Considérant la Convention de Rome, les juges ont dû déterminer la prestation caractéristique. La cour d'appel a estimé qu'« *il n'[était] pas contestable que cette société, en sa qualité d'éditeur, [était] débitrice de la prestation caractéristique desdits contrats* » et a retenu la loi anglaise²³⁰⁶. Le coup asséné au rattachement par la prestation du cédant semblait dépourvu d'équivoque, d'autant que d'autres décisions de justice allaient en ce sens²³⁰⁷. Toutefois, comme l'a écrit le Professeur LUCAS au moment d'annoter l'arrêt : « *On n'est pas obligé de se laisser impressionner par cette affirmation péremptoire* »²³⁰⁸. Pour contester l'assertion de la cour d'appel, un argument déterminant doit être évoqué. Ainsi que le rappelle le Professeur AZZI, « *le contrat d'édition et le contrat de production audiovisuelle devraient être régis par le droit en vigueur dans le pays où est établi le cessionnaire, car ils comportent une telle obligation du moins selon la loi française. (...) Cependant ce rattachement crée un "cercle vicieux" : pour connaître la loi applicable, il est nécessaire de savoir si le contrat comporte une*

²³⁰⁰ Art. 4. 2. Convention de Rome préc. : « *Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale* ».

²³⁰¹ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

²³⁰² Considérant n° 19 : « *En l'absence de choix, la loi applicable au contrat doit être déterminée en suivant la règle prévue en fonction des catégories de contrat. Lorsque le contrat ne peut être classé dans l'une des catégories définies, ou que ses caractéristiques le font appartenir à plusieurs des catégories définies, le contrat devrait être régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle. Dans le cas d'un contrat consistant en un faisceau de droits et d'obligations qui peuvent être rattachés à plusieurs des catégories de contrat définies, la prestation caractéristique du contrat devrait être déterminée par rapport à son centre de gravité* ».

²³⁰³ Art. 5.2 : « *Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à b) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* ».

²³⁰⁴ T. AZZI, « Les contrats d'exploitation de la propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », *RIDA* 2007/4, n° 214, p. 3, spéc. p. 29.

²³⁰⁵ J. C. GINSBURG, Réunion informelle *ad hoc* sur la protection des interprétations et exécutions audiovisuelles étude de l'OMPI sur le transfert des droits des artistes interprètes aux producteurs de fixations audiovisuelles : instruments multilatéraux ; États-Unis d'Amérique ; France, Genève, 18-20 juin 2003, p. 126.

²³⁰⁶ Paris 4^e ch. A, 2 avr. 2003, *A. Martinelli et R. Meazza c/ Éditions Gallimard et autres*, *Propriété intellectuelle* 2003/4, p. 392, A. Lucas.

²³⁰⁷ Nous nous référerons aux précieuses références citées par le Professeur A. LUCAS (note préc.) qui cite : TGI Paris 3^e ch., 14 avr. 1999, *G. Malaussena c/ Millenxetautres*, inédit : « *En l'absence de choix des parties, l'intégralité des relations contractuelles dont le centre de gravité est en Allemagne entre l'éditeur allemand, d'une part, G. Malaussena et F. Artaud, d'autre part, est régie par la loi allemande* » ; Paris 4^e ch., 2 juin 1999 : *RIDA* janv. 2000/1, n° 184, p. 302, (« *la prestation caractéristique, à savoir l'édition et la diffusion de la revue, était fournie par l'éditeur* »).

²³⁰⁸ A. Lucas, note. préc. p. 394.

obligation d'exploitation, mais pour savoir si le contrat comporte une obligation d'exploitation, il faut précisément interroger la loi qui lui est applicable »²³⁰⁹. Ce caractère circulaire de l'opération de qualification doit conduire au rejet de cette méthode de qualification.

- En troisième lieu, la doctrine a fait valoir qu'il est difficilement justifiable de distinguer les rattachements entre les cessions simples et les cessions assorties d'une charge. Si, en matière de vente simple des droits d'exploitation, la prestation caractéristique est la cession – donnant compétence à la loi du lieu de résidence de l'auteur cédant –, alors ce rattachement doit s'appliquer par capillarité aux cessions avec charge et par conséquent au contrat d'édition²³¹⁰.

- En quatrième et dernier lieu, la métonymie induite par l'appellation de « *contrat d'auteur* » doit conduire à articuler la qualification contractuelle autour de la personne de l'auteur. Le centre de gravité des contrats d'édition doit donc être ramené vers l'auteur, si bien que l'examen de la prestation caractéristique doit incliner en faveur de la cession des droits.

2. Les facteurs de correction du rattachement en cas d'éviction du droit d'auteur français

646. Plan. Lorsque les règles de conflit de lois ne donnent pas compétence à l'ordre juridique français mais que le juge français est saisi pour trancher le litige, des mécanismes correcteurs permettent malgré tout de faire application du droit d'auteur français. Certains d'entre eux sont envisageables quelle que soit la règle de rattachement sollicitée (a) alors que d'autres doivent être appliqués uniquement lorsque l'on est face à un choix de lois par les parties (b).

a. Les facteurs de correction commun à tous les rattachements

647. Annonce. Lorsque le juge français est amené à trancher un litige soumis à une législation étrangère, il ne peut pas faire fi de considérations particulièrement impératives existant au sein de son ordre interne. Il est donc tenu d'appliquer d'autorité les règles qui prolongent ces considérations impératives. Sont concernées ici les lois de police. En outre, lorsque le juge français constate que l'application de la loi étrangère conduit à des solutions manifestement contraires à l'ordre public, il peut user de l'exception d'ordre public international. Reste à savoir si le droit du contrat d'édition peut se résoudre à l'une ou l'autre catégorie.

648. Lois de police. Au sens du règlement Rome I, on entend par loi de police « *une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* »²³¹¹. La disposition fait référence à FRANCESKAKIS qui définissait les lois de police comme celles « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* »²³¹². Lorsqu'un contentieux porté devant les juges français met en cause ces considérations, les règles de police s'appliquent d'autorité avant même

²³⁰⁹ T. AZZI, art. préc.

²³¹⁰ A. LUCAS, « Droit international. – Droit commun. – Règles de conflit de lois. Règles directement applicables », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1911 : n° 8 : « *Enfin et surtout, d'un point de vue rationnel, il est difficile de comprendre pourquoi la prestation du cédant est caractéristique du contrat en cas de cession pure et simple, alors qu'il est normalement de l'intérêt du cessionnaire d'exploiter, et pourquoi elle cesse de l'être du seul fait que ce cessionnaire contracte une véritable obligation à cet égard (Comp. S. Raimond, op. cit., n° 531, qui relève que "du point de vue de l'exploitant, la signification économique de l'exploitation change assez peu selon qu'elle est laissée à sa discrétion ou, au contraire, imposée")* ».

²³¹¹ Art. 9 Rég. Rome I.

²³¹² Ph. FRANCESKAKIS « Quelques précisions sur "les lois d'application immédiate" et sur leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. Crit. DIP*, 1966, p. 1.

que la règle de conflit de lois soit mise en œuvre²³¹³. Dès lors, les règles du for saisi peuvent trouver à s'appliquer sous l'impérativité de ces dispositions, alors même que la règle de conflit de lois avait évincé leur ordre juridique.

En matière de contrat d'auteur, l'affaire *Huston* a déjà donné lieu à l'application de la théorie des lois de police. Les faits de l'affaire étaient les suivants²³¹⁴ : le contentieux concernait le film *Asphalt Jungle* tourné en 1950 aux États-Unis en noir et blanc. Dans les années 80, le film a fait l'objet d'un processus de colorisation, contre la volonté de John Huston et de Ben Maddow, respectivement auteur et scénariste de l'œuvre. Le film devant être diffusé en France sur « La Cinq », les héritiers Huston ont décidé d'agir en justice sur le territoire français pour faire interdire la diffusion en faisant valoir leur droit moral. Les défendeurs, « La Cinq » et la société « *Turner Entertainment* », ont rétorqué que la loi américaine étant applicable au litige, les héritiers de l'auteur étaient dépourvus de droit moral. Alors que la cour d'appel avait retenu l'argument des défendeurs en appliquant purement le droit américain, la Cour de cassation répond que selon le droit français, seul l'auteur est investi du droit moral²³¹⁵. Elle ajoute surtout que « ces règles sont des lois d'application impérative »²³¹⁶. Le droit d'auteur est donc susceptible de se réclamer des lois de police. Toutefois, l'arrêt *Huston* n'a pas levé toutes les difficultés dans la mesure où les magistrats se sont prononcés sur le droit contractuel de façon très indirecte. L'arrêt portait en premier lieu sur le droit moral. L'arrêt *Martinelli et Meazza* déjà cité²³¹⁷ rendu par la cour d'appel de Paris semble avoir brisé les espoirs suscités par l'arrêt *Huston*. En effet, au cours de cette affaire, dans laquelle des photographes italiens avaient conclu un contrat d'édition avec une société d'édition hongkongaise, les auteurs ont demandé l'application d'autorité de la « *lex loci protectionis* ». Derrière l'expression employée, était visé le concept de lois de police. Les auteurs exhortaient donc les juges français à appliquer d'autorité le droit français au contrat d'édition en tant que loi de police. Les magistrats ont estimé qu'il n'y avait aucune raison de « rattacher les accords en cause à la loi française »²³¹⁸. Indirectement, les juges ont donc conclu au rejet de la qualification de loi de police à propos des règles régissant le contrat d'édition.

649. Ordre public international. Le juge du for saisi peut écarter la loi normalement applicable « si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for »²³¹⁹. Comme les lois de police, cette exception dite d'« ordre public international » permet au juge saisi de neutraliser la loi applicable au profit de son droit dans certaines hypothèses²³²⁰. Toutefois, à la différence des lois de police, l'ordre public se signale par le fait qu'il n'agit pas d'autorité, mais uniquement au regard de la solution à laquelle aboutit l'application de la loi normalement désignée²³²¹. Le droit du contrat d'édition est-il susceptible

²³¹³ P. MAYER, « Les lois de police », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, hors-série, 1988. Journée du Cinquantenaire. p. 105 : « être "pour" ou "contre" la méthode des lois de police signifie en réalité être pour ou contre une dérogation à la méthode du conflit de lois » (p. 107). (...) « Il n'est guère contestable que, si le législateur du for estime qu'un intérêt pressant s'attache au respect de l'une de ses lois dans une situation déterminée, la loi doit être appliquée, même si la situation relève normalement de la compétence d'une loi étrangère » (p. 108).

²³¹⁴ Civ. 1^{re} 28 mai 1991 *JCP E* 1991, 220, note J. C. Ginsburg et P. Sirinelli ; *JCP* 1991 II p. 2131 note A. Françon ; *RIDA* 1991/4 n° 150, p. 3. note J. C. Ginsburg et P. Sirinelli ; *JDI* 1992, p. 133, note B. Edelman ; *D.* 1993, p. 197. note J. Raynard ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle (GAPI)*, M. VIVANT (dir.), 3^e éd., Dalloz, 2019, n° 33, T. Azzi.

²³¹⁵ *Ibid.* : « aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'État sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois ; (...) que la personne qui en est l'auteur du seul fait de sa création est investie du droit moral institué à son bénéfice ».

²³¹⁶ *Ibid.*

²³¹⁷ *Supra* n° 645.

²³¹⁸ Paris, 4^e ch., 2 avr. 2003, *A. Martinelli et R. Meazza c/ Éd. Gallimard et a*, préc.

²³¹⁹ Art. 21 Règl. Rome I : « L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

²³²⁰ N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, th. dactyl. Strasbourg III, 2003.

²³²¹ *Ibid.*, n° 293, p. 160 : « De manière classique, la rigidité des lois de police est opposée à la souplesse de l'exception d'ordre public international, en raison des modes d'intervention des notions, les premières s'appliquant a priori, avant le jeu de la règle de conflit bilatérale et donc avant toute possibilité d'ouverture vers les ordres juridiques étrangers, la seconde

de conférer une assise suffisante au point d'être qualifié d'ordre public ? Compte tenu de la règle qui suppose de prendre en compte l'application réelle d'une norme, un examen individuel des principes doit être effectué. À cet égard, les choses semblent assez compromises. En effet, que l'on prenne l'obligation d'exploitation, la rémunération proportionnelle ou équitable, voire le principe de destination, le caractère manifestement incompatible peine à être établi. Le droit d'auteur français ne prohibe pas les cessions simples dépourvues d'obligation d'exploitation. Il tolère les cessions de droit à titre gratuit et il est possible de céder l'ensemble des droits sur une œuvre pour tout le territoire et pour toute la durée du monopole d'exploitation. À ce titre, l'application d'une disposition étrangère qui porterait atteinte aux grands principes du contrat d'édition ne devrait pas créer de situations manifestement incompatibles avec le droit français.

b. Les facteurs de correction propres au choix de loi

650. Problème. Annonce. Le principal inconvénient des règles de rattachement et des facteurs classiques de correction réside dans le fait que la clause d'*electio juris* ne peut pas être remise en cause. Cette dernière matérialisant la volonté des parties, sa portée ne peut pas être limitée. Pourtant, parmi les problèmes qui ne manqueront pas de se présenter, se trouve le fait que l'éditeur, en situation de force, peut imposer le cas échéant une loi qui lui est plus favorable que la loi française²³²². Deux hypothèses sont concevables afin de pallier ces incertitudes. Soit le rattachement à une loi autre que le droit français est manifestement artificiel au regard de l'absence d'extranéité réelle que présenterait le contrat d'édition. Dans ce cas, le règlement Rome I prévoit une réserve de proximité qui devrait s'appliquer. Soit l'extranéité est bien réelle et, dans ce cas, la validité de la clause d'*electio juris* n'est pas contestable si ce n'est par la réalisation d'un rattachement *in favorem* qu'il faut alors forger sur le modèle des règles applicables au contrat de consommation et au contrat de travail.

651. De lege lata : le choix d'une loi étrangère dans un contrat purement interne. La convention de Rome et le règlement Rome I ont naturellement anticipé l'hypothèse d'un rattachement opéré par les parties : « *Parce qu'il ne saurait devenir un outil d'évasion du droit national, le droit international privé doit reconnaître à toute règle étatique impérative, quelle qu'elle soit, un champ minimal d'applicabilité de plein droit* »²³²³. Les règles impératives en matière de contrat d'édition sont principalement celles qui touchent à la rémunération de l'auteur, au principe de l'obligation d'exploitation et à l'engagement de l'auteur. Les rédacteurs du règlement Rome I n'ont pas négligé la situation en consacrant à l'article 3 §3 une règle de protection des dispositions dont l'impérativité est uniquement interne. L'article prévoit que : « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un autre pays que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* ». La création artificielle de rattachements ayant pour effet de remettre en cause le droit censé s'appliquer n'est donc pas possible²³²⁴.

Ce principe de proximité connaît un échelon communautaire qu'il ne faudrait pas négliger en notre matière. Effectivement, depuis la directive du 17 avril 2019, les principes cardinaux du contrat d'édition que sont l'obligation d'exploitation, la rémunération des titulaires de droit ou la reddition de

permettant au contraire aux normes étrangères d'intervenir, même si cela se fait de manière conditionnelle, les solutions du for l'emportant en cas de contrariété ». Dès lors que l'ordre public international réagit de façon pragmatique sa mise en œuvre est totalement libre contrairement aux lois de police, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, T. 1, 8^e éd., n° 364, p. 585 : « *Il y a là une différence caractéristique entre le jeu de l'ordre public et celui d'une règle de rattachement ou d'une loi de police. Si la règle de rattachement ou la loi de police a changé entre la naissance des faits litigieux et le procès, le tribunal devra éventuellement appliquer celle qui était en vigueur à l'époque des faits en question* ».

²³²² CSPLA, *Rapport de la commission spécialisée portant sur la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique*, p. 9 : « *La loi du contrat n'est pas toujours véritablement "choisie" par les deux parties. Elle n'est bien souvent que la résultante d'un rapport de forces entre les cocontractants* ».

²³²³ L. d'AVOUT, « *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I* », *D.* 2008, p. 2165, n° 4.

²³²⁴ *Ibid.*, n° 6 : « *Une telle faculté, il est vrai étonnante en théorie, n'est reconnue qu'autant qu'elle est pratiquement rendue nécessaire par l'incertitude objective qui procède de l'internationalité de la situation* ».

comptes concourent dorénavant à l'ordre public européen²³²⁵. À ce titre, le considérant 81 de la directive rappelle expressément que « *les dispositions concernant la transparence, les mécanismes d'adaptation du contrat et les procédures extra-judiciaires de règlement des litiges figurant dans la présente directive devraient revêtir un caractère obligatoire et les parties ne devraient pas pouvoir déroger à ces dispositions* ». L'article 3 §4 prévoit alors que : « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État du for* ». La disposition prend en compte l'acquis communautaire et consacre l'arrêt *Ingmar*²³²⁶.

La règle a donc pour effet de limiter les effets pervers dus au choix de lois.

Aussi pertinent soit-il, le principe de proximité connaît une limite propre à son énoncé. Puisque tous les éléments contractuels doivent être situés sur un même territoire, il suffirait pour l'éditeur de commercialiser les exemplaires à l'étranger pour que le contrat prenne un caractère international. L'hypothèse n'est pas d'école dans la mesure où l'éditeur peut aisément feindre de commercialiser l'œuvre à l'étranger par le biais d'Internet. Pour cette raison, le principe de proximité peut s'avérer limité dans sa capacité à mettre en échec un rattachement abusif.

652. De lege feranda : l'extension des règles de protection de la partie faible issues du règlement Rome I. Saisi en 2003 pour avis sur la question de la détermination de la loi applicable au contrat d'auteur, le CSPLA a estimé « *qu'il serait injustifié en droit et très délicat en pratique de déroger au principe d'autonomie pour assurer une protection systématique de la partie faible dans les contrats dits "non négociés"* »²³²⁷. Force est pourtant de constater que le règlement Rome I a prévu des dispositions protectrices de la partie faible qui globalement reprennent les règles de la Convention de Rome de 1980²³²⁸. La détermination des règles en faveur du consommateur et du salarié doit être brièvement développée.

- Pour le consommateur, l'article 6 § 2 prévoit que « *les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3* ». Il précise aussi que « *ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1* ». « *Dans ce type de contrats, c'est la loi de l'acheteur (partie la plus faible) qui devrait normalement l'emporter sur celle du vendeur* »²³²⁹. En cas de choix d'une autre loi, le texte prévoit donc un retour aux règles relevant du lieu de résidence du consommateur toutes les fois où ces dernières s'avèrent plus favorables.

- De la même façon, il est prévu en matière sociale que « *le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article* »²³³⁰, qui est généralement la loi du lieu d'accomplissement du travail.

²³²⁵ E. TREPPOZ : « Premiers regards sur la directive », *JCP E.* 2019, n° 27, p. 1343 : « *En droit interne, cette impérativité a pour conséquence de rendre toute disposition contractuelle contraire. (...) En droit européen, l'un des apports du règlement Rome I fut de limiter l'autonomie de volonté au sein des contrats internationaux intra-unionistes, par les dispositions européennes impératives. En l'espèce, les articles 19, 20 et 21 s'analysent en des dispositions européennes auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord* ». A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, Univ. Panthéon-Sorbonne, 2015, n° 308, p. 242.

²³²⁶ Aff. C-381/98, 9 nov. 2000, *Ingmar*, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 112, L. Idot.

²³²⁷ CSPLA, *Rapport préc.* p. 10.

²³²⁸ O. BOSKOVIC, *La protection de la partie faible dans le règlement Rome I*, *D.* 2008, p. 2175 : « *Beaucoup de bruit pour presque rien. C'est ainsi que l'on pourrait résumer le processus d'élaboration des règles de conflit relatives aux contrats conclus par une partie faible contenues dans le règlement Rome I* ».

²³²⁹ M. GIULIANO et P. LAGARDE, *Rapport commentant le règlement Rome I*, *JOUE*, 31.10.80, p. 23.

²³³⁰ Art. 8.1 Règl. Rome I.

Dans les deux cas, les instances européennes ont décidé de déroger aux règles de rattachement par le biais d'une règle originale qui instaure en faveur de la partie faible un plancher de protection *in favorem*. Dès lors, l'argumentation déployée par le CSPLA ne constitue pas un obstacle insurmontable. L'esprit de ces règles correspond ainsi à l'esprit de l'ordre public *in favorem*. En s'inspirant de ces dispositions, la règle de rattachement en matière de cession de droits d'auteur pourrait être formulée de la façon suivante :

« *Le contrat emportant transfert de droits d'auteur est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver l'auteur ou le titulaire de droits de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi où il a sa résidence habituelle* ».

S'il est prétentieux au sein de la présente étude d'en appeler aux instances européennes afin qu'une telle règle soit consacrée, peut-être qu'à terme le Législateur prendra la mesure du phénomène et se décidera à construire un tel régime en faveur des auteurs.

B. LES CONFLITS DE LOIS EN DROIT INTERNE

653. Position du problème : la multiplication des normes. Si la prolifération des corps de règles enrichit le régime juridique du contrat d'édition, elle risque par là même d'accroître la difficulté de résolution des litiges²³³¹. Les litigants devront redoubler de vigilance au moment d'énoncer les moyens légaux au support de leurs prétentions, notamment lorsque l'exploitation litigieuse portera sur une œuvre complexe, ou qu'elle concernera simultanément sur plusieurs œuvres de nature formelle différente²³³². Au fil du temps, cette multiplication des normes peut engendrer un problème d'articulation²³³³, celles-ci pouvant entrer en conflit.

654. Définition du conflit de lois en droit interne. Un conflit est « *une rencontre provoquant une opposition* »²³³⁴. Les conflits de normes en droit interne sont ceux qui accouchent d'une contrariété substantielle entre les deux normes. Il est alors « *impossible de les appliquer simultanément, que ce soit de manière cumulative ou alternative* »²³³⁵. Dès lors, deux dispositions qui énoncent sensiblement la même règle n'entrent pas en conflit en l'absence de contrariété substantielle. Il s'agit simplement d'une redondance. C'est le cas par exemple du principe de rémunération proportionnelle prévu aux articles L. 131-4 CPI et L. 132-5 CPI qui énoncent le principe de la rémunération proportionnelle à des endroits différents du CPI. À lire les membres de la Commission de codification, il ne faut pas attacher trop de conséquences à ce genre de redondances²³³⁶. En revanche, lorsque les deux dispositions qui trouvent à s'appliquer énoncent des règles au contenu différent, il y a lieu de parler de conflit.

Pour illustrer les difficultés tenant au conflit de lois internes, un exemple suffira : l'article L. 132-16 CPI et les articles 1216 et 1216-1 Code civil édictant chacun une règle particulière en matière de

²³³¹ P. DEUMIER, « Rapport sur la lutte contre l'inflation législative : enjeux et portée ? », *D.* 2013, p. 1264 ; J.-J. URVOAS, « L'aggiornamento nécessaire de la Cour de cassation », *D.* 2018, p. 1087 : « *Stable tout au long du XIX^e siècle, le nombre d'affaires nouvelles était, en effet, passé de 5 000 en 1900 à 30 000 en 2000, en raison notamment de la judiciarisation croissante de la société et d'une inflation normative qui n'a cessé de s'intensifier. À tel point qu'au commencement du XXI^e siècle, la Cour s'est trouvée menacée d'asphyxie – 40 824 dossiers restant, à titre d'exemple, à traiter au 31 décembre 2000* ».

²³³² *Supra* n° 249 et s.

²³³³ P. SIRINELLI, « De quelques observations sur le temps en droit d'auteur à propos de la réforme du contrat d'édition », *Mélanges André Lucas*, LexisNexis, 2013, p. 683 ; P. SIRINELLI, « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue du juriste », *Prop. Intell.*, 2007, n° 25, p. 397, spéc. p. 399.

²³³⁴ Larousse, sous occurrence « *Conflit* ».

²³³⁵ C. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009, n° 386, p. 497.

²³³⁶ G. BRAIBANT, « La commission supérieure de la codification », in *La Codification*, B. BREIGNIER (dir.), Dalloz, Paris, 1996, p. 97, spéc. p. 101.

cession de contrat²³³⁷. Ainsi l'article L. 132-16 CPI énonce que « 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 ». L'accord de l'auteur est requis à peine de nullité pour toute cession du contrat d'édition. L'article 1216 Code civil prévoit qu'un « contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte ». *A priori*, ces deux articles n'entretennent pas de contrariété. Néanmoins, l'article 1216-1 Code civil prévoit qu'à défaut d'accord du cédé, « le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat ». Ainsi, à défaut d'accord, la cession de contrat reste valable mais le cédant demeure tenu à l'égard du cédé. En somme, les dispositions ont toutes vocation à s'appliquer mais ne conduisent pas à des effets juridiques similaires. Il y a donc conflit. Dans cette hypothèse, deux règles de conflit ont vocation à s'appliquer et conduisent à des solutions différentes.

655. Proposition de solution : une règle de conflit « intelligente ». En principe, l'articulation entre le droit commun et le droit civil des contrats obéit à une logique de « suppléativité »²³³⁸ matérialisée par l'adage « *specialia generalibus derogant* » sur lequel s'est appuyée la Cour de cassation²³³⁹ et consacré à l'article 1105 Code civil²³⁴⁰. Cette disposition, dont on a écrit qu'elle « restaur[ait] le droit commun »²³⁴¹, réhabilite l'image dépeinte par le Professeur LEQUETTE qui figure le Code civil comme le code pilote, les autres étant des « codes suiveurs »²³⁴². Pour répondre aux problèmes potentiels liés à la multiplication des normes dans le droit de l'édition, une règle de conflit « *d'intelligente* » doit être promue.

656. Application du principe de faveur et éviction de *specialia*... Lorsque les dispositions sont en conflit, est-il possible d'instituer, en matière de contrat d'édition, une règle qui écarte le principe *specialia*... au profit d'un principe *in favorem auctoris* ? La règle de conflit *in favorem auctoris* aurait pour effet

²³³⁷ V. SERFATY, « La protection de l'auteur par le droit commun réformé des contrats, entre complémentarité et conflit avec le droit spécial », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, L. ANDREU et L. MIGNOT (dir.), Institut universitaire Varenne, 2017, p. 149.

²³³⁸ *Rapport remis au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « Dans la tradition du Code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné ». Pour une critique de l'assertion, v. A.-S. CHONE-GRIMALDI, J. DARMON, J.-P. GRANDJEAN, « Aménager le droit des contrats », *JCP E* n° 25, 23 Juin 2016, p. 1374.

²³³⁹ Civ. 3^e, 26 janv. 2017, n° 15-27.580, *D.* 2017, p. 388, note V. Pezzella ; *ibid.* 1149, obs. N. Damas ; Com. 8 févr. 2017, n° 15-23.050, *D.* 2017, p. 404.

²³⁴⁰ Art. 1105 al. 3 Code civil : « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». Rappelons tout de même que cette disposition aurait pu ne jamais voir le jour, le législateur ayant un temps pensé à ne pas reconduire l'ancienne article 1107 du Code civil (v. N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015, p. 699 ; N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », *RDC* 2015, p. 810 ; Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, p. 616), avant qu'il ne soit réintroduit presque *in extremis* au sein de l'ordonnance (v. M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 494, n° 9).

²³⁴¹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, Hors collection, 2016, n° 113 s. ; v. également O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis 2016, p. 51.

²³⁴² Y. LEQUETTE « Y aura-t-il en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC*, 2015/3 p. 616 : « Pourquoi ce texte est-il essentiel ? Parce qu'il confère aux dispositions du titre III du Livre III le caractère de droit commun du contrat. Il marque très clairement qu'en matière de contrat, le Code civil est le code pilote et que les autres lois et codes – Code de commerce, Code de la consommation, Code de la construction, Code de la propriété intellectuelle, Code monétaire et financier, etc. – ne sont que des codes d'application, des codes suiveurs ».

de rendre applicable la disposition la plus favorable à l'auteur, sans avoir à rechercher quelle est la règle spéciale et la règle générale. À notre avis, le constat d'un ordre public *in favorem* doit conduire à une réponse positive. La règle ne doit pas choquer dans la mesure où elle existe dans d'autres matières, notamment en droit social.

En effet, cette matière connaît plusieurs spécificités normatives, parmi lesquelles le « *principe de faveur* » à l'adresse du salarié. Pour le Professeur SUPIOT, il est « *la clé de voûte du droit du travail français* »²³⁴³, non pas qu'il se contente d'établir le départ entre ce qui est admis et ce qui est prohibé, mais parce qu'il institue une tendance qui irrigue l'ensemble de la matière. Elle est « *une opinion méta-juridique sur les caractères essentiels du droit du travail* »²³⁴⁴. Pour Monsieur TOUCHAIS « *on peut ainsi penser que le principe de faveur s'épanouit naturellement à travers des rapports contractuels déséquilibrés et la défense d'intérêts catégoriels justifiée par la faiblesse d'une des parties au contrat* »²³⁴⁵. Il prend alors l'exemple du droit des baux commerciaux et du droit d'auteur pour illustrer le fait qu'en ces matières identifiables par la présence d'une partie faible, le principe de faveur « *semble constituer la matrice d'un mode original de dérogation aux lois* »²³⁴⁶. Pour le Professeur LIBCHABER, la généralisation du principe serait « *d'application délicate (...) la prévisibilité du droit n'y trou[ant] pas son compte* »²³⁴⁷. Pour cause, le Professeur GOLDIE-GÉNICON fait valoir deux écueils sous forme de questions, afin de rejeter l'idée d'une généralisation trop audacieuse du principe de faveur : « *Quelle est, d'une part, la partie faible ? Et quelle est, d'autre part, la norme qui est la plus favorable* »²³⁴⁸ ? La règle entraînerait une « *casuistique sans fin* »²³⁴⁹ pour déterminer la partie faible.

Concernant le contrat d'édition, ces critiques paraissent infondées, la partie faible étant l'auteur ou l'ayant droit qui lui est assimilé. Quant à la question de la détermination de la norme la plus favorable, une protection optimale impose de retenir une approche *in concreto*, consistant à apprécier *in melius* les dispositions en fonction du contentieux. Ainsi, il n'y aurait pas de dispositions abstraitement favorables, simplement des règles qui, le cas échéant, seraient davantage aux demandes de l'auteur²³⁵⁰. À titre d'exemple, dans l'hypothèse d'un conflit en matière de cession du contrat d'édition entre l'article L. 132-16 CPI et 1216-1 Code civil, en fonction des prétentions de l'auteur, ce dernier pourrait se prévaloir de l'une ou l'autre disposition. De la même façon, lorsque l'auteur a cédé ses droits sur l'ensemble de ses œuvres futures, un conflit peut advenir entre l'article L. 131-1 CPI, qui prohibe de telles cessions, et l'article 1163 du Code civil qui, prévoit expressément que l'objet de la prestation peut être présent ou futur.

657. Exception : retour du principe *specialia*... Lorsque le concours normatif intéresse une norme spéciale protégeant « *purement* » l'intérêt général, la maxime *specialia generalibus derogant* doit retrouver sans réserve son plein empire. Dans cette hypothèse, l'observation de la règle spéciale ayant vocation à protéger l'intérêt de tous ne devrait souffrir d'aucune exception y compris lorsqu'une autre disposition ménagerait davantage les intérêts de l'auteur. Ici, le résultat du conflit doit être invariablement le même : la règle protégeant l'intérêt général doit l'emporter et évincer les autres dispositions concurrentes. Pour illustrer ce point, prenons les règles relatives à la chronologie des médias dont on a noté qu'elles concourent à l'ordre public trouvant à s'appliquer en matière de contrat

²³⁴³ A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, PUF, 2002, Quadrige, p. 139.

²³⁴⁴ F. GAUDU, « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 363.

²³⁴⁵ M. TOUCHAIS, *th. préc.* n° 346.

²³⁴⁶ *Ibid.*

²³⁴⁷ R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792 : « *La solution des conflits de normes n'est donc pas une question dont on puisse traiter avec assurance : le droit social la prend en charge en s'aidant d'un incertain principe de faveur, au fonctionnement délicat ; le droit privé général s'y affronte sans méthode d'ensemble permettant à coup sûr de surmonter les antinomies* ».

²³⁴⁸ Ch. GOLDIE-GÉNICON, *th. préc.* n° 338, p. 439.

²³⁴⁹ *Ibid.*, n° 339, p. 440.

²³⁵⁰ Il faut néanmoins reconnaître que la Chambre sociale semble opter pour une approche plus abstraite en comparant entre eux les corps de règles qui prétendent s'appliquer.

d'édition²³⁵¹. L'auteur ne saurait reprocher un quelconque manquement à l'obligation d'exploitation continue de son éditeur lorsque ce dernier se contente d'observer scrupuleusement une prescription d'intérêt général qui lui interdit temporairement toute forme d'exploitation, telle que la chronologie des médias. Certes, l'auteur peut avoir un intérêt particulier à ce que son film soit exploité directement sous la forme d'exemplaires – par exemple parce que la rémunération décidée dans le contrat d'édition serait plus élevée qu'en matière d'exploitation en salle ou par exemple parce qu'il estime que le film connaîtrait un succès plus important en VOD ou en DVD –, mais la protection de la filière cinématographique conduit à la primauté des règles relatives à la chronologie des médias.

§ 2. LES RÈGLES SUBSTANTIELLES

658. Méthodologie. Plan. La situation de principe étant celle d'un auteur traitant avec un commerçant, la plupart du temps personne morale, le contrat d'édition est un acte mixte : civil pour l'auteur et commercial pour l'éditeur. La Cour de cassation l'a d'ailleurs expressément rappelé²³⁵². « *Soumis à l'aimantation opposée du droit civil et du droit commercial* »²³⁵³, les normes qui encadrent le contrat d'édition connaissent, en droit positif, plusieurs spécificités. *De lege lata*, les manifestations de l'ordre public *in favorem* prennent donc appui principalement sur ce caractère mixte. *De lege feranda*, l'édification d'un ordre public *in favorem* permettrait de conjurer l'asymétrie pouvant s'installer entre les parties au contrat d'édition. Comme dans toute étude de nature prospective, nous nous contenterons d'envisager des pistes de réflexion sans nous risquer à être péremptoire et sans prétendre à leur nécessaire consécration.

Les manifestations de l'ordre public sont par nature protéiformes. Certaines d'entre elles sont de nature contractuelle (A), d'autres sont de nature judiciaire (B).

A. LES MANIFESTATIONS CONTRACTUELLES DE L'ORDRE PUBLIC *IN FAVOREM*

659. Nature mixte du contrat d'édition. *De lege lata*, le contrat d'édition dispose d'un régime particulier quant à la portée du formalisme (1). *De lege feranda*, il n'est pas exclu de déduire des conséquences quant aux règles substantielles (2).

1. *De lege lata : le formalisme in favorem*

660. Formalisme de substitution et formalisme de protection. Pour FLOUR, le formalisme constitue « *une exigence d'une forme déterminée par la loi et à défaut de laquelle la manifestation de volonté se trouve frappée d'inefficacité à un degré quelconque* »²³⁵⁴. Traditionnellement, le formalisme est conçu comme une règle de substitution. Il a vocation à pallier l'absence de mainmise de l'acquéreur sur son bien. Dans cette hypothèse, l'article 2276 du Code civil, qui prévoit qu'en « *fait de meuble, la possession vaut titre* », devient inapplicable, ce qui pose des problèmes de notification et d'opposabilité au tiers²³⁵⁵. Il en va ainsi en

²³⁵¹ *Supra* n° 632.

²³⁵² Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 1976, Bull. civ. I, n° 23, D. 1976, IR, 195 ; RTD com., 1978, p. 103 ; RIDA 1976/3, n° 89, p. 164.

²³⁵³ A. VIANDIER et J. VALLANSAN, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, PUF, 1992, p. 126, n° 128.

²³⁵⁴ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle, Mélanges Ripert*, T. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 93.

²³⁵⁵ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, coll. « Recherches juridiques », vol. 15, préf. L. AYNES, 2007, n° 263, p. 290 qui définit ainsi la « *possession juridique* » par la « *publicité* » et « *l'opposabilité substantielle* » à laquelle elle donne lieu en justifiant ainsi que « *la possession ne se limite désormais plus à la seule jouissance effective de la chose, mais elle correspond également à l'extériorisation du droit de propriété par sa publicité* ». Pour autant, il ne faudrait pas confondre possession et publicité, cette dernière n'étant qu'un effet de la première qui peut par ailleurs trouver sa source dans d'autres institutions comme l'inscription sur des registres publics (v. en ce sens V. MALASSIGNÉ, *Les titres représentatifs*, préf. A. GHOZI, Dalloz, 2016,

matière de cession de créance²³⁵⁶ ou de vente d'immeuble²³⁵⁷. L'on retrouve ce point en matière de cession de droit d'auteur, par essence immatériel. Néanmoins, le droit d'auteur français ne corrèle pas le formalisme à l'opposabilité du transfert aux tiers. Au contraire, le formalisme du droit d'auteur a pour finalité la protection²³⁵⁸. Il est imposé par les articles L. 131-2 CPI et L. 132-7 CPI spécifiquement dédiés au contrat d'édition. D'une part, l'article L. 131-2 CPI, énonce que « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit* », d'autre part, l'article L. 132-7 CPI impose que le consentement de l'auteur soit donné par écrit. Ces règles se cumulent naturellement en matière de contrat d'édition afin de protéger l'auteur²³⁵⁹. Ce lien entre protection et formalisme en matière de droit d'auteur est rappelé dans les travaux préparatoires de la loi du 3 juillet 1985 à propos de l'extension des règles énoncées à l'article 31²³⁶⁰.

Ce formalisme d'un genre nouveau se rencontre lorsqu'une partie est en situation de faiblesse, afin d'attirer son attention sur les dangers de l'engagement qu'elle pourrait souscrire²³⁶¹. On le retrouve, par exemple, dans le droit de la consommation où il est pourvu de vertus informatrices en ce qu'il attire l'attention du contractant protégé sur l'étendue de son engagement, la nature et l'objet du contrat²³⁶².

n° 245, p. 176 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 302-4, p. 541. Sur le constat de cette évolution du formalisme, v. F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, T. III, Paris, Sirey, 1925, « *Au formalisme instinctif et symbolique du début, se substitue de plus en plus un formalisme réfléchi et utilitaire* », cité par J.-M. BRUGUIÈRE, *L'infléchissement du formalisme des mentions dans les contrats d'auteur*, in *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2013, p. 27 et spéc. p. 29.

²³⁵⁶ V. aussi *Les titres représentatifs. Essai sur la représentation juridique des biens par des titres*, préf. A. GHOZI, Dalloz, 2016, n° 251, pp. 182-183 : « *La rencontre des consentements a pour effet, sauf clause contraire, la transmission de la propriété des créances. Mais le consentement n'a pas encore le pouvoir de déplacer les choses, même lorsque celles-ci sont des créations de l'esprit ou du droit. Par conséquent, la cession de créance a pour objet, mais pas nécessairement pour effet, de transférer tout à la fois la propriété de celle-ci et la créance. Deux droits sont alors transmis. Le transfert de propriété s'opère solo consensu ; en revanche, la transmission de la créance stricto sensu, qui correspond à la substitution du cessionnaire à la personne du cédant dans le lien de droit qui n'unit au débiteur cédé procède uniquement de l'accomplissement de l'une des deux formalités prévues à l'article 1690 du Code civil* ». P. ESMEIN, « *Étude sur le régime juridique des titres à ordre et au porteur et en particulier l'inopposabilité des exceptions* », RTD. civ. 1921, n° 6, p. 13 : « *La signification est en réalité une prise de possession* ». Certes, depuis la réforme du droit des obligations, le formalisme a été allégé mais il existe toujours aux articles 1321 et s. Code civil.

²³⁵⁷ D. n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, art. 28 1°. V. sur ce point M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 220, p. 192.

²³⁵⁸ G. COUTURIER, « *Les finalités et les sanctions du formalisme* » : *Defrénois* 2000, n° 37209, p. 881 ; S. FORTICH, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, th. dactyl. Paris II Panthéon-Assas, n° 409 : « *En effet, le formalisme du droit contemporain, à la différence du formalisme classique qui donnait vie à l'engagement, a pour but principal la protection du consentement des parties. Cette protection se caractérise par le désir d'éviter que la partie faible ne conclue des contrats déséquilibrés ou abusifs* ».

²³⁵⁹ Sur ce point, v. O. YACOUB, « *L'aménagement contractuel de la création* », *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2003, n° 343, p. 9.

²³⁶⁰ A. RICHARD, C. METZINGER, *Rapport au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de Législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif aux droits d'auteur et aux droits des artistes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes*, n° 2235, 26 juin 1984, p. 29 : « *L'article 9 du projet de loi complète les dispositions de l'article 31 de la loi du 11 mars 1957, selon lequel les contrats de représentation et d'édition doivent être constatés par écrit. Il s'agit d'étendre cette règle aux contrats de production audiovisuelle créés par l'article 12 du projet de loi. Le but de cette règle est de protéger les auteurs contre des cessions de droits consenties sans réflexion suffisante* ».

²³⁶¹ E. MEILLER, « *Distinction du formalisme et de la formalité. Réflexion sur les prescriptions imposées au mandat de l'agent immobilier* », *D.* 2012, p. 160 : « *Tout le formalisme de protection se caractérise par un même but. Il s'agit toujours d'attirer l'attention d'une personne sur la portée de l'obligation : qu'elle contracte* ». Notons malgré tout une tendance à l'excès comme le rappelle le Professeur M. MEKKI, à l'endroit du formalisme de clauses censées assurer l'information au cocontractant, « *trop de transparence tue la transparence* », en ce qu'elle met fin à l'intelligibilité des conventions, M. MEKKI, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle* (1^{re} partie), *RDC*, 2006/4, p. 1051.

²³⁶² V. entre autres L. AYNES, « *Formalisme et prévention* », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; A. FRANÇON, « *La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français* », *Travaux Ass. H. Capitant*, T. XXIV, 1973, p. 121-122.

Cette fonction de protection confère à ce formalisme un régime original²³⁶³. En somme, il n'emporte pas les mêmes conséquences du point de vue de l'auteur et du point de vue de l'éditeur²³⁶⁴.

661. Droit comparé. La plupart des systèmes juridiques subordonnent la conclusion d'un contrat d'exploitation de droit d'auteur à la réalisation d'un écrit et ce, en dépit de l'esprit consensualiste qui anime aussi leur droit des contrats. Le droit allemand règle la question en prévoyant à la Section 31a que le contrat d'exploitation doit être conclu par écrit, sauf à ce que le transfert ne prévoit pas d'exclusivité²³⁶⁵. Les droits de *common law* s'enquêtent également de la question. Ils reprennent la distinction entre transfert à titre exclusif et transfert à titre non exclusif. Le cas échéant seulement, les droits de *copyright* subordonnent la validité du transfert à l'élaboration d'un écrit²³⁶⁶. Ainsi, au fur et à mesure que les effets de la convention se rapprochent de ceux d'une cession classique, un formalisme rigoureux doit être observé. Au contraire, certaines législations sont moins soucieuses des règles de forme. La jurisprudence classique autrichienne, par exemple, applique purement et simplement les dispositions du droit commun des contrats²³⁶⁷ qui autorisent la formation des contrats par l'adoption d'un simple comportement²³⁶⁸.

662. Formalisme *ad probationem*. Quelle est la portée de ce formalisme de protection ? S'agit-il d'une règle substantielle ou probatoire ? Bien qu'une première lecture des travaux préparatoires semble militer pour l'adhésion à un formalisme *ad validitatem*²³⁶⁹, au visa de l'article L. 131-2 CPI, la Cour de cassation a finalement décidé de reléguer la règle au rang de formalisme *ad probationem*²³⁷⁰. Ainsi, les dispositions de l'article L. 132-7 CPI, généralement perçues comme un rappel de celles prévues à l'article L. 131-2 CPI, n'énonceraient, par voie de conséquence, qu'une règle probatoire permettant d'apporter la preuve de l'existence du contrat d'édition.

²³⁶³ G. COUTURIER, *ibid.* qui parle d'un « nouveau formalisme de protection » ; v. aussi J. FLOUR qui estimait déjà que « l'opposition 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 », *ibid.*, n° 6, p. 98.

²³⁶⁴ Rappelons toutefois que la question du formalisme touche tous les contrats portant sur le droit d'auteur, v. Ph. MOURON, *Liberté de création, architecture et patrimoine – Regards croisés sur la loi du 7 juillet 2016*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Droits, pouvoirs et sociétés, 2018, p. 53. Qui met en évidence « l'exigence d'un écrit pour tout contrat de cession des droits patrimoniaux de l'auteur ».

²³⁶⁵ Section 31 a : « (1) A contract where the author grants rights in respect of unknown types of use, or where he undertakes the obligation to do so, shall be drawn up in writing. There shall be no need for a written contract in cases where the author grants an unremunerated non-exclusive right of use for every person ».

²³⁶⁶ § 204, Copyright Act U.S., oct., 19, 1976 : « (a) A transfer of copyright ownership, other than by operation of law, is not valid unless an instrument of conveyance, or a note or memorandum of the transfer, is in writing and signed by the owner of the rights conveyed or such owner's duly authorized agent ».

²³⁶⁷ § 863 ABGB : « On peut exprimer sa volonté non seulement de façon expresse, par des mots et des signes généralement admis, mais aussi tacitement, par les actes qui, compte tenu de toutes les circonstances, ne laissent raisonnablement aucun doute sur l'existence de cette volonté. Pour déterminer la signification d'actes et d'omissions, il faut tenir compte des habitudes et des usages suivis de bonne foi dans les affaires ».

²³⁶⁸ Autriche, OGH, 16 juin 1954, *Rev. dr. aut.*, avr. 1955, p. 55.

²³⁶⁹ En dépit de la position de certains auteurs estimant au contraire que la nullité est la sanction logique du formalisme de protection, v. en ce sens V. MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G.* 2004. I. 106.

²³⁷⁰ V. Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 1976, *JurisData* n° 1976-000123, Bull. civ., I, n° 123, D. 1976, IR., p. 195 ; RTD com. 1978, p. 103 ; RIDA 1976/4, n° 90, p. 164. Paris, 17 oct. 2012, *JurisData*, n° 2012-029860, *Propri. intell.* 2013, n° 46, p. 63, obs. A. Lucas. Notons néanmoins que la qualification employée par la Cour de cassation n'emporte pas l'adhésion totale de la doctrine (pour la qualification de règle de preuve, V. H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 511, p. 625 ; P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 452 ; pour la qualification de règle de validité, V. M. VIVANT et J.-L. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 733 et s. ; A. MAFFRE-BAUGE, « Le formalisme contractuel en droit d'auteur », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN (dir.), PUAM 2007, p. 265, n° 12 ; N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2010., spéc. n° 428).

La position jurisprudentielle peut s'expliquer par le souci de ménager l'auteur en évitant que ce formalisme lourd ne se retourne contre lui. Il en serait ainsi d'un auteur qui aurait verbalement conclu un accord avec un éditeur dans le but d'exploiter sa création. L'éditeur n'ayant procédé à aucune des diligences que lui imposait le contrat d'édition, l'auteur se déciderait à agir en exécution forcée. Pour apporter la preuve de l'existence du contrat d'édition, l'auteur mettrait en avant des échanges de mails laissant entendre qu'un accord avait été trouvé. Le risque serait alors que l'éditeur lui oppose l'absence d'un contrat écrit formellement établi, afin considérer que le contrat d'édition n'est pas valablement conclu.

663. Acte mixte et formalisme *in favorem*. Le fait d'appréhender le formalisme sous l'angle probatoire conduit à protéger l'auteur²³⁷¹. Rappelons que le contrat d'édition est un acte mixte, commercial pour l'éditeur, civil pour l'auteur, donnant lieu à l'application d'un régime probatoire dérogatoire. Ainsi, par application de l'article L. 110-3 Code de commerce, l'auteur peut, en raison de la qualité de commerçant de l'éditeur, apporter la preuve de l'existence du contrat par tous moyens, alors que l'éditeur doit, pour sa part, observer les préconisations du Code civil²³⁷², sauf cas particulier d'un aveu extrajudiciaire²³⁷³. La jurisprudence a même rappelé que l'éditeur ne pouvait invoquer un usage, aussi rigoureux soit-il, afin de pallier l'absence d'écrit²³⁷⁴. Toutes les fois où le contrat d'édition renferme un acte juridique d'une valeur supérieure à 1 500 euros, l'éditeur doit se prévaloir d'un écrit afin de prouver l'existence du contrat. L'auteur, quant à lui, peut se prévaloir de tous moyens de preuve conformément à l'article L. 110-3 Code de commerce et à la théorie des actes mixtes²³⁷⁵. Si parfois la règle n'est pas appliquée avec la rigueur qui devrait être la sienne²³⁷⁶, dans son ensemble, la jurisprudence l'observe avec diligence. À titre d'exemple, citons un arrêt du 13 novembre 2014 rendu par la Cour de cassation. Les juges du fond avaient estimé que l'exploitation d'une chanson à la télévision – utilisée comme générique de fin de la série *Zodiac* diffusée sur TF1 – et sous forme de phonogrammes avait été en quelque sorte tacitement autorisée par l'auteur, celui-ci n'ayant pas protesté pendant plusieurs mois lorsque la chanson avait été diffusée. Par ailleurs, la chaîne de télévision indiquait que l'auteur et l'interprète avaient donné une interview dans laquelle ils ne remettaient pas en cause l'exploitation faite de la chanson. La cour d'appel se prévalait donc de présomptions du fait de l'homme pour apporter la preuve de l'existence du contrat. Si la Cour de cassation n'a pas remis en cause ce fondement, elle a néanmoins estimé que « *les contrats de cession des droits d'édition et de cession des droits d'adaptation, établis et adressés aux auteurs par la société d'édition musicale, n'avaient été ni signés ni retournés par eux* »²³⁷⁷. La Cour a naturellement constaté une violation des articles L. 131-2, L. 131-3 et L. 132-7 CPI. L'arrêt réaffirmait que, en matière de contrat d'édition, « *le consentement personnel et donné par écrit de l'auteur* » demeure bel et bien une condition *sine qua non* pour que l'éditeur en prouve l'existence.

²³⁷¹ B. EDELMAN, *Droit d'auteur, Droits voisins. Droit d'auteur et marché*, Dalloz 1993, p. 163.

²³⁷² Cass. 1^{re} civ. 12 avr. 1976, n° 74-12.149, Bull. civ. I, n° 123, p. 98 et s., *D.* 1976, I.R., p. 195, *RTD com.* 1978, p. 103, *RIDA* 1976/4, n° 90, p. 164.

²³⁷³ Paris, 6 mars 1981, *RIDA* 1982/3, n° 109, p. 152 ; TGI Paris, 16 mai 1968, *D.* 1968, p. 72. La jurisprudence accepte que l'éditeur ait recours à l'aveu extrajudiciaire pourvu qu'il ne soit pas verbal (TGI Paris, 28 fév. 1973, *RTD com.* 1975, p. 99, obs. H. Desbois). Toutefois, les magistrats avaient pris le soin de rappeler la force juridique de l'aveu extrajudiciaire qui pouvait même « *détruire les actes authentiques* », ce type d'aveu permettant par essence de renverser toutes les situations juridiquement acquises (v. toutefois TGI Paris, 12 avr. 1974, *RTD com.* 1976, p. 96, obs. H. Desbois ; *RIDA* 1975/3, n° 85, p. 189, qui rejette ce mode de preuve en raison du caractère équivoque de l'aveu).

²³⁷⁴ V. Paris 4^e ch. B, 5 mai 2006, n° 04/17870, *De Naunv c/ Éditions Gallimard et autres*, *JurisData* n° 2006-308733 *Propr. Intell.* oct. 2006, p. 447, note A. Lucas.

²³⁷⁵ Paris, 17 juin 1976, *RTD com.* 1978, p. 105, obs. H. Desbois ; TGI Paris, 25 mars 1972, *RIDA* 1972/3, n° 73, p. 232 ; Aix-en-Provence, 4 mai 1980, *RIDA* 1981/1, n° 107, p. 161.

²³⁷⁶ V. Paris, pôle 5, ch. 2, 27 nov. 2009, n° 08/07454, qui accepte que l'éditeur puisse se prévaloir d'une lettre où l'auteur témoignait sa gratitude pour caractériser l'existence du contrat d'édition.

²³⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-22.401, *Comm. com. électr.*, n° 4, avr. 2015, chron. 4, n° 3, note X. Daverat.

2. De lege feranda : l'impérativité in favorem

664. Impérativité in favorem en dehors de la propriété littéraire et artistique. Les manifestations de l'impérativité *in favorem* au sein du droit positif sont diffuses mais bien réelles. Divers pans du droit serviront d'exemples.

- La manifestation la plus aboutie de cette impérativité graduelle, ou *in melius*, se trouve au sein de l'article L. 2254 -1 Code du travail, disposant que : « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». Alors même que les dispositions des accords trouvent à s'appliquer pleinement au contrat de travail, les stipulations peuvent y déroger uniquement lorsqu'elles vont dans le sens du salarié²³⁷⁸. Aussi, sont-elles impératives pour l'employeur et peuvent-elles devenir supplétives pour le salarié. Le Professeur LYON-CAEN a ainsi écrit que l'ordre public social, « *au lieu d'être à indérogabilité absolue (...), [était] à indérogabilité relative* »²³⁷⁹. Quant au Professeur GOLDIE-GÉNICON, elle y voit un « *ordre public social minimum* »²³⁸⁰.

- L'article 25 de la convention internationale de Montréal du 28 mai 1999 est également une manifestation de cette impérativité en ce qu'il autorise les parties à prendre des clauses visant à aggraver la responsabilité du transporteur²³⁸¹ sans jamais pouvoir l'alléger²³⁸².

- Le dernier exemple est tiré du régime juridique de l'agent commercial. La Cour de cassation a jugé que les parties au contrat ont la possibilité de déroger au délai de paiement de l'agent légalement prévu uniquement lorsque les stipulations arrêtées réduisaient les délais et ménageaient les intérêts de celui-ci²³⁸³. On a ainsi parlé d'ordre public « *asymétrique* »²³⁸⁴.

²³⁷⁸ J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Répertoire droit civil*, préc. : « *L'ordre public social, contrairement à l'ordre public en général, n'imposerait donc pas des solutions intouchables mais seulement des dispositions planchers qui n'interdiraient pas de retenir des réponses différentes si elles conduisent à améliorer la situation du salarié (V. par ex. à propos de la résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé, Soc. 16 mars 2005, n° 03-40.251, D. 2005. 1613, note Mouly)* ».

²³⁷⁹ G. LYON-CAEN, « *Le droit du travail au futur antérieur* », in *Analyse juridique et valeurs en droit social. Études offertes à J. Péliissier*, 2004, Dalloz, spéc. p. 379. V. également G. LYON-CAEN, « *Négociation collective et législation d'ordre public* », *Dr. soc.* 1973. 89.

²³⁸⁰ Ch. GOLDIE-GÉNICON, th. préc., n° 335, p. 436.

²³⁸¹ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, faite à Montréal le 28 mai 1999 (1), Art. 25, « *Stipulation de limites* » : « *Un transporteur peut stipuler que le contrat de transport peut fixer des limites de responsabilité plus élevées que celles qui sont prévues dans la présente convention, ou ne comporter aucune limite de responsabilité* ».

²³⁸² Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, faite à Montréal le 28 mai 1999 (1), Art. 26, « *Nullité des dispositions contractuelles* » : « *Toute clause tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité ou à établir une limite inférieure à celle qui est fixée dans la présente convention est nulle et de nul effet, mais la nullité de cette clause n'entraîne pas la nullité du contrat qui reste soumis aux dispositions de la présente convention* ».

²³⁸³ Cass. com., 27 sept. 2017, n° 14-25.100, F-D : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les parties n'avaient pas entendu déroger, dans un sens favorable à l'agent, à la règle légale prévue pour le paiement des commissions, selon un usage constant de règlement des commissions par la société DBT à la société AGL au fur et à mesure de l'encaissement des ventes, de sorte que, pour les ventes litigieuses, les commissions auraient dû être versées avant la fin de l'année 2010, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* », C.C.C., n° 12, déc. 2017, comm. n° 241, N. Mathey. Dès lors, un usage conventionnel établi entre le mandant et son agent peut constituer une dérogation, favorable à l'agent, aux dispositions de l'article L. 134-9 Code de commerce relatif à la date de paiement des commissions.

²³⁸⁴ N. Mathey, comm. préc. : « *En effet, suivant l'article L. 134-16 du Code de commerce, aucune dérogation ne peut être prévue à ces dispositions au détriment de l'agent. Il s'agit d'une forme d'ordre public, si on peut dire, asymétrique qui permet de déroger aux dispositions légales uniquement en faveur de l'intermédiaire en prévoyant un délai de paiement plus court* ».

665. Principales illustrations en matière de contrat d'édition. En matière de contrat d'édition, l'impérativité *in favorem* peut prendre différentes formes.

666. Clauses portant sur les délais d'exploitation. Tout d'abord, plusieurs applications de l'impérativité *in favorem* existent en matière de délai d'exploitation. Ces délais sont nombreux au sein du droit d'auteur. Certains se trouvent dans le CPI et d'autres sont dans les Codes des usages. Prenons l'exemple de l'article L. 132-17-2 II CPI, qui énonce en matière d'édition de livre que « *la cession des droits d'exploitation sous une forme imprimée est résiliée de plein droit lorsque, après une mise en demeure de l'auteur adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'éditeur ne satisfait pas dans un délai de six mois à compter de cette réception aux obligations qui lui incombent à ce titre* ». Imaginons que les parties prennent la liberté d'aménager ce délai de mise en demeure. Deux hypothèses s'offrent à elles : raccourcir le délai ou au contraire l'allonger. La clé du mécanisme étant la protection des intérêts de l'auteur, l'impérativité graduelle ou *in favorem* conduirait à valider la clause qui raccourcirait le délai et à censurer celle qui augmenterait le délai, ce qui empêcherait de laisser l'œuvre en végétation.

667. Prohibition des actions interrogatoires. Ensuite, ce caractère *in favorem* doit conduire à la prohibition des actions interrogatoires lorsque l'auteur dispose d'une action en nullité. Aux termes de l'article 1183, « *une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion* ». Le mécanisme a la louable intention de fluidifier les rapports contractuels, en évitant qu'un contractant soit à la merci de son partenaire qui pourrait agir en nullité relative. Les actions en nullité absolue ne sont pas concernées par cette disposition. Au sein d'un contrat d'édition, cette action peut s'avérer problématique. En effet, en considérant que l'ordre public qui règne au sein du contrat d'édition est simplement de protection, lorsque l'auteur dispose d'un moyen de nullité relative, l'éditeur peut le contraindre à agir rapidement par la voie de l'action interrogatoire. Cette action n'est pas opportune dans le rapport asymétrique du contrat d'édition. Pour cause, elle s'intercalerait trop aisément dans une stratégie pernicieuse visant à tirer profit du silence de l'auteur pour l'empêcher d'agir en nullité. Dès lors, si l'ordre public recoupe pour l'auteur des considérations d'intérêt général, l'action interrogatoire ne doit pas être ouverte à l'éditeur.

668. Prohibition des clauses de renonciation. Un mécanisme devrait être prohibé au regard de l'ordre public *in favorem* : les clauses de renonciation. Avec le Professeur MESTRE, nous nous interrogerons sur la pertinence d'une possibilité de renonciation lorsque le contrat doit au contraire protéger l'une des parties y compris contre sa propre turpitude²³⁸⁵. Pourtant, la jurisprudence, qui calque le régime de la renonciation sur celui de la confirmation²³⁸⁶, valide de telles clauses lorsqu'elles portent sur une règle d'ordre public de protection²³⁸⁷. Immanquablement, la question se pose au sein des

²³⁸⁵ J. MESTRE, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », RTD civ. 1998, p. 670 : « *Les règles ressortissant à l'ordre public de protection ne sont pas seulement impératives, elles visent à protéger un contractant placé dans une situation d'infériorité ; comme il s'agit de le prémunir contre les faiblesses prévisibles de son propre consentement, on ne saurait lui permettre d'abdiquer la protection légale : ce serait ruiner cette protection même. Tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi, alors même qu'elle porterait sur des droits acquis, paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection (Couturier melanges Flour 1979, p. 106)* ».

²³⁸⁶ A. MBOTAINGAR, « bail commercial. "Ordre public du statut" » J.-Cl. Commercial, Fasc. n° 1265, n° 70 : « *La renonciation à l'ordre public n'a pour sa part pas eu une grande audience dans ces ouvrages. Elle est pourtant construite et élaborée à l'image de la confirmation dont le régime lui est applicable mutatis mutandis* ».

²³⁸⁷ V. pour la renonciation de règles statutaires en matière de baux commerciaux appartenant à l'ordre public de direction, Cass. com., 24 nov. 1959, Bull. civ. 1959, III, n° 396 ; Cass. 3^e civ., 20 févr. 1985, Bull. civ. 1985, III, n° 39 ; Cass. 3^e civ., 6 nov. 1991, n° 90-15.605, *JurisData* n° 1991-004086 ; *Loyers et copr.* 1992, comm. 302, note Ph.-H. Brault ; Cass. 3^e civ., 4 mai 2006, *AJDI*, 2006, p. 736, J.-P. Blatter, *AJDA*, 2006, p. 689, note Denizot.

contrats d'édition et la réponse prétorienne est loin d'être stabilisée. À suivre le régime de la renonciation, l'auteur pourrait renoncer aux droits sanctionnés par une nullité relative. Fort heureusement, la Cour de cassation, dans l'affaire « *On va fluncher* », a considéré que la stipulation insérée au sein d'un contrat d'édition en vertu de laquelle l'auteur renonce à son droit moral n'est pas valable²³⁸⁸. Elle a estimé que « *l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppos[ait] à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder* »²³⁸⁹. Ce faisant, elle a cassé l'arrêt d'appel qui avait validé la clause de renonciation²³⁹⁰.

Si la Cour de cassation prohibe la clause de renonciation, la justification apportée appelle à commentaire. Pour la Cour de cassation, cette prohibition n'est pas fondée sur l'existence d'un ordre public *in favorem*, mais sur le principe d'inaliénabilité du droit moral²³⁹¹. Dès lors, cette jurisprudence n'est pas, par principe, applicable à toutes les composantes du régime du contrat d'édition. Affirmer l'ordre public permettrait ainsi de généraliser le principe de prohibition des clauses de renonciation dans le contrat d'édition. Ainsi, l'auteur pourrait, s'il le souhaite, dénoncer la clause en vertu de laquelle il a totalement renoncé à sa rémunération ou au bénéfice d'une exploitation permanente et continue. Par voie de conséquence, la protection de l'auteur en sortirait renforcée.

669. Interprétation *in favorem*. À l'appui de cette impérativité *in favorem*, ajoutons que les stipulations contractuelles doivent s'interpréter *in favorem auctoris*. Cette règle d'interprétation est largement partagée par la doctrine²³⁹². La règle permettrait de ne pas tourner la protection *in favorem* par l'arrêt de stipulations trop vagues ou trop obscures²³⁹³. Ainsi, une telle interprétation des stipulations s'inscrit pleinement dans une logique protectrice comme l'a rappelé la jurisprudence²³⁹⁴. Un arrêt du 5 mai 2006 de principe peut être cité en matière de destination contractuelle des droits cédés. Dans cette affaire, un contrat d'édition est conclu sans que la destination des droits cédés soit arrêtée avec toute la rigueur nécessaire. La cour d'appel de Paris a observé que : « *toute cession de droits d'auteur [devait] (...) être constatée par écrit et déterminer les modalités d'exploitation* » et que « *dans la mesure où une ambiguïté subsiste dans l'étendue des droits cédés, l'écrit doit être interprété en faveur de l'auteur* »²³⁹⁵. La portée de cet arrêt reste ambiguë

²³⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, Affaire *On va fluncher*, D. 2003, p. 559, obs. J. Daleau ; JCP E 2004, 561, obs. A. Ratovo ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 21, note C. Caron ; *Légipresse* mai 2003, n° 201, III, p. 61, note A. Maffre-Bauge ; *Propr. intell.* avr. 2003, p. 165, obs. P. Sirinelli ; *RIDA* 2003/1, p. 281, obs. A. Kéréver. V. également TGI Seine, 27 mai 1959, affaire, *les mémoires de Mistinguette* : « *un auteur ne peut consentir par avance à toute déformation ou mutilation* », *RIDA* 1959/3, n° 24, p. 148 ; Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 1973, D. 1973, Jur. p. 173, note B. Edelman.

²³⁸⁹ *Ibid.*

²³⁹⁰ Paris, 4^e ch., 28 juin 2000, *Barbelivien et Montagné c/ Sté Agence Business et al.*, *JurisData* n° 2000-123537, JCP E n° 7, 13 fév. 2003, p. 278, H.-J. Lucas.

²³⁹¹ *Ibid.*

²³⁹² V. F. POLLAUD-DULIAN, « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *RTD com.* 2016. ; A. ETIENNEY-de SAINTE MARIE, « L'objet des cessions de droits d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial », *RTD com.* 2013, p. 669.

²³⁹³ Sur ce point v. A. ETIENNEY-de SAINTE MARIE, art préc, n° 28-30 : « *Les critiques que nous avons adressées au caractère subsidiaire de l'interprétation stricte conduisent à exclure l'assimilation de cette méthode d'interprétation à l'article 1163 : une recherche d'intentions peut annihiler la protection de l'auteur. L'interprétation stricte doit alors être analysée comme une directive d'inspiration objective et partisane consistant à écarter la commune intention des parties pour ne donner effet qu'à la volonté clairement exprimée par les parties. Cette autonomie par rapport au droit commun s'impose en raison du fondement même de l'interprétation stricte : assurer à l'auteur la maîtrise de l'étendue des droits dont il se dépouille. Ainsi conçue, l'interprétation stricte des cessions de droits d'auteur concorderait avec l'interprétation en faveur du débiteur et de l'adhérent prévue par l'article 1162, mais aussi avec l'interprétation en faveur du consommateur. Les fondements de ces directives sont en effet similaires : protéger la partie faible, l'obscurité de la convention étant imputée à son cocontractant en position de force lors de la rédaction du contrat* ».

²³⁹⁴ V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 94, note C. Caron ; JCP E 2004, p. 615, n° 5, obs. M.-E. Laporte-Legeais.

²³⁹⁵ Paris 4^e ch. B, 5 mai 2006, n° 04/17870, *De Nauw c/ Éditions Gallimard et autres*, *JurisData* n° 2006-308733 *Propr. intell.* oct. 2006, p. 447, note A. Lucas.

dans la mesure où l'on ne connaît pas la méthode d'interprétation utilisée par la cour d'appel. En effet, dans le cadre de la cession des droits d'exploitation, deux méthodes d'interprétation bien différentes peuvent conduire à une telle solution. Dans le premier cas, la cour d'appel a employé une règle d'interprétation *in favorem auctoris* en conformité avec nos souhaits. Dans le second cas, les juges ont simplement fait application de l'ancien article 1162 du Code civil – devenu 1190 du Code civil – en vertu duquel, dans le doute, le contrat s'interprète en faveur du débiteur²³⁹⁶. Or, l'auteur est bien le débiteur l'obligation de transférer les droits d'exploitation. Dès lors, dans ce second cas, l'arrêt précité ferait simplement application d'une règle d'interprétation neutre qui, en l'espèce, serait favorable à l'auteur.

Une interprétation *in favorem auctoris* des stipulations contractuelles concourt pleinement à l'impérativité *in favorem*. Comme l'a rappelé le Professeur CARON, la règle d'interprétation *in favorem* ne doit pas être cantonnée à l'étendue de la cession, mais elle peut aussi s'appliquer au moment de l'exploitation²³⁹⁷. *De lege feranda*, une généralisation du principe à tous les aspects du contrat d'édition s'inscrirait pleinement dans le principe de protection de l'auteur. Par exemple, lorsque les modes d'exploitation ne sont pas clairement définis au sein du contrat, il faudrait interpréter ces modes d'exploitation de la façon la plus large possible.

B. LES MANIFESTATIONS JUDICIAIRES DE L'ORDRE PUBLIC *IN FAVOREM*

670. Plan. *De lege lata*, l'une des manifestations les plus connues de l'ordre public *in favorem* n'est autre que la détermination de la compétence judiciaire qui se fait au profit de l'auteur (1). *De lege feranda*, le raffermissement mesuré de l'autorité judiciaire conférerait à la partie faible une protection renforcée (2).

1. *De lege lata : la compétence judiciaire in favorem*

671. Présentation. Annonce. En matière d'acte mixte, le Professeur TERRÉ voyait déjà dans les règles présidant à la détermination de la compétence judiciaire la manifestation d'un ordre public mixte²³⁹⁸. Pour cause, lorsqu'un litige oppose un commerçant à un profane, ce dernier bénéficie d'aménagements légaux tant au regard de la compétence *ratione loci* que de la compétence *ratione materiae*.

672. Compétence *ratione loci*. La compétence territoriale, ou *ratione loci*, en matière contractuelle est régie par les articles 42 et 46 du Code de procédure civile. Aux termes de l'article 42 du Code de procédure civile, la juridiction territorialement compétente est celle du lieu de résidence du défendeur. Aux termes des dispositions de l'article 46 du Code de procédure civile, les parties au contrat litigieux sont habilitées à solliciter le tribunal du lieu de la livraison effective ou celui de l'exécution de la prestation de services. Les parties sont autorisées à déroger conventionnellement à ces règles de principe en stipulant une clause attributive de compétence à la condition, néanmoins, que toutes les parties aient la qualité de commerçant²³⁹⁹. Compte tenu de sa nature mixte, le contrat d'édition échappe en principe à cette dérogation. Pour illustrer ce point, rappelons les termes employés par la cour d'appel

²³⁹⁶ Art. 1162 ancien du Code civil : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

²³⁹⁷ Paris, 4^e ch. A, 12 févr. 2003, *SA Éd. Sand c/ Jean Boissonnat*, *JurisData* n° 2003-206175 ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 57, note C. Caron : « Recourir aux règles d'interprétation du droit commun pour compléter un contrat spécial est une démarche classique. Il est d'ailleurs de plus en plus fréquent de rencontrer en droit d'auteur le visa de l'article 1135, mais il ne servait jusqu'à présent qu'à étendre la portée des cessions de droits d'auteur entre exploitants. L'originalité de l'arrêt est d'utiliser cette disposition dans les rapports entre l'auteur et son cocontractant et de lui faire recouvrer sa mission originelle de protection de la partie faible au contrat ».

²³⁹⁸ F. TERRE, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. REVET (dir.), Dalloz, 1996, p. 5.

²³⁹⁹ Pour une approche très large Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-16.577, *JurisData* n° 2016-029647 ; *Dr. soc.* 2017, comm. 57 ; *JCP E* 2017, 1214, n° 1, chron. B.-O. Becker, M. Buchberger et M. Caffin-Moi.

de Rennes dans une affaire portant sur un contrat d'édition qui considère que « *le premier juge a justement retenu comme non écrite et donc inapplicable, par application de l'article 48 du Code de procédure civile, la clause de compétence dérogeant aux règles de compétence territoriale dès lors que Mme DJELLAL (l'auteur) n'a pas contracté en qualité de commerçante* ». De ce fait, « *la compétence territoriale est donc déterminée par application de l'article 46 du Code de procédure civile qui permet au demandeur de saisir en matière contractuelle le tribunal du lieu de la livraison effective ou celui de l'exécution de la prestation de services* »²⁴⁰⁰. L'application des règles issues du Code de procédure civile conduit à dégager une compétence *ratione loci* favorable à l'auteur.

Par ailleurs, en droit de la consommation, également marqué par la présence d'une partie faible et d'une partie forte, la jurisprudence européenne voit dans ces clauses une renonciation anticipée, par principe prohibée, sur le terrain du procès équitable²⁴⁰¹. Ce raisonnement doit être transposé au contrat d'édition. En toute logique, l'auteur verrait son abdication privée d'effet²⁴⁰².

673. Compétence *ratione materiae*. La compétence *ratione materiae* obéit à une logique similaire. Néanmoins, son étude est grandement simplifiée par la présence de l'article L. 331-1 al. 1 CPI aux termes duquel : « *Les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance [tribunaux judiciaires], déterminés par voie réglementaire* ». Ainsi, l'article édicte une dérogation générale qui donne une compétence d'attribution au tribunal de grande instance pour tous les contentieux touchant au droit d'auteur. Le contentieux de l'édition est soumis à cette règle et offre donc une protection évidente à l'auteur qui n'a pas à défendre sa situation par exemple devant les tribunaux commerciaux où les juges ne sont pas des magistrats de formation. En l'absence d'une telle disposition, l'issue des clauses attributives de compétence matérielle aurait été sujette à discussion au regard de la solution incertaine apportée par le droit en matière²⁴⁰³.

2. De lege feranda : l'autorité judiciaire in favorem

674. Plan. *De lege feranda*, l'autorité du juge pourrait être consolidée par un renforcement de son pouvoir d'office (a) et par un encadrement plus rigoureux des clauses d'arbitrage (b).

²⁴⁰⁰ Rennes, 3^e ch. comm., 18 juin 2013, n° 12/02250. Rappelons toutefois que, dans cet arrêt, la juridiction compétente est demeurée la juridiction rennaise en dépit de la disparition de la clause litigieuse (« *La société LA MARELLE ÉDITIONS agit sur le fondement contractuel se plaignant d'une violation par Mme D. du contrat d'édition signé. Elle peut donc choisir le tribunal du lieu de la livraison effective des œuvres graphiques de Mme D. à Rennes, qui étaient transmises par fichiers à télécharger, plutôt que le lieu de l'exécution de la prestation, soit le tribunal de grande instance de Rennes* »).

²⁴⁰¹ CJCE, 27 juin 2000, affaires C-240/98 à C-244-98, *Océano Grupo Editorial SA c/Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/ José M. Sanchez Alcon Prades et al.* RTD civ. 2000, p. 939, J. Raynard, La Cour de justice des Communautés européennes relevait en outre que la clause attributive aux seules juridictions du siège du professionnel était de nature à entraver, pour le seul consommateur, l'exercice de ses actions en justice, spécialement s'agissant de litiges portant sur des sommes limitées, et réunissait tous les critères pour être qualifiée d'abusives au sens de la directive (points 21 à 24). L'affaire en question opposait un éditeur non pas à l'auteur mais à des consommateurs qui avaient acheté diverses encyclopédies à tempérament et qui se voyaient contraints de porter le litige devant les juridictions barcelonaises.

²⁴⁰² A. BERNARD, *Les usages en Droit d'Auteur français*, th. dactyl. Univ. Poitiers, 2017, n° 18, p. 190 : « *ce type de clause devrait, par principe, ne jamais figurer dans les contrats passés entre un exploitant et un auteur* ».

²⁴⁰³ D. PLANTAMP, « La clause attributive de compétence matérielle et le demandeur non commerçant dans le contentieux des actes mixtes », RTD com. 2013, p. 429, n° 2 : « *En matière territoriale, ou ratione loci, l'article 48 du Code de procédure civile règle la question. Le texte exclut ces clauses de notre domaine en les limitant impérativement aux seuls rapports "conclus entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant". En revanche, concernant la compétence matérielle, ou ratione materiae, conduisant à l'attribution du litige à un tribunal de commerce, la solution du problème demeure nettement plus délicate, en l'absence de texte. L'état actuel de la jurisprudence amène à présenter la situation sous la forme d'une alternative dont seule la première branche a obtenu un traitement satisfaisant* ».

a. Le renforcement de l'office du juge

675. Plan. Compte tenu de l'asymétrie entre l'auteur ou l'ayant droit partie faible et l'éditeur partie forte, le renforcement de l'office du juge serait un bon moyen de résorption des déséquilibres judiciaires en cas contentieux. Aussi faudra-t-il tout d'abord préciser les raisons qui poussent à écarter les obstacles processuels s'opposant à ce rôle actif (i). Ensuite, les modalités du remaniement de l'office du juge devront être précisées (ii).

i. Les raisons du renforcement

676. Problème : P'allègement de l'office du juge. Avant d'analyser les raisons qui incitent à proposer un renforcement de l'office du juge en matière de contrat d'édition, les rapports entre « *principe dispositif* » et « *office du juge* » doivent être présentés. Le « *principe dispositif* » exprime l'idée selon laquelle le procès est à la disposition des seules parties²⁴⁰⁴. Sans entrer dans des considérations qui dépassent significativement notre champ d'étude, relevons simplement que, au titre de ce principe, les parties litigantes sont censées maîtriser intégralement le procès et sont donc maîtresses de leur argumentation. Dans le cas du contentieux éditorial, auteur et éditeur contrôlent intégralement les termes du débat. Une lecture trop rigide du principe annihilerait mécaniquement la portée de l'office du juge, le pouvoir de ce dernier se retrouvant enserré dans les termes et les moyens choisis par les parties. Au contraire, « *“le principe dispositif”, qui exprime la conception accusatoire du procès, serait limité, ou tempéré, par le renforcement de l'office du juge* »²⁴⁰⁵. Cette philosophie du principe dispositif a été confortée par deux arrêts venus alléger l'office du juge.

- Dans un premier temps, l'arrêt *Cesaréo* a apporté une précision importante en droit processuel²⁴⁰⁶. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a imposé aux litigants de soulever dès l'instance initiale tous les moyens qu'ils estimaient de nature à fonder leur demande²⁴⁰⁷ ou leur défense²⁴⁰⁸. À défaut, le moyen, par exemple en cause d'appel, ne pouvait plus être soulevé. Naturellement, il s'agit là d'un alourdissement de l'office des parties et d'un allègement de l'office du juge, sans que l'on puisse précisément déterminer un point d'équilibre clairement établi²⁴⁰⁹.

- Dans un second temps, l'arrêt *Dawin* a posé une règle fondamentale en matière d'office des magistrats. Si le juge reste tenu de restituer les qualifications juridiques adéquates aux faits qui lui sont soumis conformément à l'article 12 Code de procédure civile²⁴¹⁰, il n'a pas l'obligation de relever d'office

²⁴⁰⁴ H. MOTULSKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Écrits et notes de procédure civile*, préf. G. CORNU, J. FOYER, Dalloz, 1973, p. 38, spéc. p. 39, n° 2 et le Professeur BOLARD d'ajouter : « *La maîtrise de la matière litigieuse, c'est le pouvoir de fixer les éléments du litige, de nourrir la contestation* » G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G*, 1993, I, 3693. Plus généralement, F. BRUS, *Le principe dispositif et le procès civil*, th. dact., p. 1, n° 2 : « *Le principe dispositif signifierait donc que les parties ont, dans le cadre du procès, la maîtrise des faits* ».

²⁴⁰⁵ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Litec, 8^e éd. 2013, n° 524, p. 405.

²⁴⁰⁶ Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *JurisData* n° 2006-034519 ; Bull. inf. Cass. 1^{re} civ. 15 oct. 2006, *JCP G.*, 2007, II, 10070, G. Wiederkehr.

²⁴⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2009, *JCP G* 2009, n° 401 ; Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-15.891. Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.459. – Cass. 3^e civ., 20 janv. 2010, n° 08-70.206, *JurisData* n° 2010-051181. – Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 09-11.537.

²⁴⁰⁸ Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18-32 : Bull. civ. 2007, IV, n° 49.

²⁴⁰⁹ C. BLÉRY, L. RASCHEL, « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et en droit international », *Proc.*, 2012, *actes du colloque consacré à la pensée de Motulsky*, dossier 4, p. 13, n° 5 : « *Il faut constater que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne comprend encore de manière unanime les pouvoirs et les devoirs du juge et des parties* ».

²⁴¹⁰ Conformément à l'article 12 CPC : « *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* ».

un quelconque moyen, y compris d'ordre public, allant dans le sens des parties²⁴¹¹. La Cour de cassation a néanmoins ménagé une exception lorsqu'un texte de loi oblige le magistrat saisi à relever d'office une règle. Dans un arrêt du 7 juillet 2017, la Cour de cassation a apporté une seconde exception au relevé facultatif. Elle a ainsi estimé que les magistrats devaient relever d'office les dispositions européennes d'ordre public²⁴¹². En matière de contrat d'édition, ces règles de principe doivent être aménagées.

677. Raisons : rééquilibrage et interventionnisme. Le contentieux du contrat d'édition est naturellement soumis à ces règles de principe. À les suivre, le cédant-partie faible ne pourrait pas, en cas de litige, compter sur les pouvoirs d'office du juge pour réduire les écarts avec son éditeur. Pourtant, l'un des fondements de l'office réside précisément dans la limitation des situations injustes. Pour le Professeur FRISON-ROCHE, « *l'office du juge doit intégrer une certaine porosité par rapport aux situations de fait. L'office du juge c'est aussi sentir l'injuste et y rétorquer* »²⁴¹³. Ce propos préfigure le critère de déclenchement de l'office du juge : la correction de la faiblesse structurelle de certains plaideurs, dans notre cas l'auteur ou l'ayant droit partie faible. À l'examen des tendances récentes du droit de la consommation mais aussi du droit privé général, le Professeur FRISON-ROCHE voit dans l'office du juge « *la concrétisation de la vertu de justice par le pouvoir de limiter l'injustice* »²⁴¹⁴, ce à quoi le Professeur ROCHFELD ajoute qu'il répond à un « *réel besoin de rééquilibrage des forces contractuelles et processuelles [ne pouvant] revêtir une certaine efficacité qu'au prix d'un renforcement des moyens octroyés [au juge]* »²⁴¹⁵.

Le droit de la consommation fournit un exemple d'aménagement des principes qui régissent les pouvoirs du juge au profit de la partie faible. Ainsi, l'article L. 632-1 al. 2 impose au juge d'écarter « *d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* ». La disposition constitue bien un renforcement de l'office du juge qu'il conviendrait encore d'accroître pour certains auteurs. Pour le Professeur PAISANT, « *ce n'est pas seulement en effet dans le domaine des clauses abusives que le consommateur est ignorant de ses droits ou est dissuadé, pour des raisons économiques, de se défendre sur l'action en justice du professionnel* »²⁴¹⁶.

En matière de contrat d'édition, la prolifération des régimes spéciaux et la multiplication des normes qui en résulte pourraient complexifier la teneur des litiges qui opposent l'auteur à son éditeur. Le risque, pour l'auteur, serait d'invoquer le mauvais texte à l'appui de ses prétentions, par exemple en

²⁴¹¹ Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, n°04-10672 et *Dauvin c/ Sté. Carteret automobiles*, n° 06-11.343 ; D. 2008. AJ. 228, obs. L. Dargent ; JCP G. 2008. II. 10006, note L. Weiller ; RDI 2008, p. 102, comm. Ph. Malinvaud. V. également le rapport de M. LORIFERNE et l'avis de l'avocat général de GOUTTES (qui s'exprimait ainsi : « *La complexité de cette question tient au fait qu'elle est à rattacher au problème plus général de la distinction à opérer entre les éléments de droit et les éléments de fait du procès et à la délimitation entre "l'office du juge" au regard de la règle de droit, d'une part, et le "principe dispositif", d'autre part, qui confère aux parties la maîtrise de l'objet et de la cause du procès* ») sur le site de la Cour de cassation.

²⁴¹² Cass., ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25.651 : « *Si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquées* », RTD civ. 2017. 872, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 882, obs. P.-Y. Gautier ; D. 2017, p. 1800, communiqué C. cass. et note M. Bacache ; JCP G. 2017, p. 926, note C. Quézel-Ambrunaz ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 34, p. 30, note N. Blanc ; RTD civ. 2017, p. 829, L. Usunier.

²⁴¹³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in Jean Foyer, *Auteur et législateur*, Mélanges Jean Foyer, PUF, 1997, p. 476, n° 38.

²⁴¹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », préc., p. 475, n° 38.

²⁴¹⁵ J. ROCHFELD, « L'actualité des sources du droit des contrats - Le renforcement des pouvoirs des tiers "contrôleurs" dans les réformes législatives et réglementaires récentes de droit du contrat de consommation », RDC 2009/3, p. 985 et s., spéc. n° 7.

²⁴¹⁶ G. PAISANT, note sous, CJCE, 4 juin 2009, C-243/08, aff. *Pannon GSM* JCP G., 2009, n° 42, 336, et d'ajouter dans le sens d'une généralisation du relevé d'office en matière européenne : « *A fortiori, cette solution vaudra pour les directives d'harmonisation totale (comment, par exemple, ne pas penser à celle du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation ?) dont le caractère d'ordre public apparaît renforcé, et ce, même si ce renforcement tient moins au désir de protéger le consommateur que de celui de réguler le marché intérieur afin d'éviter les distorsions de concurrence entre les opérateurs économiques* ».

sollicitant le droit commun du contrat d'édition alors que le litige doit être porté sur le terrain du droit spécial du livre numérique. Dans ce cas, le principe de concentration des moyens tiré de la jurisprudence *Cesaréo* épuiserait toute éventualité de solliciter un moyen nouveau. En effet, l'arrêt *Dauvin* « ne sert qu'à une chose, débouter le demandeur qui n'a pas invoqué le bon fondement au soutien de son action »²⁴¹⁷, ce qui serait excessif au regard de la technicité du régime du contrat d'édition qui ne cesse de s'accroître. Face à ce risque de déperdition des contentieux contractuels, l'équilibre entre les parties au contrat d'édition pourrait être rétabli en obligeant le juge à relever d'office des moyens qu'il jugerait nécessaires au succès des demandes en justice des auteurs. Outre l'objectif de « réalisation du droit »²⁴¹⁸ et la poursuite d'un « idéal judiciaire »²⁴¹⁹ chers à MOTULSKY, le rôle actif du juge qu'imposerait une obligation de relever d'office aurait pour effet de restaurer *a posteriori* une certaine intelligibilité du droit de l'édition. Il serait alors un garant de l'accessibilité du droit. Ce constat posé, pour ne pas que s'y développe avec excès « une conception messianique du juge, redresseur de tort et fer de lance de l'équité »²⁴²⁰, cette « interventionnisme » contre lequel s'exerçait la critique de CARBONNIER²⁴²¹ doit être contenu.

ii. La teneur du renforcement

678. Étendue du relevé d'office. Toutes les préoccupations légitimes de l'auteur doivent-elles donner lieu à un relevé d'office ? Une conception maximaliste incline en faveur d'une réponse positive, tandis qu'une approche plus prudente conduit à sélectionner les moyens en fonction du but qu'ils poursuivent : protection de la rémunération, contrefaçon morale ou patrimoniale, exploitation continue... Tout d'abord, ce relevé doit aller jusqu'aux moyens de pur droit, qu'ils soient d'intérêt privé ou d'ordre public, comme le préconise une doctrine²⁴²². Une conception plus énergique reviendrait à étendre l'empire du juge en l'autorisant à scruter tous les faits qui lui sont soumis et à relever d'office des moyens basés sur des faits différents²⁴²³. Prenons l'exemple d'une action en paiement classique diligentée contre l'éditeur. L'intégration des faits adventices dans le pouvoir d'office du juge l'autoriserait à relever des moyens qu'il aurait constatés en scrutant les comptes d'exploitation ou encore à relever la présence d'une assiette intermédiaire dans les stipulations contractuelles. L'analyse des faits qui n'ont pas été spécialement invoqués par les parties mais qui figurent dans le débat peut donc s'avérer indispensable.

²⁴¹⁷ Ph. Malinvaud, *RDI*, 2008, p. 102, comm. sous arrêt *Dauvin*, préc.

²⁴¹⁸ N. CAYROL, « Office du juge d'appel lorsque les conclusions de l'intimé sont irrecevables », *RTD civ.* 2016, p. 928.

²⁴¹⁹ H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964.*Chron.* p. 235.

²⁴²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », préc., n° 39, p. 476.

²⁴²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens. Les obligations*, T. 2, PUF, 2^e éd. 2017, n° 986.

²⁴²² Bien que certains auteurs aient défendu le caractère obligatoire du relevé d'office des moyens de pur droit (G. BOLARD et P. DRAI, « Justice hâtive, justice rapide. “Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès” », *JCP G.*, 1997, I, 4061 ; M.-A. FRISON-ROCHE, note sous Civ. 2^e, 4 nov. 1988, *D.*, 1989, p. 609 et s., spéc. n° 19 ; J. GHESTIN, « L'annulation d'office d'un contrat », in *Mélanges P. Drai, Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz 2000, p. 593 et s., spéc. p. 606 ; H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », préc. ; J. NORMAND, « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », préc., p. 346 et 347, n° 23), l'état du droit positif semble bien invalider ce constat (v. M. de GOTTES, Premier avocat général, Avis 11072, AP. 21 déc. 2007 : « *En ce domaine, la division traditionnelle du rôle du juge et des parties, exprimée par la maxime “Da mihi factum, tibi dabo jus”, selon laquelle les faits relèvent exclusivement des parties et le droit est le monopole du juge, ne rend plus compte de la situation actuelle, qui est devenue beaucoup moins tranchée dans la distinction* ») et certains ont même préféré substituer à la distinction entre moyens de pur droit et moyens mélangés de fait et de droit, la distinction entre moyens d'ordre public et moyens d'intérêt privé, l'imperium du juge devant porter uniquement sur les premiers (R. MARTIN, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.*, 1990, *chron.*, p. 67).

²⁴²³ G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, *op. cit.*, p. 43 et s., spéc. p. 43, n° 1 ; p. 48, n° 10.

679. Obligation de soumettre aux parties les moyens relevés d'office. L'obligation de relever d'office ne doit pas conduire le juge à porter atteinte au principe du contradictoire. En tout état de cause, le juge ne peut valablement relever un moyen en faveur de l'auteur sans avoir, au préalable, provoqué l'observation des parties, conformément à l'article 16 CPC²⁴²⁴. Ainsi, dans un arrêt du 5 décembre 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation a expressément rappelé la règle de principe. Ici, les magistrats du fond, afin de réputer nulles diverses clauses du contrat d'édition, avaient relevé d'office le moyen tiré de la contrariété desdites clauses au principe de la participation proportionnelle de l'auteur aux recettes brutes de l'exploitation de son œuvre. Or, l'auteur fondait sa demande en nullité sur l'absence de cause et non sur le principe de la rémunération proportionnelle. La cour d'appel avait autoritairement réputer nulle la stipulation litigieuse sans provoquer la discussion des parties. La Haute Cour a logiquement cassé l'arrêt en estimant « *qu'en fondant sa décision sur le moyen, relevé d'office, tiré de la méconnaissance des règles du Code de la propriété intellectuelle, sans avoir provoqué les observations des parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé* », en l'espèce l'article 16 Code de procédure civile.

680. De l'autorisation à l'obligation légale. Dans l'affaire *Dawin*, la Cour estime que « *l'article 12 CPC oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* ». Relevons ainsi que la Cour de cassation ménage elle-même une possibilité d'obliger le juge à relever certains moyens d'office lorsqu'une règle particulière le prévoit. On peut tout d'abord envisager l'hypothèse selon laquelle un texte impose de relever d'office tel ou tel moyen de droit. Un article du CPI pourrait ainsi énoncer que : « *Le juge écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont il ressort des éléments du débat qu'elle porte atteinte au principe de la rémunération appropriée et proportionnelle de l'auteur* ».

Ensuite, au sens de l'arrêt précité du 7 juillet 2017²⁴²⁵, les dispositions européennes d'ordre public doivent être relevées d'office. Sur ce fondement, il n'est pas exclu d'imposer le relevé d'office à propos des règles issues de la directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique du 17 avril 2019²⁴²⁶. À condition qu'il soit qualifié de règles d'ordre public européen, ce qui ne fait guère de doute, le principe cardinal de la rémunération appropriée et proportionnelle présent à l'article 18 de la directive devrait être relevé d'office²⁴²⁷.

b. L'encadrement du recours à l'arbitre

681. Plan. Tout d'abord, si le contentieux du contrat d'édition peut en principe être soumis à l'arbitre²⁴²⁸, quelques interrogations subsistent quant à la validité et l'opposabilité des conventions

²⁴²⁴ Art. 16 CPC : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ».

²⁴²⁵ Cass., ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25.651, préc.

²⁴²⁶ Rappelons ainsi les mots du Professeur TREPPOZ : « *En droit interne, cette impérativité a pour conséquence de rendre toute disposition contractuelle contraire. L'inopposable aux auteurs/interprètes. En droit européen, l'un des apports du règlement Rome I fut de limiter l'autonomie de volonté au sein des contrats internationaux intra-unionistes, par les dispositions européennes impératives. En l'espèce, les articles 19, 20 et 21 s'analysent en des dispositions européennes auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord* », E. TREPPOZ, « Premiers regards sur la directive droit d'auteur dans le marché numérique », *JCP E*, n° 27, 4 juill. 2019, 1343.

²⁴²⁷ Art. 18. 1) : « *Les États membres veillent à ce que, lorsque les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants octroient sous licence ou transfèrent leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres ou autres objets protégés, ils aient le droit de percevoir une rémunération appropriée et proportionnelle* ».

²⁴²⁸ Pour un exemple de recours à l'arbitrage en matière éditoriale v. notamment Paris Pôle 01 ch. 01 26 mars 2013 n° 11/09601 : « *la Société de droit égyptien EGYPTAIR Holding (Egyptair) a conclu le 11 juillet 1992 avec la Société de droit anglais et du Pays de Galles PENINSULA PUBLISHING Limited (Peninsula) un contrat d'édition d'une durée de trois années. (...) Un litige étant survenu entre les parties à propos des conditions de cette résiliation, Peninsula a, en application de la clause compromissoire stipulée au contrat, saisi par requête du 27 avril*

d'arbitrage – on distinguera ici compromis d'arbitrage et clause compromissoire (i). Ensuite, à supposer que le recours à l'arbitrage soit envisageable, les prérogatives de l'arbitre doivent être encadrées (ii).

i. L'effectivité limitée des conventions d'arbitrage

682. Rejet de la prohibition générale posée à l'article 2060 Code civil. Tout d'abord, l'effectivité des conventions d'arbitrage aurait été fortement ébranlée en cas d'application rigoureuse des dispositions de l'article 2060 Code civil. Ce dernier interdit de compromettre dans « *toutes les matières qui intéressent l'ordre public* »²⁴²⁹. *A priori*, la disposition laisse peu de place à l'arbitrabilité du contrat d'édition au sein duquel la liberté des parties est « *surveillée* ». Néanmoins, l'article L. 330-1 al. 4 CPI prévoit expressément que les règles de compétence propre au droit d'auteur « *ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil* ». Ainsi, en matière de contrat d'auteur, le recours à l'arbitrage est autorisé et même parfois entériné par la pratique. Ainsi, dans le domaine voisin du contrat de production audiovisuelle, un protocole d'accord datant du 20 décembre 2012, relatif aux pratiques contractuelles entre auteurs scénaristes et producteurs de fiction étendu par arrêté²⁴³⁰, prévoit, dans son article 8, la possibilité d'insérer une clause compromissoire²⁴³¹.

683. Plan. Néanmoins, l'efficacité des conventions d'arbitrage à l'occasion d'un contentieux opposant l'auteur à l'éditeur demeure limitée. D'une part, certaines prohibitions prévues à l'article 2060 Code civil s'opposent à tout recours à l'arbitrage en matière éditoriale lorsque le contentieux met en cause une personne publique ou lorsqu'il porte sur le droit moral (α). D'autre part, l'effectivité des seules clauses compromissoires – et non des compromis d'arbitrage – est limitée lorsque l'éditeur souhaite opposer la clause à l'auteur (β).

α Les prohibitions sectorielles des conventions d'arbitrage

684. Annonce. Conformément aux dispositions de l'article 2060 Code civil, deux hypothèses échappent à la compétence arbitrale. Il s'agit de l'hypothèse selon laquelle le contentieux éditorial intéressera une personne publique, cas d'école dont la rareté conduira à ne pas trop s'étendre, et du cas plus probable où le contentieux portera sur une atteinte au droit moral.

2005, le Centre régional d'arbitrage commercial du Caire, d'une demande d'arbitrage afin qu'il soit prononcé sur sa demande d'indemnisation pour rupture abusive de la relation contractuelle ».

²⁴²⁹ Art. 2060 Code civil : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

²⁴³⁰ Arrêté du 6 mai 2013 pris en application de l'article L. 132-25 Code de la propriété intellectuelle et portant extension du protocole d'accord du 20 décembre 2012 relatif aux pratiques contractuelles entre auteurs scénaristes et producteurs de fiction, JO n° 0113, 17 mai 2013.

²⁴³¹ Art. 8, Recours à la médiation et à l'arbitrage : « Les parties au présent accord s'engagent à encourager une issue amiable à tous différends qui pourraient survenir entre des auteurs et des producteurs. Elles s'engagent à privilégier le recours à la médiation, voire à l'arbitrage, organisé par l'AMAPA, selon les règles fixées par cette association. À cette fin, elles conseillent à leurs membres d'insérer in extenso dans les contrats de production audiovisuelle la clause compromissoire suivante : "Tout différend qui viendrait à se produire, en suite ou à l'occasion du contrat concernant notamment sa validité, son interprétation ou/et son exécution, sera réglé par voie de médiation et, s'il y a lieu, d'arbitrage, conformément aux règlements de l'Association de médiation et d'arbitrage des professionnels de l'audiovisuel (AMAPA) que les parties déclarent accepter, en leur qualité de professionnels. Les parties acceptent d'ores et déjà qu'il soit fait application des règlements de médiation et d'arbitrage de l'AMAPA dans leur rédaction à la date du litige. Il est rappelé que les arbitres choisis statueront en amiables compositeurs, c'est-à-dire en équité par application des usages professionnels. Les parties se réservent expressément la faculté de faire appel de la décision des arbitres et déclarent pour cela faire attribution de compétence à la cour d'appel de Paris." Plus généralement, les parties aux présentes incitent leurs membres respectifs à répondre positivement, même en l'absence d'une telle clause, à toute invitation par l'AMAPA à régler le différend dont elle serait saisie ».

685. Personnes publiques. Lorsque le contrat d'édition est conclu par une personne publique²⁴³², le compromis d'arbitrage peut tomber sous le coup de l'article 2060 Code civil qui prohibe en principe l'arbitrabilité des « contestations intéressant les collectivités publiques et les personnes publiques »²⁴³³. Toutefois, l'article réserve le cas de certains établissements publics à caractère industriel et commercial qui, par voie réglementaire, sont habilités à compromettre²⁴³⁴. La question de la validité du compromis est donc tranchée au cas par cas en fonction de la nature de l'établissement.

686. Droit indisponible et contentieux contractuel des atteintes au droit moral. Une seconde prohibition est prévue à l'article 2059 Code civil. Elle concerne le contentieux portant sur un droit indisponible²⁴³⁵. La notion de droit indisponible est fuyante²⁴³⁶, bien qu'il soit tout de même admis qu'elle rejoint assez largement la notion de droit extrapatrimonial²⁴³⁷. De prime abord, le contentieux mettant en cause une atteinte au droit moral devrait être exclu des conventions d'arbitrage. À titre d'exemple, on évoquera le cas où l'éditeur procède à des modifications unilatérales de l'œuvre, notamment lorsqu'il supprime un ou plusieurs passages ou qu'il décide d'en réécrire d'autres. On songe encore aux atteintes au droit de paternité lorsque l'éditeur omet de préciser le nom de l'auteur de l'œuvre qu'il exploite. Néanmoins, la possibilité d'arbitrer de tels contentieux fait l'objet de débats doctrinaux²⁴³⁸. Tout d'abord, un spécialiste considère que le droit moral étant l'accessoire du monopole d'exploitation, son arbitrabilité serait possible²⁴³⁹. Cette position trouve un écho au sein d'autres systèmes juridiques. Au Canada par exemple, l'arrêt *Chouette* rendu par la Cour suprême admet l'arbitrabilité du droit moral au motif qu'il est lié intrinsèquement au monopole d'exploitation²⁴⁴⁰. Ensuite, on a fait valoir que le droit moral n'est pas totalement indisponible. En effet, pour une partie de la doctrine, une fois qu'une atteinte au droit moral est constatée, le titulaire des droits peut décider de ne pas poursuivre l'auteur des actes illégitimes. Cet état des choses autorise ces membres de la doctrine à considérer que le droit moral redevient disponible²⁴⁴¹, d'autant que la cour d'appel de Paris a déjà tenu un raisonnement similaire dans un arrêt *Zeldin* du 26 mai 1993 précisément en matière de contrat d'édition²⁴⁴².

²⁴³² Sur la qualification de contrat d'édition lorsque le droit d'auteur est cédé par une personne publique, *supra* n° 303.

²⁴³³ Art. 2260 al. 1 Code civil : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

²⁴³⁴ Art. 2260 al. 2 Code civil : « Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

²⁴³⁵ Art. 2059 Code civil : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

²⁴³⁶ J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préface de Ph. FOUCHARD, LGDJ, 1999, n° 98, p. 55.

²⁴³⁷ F. NAMMOUR, « Le droit moral de l'auteur, parce qu'il est un droit extrapatrimonial est indisponible », *Arbitrage et propriétés intellectuelles en droit libanais : éléments de comparaison avec le droit français*, *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2006, ét. 1, p. 14, n° 12 ; Ch. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD com.* 2013, p. 1, spéc. n° 46.

²⁴³⁸ C. CARON, « Le contentieux arbitral du droit d'auteur », *Rev. arb.* 2014, n° 2, p. 33 ; B. OPPETTI, *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et de droits voisins. Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, 1994, p. 121 ; M. JOSSELIN-GALLE, « Arbitrage et propriétés intellectuelles », *Dr. et patr.* juin 2002, n° 105, p. 70 ; L. POSOCCO, « L'inarbitrabilité des litiges », *Gaz. pal.*, 28 déc. 2013, n° 362, n° 5.

²⁴³⁹ J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois : Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préf. M. VIVANT, Litec, 1990 p. 271.

²⁴⁴⁰ Cour Sup., 21 mars 2003, *Desputeaux c./ Editions Chouette* (1987) inc, 2003 CSC 17, [2003] 1 RCS 178 [*Chouette*].

²⁴⁴¹ Ph. FOUCHARD, « Rapport de synthèse », in *Arbitrage et propriété intellectuelle : Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois*, Paris, Litec, 1994, p. 139, n° 19 : « On ne peut pas en même temps patrimonialiser, exploiter, commercialiser de plus en plus largement les œuvres de l'esprit (...) et prétendre ensuite que ces droits ne sont pas disponibles ».

J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préf. Ph. FOUCHARD, LGDJ, bibl. dr. privé, 1999, n° 98, p. 55.

²⁴⁴² Paris, 26 mai 1993, *Zeldin c./ Sté Éditions Recherches*, *RIDA*, 1994, n° 1, p. 292, note A. Kéréver.

B. La limitation générale des clauses compromissoires

687. Définition. Annonce. L'article 1442 al. 2 Code de procédure civile définit la clause compromissoire comme « *la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats* ». C'est la clause par laquelle les parties s'engagent à compromettre sur un litige futur et éventuel. En tant que telle, la clause n'emporte pas compromis mais impose aux parties une obligation de « *faire le compromis* » ou de façon plus contemporaine une obligation de « *subir l'arbitrage* »²⁴⁴³. Contrairement au compromis lui-même, la clause compromissoire est soumise à un régime plus rigoureux qui limite son effectivité. Compte tenu du fait que le litige n'est pas encore advenu, les clauses compromissoires sont observées avec méfiance par le législateur. Le régime de la clause a connu plusieurs évolutions : la première en vertu de la loi du 15 mai 2001, la seconde en vertu de la loi du 18 novembre 2016. Les contrats étant soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion, un certain nombre de contrats d'édition conclus peuvent être encore soumis aux diverses lois anciennes. Par souci de clarté, nous verrons brièvement les trois régimes juridiques.

688. De la nullité à l'inopposabilité. La nature de la sanction a progressivement évolué de la nullité vers l'inopposabilité.

- Sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 15 mai 2001, les clauses compromissoires étaient réputées nulles au sens de l'article 2061 du Code civil, à moins que des dispositions spéciales ne viennent les valider. Toutefois, l'ancien article 631 du Code de commerce – devenu L. 721-3 du Code de commerce – prévoyait que de telles clauses étaient valables en droit commercial²⁴⁴⁴. Cette contrariété entre les deux textes pouvait générer des difficultés lorsque l'acte était de nature mixte, à la fois civil et commercial, comme l'est le contrat d'édition. Néanmoins, la jurisprudence avait fini par estimer que les clauses compromissoires incluses dans les actes mixtes étaient réputées nulles pour les deux parties²⁴⁴⁵. Ainsi, ces clauses au sein des contrats d'édition conclus avant la loi de 2001 doivent être réputées non-écrites.

- Sous l'empire du droit intermédiaire – après la loi du 15 mai 2001 et avant la réforme du 18 novembre 2016 –, l'article 2061 Code civil énonçait que « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». Il ne faisait guère de doute que la référence au caractère professionnel de l'activité devait, dans l'esprit du législateur, concerner les deux parties au contrat²⁴⁴⁶. Par conséquent, lorsqu'une partie exerçait une activité

²⁴⁴³ S. GUINCHARD (dir), *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 2017, n° 611, p. 1442 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33^e éd. Précis, Dalloz, 2016, n° 2353, p. 1605 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996., p. 78 : « *La clause compromissoire ne fait plus naître une obligation de faire (signer le compromis) mais une obligation de subir l'arbitrage. Ce n'est plus une promesse de compromis, mais une soumission anticipée à l'arbitrage. Affranchie de la nécessité d'un nouvel accord, elle accède à une efficacité autonome* », cité par Th. CLAY, *L'arbitre*, préf. Ph. FOUCHARD, Dalloz, 2000, n° 681, p. 537.

²⁴⁴⁴ Art. 721-3 al. 2 Code de commerce : « (...) *les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire* ».

²⁴⁴⁵ Cass. com. 2 avril 1964, Bull. n° 533, D. 1965. 412, « *la clause compromissoire qui est incluse dans un acte mixte est nulle à l'égard de chacune des parties* » ; Cass. 2^e civ., 5 mai 1982, 81-10544, Bull. II, n° 69, Rev. arb. 1982. 75, note J. Rubellin Devichi ; Paris, 11 mars 1994, inédit, Ph. Alexandre c/ *La Prévention routière et la Société Jardin d'acclimatation*, RTD. com. 1994, p. 700, J.C. Dubarry, E. Loquin.

²⁴⁴⁶ E. BESSON, *Rapport en vue de la lecture définitive du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, n° 3027, 25 avril 2001 art. 55 b, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r3027.asp> : « *La Commission a adopté un amendement de votre Rapporteur reprenant la rédaction commune élaborée entre la commission des finances du Sénat et le Gouvernement qui lève certaines ambiguïtés de la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale (amendement n° 33). Ainsi, la notion de "contrats conclus à raison d'une activité professionnelle" apparaît plus précise que celle de "contrats conclus entre professionnels". De plus, la condition que l'une des parties n'ait pas abusé de sa*

professionnelle et pas l'autre, la stipulation était nulle. À cet égard, dans un contrat d'édition, l'activité commerciale ne concernait que l'éditeur. Aussi, sous l'empire de l'ancien texte, les clauses compromissaires insérées dans les contrats d'édition devaient être réputées nulles. La *ratio legis* du texte était clairement de promouvoir la protection de la partie faible²⁴⁴⁷.

- La réforme du 18 novembre 2016 a changé la nature de la sanction. Le second alinéa de l'article 2061 Code civil dispose dorénavant que « *lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». La réforme a donc consacré la théorie de l'inopposabilité de la clause dont seule la partie faible pourrait se prévaloir.

ii L'efficacité limitée des prérogatives arbitrales

689. Plan. Lorsque le recours à l'arbitre est effectif, la présence d'une partie faible au contrat d'édition doit restreindre ses prérogatives. D'une part, l'autonomie procédurale des arbitres ne doit pas conduire à l'éviction des règles d'ordre public (α). D'autre part, le contentieux éditorial pouvant s'avérer coûteux et délicat, l'effet négatif du principe de « *compétence-compétence* » doit être opportunément circonscrit principalement lorsque le litige prend une tournure internationale (β).

α . Le relevé d'office obligatoire par l'arbitre des règles d'ordre public

690. Position du problème. L'arbitre, contrairement au juge, ne connaît aucun lien institutionnel qui le rattache à un ordre public dont il serait le gardien²⁴⁴⁸. Il n'est pas donc tenu d'appliquer les règles impératives qui s'imposent normalement au juge. Des éditeurs pourraient alors tenter de contourner les règles impératives du contrat d'édition en ayant recours à l'arbitrage. L'auteur se retrouverait incidemment privé de la protection des dispositions impératives à laquelle il peut prétendre.

« *puissance économique* » disparaît, cette notion plutôt floue aurait en effet risqué d'être une source importante de contestation ».

²⁴⁴⁷ E. BESSON, *Rapport en vue de la lecture définitive du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques* n° 2327, 6 avril 2000, *Introduction*, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2327-t1.asp> : « *Inscrit dans un contexte de libre circulation des capitaux, de multiplication des échanges, de mondialisation de la vie des entreprises, le présent texte correspond à la fois à la prise en compte, réaliste, de cette situation et à la nécessité de mieux garantir les droits des salariés, des producteurs, des consommateurs ou des actionnaires minoritaires. Cet objectif de modernisation n'est nullement contraire avec celui du rééquilibrage des rapports de force économiques* ». À titre indicatif, on notera qu'en matière de droit de la consommation – qui demeure l'un des droits les plus marqués par les écarts entre la partie forte et la partie faible –, le Code de la consommation jette le trouble. Alors même que la lecture de l'article 2061 du Code civil devait conduire à annuler les clauses compromissaires dans les contrats déséquilibrés, l'article R. 212-2 du Code de la consommation les présume simplement abusives (art. R. 212-2 Code de la consommation : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : (...) 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* »). Par conséquent, les professionnels pourraient apporter la preuve inverse pour porter le litige devant un arbitre. Sur ce point v. AMRANI-MEKKI, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009, n° 4, n° 7, p. 1617 : « *La difficulté que ne manquera pas de soulever le décret est qu'en envisageant le caractère abusif de la clause compromissoire, il laisse supposer sa validité en droit de la consommation. Pourtant, du fait de l'inégalité des rapports de force au sein des contrats de consommation, il est acquis de longue date qu'une telle clause n'est pas valable* »

²⁴⁴⁸ P. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 381, spéc., p. 393, n° 32 et 33, mais qui tempère lui-même cette assertion : p. 394, n° 35 et 36.

691. Relevé d'office des règles d'ordre public. Pour éviter les stratégies pernicieuses, l'encadrement des règles présidant l'office de l'arbitre s'avère nécessaire. Dans cette perspective, une obligation pour l'arbitre de relever d'office les moyens tirés de l'ordre public dans les mêmes conditions que le juge lui-même doit être consacrée.

Le cas échéant, ce relevé d'office des règles d'ordre public sera complété par l'article 1492 5° Code de procédure civile. Au titre de cette disposition, les parties au litige peuvent exercer un recours en annulation contre une sentence arbitrale lorsque celle-ci porte atteinte à l'ordre public. Toutefois, l'office du juge de l'annulation ne porte pas sur la violation *stricto sensu* d'une règle d'ordre public, mais sur les *effets* de la sentence qui seraient le cas échéant contraires à l'ordre public²⁴⁴⁹.

B. L'éviction souhaitable de l'effet négatif du principe « compétence-compétence »

692. Principe. Conformément au droit de l'arbitrage, la mise en œuvre de la clause compromissoire ou du compromis d'arbitrage enclenche l'application du double principe de « *compétence-compétence* »²⁴⁵⁰. Le premier effet de ce principe est celui d'une compétence dite « *négative* », en ce qu'elle interdit aux juridictions étatiques de se prononcer sur l'applicabilité de la clause ou du compromis²⁴⁵¹. Dans l'hypothèse où l'une des parties saisisait une juridiction étatique, celle-ci devrait obligatoirement se déclarer incompétente. Corrélativement, ce principe implique une compétence « *positive* » en faveur de l'arbitre, qui se trouve automatiquement investi par l'effet de la clause. L'institution arbitrale est en principe la seule compétente pour apprécier sa propre compétence²⁴⁵². Dès lors, en présence d'une clause compromissoire insérée au contrat d'édition, l'auteur qui souhaite solliciter les tribunaux étatiques doit dans une phase préalable obtenir de l'arbitre qu'il décline sa compétence. L'effet tiré du principe de « *compétence-compétence* » complique donc drastiquement la situation de l'auteur. La simple perspective – souvent coûteuse – de solliciter l'instance arbitrale afin qu'elle se déclare incompétente a de quoi décourager ; *a fortiori*, lorsque le contrat d'édition est international. Le cas échéant, l'auteur devrait par exemple se déplacer jusqu'aux États-Unis pour obtenir de l'institution arbitrale qu'elle se dessaisisse. De manière insidieuse, la compétence-compétence limite le « *droit d'accès à un tribunal* »²⁴⁵³.

693. Tempéraments en présence d'une partie faible. Ce principe connaît heureusement un tempérament. Il est légalement admis qu'une juridiction étatique est en mesure de déclarer l'arbitre incompétent dès lors que la clause apparaît manifestement nulle ou inapplicable, conformément à

²⁴⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2015, n° 14-18.706, inédit, *Rev. arb.* 2016, P. 219, note L.-C. Delanoy.

²⁴⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, *M. Zanzì, ès qualités c/ M. de Coninck et autres*, RTD. com. 1999, p. 380, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 546, D. Bureau : « *Attendu qu'il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international* » ; S. GUINCHARD (dir), *Droit processuel*, préc. n° 611-1, p. 1444 : « *En cas de contestation sur la convention, seul le juge étatique serait compétent ; donner suite à cette analyse reviendrait à favoriser les stratégies dilatoires de plaideurs soucieux de retarder l'arbitrage et in fine de le priver de l'un de ses principaux intérêts, à savoir la rapidité. Ce serait, comme l'écrivait Motulsky, "habiliter (une partie) à réintroduire par un biais la procédure de droit commun que la clause compromissoire a précisément pour but d'éviter". C'est bien pourquoi le parti pris a été de reconnaître le principe de compétence-compétence auquel on peut attribuer un effet positif et un effet négatif* ».

²⁴⁵¹ *Ibid.*

²⁴⁵² *Ibid.* Th. CLAY, th. préc., n° 115 et s., p. 106 et s.

²⁴⁵³ CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, Série A n° 18 ; *AFDI*, 1975, 330, note Pelloux. Sur la dimension constitutionnelle du principe, voir également Cons. Const. 9 avr. 1996, déc. n° 96. 373 DC, *Autonomie de la Polynésie française*, cons. 85, qui s'appuie sur l'article 16 de la DDHC pour estimer qu'il « *ne doit pas être portée d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif* », RDP, 1996, 953, note Luchaire ; RTD const. 1996, 584, note Trémeau ; D. 1996, 153, obs. Renoux ; *AJDA* 1996, 371, obs. Schrameck. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd. 2013, n° 149, p. 568.

l'article 1448 Code de procédure civile²⁴⁵⁴. La Cour de cassation s'est saisie de la question lorsqu'était en cause une partie faible – un salarié. Ainsi, par un arrêt du 30 novembre 2011, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé qu' « *il résulte de l'article L. 1411-4 du Code du travail que le principe de compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale* »²⁴⁵⁵. En matière consumériste, le doute subsiste quant à la validité de la clause²⁴⁵⁶. Une partie de la doctrine propose de neutraliser l'effet négatif de la compétence-compétence dans le souci de protéger les consommateurs-parties faibles.

694. Extension au contrat d'édition. En toute vraisemblance, l'effet négatif du principe de compétence-compétence doit connaître un sort similaire en matière de contrats d'auteur. Le contrat d'édition étant supposé déséquilibré, le raisonnement doit être logiquement reconduit. *Mutatis mutandis*, l'effet négatif du principe de compétence-compétence doit être évincé au profit d'une compétence positive, habilitant les tribunaux étatiques à se prononcer sur la compétence arbitrale. En outre, une telle position unifierait un peu plus le droit de la partie faible.

Lorsque le contrat d'édition présente des liens d'extranéité et que l'arbitrage devient international, la remise en cause de l'effet négatif de compétence-compétence appelle à plus de prudence. L'analogie avec d'autres parties faibles n'offre pas toutes les garanties d'unité conceptuelle, la raison étant que la réponse jurisprudentielle diffère selon qu'elle porte sur le salarié ou sur le consommateur²⁴⁵⁷. Alors que le principe demeure évincé à propos du salarié²⁴⁵⁸, la jurisprudence en maintient la vigueur à l'endroit des consommateurs, s'arc-boutant derrière les jurisprudences *Jaguar*²⁴⁵⁹ et *Rado*²⁴⁶⁰. Malgré cela, l'éviction de l'effet négatif du principe de « *compétence-compétence* » s'avère logique. En effet, si le principe connaît des limites au niveau national, notamment au regard du déséquilibre suscité entre les parties, ces limites doivent exister *a fortiori* à l'échelle internationale où les déséquilibres sont davantage marqués.

²⁴⁵⁴ Art. 1448 Code de procédure civile : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable* ».

²⁴⁵⁵ Cass. soc., 3 nov. 2011, *rev. arb.* 2012, p. 333, note M. Boucaron-Nardetto ; *Procédure*, 2012, n° 2, 42, obs. L. Weiller.

²⁴⁵⁶ La doctrine la plus autorisée s'appuie sur un arrêt du 29 février 2012 pour justifier une telle interprétation (Civ. 1^{re}, 29 févr. 2012, n° 11-12.782, Bull. civ. I, n° 40 ; *D.* 2012. 689, obs. X. Delpech ; *Rev. arb.* 2012. 359, note M. de Fontmichel ; *JCP E.* 2012. Act. 310, obs. J. Béguin ; *Procédures* 2012. 117, note L. Weiller ; *LPA* 2012, n° 102, p. 11, note V. Legrand ; *ibid.* n° 135, p. 7, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *ibid.* n° 187-88, p. 14, note E. Faivre ; *Gaz. Pal.* 13-17 juill. 2012, p. 18, obs. D. Bensaude ; *Loyers et copropri.* 2012. 113, obs. E. Chavance), v. notamment T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2012, p. 2991, n° 4.

²⁴⁵⁷ Pour une critique d'une telle distinction, v. A. SINAY-CYTERMANN, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation internationale », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 427 : « *la disparité actuelle de régime entre le sort de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les contrats de travail et de consommation internationale nous paraît critiquable et nous préconisons un alignement des solutions applicables au contrat de consommation internationale sur celles mises en oeuvre dans le cadre du contrat de travail international* ».

²⁴⁵⁸ Cass. soc. 12 fév. 1985, *Chauzy*, cette *Revue*, 1986. 469, note M.-L. Niboyet ; *Rev. arb.* 1986. 47, note M.-A. Moreau-Bourles ; *D.* 1985. IR. 456, obs. A. Lyon-Caen et surtout Cass. soc. 16 fév. et 4 mai 1999, *Rev. arb.* 1999. 290, note M.-A. Moreau ; *Rev. crit. DIP*, 1999. 745 note F. Jault-Seseke ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 62, obs. M.-L. Niboyet. V. également Cass. soc. 9 oct. 2001, *Rev. arb.* 2002. 437, note Th. Clay.

²⁴⁵⁹ Cass. 1^{re} civ. 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997. 537, note E. Gaillard, *Rev. crit. DIP* 1998. 87, note V. Heuzé, *JDI* 1998. 969, 1^{re} esp., note S. Poillot-Peruzzetto, *Justices* n° 1, janv.-mars 1998, p. 156, obs. M.-C. Rivier, *RTD com.* 1998. 330, obs. É. Loquin.

²⁴⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rado*, *Rev. arb.* 2005. 115, note X. Boucobza ; *RTD. com.* 2004. 447, note E. Loquin

695. Conclusion de section. À l'issue de cette section, l'étude de la protection de l'auteur allouée par l'ordre public *in favorem* a laissé transparaître plusieurs perspectives.

Tout d'abord, les règles visant à résoudre les conflits doivent, aussi bien en droit interne qu'en droit international, être instituées sur le paradigme de la protection de l'auteur. Ainsi, en droit international, le rattachement à la loi du pays de résidence de l'auteur s'avère nécessaire. En droit interne, si un conflit advient entre différentes règles, le principe de protection de l'auteur tel qu'il ressort de la qualification du contrat d'édition conduit à faire abstraction de l'adage *specilia generalibus derogant* afin d'appliquer la règle la plus favorable à l'auteur quand bien même celle-ci appartiendrait au droit commun.

L'élaboration d'un régime protecteur s'est poursuivie sur le terrain substantiel. Cette élaboration passe par l'infléchissement en faveur de l'auteur des règles censées encadrer le contrat d'édition. D'une part, au regard des règles contractuelles, la protection de l'auteur suppose de qualifier le formalisme en droit d'auteur de règles *ad probationem*. De la même façon, la liberté contractuelle devrait être placée sous les auspices d'une impérativité *in favorem*, conduisant à l'annulation de clauses qui contreviendraient au sort des auteurs. D'autre part, après avoir constaté que le droit positif du contrat d'édition prohibe les clauses attributives de compétence territoriale et matérielle, un renforcement des pouvoirs du juge a pu être proposé. Ce renforcement suppose que ses pouvoirs d'office soient accentués et qu'il puisse davantage encadrer les recours à l'arbitrage.

696. Conclusion de chapitre. Ce chapitre aura permis de livrer quelques pistes et indications sur la façon dont le droit peut ajouter un degré supplémentaire de protection en faveur de l'auteur. Le renouveau conceptuel de l'ordre public artistique s'inscrirait à la fois dans l'impératif de protection des auteurs et dans l'intérêt général de protection des industries culturelles. Pour gage de la faisabilité de ce renouveau, rappelons que le droit positif a déjà pris l'initiative, dans d'autres domaines, de fonder l'ordre public sur la philosophie renouvelée des ordres de protection. Aussi, est-il possible de voir en droit des contrats d'auteur, et principalement dans le domaine de l'édition, l'émergence d'un ordre public nouveau, à la fois protecteur et directeur, qui inscrirait la défense des auteurs dans l'intérêt général. Il en découlerait une impérativité renouvelée, prompte à s'adapter plus facilement aux évolutions industrielles et technologiques que ne le peut le droit d'auteur. L'objectif assigné à ce corps de règle est double. S'assurer que la protection du droit d'auteur ne soit pas tournée indirectement par les stipulations contractuelles et conférer un socle de règles protectrices lorsque l'auteur se retrouve aux prises avec son éditeur.

TITRE II

LE RÉGIME FONDÉ SUR L'IDENTITÉ DU CONTRAT D'ÉDITION

697. Plan. Le droit d'auteur n'est pas le seul corps de règles à permettre une réglementation du contrat d'édition. L'identité du contrat d'édition étant celle d'une cession avec charge²⁴⁶¹, il s'ensuit plusieurs conséquences sur son régime juridique. En premier lieu, il est logique d'appliquer au contrat d'édition les règles de droit civil qui résultent de cette qualification. Le Professeur BLANC considère à cet effet que le droit civil permet de « *donner un sens* »²⁴⁶² au droit d'auteur. De plus, seul le droit civil est en mesure de dénouer l'opération contractuelle. En effet, le droit d'auteur se contente d'envisager les règles impératives que le contrat d'édition doit respecter. En revanche, il ne dit rien sur la façon dont le transfert des droits s'opère ou sur la façon dont la responsabilité contractuelle des parties peut être limitée. Il y a là une fonction technique que seul le droit civil assume. Par ailleurs, la plasticité des concepts de droit civil permet une meilleure adaptabilité des régimes juridiques. Ces règles instituent donc un verrou de sécurité lorsque les règles du droit d'auteur deviennent désuètes comme c'est le cas en période de bouleversement technologique.

Toutefois, ces dispositions ne sauraient s'appliquer aveuglément. Il faut veiller à ce qu'elles ne contreviennent pas à l'esprit du contrat d'édition et à la rationalité du droit d'auteur. C'est pourquoi, une analyse minutieuse du volet civil applicable au contrat d'édition doit être menée afin qu'il ne contrevienne aux règles énoncées au titre précédent. Loin de se résumer à un catalogue des dispositions applicables, l'étude portera sur la compatibilité du droit civil avec l'esprit du droit d'auteur.

Ainsi, en dehors des dispositions du droit d'auteur présentées au titre précédent, le droit civil a vocation à *compléter* le régime juridique du contrat d'édition (Chapitre 1). En outre, la qualification de vente avec charge implique un certain nombre de spécificités. Bien que cette identité contractuelle se rattache à la matière civile, elle n'en demeure pas moins originale. À cet égard, la qualification de cession avec charge est pourvue d'une dimension fiduciaire en vertu de laquelle l'éditeur exploite l'œuvre avec la confiance de l'auteur. Cette dimension n'est pas neutre dans la façon dont le régime doit être mis en œuvre. À ce titre, la relation fiduciaire *explique* le régime du contrat d'édition (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La fonction complétive du droit civil en général

Chapitre 2 : La fonction explicative du droit des relations fiduciaires en particulier

²⁴⁶¹ *Supra* n° 401 et s.

²⁴⁶² N. BLANC, *Les contrats d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2010, n° 351, p. 289.

LA FONCTION COMPLÉTIVE DU DROIT CIVIL EN GÉNÉRAL

698. Plan. Le droit civil complète les règles du droit d'auteur. Cette idée se comprend en raison des lacunes et imprécisions que peuvent comporter les régimes spéciaux comme celui du contrat d'édition. En effet, l'existence de règles spéciales propres au contrat d'édition ne doit pas conduire à éluder le droit commun des contrats, loin de là²⁴⁶³. Le rattachement au droit civil n'appelle aucune contestation (Section 1). En revanche, la portée pouvant être assignée aux règles dites de droit économique soulève quelques questions. Ce corps de règles, composé du droit de la consommation et du droit des relations commerciales, connaît un domaine d'application suffisamment large et offre ainsi la possibilité de s'appliquer au contrat d'édition. L'étude conduira néanmoins à exclure le rattachement du contrat d'édition à ce pan du droit (Section 2).

Section 1. L'application du droit civil

Section 2. L'exclusion du droit économique

Section I

L'APPLICATION DU DROIT CIVIL

699. Application large du droit commun. Le droit commun, comme tout droit, se définit comme un corps de règles juridiques et positives²⁴⁶⁴ mais se signale par sa vocation à s'appliquer de façon absolue²⁴⁶⁵. Pour être commune à l'ensemble des contrats, la législation de droit commun se doit d'être vague et consensuelle. Par conséquent, on la considère parfois comme « *imprécise* »²⁴⁶⁶ et son contenu comme « *ambigu* »²⁴⁶⁷. D'autres soulignent la « *plasticité* »²⁴⁶⁸ de ce droit. Cela ne doit pas inquiéter. Ce caractère général permet d'adapter au mieux le droit commun aux besoins du contrat d'édition. Qu'il s'agisse des règles régissant la conclusion du contrat ou son exécution du contrat, le droit commun s'applique sans hésitation.

700. Application incertaine du droit des contrats spéciaux. Le contrat d'édition ayant été qualifié en droit civil de cession – vente de choses immatérielles dans notre cas – avec charge²⁴⁶⁹, sa soumission aux règles du Code civil doit être totale. Pourtant, l'applicabilité des dispositions régissant les contrats spéciaux et principalement le contrat de vente connaît plus d'hésitations. La portée des quelques décisions de justice exploitables rendues par des cours d'appel et par la Cour de cassation est incertaine. Quelques-unes conduisent au rejet catégorique du droit de la vente tandis que d'autres l'appliquent ou y font au moins référence.

²⁴⁶³ V. notamment, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 685 et s. ; C. CARON, *op. cit.*, n° 413.

²⁴⁶⁴ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, 2016, n° 60, p. 41.

²⁴⁶⁵ *Ibid.*, n° 148, p. 100.

²⁴⁶⁶ A. RIVARD, « La notion du "droit commun" », *Rev. du Dr.*, vol. 3, n° 6, fev. 1925, p. 257 et s., spéc. p. 258.

²⁴⁶⁷ R. GASSIN, Lois spéciales et droit commun, *D.* 1961. Chron. p. 91 et s., spéc. n° 4, p. 92.

²⁴⁶⁸ P. SIRINELLI, S. PREVOST, « Réforme du droit des contrats : une attente et des attentes », *D.* IP/IT 2016. 105.

²⁴⁶⁹ *Supra* n° 401.

Le 28 mai 2008, la cour d'appel de Paris a affirmé, de façon claire, l'éviction du droit de la vente en matière de contrat d'édition. Les faits de l'espèce sont simples. L'auteur souhaitait obtenir la nullité du contrat. Il a invoqué alors plusieurs moyens légaux touchant à l'obligation de rémunération parmi lesquels l'article 1591 Code civil. En vertu de cet article, « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* », si bien que la mention imprécise d'un pourcentage de rémunération serait insuffisante. La cour d'appel a rejeté cet argument et énoncé que l'auteur « *ne [pouvait] invoquer les dispositions de l'article 1591 du Code civil selon lesquelles le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties, dès lors qu'elles régissent le contrat de vente et ne sont nullement applicables au contrat d'édition réglementé par le Code de la propriété intellectuelle* »²⁴⁷⁰. Indépendamment de l'issue du litige, l'arrêt interpelle par la rigueur avec laquelle il rejette l'applicabilité du droit de la vente au contrat d'édition, ces dispositions n'étant « *nullement applicables au contrat d'édition* ».

D'autres arrêts d'appel font preuve d'une plus grande retenue. Sans évincer le droit de la vente ces arrêts ne l'appliquent pas non plus.

- À titre d'exemple, peut être cité un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 8 avril 2010 rendu dans une affaire portant également sur l'indétermination de la rémunération de l'auteur. Ce dernier invoquait la nullité du contrat d'édition pour indétermination du prix sur le fondement des articles 1583 et 1591 Code civil et L. 131-3 CPI²⁴⁷¹. Bien que la cour d'appel ait fait droit à la demande, elle s'est contentée de viser les dispositions du CPI dans sa motivation²⁴⁷². Tout au plus, l'exclusion du droit de la vente est ici supposée.

- Toujours dans le contentieux de la rémunération, le 6 septembre 2012, la cour d'appel de Rouen a rendu un arrêt dans une affaire où la question était de savoir si une cession de droits à prix vil pouvait conduire à l'*inexistence* du contrat d'édition sur le fondement, notamment, de l'article 1591 Code civil. La cour d'appel de Rouen a fait droit à la demande d'inexistence mais n'a pas mentionné dans sa motivation l'article 1591 Code civil²⁴⁷³.

D'autres décisions de justice, y compris de la Cour de cassation, ont au contraire appliqué les règles des contrats spéciaux au contrat d'édition.

- Dans l'affaire *Perret*, dans laquelle le producteur du célèbre parolier avait cédé ses droits à un éditeur à la suite d'un contrat d'édition, l'auteur et interprète a agi en responsabilité contre l'éditeur pour atteinte à son droit de paternité. L'éditeur a alors souhaité agir sur le terrain du droit de la vente en garantie d'éviction contre le producteur cédant avec lequel il avait conclu un contrat d'édition. La

²⁴⁷⁰ Paris, 4^e ch., sect. A, 28 mai 2008, n° 06/17505.

²⁴⁷¹ Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 8 avr. 2010, n° 09/00546 : « *dire et juger que l'acte du 6 nov. 2002 n'emporte pas cession parfaite des droits d'édition conformément à l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle et aux articles 1583 et 1591 du code civil* ».

²⁴⁷² Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 8 avr. 2010, n° 09/00546 : « *Il résulte de la combinaison des articles L. 131-2, L. 131-3, L. 131-4, L. 132-1, L. 132-5 et L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle que le contrat d'édition est un contrat écrit par lequel un auteur cède à l'éditeur le droit de fabriquer ou faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, selon les conditions, dans la forme et suivant les modes d'expression prévus au contrat, à charge pour l'éditeur d'en assurer la publication et la diffusion* ».

²⁴⁷³ Rouen, ch. civ. et comm., 6 sept. 2012, n° 11/04365M : « *Frédéric Mansot a relevé appel de ce jugement dont il poursuit l'infirmité, demandant à la Cour, par dernières conclusions du 15 mars 2012, de : (...) au visa des articles 1108, 1131, 1583 et 1591 du Code civil, L. 131-2 et L. 132-5 du Code de la propriété intellectuelle, dire que les cessions de droits conclues en exécution du contrat du 12 octobre 1992 conclu avec la société Éditions Atlas pour "Aladin" et "Les cygnes sauvages", sont inexistantes (...). Sur ce : M. Frédéric Mansot fait valoir au soutien de ses demandes, d'une part, qu'à défaut d'écrits conformes aux dispositions des articles L. 131-3 et L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle, aucune cession de droits d'exploitation des illustrations de "La petite fille aux allumettes" n'a pu intervenir et, d'autre part, que le contrat en date du 12 octobre 1992 est inexistant en raison de la vileté de son prix* ».

Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel et fait application du régime de la vente en matière d'éviction en fondant sa décision sur l'article 1626 Code civil²⁴⁷⁴.

- Dans l'hypothèse voisine du contrat de production audiovisuelle, la Cour de cassation, dans l'affaire de *La Cage aux folles*, a, une fois de plus, expressément fait application de l'article 1625 Code civil. Dans cette affaire, Jean Poiret avait cédé tous les droits d'adaptation cinématographique de sa pièce de théâtre *La Cage aux folles*. Par la suite, une seconde cession portant sur les mêmes droits a eu lieu au profit d'un nouveau producteur²⁴⁷⁵. Le premier producteur a ainsi agi à l'encontre de l'auteur sur le terrain de la garantie d'éviction et obtenu gain de cause.

En appliquant le droit des contrats spéciaux au-delà du cadre strict du Code civil, la Cour de cassation réalise en creux le souhait émis par certains auteurs visant à l'émergence d'une théorie générale des contrats spéciaux²⁴⁷⁶ ou, pour certains, un « *droit commun spécial des contrats* »²⁴⁷⁷.

701. Problématique. Méthodologie. Naturellement, l'application du droit civil à titre complémentaire ne peut pas se faire purement et simplement. La fonction complétive de ce corps de règles n'a de sens qu'à la condition que le régime du contrat d'édition qui en ressort soit complet et surtout cohérent. On ne saurait, au seul prétexte que le contrat d'édition est qualifié de cession avec charge, appliquer tout le droit commun des contrats ou tout le droit de la vente. Au préalable, il faut s'assurer que les dispositions en question coïncident avec l'esprit du contrat d'édition. Ainsi, certaines règles s'appliqueront sans réserve tandis que d'autres seront réputées inapplicables.

702. Plan. Sous réserve naturellement des dispositions du droit d'auteur, les règles du droit civil doivent à notre avis s'appliquer au contrat d'édition, tant au stade de la conclusion du contrat (§ 1) que de l'exécution (§ 2).

²⁴⁷⁴ Cass. 1^{re} civ. 1, 7 nov. 2006, n° 04-13.454, B. 2006 I, n° 462 p. 398 : « *Vu l'article 1626 du Code civil ; Attendu que la personne qui a délibérément participé à la violation du droit d'un artiste-interprète en mettant en vente un enregistrement qu'elle savait lui être faussement attribué ne peut obtenir la garantie de celui dont elle est l'ayant cause ; Attendu que pour condamner la société Warner Chappell music France à garantir la société Universal pictures video France, la cour d'appel retient, par motifs adoptés, d'une part, l'engagement général pris en ce sens par la première envers la seconde contre tous recours de tiers quant aux frais et droits relatifs au conditionnement des vidéogrammes et des phonogrammes, et, d'autre part, que c'est conformément à sa demande et à ses indications que la société Universal Pictures video France a fait figurer sur la jaquette la mention inexacte de l'interprétation de la chanson par M. Pierre X... ; qu'en statuant par de tels motifs, la cour d'appel a violé le texte susvisé* », confirme l'arrêt d'appel (Paris, Pôle 1, 3^e ch., 20 mars 2012, n° 11/16382) qui a considéré « *que celui-ci invoque les articles 1625 et 1628 du Code civil et soutient que WARNER (producteur) est tenue d'une garantie d'éviction ; que cette notion relève du droit commun des contrats ; que la garantie d'éviction concerne tout cédant d'un droit corporel ou incorporel* ».

²⁴⁷⁵ Cass. 1^{re} civ. 27 mai 1986, *Marcello Danon c/ Jean Poiret*, n° 84-14.154, Bull. I, n° 144, p. 144, RIDA n° 132, 1987/4, p. 59.

²⁴⁷⁶ J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », in *Une théorie générale des contrats spéciaux ?*, RDC, 2006/2, p. 597, spéc. p. 599 ; J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n° 197 ; F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *ibid.*, RDC, 2006/2, p. 604, spéc. p. 605. V. aussi P.-Y. GAUTIER, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *ibid.*, RDC, 2006/2, p. 610, n° 7 ; J.-J. BARBIÉRI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *ibid.*, RDC, 2006/2, p. 621.

²⁴⁷⁷ P. PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825, spéc. p. 851, « *Le droit commun spécial doit encadrer plus que de simples obligations mais moins que des contrats* » ; à rapp. D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC 2006/2, p. 615 et s., spéc. n° 5 p. 619, « *Il serait de bonne méthode de proposer une conception globale et unitaire de mécanismes communs : le transfert de propriété, le transfert des risques, la garantie d'éviction, la garantie des vices cachés, ou la garantie de conformité...* ».

§ 1. L'INFLUENCE RELATIVE DE L'INTÉRÊT COMMUN À LA CONCLUSION DU CONTRAT D'ÉDITION

703. Plan. Au stade de l'émission du consentement, l'intérêt commun censé innover le contrat d'édition exerce une influence limitée. À cet égard, le droit civil édicte, d'une part, des règles relatives à la protection du consentement des parties (A) et, d'autre part, des règles plus classiques relatives au contenu du contrat (B).

A. LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DES PARTIES

704. Présentation. Modulation des effets du droit civil. Plan. En droit d'auteur, les règles qui touchent à la phase de conclusion se résument pour l'essentiel à l'article L. 132-7 CPI qui impose de recueillir le consentement par écrit de l'auteur²⁴⁷⁸. D'un renfort non négligeable, cette disposition reste insuffisante à fournir une protection complète au stade de la conclusion du contrat d'édition. C'est pourquoi, en dehors de cet article, les règles de droit civil protégeant le consentement au sein du contrat d'édition doivent connaître une application renforcée (1). Toutefois, le droit civil complète parfois excessivement le régime des conventions éditoriales. C'est le cas des règles de capacité qui, dans l'hypothèse très particulière où le contrat est conclu par un groupe éditorial, doivent, à notre avis, être assouplies (2).

1. Le renforcement souhaité des règles protégeant le consentement

705. Plan. Les règles présidant à la validité du consentement sont parfois présentées comme des mécanismes protecteurs de la partie faible²⁴⁷⁹. En effet, la phase de conclusion demeure, en tout état de cause, un terreau fertile à l'épanouissement des asymétries économiques entre les parties, notamment en matière de contrat d'auteur²⁴⁸⁰. L'épreuve du temps et des prétoires semble avoir confirmé le vœu du doyen RIPERT qui souhaitait moraliser la phase de négociation contractuelle fixant de manière pérenne les déséquilibres entre les parties²⁴⁸¹. Le fait que le contrat d'édition entre dans la catégorie des contrats déséquilibrés doit renforcer l'information précontractuelle (a) et la théorie des vices du consentement (b).

²⁴⁷⁸ *Supra* n° 467 et s.

²⁴⁷⁹ En réalité, par le truchement de la théorie des vices du consentement, la Cour de cassation s'emploie de manière générale à façonner des règles qui se veulent protectrices de la partie faible, v. FLORIAN MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. dactyl., Évré-Val-d'Essonne, 2015.

²⁴⁸⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « Qualité d'auteur. Droit moral. Œuvre dérivée. Traduction. Adaptation. Contrat. Pourparlers », *RTD. com.* 2004, p. 267 : « Il faut bien souligner que l'auteur est en position de partie faible dans la négociation des contrats, tant par sa situation économique (A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Les Cours de droit, 1999*, p. 265), que par son ignorance juridique (Cf. J. Kernochan, *Practical limitations on authors' rights, Mélanges Gunnar Karnell, Stockholm 1999*, p. 323) ».

²⁴⁸¹ Sur la règle morale en phase de conclusion du contrat, v. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 6. L'illustre juriste énonce à propos de la règle morale que : « Contre le principe de l'autonomie de la volonté, elle élève la nécessité pour les parties de respecter la loi morale, la protection nécessaire due au contractant qui se trouve en état d'infériorité et qui est exploité par l'autre partie » même si l'auteur tolère que la partie en situation de puissance soit en mesure de « faire sentir sa force ». Sur l'effet de l'usage de la théorie générale des contrats par les juges pour tenter de résorber l'asymétrie entre les parties, v. J.-P. CHAZAL, « La nécessaire protection de la partie faible et la tentative de maintenir l'ordre républicain », in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, Mare & Martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2014, p. 227 ; G. CORNU, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *RTD. civ.* 1992. 342.

a. Le renforcement de l'information précontractuelle

706. Plan. Le renforcement de l'information conduit à promouvoir le renforcement des obligations précontractuelles d'information (i). En revanche, la nature du contrat d'édition conduira à rejeter le recours au droit des donations lorsque le contrat d'édition est conclu à titre gratuit (ii).

i. Le renforcement des obligations précontractuelles d'information

707. Présentation. Le Professeur GHESTIN définit l'obligation d'information comme s'imposant à la « *partie qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant [et qui] est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies* »²⁴⁸².

Nonobstant l'obligation classique d'information pesant sur l'éditeur à l'égard du consommateur qui achète un exemplaire de l'œuvre sans rapport avec la présente étude²⁴⁸³, le processus de conclusion du contrat d'édition lui impose d'éclairer le consentement de son cocontractant. La réforme du droit des obligations de 2016 a définitivement consacré l'obligation d'information à l'article 1112-1 Code civil qui impose aux cocontractants de révéler les informations déterminantes du consentement²⁴⁸⁴ à l'exception de celles portant sur la valeur des prestations²⁴⁸⁵. Cette généralisation, dont on a écrit qu'elle opère une « *inversion de paradigme contractuel* »²⁴⁸⁶, induit naturellement que l'obligation précontractuelle d'information s'applique en phase de conclusion d'un contrat d'édition. La présence de cet article semble malgré tout insuffisante. En effet, la pratique a pris le soin d'accroître l'information dévolue à l'auteur dans certaines hypothèses. En outre, la jurisprudence a parfois pris le parti de renforcer l'information de l'auteur, en imposant à l'éditeur tantôt un devoir de mise en garde, tantôt un devoir de conseil. Cette seconde voie semble davantage propice en matière de contrat d'édition.

708. Obligations ponctuelles d'information. Diverses obligations d'information dans les codes des usages professionnels sont opposables de plein droit aux éditeurs.

À titre d'exemple, le Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales, issu de l'accord signé le 4 octobre 2017, prévoit qu'à la conclusion d'un pacte de préférence censé assortir le contrat d'édition, pèse sur l'éditeur une obligation d'information et même un devoir de conseil, celui-ci devant inciter l'auteur à se faire assister d'un conseil avant de s'engager²⁴⁸⁷. En matière

²⁴⁸² J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3^e éd., 1993, LGDJ, n° 665.

²⁴⁸³ V. par exemple Versailles, 3^e ch., 7 oct. 2010, S.A. DAUM Monsieur François DEMOOR c/ Monsieur Christian KERANGALL 09/05204, *JurisData* : 2010-030077 : « *En sa qualité de vendeur professionnel, le vendeur ne pouvait, sans manquer à son obligation d'information précontractuelle, garder le silence sur le fait que la série dite "limitée" à 99 exemplaires à laquelle appartenait l'œuvre vendue, n'était pas nécessairement la seule qui serait éditée par lui. En gardant le silence sur cette circonstance et alors même que l'acheteur n'établissait pas l'existence d'un dol ayant déterminé son consentement, le vendeur l'a privé d'une chance de refuser la vente ou pour le moins d'en négocier les conditions* ».

²⁴⁸⁴ Art. 1112-1 al. 1 Code civil : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ».

²⁴⁸⁵ Art. 1112-1 al. 2 Code civil : « *Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* ».

²⁴⁸⁶ Ph. BRUN, « L'avant-contrat dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », in *Les mélanges Dutillieu*, Dalloz, 2017, n° 7, p. 198.

²⁴⁸⁷ Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales du 4 oct. 2017, art. 2. Le contrat de préférence : « *L'éditeur a l'obligation d'informer l'auteur des conséquences de la signature d'un tel contrat et de l'inciter à se faire assister d'un conseil avant de s'engager. Le contrat mentionne que cette obligation d'information a été respectée. La dernière phrase n'est applicable qu'aux seuls contrats conclus après le 1^{er} juill. 2018* ».

littéraire, le Code des usages de 1980 prévoit une série d'informations que l'éditeur doit communiquer à l'auteur sans pour autant qu'il ne soit prévu de sanction applicable à défaut de respect de l'obligation. L'information porte sur des modalités techniques de l'exploitation. L'éditeur doit ainsi communiquer des informations sur l'importance du tirage, le prix de vente envisagé, la date envisagée de publication...²⁴⁸⁸

Sans doute trop techniques et trop détaillées, ces obligations encourent le grief formulé par CARBONNIER, qui y voyait la marque d'un culte contreproductif de la transparence noyant son destinataire sous un flot d'informations peu intelligibles²⁴⁸⁹. Il serait préférable de renforcer le devoir général d'information dont la plasticité sied davantage à l'auteur.

709. Renforcement de l'obligation générale d'information. Le devoir général d'information de l'éditeur à l'auteur a été mis en lumière à la suite d'un contentieux datant de 1989 porté devant la cour d'appel de Paris. Bien que cette jurisprudence soit antérieure à la réforme du droit des obligations ayant consacré l'article L. 1112-1 Code civil, elle éclaire sur la façon dont la nouvelle disposition est appliquée en matière de contrat d'édition. En l'espèce, un auteur reprochait à son éditeur de ne pas l'avoir suffisamment informé sur le risque de mévente de son ouvrage. Il souhaitait alors engager sa responsabilité et a agi sur le fondement d'un manquement précontractuel à l'obligation d'information. La cour d'appel a répondu, d'une part, que tout éditeur est tenu d'une obligation d'information et, d'autre part, que dans l'hypothèse précise du contrat d'édition, l'information que l'éditeur doit délivrer porte en outre sur le « *risque de mévente* » des exemplaires²⁴⁹⁰. Dès lors, l'information porte sur la « *documentation contractuelle* » mais également sur l'aléa qui touche à la commercialisation d'une œuvre²⁴⁹¹.

Concernant le devoir de mise en garde, il consiste pour son débiteur à alerter sur les risques encourus à la suite de la réalisation d'une opération²⁴⁹². En matière de contrat d'édition, la cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 9 avril 2013, a considéré que l'éditeur devait valablement s'acquitter de son

²⁴⁸⁸ Code des usages en matière de littérature générale, issu du protocole d'accord du 15 décembre 1980, ratifié le 5 juin 1981 par le Syndicat national de l'édition, le Groupe des éditeurs de littérature et le Conseil permanent des écrivains, art. IV. Obligation d'information, *Exploitation* : « L'éditeur est tenu d'informer l'auteur, a) : de l'importance du tirage de l'ouvrage, par l'envoi de la photocopie de la fiche du dépôt légal ; du prix de cession de base de l'ouvrage ; de la date de mise en vente théorique ; du prix de référence technique hors taxes et taxes comprises ».

²⁴⁸⁹ J. CARBONNIER, « Transparence » in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 315 ; J. CARBONNIER, « Propos introductifs », in *La transparence*, coll. de Deauville 19-20 juin 1993, *RJ Com.*, n° spécial nov. 1993, p. 9.

²⁴⁹⁰ Paris, 4 déc. 1989, *D.* 1990. IR. 8 : « Si tout éditeur est tenu, en tant que professionnel de l'édition, d'un devoir d'information sur le contenu des documents contractuels lorsqu'il traite avec un auteur inexpérimenté, on ne saurait toutefois exiger de lui qu'il soit tenu de prévenir un auteur amateur du risque de mévente du livre publié à compte d'auteur, alors que, d'une part, dans cette forme de contrat, les risques de l'édition sont justement pris en charge par l'auteur, à la différence du contrat d'édition de l'article 48 de la loi du 11 mars 1957 et que, d'autre part, un auteur, même amateur, de par l'intérêt qu'il doit porter au domaine du livre, ne peut ignorer que la vente du premier ouvrage d'un auteur totalement inconnu du public se fait habituellement à perte ».

²⁴⁹¹ Pour illustrer la spécificité de l'information délivrée en matière de contrat d'édition par rapport au contrat à compte d'auteur, le Professeur MESTRE commente ainsi cette jurisprudence : « Si l'obligation d'information peut exceptionnellement permettre la couverture de risques normalement non assurés, il demeure quand même quelques risques inassurables, dont, pour un auteur, celui de ne pas être lu », J. MESTRE, « De quelques nouvelles avancées de l'obligation de renseignement », *RTD. civ.* 1990, p. 465.

²⁴⁹² M. MEKKI, « Obligation d'information, devoir de mise en garde et devoir de conseil du banquier dispensateur de crédit », *RDBF*, déc. 2007 ; S. PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD. civ.* 2009, p. 417.

devoir de mise en garde en prévenant l'auteur des risques portant sur une publication de l'œuvre²⁴⁹³. Le devoir de conseil est, quant à lui, plus rigoureux, dans la mesure où il conduit l'éditeur à conseiller positivement le titulaire du droit d'exploitation sur les décisions qu'il doit prendre et qui lui conviennent²⁴⁹⁴. Un arrêt rendu par la même cour d'appel de Rennes a semblé limiter la portée de l'obligation de conseil. Dans cette affaire, l'auteur a recherché la responsabilité de son éditeur qui a omis de lui prêter conseil et qui ne l'a pas alerté sur le risque de mévente et d'insuccès. La cour d'appel a estimé « *qu'en ce qui concern[ait] l'obligation de conseil, il n'[était] pas établi ni même prétendu que l'auteur [avait] sollicité de l'éditeur des explications sur le contenu des documents contractuels* »²⁴⁹⁵. Au sens de cet arrêt, le conseil ne doit être délivré qu'à la condition qu'il soit sollicité²⁴⁹⁶. Pourtant, au regard de la qualification retenue, le conseil devrait être délivré spontanément. Conformément à la fonction de gestion soulignée en début d'étude²⁴⁹⁷, l'éditeur se doit d'accompagner l'auteur dont il assure la promotion en le conseillant de façon diligente. Ainsi, l'éditeur musical doit accompagner son compositeur dans le choix des concerts qu'il va réaliser. L'éditeur littéraire doit, le cas échéant, conseiller son auteur sur les interviews qu'il pourrait donner à la presse, qu'elle soit spécialisée ou non. Par conséquent, consacrer pleinement un devoir de conseil en matière de contrat d'édition s'avère nécessairement pertinent.

ii. Le rejet des règles solennelles des donations en cas de contrat d'édition sans rémunération

710. Formalisme de protection (rappel). Rappelons que le formalisme du contrat d'édition provient d'une lecture conjuguée des articles L. 131-2 CPI et L. 132-7 CPI. D'une part, l'article L. 131-2 CPI énonce que « *les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit* » ; d'autre part, l'article L. 132-7 CPI impose que le consentement de l'auteur au contrat d'édition soit donné par écrit.

711. Problématique. Outre ces dispositions, faut-il aller plus loin et soumettre le contrat d'édition aux règles solennelles des donations lorsque le contrat d'édition est dépourvu de rémunération monétaire pour les premiers tirages ? La question se pose, car la jurisprudence répute valables ces contrats d'édition sans rémunération depuis un arrêt rendu le 25 novembre 2005. De façon paradoxale, la cour d'appel de Paris a ainsi considéré qu'un contrat d'édition pouvait prévoir une stipulation de

²⁴⁹³ Rennes, 9 avr. 2013, n° 11/04866 : « *Considérant que les faits et appréciations portées qui se rapportent à l'intimité de Mme G. et de ses enfants Pierre L., Cyrille et Dominique constituent des atteintes manifestes à la vie privée ouvrant droit à réparation sur le fondement de l'article 9 du Code civil, tant à l'encontre de l'auteur du livre, M. Thierry O., que de la SARL Éditions Normant qui l'a publié, peu important à l'égard des tiers lésés et à ce stade de la discussion, la question de savoir si le contrat de publication conclu entre la société d'édition et M. Thierry O. constitue un contrat de publication à compte d'auteur ou un contrat d'édition* » pour ensuite considérer « *qu'il n'est pas démontré en quoi la SARL Éditions Normant a manqué à son obligation d'information ou de renseignement quant aux obligations d'impression, reproduction et autres, mises à sa charge* » et que l'auteur « *ne peut valablement invoquer au soutien de sa demande en garantie formée contre la SARL Éditions Normant, un défaut de mise en garde contre des propos susceptibles de porter atteinte à la vie privée* ». En relevant que l'éditeur s'est bien acquitté de ses diverses obligations, l'arrêt suppose ainsi qu'il repose sur l'éditeur des obligations d'information et un devoir de mise en garde.

²⁴⁹⁴ Sur le fait que ces obligations consisteraient à orienter la décision du cocontractant, v. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n° 471.

M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, n° 476 : le conseil est « *une mise en relation d'un renseignement avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information pour faire apparaître l'opportunité d'un certain comportement* ».

²⁴⁹⁵ Paris, 4^e ch. A., 12 sept. 1990, D. 1991 p. 97, C. Colombet.

²⁴⁹⁶ *Ibid.* « *Que, certes, ce devoir d'information est à la charge de tout éditeur mais qu'on ne saurait toutefois exiger de l'éditeur, qui est un commerçant, qu'il soit tenu de prévenir un auteur amateur du risque de mévente d'un livre publié à compte d'auteur alors que, dans cette forme de contrat, les risques de l'édition sont justement pris en charge par l'auteur, à la différence du contrat d'édition de l'art. 48 de la loi du 11 mars 1957 ; que, par ailleurs, un auteur, même amateur, de par l'intérêt qu'il doit porter au domaine du livre, ne peut ignorer que la vente du premier ouvrage d'un auteur totalement inconnu du public se fait habituellement à perte* ».

²⁴⁹⁷ *Supra* n° 70.

gratuité²⁴⁹⁸ alors même que nous avons vu en première partie que ce contrat est nécessairement onéreux²⁴⁹⁹. Pour mémoire, dans cette affaire, un contrat d'édition portant sur un ouvrage académique ne prévoyait aucune rémunération sur la vente des cinq cents premiers exemplaires vendus. En dépit de la rémunération proportionnelle qui était censée s'imposer aux parties, la cour d'appel a réputé valable un tel contrat²⁵⁰⁰. Les plus téméraires y verront une libéralité appelant un régime particulier.

À cet égard, l'article 931 du Code civil énonce que ces contrats « *seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats* »²⁵⁰¹. *Prima facie*, On serait tenté de plaider pour le renforcement de la protection de l'auteur en obligeant le recours au notaire lorsque le contrat d'édition est dépourvu de rémunération. Considérant les obligations d'information et de conseil qui s'imputent sur le notaire, l'auteur verrait sa connaissance et sa compréhension de la situation juridique grandement renforcées²⁵⁰². L'obligation serait telle que le Professeur GAUTIER n'hésite pas à parler de « *devoir d'immixtion du notaire dans les affaires de son client* »²⁵⁰³. Le Professeur BLANC considère qu'il n'y a pas lieu d'écarter l'application des règles de donation au contrat d'exploitation, au seul motif que des règles de formalisme existent dans le CPI. L'application de l'adage « *specialia generalibus derogant* » serait ici à la fois « *malaisée* »²⁵⁰⁴ et « *inopportune* »²⁵⁰⁵. Pour le Professeur, la protection de l'auteur ne doit pas être réduite lorsque la cession est réalisée à titre gratuit²⁵⁰⁶.

712. Rejet du formalisme. En dépit de la pertinence des arguments avancés, il faut conclure au rejet du formalisme propre aux donations. Contrairement à ce que certains soutiennent en doctrine, le contrat d'édition à titre gratuit n'est pas une donation²⁵⁰⁷. Deux arguments conduisent à réfuter la qualification de donation. Le premier argument provient du fait que, dans les contrats litigieux qui ont recueilli l'approbation de la cour d'appel, seul le premier tirage est dépourvu de rémunération. Ainsi, le contrat d'édition n'est que partiellement gratuit. Ensuite, conformément à la position de principe consacrée depuis la jurisprudence *Clésinger*, l'auteur, outre l'intérêt pécuniaire, « *dispose d'un intérêt plus précieux, celui de la réputation* »²⁵⁰⁸. Le point est confirmé dans l'affaire *Leduc* de 1856, où la cour d'appel

²⁴⁹⁸ Paris, 25 nov. 2005, *SNAC et SGDL c/ SA librairie éd. Harmattan*, *JurisData* n° 2005-292625.

²⁴⁹⁹ *Supra* n° 26 et s. et 49 et s.

²⁵⁰⁰ *Ibid.* : « *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 ; que l'auteur reste ainsi libre, si du moins, il a une claire conscience de ce qu'il cède à titre gratuit, de renoncer à percevoir des droits patrimoniaux sur l'exploitation de son œuvre ; que les articles L. 132-5 du CPI et L. 132-4 du CPI s'appliquent dès lors que l'auteur n'a pas consenti à une cession à titre gratuit ; que la clause figurant au contrat, contresigné par l'auteur, n'est donc pas illicite, étant toutefois observé que chaque auteur conserve la liberté d'en demander la nullité s'il estime notamment que son consentement a été vicié* ».

²⁵⁰¹ Art. 931 Code civil : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* »

²⁵⁰² X. LAGARDE, « *Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil* », *RTD. civ.* 1997, p. 25, n° 7 : « *Il a été dit que si la forme notariée a une vertu protectrice, alors aucune autre forme ne peut s'y substituer avec la même vertu. Et de fait, les éléments qui du point de vue de la protection du donateur font l'efficacité de l'authenticité notariale ne trouvent pas de substituts. Déjà, le simple fait de se rendre chez le notaire pousse à la réflexion. Ensuite, le fait de l'entendre, dans l'accomplissement de son devoir d'information et de conseil, ne peut qu'éclairer le donateur sur la portée de son engagement. Où trouvera-t-on l'équivalent de ces différentes démarches en-dehors de l'étude du notaire ?* »

²⁵⁰³ P.-Y. Gautier, note sous arrêt, *RTD. civ.*, 2018, p. 691, *Cass. 1^{re} civ.*, 3 mai 2018, n° 16-20.419.

²⁵⁰⁴ N. BLANC, th. préc. n° 439, p. 384.

²⁵⁰⁵ N. BLANC, th. préc. n° 440, p. 385.

²⁵⁰⁶ *Ibid.*

²⁵⁰⁷ N. BLANC, th. préc., n° 290 et s., p. 250 et s., qui opte plus précisément pour la qualification de donation avec charge (v. n° 294, p. 254 : « *Une telle qualification peut ainsi être retenue pour les contrats d'édition ou de production audiovisuelle ne prévoyant pas de contrepartie pour monétaire pour l'auteur* »).

²⁵⁰⁸ T. Corr. Paris, 5 janv. 1850, *Clesinger c/ Gauvain*, *D.* 1850. 3. p. 14 : « *Attendu qu'indépendamment de l'intérêt pécuniaire, il existe pour l'artiste un intérêt plus précieux, celui de la réputation (...); Que, si ledit Clesinger prétend que, par le fait de la reproduction de sa statue par Gauvain, qu'il qualifie de diffamatoire, il a été porté un préjudice à sa réputation d'auteur et d'artiste, ce préjudice ne dérivant pas de la contrefaçon qu'il ne pouvait plus poursuivre depuis*

de Paris énonce qu'en cas de conclusion d'un contrat d'édition, les auteurs obtiennent de l'exploitation des avantages pécuniaires mais également des avantages personnels²⁵⁰⁹. Plus récemment, la réponse est reprise lors de l'affaire *Picasso*, où la cour d'appel de Paris a pu considérer que le contrat d'édition conclu sans rémunération n'est pas un acte à titre gratuit, dans la mesure où son exécution confère à l'auteur un avantage promotionnel et de notoriété²⁵¹⁰. La satisfaction tirée de la seule communication de l'œuvre au public suffit à conférer à l'auteur sa contrepartie²⁵¹¹. Ce point est fréquemment repris par la doctrine. Le Professeur HUGUET écrit ainsi : « *Ces contrats sont ceux dont la cause de l'obligation de l'auteur consiste à obtenir une satisfaction au moins intellectuelle, nous allions dire "morale" de son droit d'auteur* »²⁵¹². Cette position est partagée par le Professeur AZZI²⁵¹³. Maître PIERRAT considère que la cause de la cession de droit d'un auteur réside dans la publicité réalisée à l'occasion de l'édition²⁵¹⁴. Ainsi, l'esprit du contrat d'édition conduit nécessairement à procurer une satisfaction au moins morale à l'auteur. En pareille hypothèse, ces deux raisons permettent d'établir une distinction nette entre la situation de l'auteur qui réalise un sacrifice partiel pour obtenir satisfaction et celle du donateur, qui consent à se dépouiller dans le seul intérêt du gratifié. L'absence d'intention libérale ou de gratification conduit à rejeter naturellement la qualification de libéralité. Un dernier argument d'opportunité peut être soulevé. En effet, on doute de la pertinence de soumettre les contrats d'édition dépourvus partiellement de rémunération monétaire aux lourdes formalités des donations. Ces opérations ne méritent sans doute pas un tel formalisme. D'autant qu'en pratique, les auteurs concernés par ces hypothèses sont précisément ceux qui, n'ayant pas trouvé d'éditeur susceptible de les rémunérer dès les premiers tirages, acceptent en dépit de tout de signer un contrat leur étant largement défavorable. Ajouter à cela des formalités notariales condamnerait vraisemblablement tout espoir d'exploitation. Par conséquent, de tels contrats d'édition doivent rester affranchis des formalités de donation des articles 931 et suivants du Code civil.

b. Le renforcement des vices du consentement

713. Plan. À côté des règles d'émission du consentement, la théorie des vices du consentement constitue un outil puissant de résorption des asymétries²⁵¹⁵. En matière de contrat d'édition, ces mécanismes peuvent être employés par le cédant partie faible pour contester la puissance des éditeurs.

Au regard de l'état du contentieux dans le domaine de l'édition, la théorie des vices du consentement est loin de remplir une fonction de moralisation telle que RIPERT la concevait²⁵¹⁶.

l'aliénation par lui faite, sans aucune restriction, de la statue à la propriété de laquelle se rattache l'exercice de ce droit, la Cour n'a pas à statuer sur la réparation réclamée par Clesinger ».

²⁵⁰⁹ Paris, 11 avr. 1856, *Brisson c/ Leduc*, API, 1856, p. 115 : « *Considérant que les compositeurs de musique, en opérant ou faisant opérer la publication de leurs œuvres, ont en vue, non seulement le bénéfice pécuniaire produit par la vente des exemplaires, mais le profit qui peut résulter de la publication pour leur réputation et leurs autres compositions ; qu'en cédant à un éditeur le premier de ces avantages ils se réservent évidemment les autres qui leur sont essentiellement personnels* ».

²⁵¹⁰ Paris, 1^{er} juill. 1998, RIDA n° 179, 1999/1, p. 390

²⁵¹¹ D. BÉCOURT, « Commentaire de la loi n° 95-4 du 3 janvier 1995 sur la reprographie », D. 1995. p. 59, n° 5 : « *Indépendamment de toute option d'ordre subjectif, chacun s'accorde à admettre que l'auteur d'une œuvre a pour souci primordial de la voir rencontrer le public. En ce sens, on peut inférer que toute création se voit par nature destinée à la communication. A la relation entre l'auteur et l'œuvre se substitue alors la relation entre l'œuvre et le public. Mais pour autant la communication joue un rôle non moins important, qui se situe cette fois au niveau pécuniaire, car c'est par elle que l'auteur percevra une rémunération, quelque modalité qu'elle emprunte. Autrement dit, la rémunération symbolise implicitement la relation entre le public et l'auteur (cf. D. Bécourt, *Réflexions sur la trilogie de base*, Petites affiches déc. 1993-janv. 1994) ».*

²⁵¹² A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur (études sur la loi du 11 mars 1957)*, préf. R. SAVATIER, LGDJ, 1962, n° 30 sq., p. 22.

²⁵¹³ T. AZZI, « La cession à titre gratuit du droit d'auteur », RIDA 2013/3, n° 237, p. 91.

²⁵¹⁴ E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, Éditions du cercle de la librairie, 2015, pp. 222-223. L'auteur cite en ce sens Paris 12 sept. 1990, D. 1991, somm. comm. n° 97.

²⁵¹⁵ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. dact., université Grenoble II, 1996, n° 17.

²⁵¹⁶ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 6.

L'attractivité de ces mécanismes doit être renforcée. L'erreur (i), le dol (ii) et la violence (iii) seront successivement analysés.

i. L'erreur

714. Présentation du contentieux de l'erreur. L'erreur consiste en une altération de la réalité des qualités essentielles convenues. Au sens des articles 1133, 1134 et 1135 Code civil, elle porte tantôt sur « *les qualités essentielles de la prestation* »²⁵¹⁷, tantôt sur « *les qualités essentielles du cocontractant* »²⁵¹⁸ et même, dans certains cas, sur « *le simple motif* » s'il est entré dans le champ contractuel²⁵¹⁹. En tout état de cause, cette erreur doit être excusable pour entraîner la nullité du contrat²⁵²⁰. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, il revient souvent à l'éditeur d'arguer une erreur sur les qualités essentielles, notamment lorsque l'œuvre sur laquelle porte le droit cédé n'est pas conforme aux qualités convenues.

715. Exemples. On dénombre plusieurs applications de l'erreur sur les qualités essentielles en jurisprudence. Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris a considéré que l'ignorance de l'éditeur quant à l'existence d'une édition antérieure de l'œuvre réalisée par un autre éditeur constitue une erreur sur les qualités substantielles²⁵²¹. Dans une autre décision du même tribunal de grande instance datant du 28 mai 1986, il s'agissait d'une erreur dans un ouvrage de vulgarisation sur les plantes comestibles avec toutes les conséquences que l'on peut attacher à la dangerosité de la situation. Les magistrats ont qualifié l'erreur sur les qualités substantielles qu'avait commise l'éditeur²⁵²². Une dernière affaire portée devant les tribunaux à la fin des années 1980 peut être citée. Un auteur avait cédé par contrat d'édition ses droits sur un livre procédant d'une interview potentiellement mensongère d'un médecin-chef d'Auschwitz. Apprenant les incertitudes planant sur l'authenticité des entretiens, la société éditrice, Hachette, a souhaité obtenir la nullité du contrat en raison de l'erreur sur les qualités essentielles. Le 24 octobre 1988, la cour d'appel de Paris a annulé un contrat d'édition pour erreur sur la substance²⁵²³. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation a affirmé qu'en raison de la « *grande incertitude sur l'authenticité de ces entretiens* », il y avait lieu de prononcer la nullité pour erreur sur les qualités substantielles²⁵²⁴.

Ces affaires, principalement la dernière, relèvent d'une approche extensive de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation. Dans l'affaire de l'entretien du médecin-chef d'Auschwitz, le

²⁵¹⁷ Art. 1132 Code civil : « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* » et art. 1133 Code civil : « *Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ».

²⁵¹⁸ Art. 1134 Code civil : « *L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne* ».

²⁵¹⁹ Art. 1135 Code civil : « *L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement* ».

²⁵²⁰ Aix-en-Provence, 2^e ch., 12 sept. 2013, SAS. *Sodiplan/SARL AEC. - Agence européenne de communication Ageco Agec*, n° 11/14856, n° 2013/ 287, n° *JurisData*, 2013-022066.

²⁵²¹ TGI Paris, 6 déc. 1968, *D.* 1969, p. 595 ; *RTD.* civ. 1970, p. 163, obs. Y. Loussouarn. V. également, Aix-en-Provence, 21 déc. 1894, *Gaz. Pal.* 1895, 1, p. 276 ; Cass. req., 24 févr. 1875, *DP* 1875, 1, p. 464.

²⁵²² TGI Paris, 1^{re} ch., 28 mai 1986, *RTD.* civ. 1987, p. 552, obs. J. Huet. En l'espèce, il s'agissait d'une erreur dans un ouvrage de vulgarisation sur les plantes comestibles avec toutes les conséquences que l'on peut attacher à la dangerosité de la situation. Néanmoins, alors même que les magistrats ont qualifié l'erreur, la sanction de l'auteur s'est faite sur le terrain des garanties du vendeur.

²⁵²³ Versailles, 1^{re} ch., 15 mars 1988, *D.* 1988, somm. p. 49, obs. C. Colombet ; *RTD.* civ. 1989, p. 295, obs. J. Mestre.

²⁵²⁴ Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1989, n° 88-14220, *JurisData* n° 1989-003081, Bull. civ. I, n° 313, p. 209 : « *Mais attendu que l'arrêt retient souverainement que l'authenticité certaine des propos rapportés par M. Lassier constituait, dans la commune intention des parties, un élément essentiel de l'objet de leur engagement ; qu'ayant ensuite constaté, par des motifs qui ne sont pas dubitatifs, qu'il existait une grande incertitude sur l'authenticité de ces entretiens, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a estimé que la société Hachette établissait la réalité de l'erreur par elle alléguée et son caractère déterminant* ».

caractère mensonger n'était pas même établi. Malgré cela, cette approche extensive de la qualité substantielle paraît justifiée. De tels vices sont source de perturbation de la bonne exploitation de l'œuvre. Ainsi, que l'entretien du médecin d'Auschwitz ait ou non été authentique, les incertitudes pouvaient mettre en péril l'exploitation. Par conséquent, ces éléments entraînent dans le champ contractuel et devaient logiquement aboutir à une erreur sur les qualités essentielles.

716. Erreur sur la rentabilité économique. Récemment, la jurisprudence a consacré une nouvelle forme d'erreur : l'erreur sur la rentabilité économique dont il convient d'envisager l'applicabilité au contrat d'édition. L'exploitation éditoriale ayant été définie comme la valorisation ou la fructification de l'œuvre²⁵²⁵, le consentement des parties a une dimension économique. L'hypothèse renvoie à une situation qui se pose souvent en pratique : un jeune auteur envoie son manuscrit à plusieurs maisons d'édition et reçoit diverses propositions de contrat. L'une d'entre elles retient particulièrement son attention. Pour cause, l'éditeur en question se montre particulièrement optimiste quant aux perspectives de rentabilité d'exploitation. Finalement, sans être totalement absente, la rentabilité économique escomptée n'est pas au rendez-vous. L'une des parties au contrat d'édition pourrait-elle se délier en arguant qu'elle a commis une erreur sur la rentabilité économique attendue ?

Dans un arrêt du 4 octobre 2011 rendu en matière de franchise, la Cour de cassation a clairement consacré l'erreur sur la rentabilité économique. En l'espèce, le contentieux portait sur une convention de nature commerciale, en vertu de laquelle une société avait mis à disposition de son partenaire son enseigne, sa marque et son savoir-faire. La convention était donc un contrat de franchise. Corrélativement, le bénéficiaire s'était engagé à exploiter les éléments transmis et à verser au franchiseur un pourcentage de sa rémunération. Au regard de la situation, le concédant était soumis à l'article L. 330-3 Code de commerce qui l'obligeait à délivrer des informations sur les prévisions économiques²⁵²⁶. Finalement, le franchisé a souhaité obtenir l'annulation du contrat en raison de l'écart conséquent qu'il avait constaté entre les prévisions économiques du franchiseur et la rentabilité réelle. Alors que la cour d'appel a rejeté la demande, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel et accédé à la demande du franchisé. Selon la Cour de cassation, la cour d'appel aurait dû vérifier si le franchisé n'avait pas commis une erreur sur la rentabilité économique qui aurait été analysée comme une qualité substantielle²⁵²⁷.

Cette jurisprudence est-elle applicable au contrat d'édition ? Certains arguments autorisent une analogie entre les deux contrats et donc une transposition d'un régime à l'autre. En effet, ces contrats présentent une architecture commune. De part et d'autre, on constate le transfert d'un « bien » intellectuel assorti d'une charge d'exploitation. De plus, ces contrats partagent le souci de corrélérer une prestation monétaire aux résultats de l'exploitation du bien transféré²⁵²⁸. À ce titre, le contrat de

²⁵²⁵ *Supra* n° 47.

²⁵²⁶ Art. L. 330-3 al. 1 Code de commerce : « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

²⁵²⁷ Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956, *JurisData* n° 2011-021604 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », D. 2011, p. 3042, note N. Dissaux ; D. 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; D. 2012, p. 577, obs. D. Ferrier ; *JCP G* 2012, 135, J. Ghestin ; *RDC* 2012/2, p. 535, obs. C. Grimaldi. V. également J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations T. 1*, 16^e éd., 2014, n° 203-1. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd. 2013, nos 2078 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ, 9^e éd., 2017, n° 505 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 13^e éd. 2022, n° 285.

²⁵²⁸ *Supra* n° 439-445.

franchise et le contrat d'édition sont fréquemment analysés conjointement par d'éminents auteurs afin d'admettre la thèse des contrats d'intérêts communs²⁵²⁹. Toutefois, une différence importante existe entre les deux conventions. En matière de contrat de franchise, l'erreur sur la rentabilité s'appuie sur l'information que le franchiseur doit légalement délivrer au franchisé. En matière de contrat d'édition, aucune obligation d'information sur les perspectives de l'exploitation ne pèse sur l'une ou l'autre partie excepté en matière littéraire, où le Code des usages impose à l'éditeur de remettre des comptes prévisionnels à l'auteur avant la conclusion du contrat²⁵³⁰. Le fait que cette obligation légale d'information n'existe pas dans les autres contrats d'édition limite les possibilités de transposition. Dès lors, en matière d'édition, seul le cas où l'une des parties adresse à l'autre des études de rentabilité poussées ayant vocation à éclairer sur les suites financières du potentiel contrat peut donner lieu à erreur sur la rentabilité. L'information peut être donnée spontanément ou en vertu d'un contrat préalable d'étude²⁵³¹.

À ce titre, un arrêt rendu par la cour d'appel de Caen le 11 juillet 2017 peut servir de trame de réflexion à une éventuelle consécration de l'erreur sur la rentabilité en notre matière. Dans cette affaire, le créateur d'un jeu de société doublement primé au concours Lépine avait conclu un « *contrat de collaboration* » avec un professionnel dans le but de commercialiser l'œuvre sous la forme d'exemplaires. Pour convaincre l'exploitant, le créateur lui avait spontanément communiqué une étude de rentabilité laissant entrevoir de bonnes perspectives d'exploitation. Devant la cour d'appel, le contrat a tout d'abord été requalifié en contrat d'édition²⁵³². Ensuite, la nullité du contrat d'édition a été prononcée en raison du vice du consentement subi par l'éditeur, dans la mesure où la rentabilité de l'exploitation s'était avérée bien en-deçà des études communiquées par l'auteur²⁵³³. En l'espèce, la nullité était donc bien acquise en raison du décalage entre la rentabilité escomptée à la conclusion du contrat et la rentabilité réelle. Dans cette espèce, la cour d'appel a considéré que l'erreur avait été sciemment provoquée par l'auteur. Par conséquent, le vice du consentement relevait de la catégorie du dol. Néanmoins, dans l'hypothèse où l'information aurait été donnée de bonne foi, la nullité du contrat en raison d'une rentabilité absente ou insuffisante aurait dû être fondée sur une erreur sur les qualités essentielles. L'arrêt démontre que le recours à l'erreur sur la rentabilité économique est envisageable en matière de contrat d'édition même si dans cette espèce la personne ayant subi l'erreur est l'éditeur et non l'auteur. Dans une perspective inverse, le recours à la théorie de l'erreur sur la rentabilité économique permettrait sans doute d'augmenter la protection de l'auteur qui pourrait se délier de son contrat dans l'hypothèse où la rentabilité que lui avait fait miroiter l'éditeur ne serait pas effective.

²⁵²⁹ *Supra* n° 425 et s.

²⁵³⁰ À titre d'exemple, voir Code des Usages en matière de littérature générale, « art. 4. *Obligations d'information* ».

²⁵³¹ Sur l'étude préalable d'un contrat d'édition, v. Paris, 9 oct. 1995, *D.*, 1995, IR, p. 267, plus largement sur le contrat d'étude V. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, 2001, n° 415, p. 250 ; S. BRACONNIER, « Étendue de la responsabilité contractuelle dans les contrats d'étude », *RDI* 2010, p. 380.

²⁵³² Caen, 1^{re} ch. civ., 11 juill. 2017, n° 15/02263 : « *Le contrat qui avait pour objet l'exploitation de jeux de société (jeux de mots genre Scrabble) qui constituent des œuvres de l'esprit créées par Monsieur T., et qui devait permettre à la SAS de produire et diffuser ces œuvres moyennant redevances doit s'analyser en un contrat d'édition comme le soutient l'appelant, puisque l'article L. 132-1 du Code de la propriété intellectuelle le définit comme étant "le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit cède 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". Le Code de la propriété intellectuelle ne mentionne pas d'obligations particulières précontractuelles à la charge du cédant. Par suite ce sont des obligations du Code civil qui doivent s'imposer.* ».

²⁵³³ *Ibid.* : « *En cela Monsieur T. ne peut se retrancher derrière l'acceptation des risques de "l'éditeur" alors que sa réticence massive a fait prendre des risques inconnus à la SAS qui s'est retrouvée avec un chiffre de vente infiniment moindre que ce que présageaient les informations dont elle disposait lorsqu'elle a signé le contrat le 31 juillet 2013, ce, indépendamment de la jeunesse de la nouvelle société qui est un élément totalement extérieur au dol.* ».

ii. Le dol

717. Présentation et renvoi. Le dol est défini à l'article 1137 Code civil comme une erreur provoquée par le cocontractant – ou son préposé au sens le plus large²⁵³⁴ – à la suite de manœuvres, de mensonges ou de dissimulations²⁵³⁵ qui entretient un comportement délictuel. Étant provoquée, cette erreur présente la particularité d'être systématiquement excusable²⁵³⁶. L'analyse du contentieux du vice met en exergue ce qui a été soutenu plus en amont : l'existence d'une asymétrie informationnelle permet aux éditeurs les moins scrupuleux de conclure des contrats plus avantageux²⁵³⁷. En pratique, le dol trouve souvent sa source dans la rétention volontaire. L'éditeur se garde de révéler certaines informations permettant à l'auteur de se faire une idée claire sur le contrat qu'il conclut. Le renforcement de ce vice du consentement passe donc par un renforcement des obligations précontractuelles d'information²⁵³⁸. Ainsi, nous renvoyons aux développements dédiés à celles-ci²⁵³⁹.

iii. La violence

718. Présentation. La violence est le troisième et dernier vice du consentement, traditionnellement présenté traditionnellement comme le plus grave. Pour cause, le vice de violence est une altération du consentement dans son caractère libre. Au sens de l'article 1140 Code civil, il trouve sa source dans une contrainte illégitime, physique ou morale, qui fait naître chez sa victime la crainte d'un mal considérable et présent²⁵⁴⁰. La violence peut prendre des formes diverses : il peut s'agir de pressions physiques ou morales. La composante délictuelle est ici plus prononcée qu'ailleurs. Pour le Professeur GAUTIER, en matière de contrat d'édition, « *il y a place pour la violence : par exemple, un éditeur qui menace de faire un procès, si le contrat n'est pas renouvelé ou qui profite de l'état de détresse matérielle ou morale de l'auteur* »²⁵⁴¹.

719. Violence économique en raison d'un état de dépendance. La physiologie des rapports auteur/éditeur offre une prise particulière au vice de violence et spécialement le vice de violence économique en raison du déséquilibre structurel entre les parties²⁵⁴². Cette forme de violence est dorénavant consacrée à l'article 1143 Code civil qui prévoit qu'« *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ». À son propos, le Professeur SUPIOT s'emploie à décrire les risques d'allégeance et de vassalisation de ces « *nouveaux hybrides* », « *déjà bien implantés dans la vie économique (distribution, sous-traitance, intégration agricole, etc.)*. Ils dominent la structure du management, public ou privé. Mariant liberté et servitude, égalité et hiérarchie, ils prennent à revers le droit du travail et le droit de la responsabilité et ouvrent la voie à des formes inédites de pouvoir sur les hommes »²⁵⁴³. Le problème de

²⁵³⁴ Art. 1138 du Code civil : « *Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence* ».

²⁵³⁵ Art. 1137 du Code civil : « *Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ».

²⁵³⁶ Art. 1139 du Code civil : « *L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat* ».

²⁵³⁷ Même s'il est vrai que le dol peut également émaner de l'auteur comme nous l'avons vu dans l'affaire du 11 juill. 2017 précité.

²⁵³⁸ *Supra* n° 706 et s.

²⁵³⁹ *Ibid.*

²⁵⁴⁰ Art. 1140 du Code civil : « *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ».

²⁵⁴¹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 463.

²⁵⁴² Sur le déséquilibre structurel pouvant exister entre cocontractants, v. J.P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. dact. Grenoble II, 1996 ; G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA*, 2015, p. 496.

²⁵⁴³ A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », in *Université de tous les savoirs – Qu'est-ce que l'homme ?*, vol. 2, Odile Jacob, 2000, p. 166.

ces rapports auquel participe pleinement le contrat d'édition reposerait sur une forme d'asservissement volontaire²⁵⁴⁴. Dans les faits, la violence économique prend appui sur un état de dépendance de l'auteur qui semble évident : les auteurs ont besoin de leurs éditeurs pour escompter un succès, si ce n'est commercial, au moins critique.

720. Affaires Larousse et Video Adapt. La jurisprudence, confortée par le législateur, a été claire sur la mise en œuvre de la violence économique. Pour que le contrat d'édition soit annulé, il doit être prouvé que l'éditeur a exploité de façon abusive l'état de dépendance de l'auteur.

L'affaire *Larousse* a été la première à mettre en lumière ces rapports de dépendance entre l'auteur et l'éditeur. Dans les faits, un contrat d'édition avait été conclu entre la société Larousse et l'une de ses employées sur les droits d'un dictionnaire réalisé dans le cadre du contrat de travail. Licenciée à la suite d'un plan économique, l'ancienne salariée a demandé la nullité du contrat d'édition prétendant que son consentement était entaché d'un vice de violence économique. Elle faisait valoir son état de dépendance économique, son refus de céder ses droits l'exposant à un licenciement en raison du climat social existant dans l'entreprise. La cour d'appel de Paris a retenu la violence économique pour annuler le contrat d'édition²⁵⁴⁵ en raison du statut de salariée de la créatrice qui l'avait placée dans un état de dépendance économique par rapport à Larousse, son employeur et éditeur. Pour Monsieur EDELMAN, qui a salué la solution des juges du fond, l'arrêt se justifiait par le fait que l'employée s'était « *trouvée soumise à une contrainte morale de nature à faire pression sur elle et à lui inspirer la crainte de lui faire perdre son emploi...* »²⁵⁴⁶ Toutefois, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel en considérant que « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* »²⁵⁴⁷. À défaut de preuve de l'exploitation abusive de l'état de dépendance, la violence ne pouvait pas être caractérisée.

L'affaire *Video Adapt* de 2003 a été l'occasion d'éprouver la jurisprudence *Larousse* et de déterminer ce qu'il fallait entendre par « *exploitation abusive* ». Dans cette affaire, un auteur avait signé un contrat de « *co-autorat* » prévoyant la commande de diverses traductions. En réalité, ce contrat masquait

²⁵⁴⁴ B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, p. 2315, n° 9 : « *Il s'agit, en fait, d'assimiler, le cas échéant, l'économie à une violence, de la présenter comme une force quasi irrésistible, paralysante, qui réduit sa "victime" à l'état d'esclavage* ». Il met ainsi l'accent sur la « *psychologie des contractants* » qui se veut économique. Pour lui, « *C'est donc la "psychologisation" de l'économie qui est essentielle, dans sa dimension contraignante* ».

²⁵⁴⁵ *Ibid.*, n° 17 : « *Pourtant, dans cette affaire, la Cour d'appel avait jugé que le consentement de l'auteur avait été vicié du fait de sa situation de dépendance économique à l'égard de l'employeur car le refus par la salariée de céder ses droits aurait exposé celle-ci à un licenciement en raison du climat social existant dans l'entreprise. En clair, l'auteur avait un double statut – celui de salarié et celui d'auteur indépendant – de même que l'éditeur avait le double statut d'employeur et d'éditeur : et c'est en tant qu'employeur faisant pression sur la salariée qu'il l'avait contrainte à accepter le statut d'auteur salariée* ».

²⁵⁴⁶ Paris, 4^e ch., sect. A, 12 janv. 2000, n° 1999/09794, *JurisData* n° 2000-107201 : « *Claude Kannas qui a assigné la société les Éditions Larousse-Bordas le 17 mars 1997 dans le délai de cinq ans prévu par l'article 1304 du Code civil est recevable à agir en nullité de la convention susvisée à compter du jour où la violence a cessé, soit à compter du jour de son licenciement survenu le 30 mai 1996 ; qu'il s'ensuit que le contrat daté du 21 juin 1984 doit être annulé. Par ces motifs, (...) prononce l'annulation de la convention datée du 21 juin 1984* » ; *JCP G.* 2000, II, p. 10433, note P. Pierre ; *D.* 2001, p. 2067, note P. Fadeuilhe ; *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 43, note crit. C. Caron ; *RTD civ.* 2002, p. 502, note J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et pat.* oct. 2002, p. 26, note G. Loiseau ; *RIDA* 2002/4, p. 287 et 221, obs. A. Kéréver ; *RIDA* 2003/1, p. 239, obs. A. Françon.

²⁵⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *JurisData* n° 2002-013787 ; *Bull. civ.* I, n° 109 ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 80, note C. Caron ; *Comm. com. électr.*, 2002, comm. 89, note Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2002, p. 502, note J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et pat.* oct. 2002, p. 26, note G. Loiseau ; *RIDA* 2002/4, p. 287 et 221, obs. A. Kéréver ; *RIDA* 2003/1, p. 239, obs. A. Françon. *D.* 2002, p. 1860, et les obs., note J.-P. Gridel, note J.-P. Chazal ; *ibid.* p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et patr.* sept. 2002, p. 26, note G. Loiseau ; *RTD com.* 2003, p. 86, obs. A. Françon.

un groupe de contrats dont l'un des volets pouvait être qualifié de contrat d'édition²⁵⁴⁸. La cour d'appel a mis l'accent sur le fait que Vidéo Adapt avait « *la main mise* » sur le travail de l'auteur et lui imposait « *une renonciation préalable à se prévaloir de (ses) droits* »²⁵⁴⁹. À ce titre, derrière le grief soulevé, peut être décelé un abus de dépendance économique. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation s'est contentée d'une cassation partielle sans renvoi sur d'autres points²⁵⁵⁰. Nous partagerons les regrets du Professeur POLLAUD-DULIAN qui écrit que « *la réponse de la Cour de cassation laisse dans l'ombre le deuxième élément de la motivation des juges du fond : le caractère de pression illégitime exercée par la menace de ne pas poursuivre les relations avec les traducteurs qui n'accepteraient pas l'offre. Mais une telle menace est-elle injuste ?* »

À notre connaissance, les magistrats n'ont pas rendu d'autres décisions en matière de violence dans le contrat d'édition. Nous remarquons ainsi un décalage entre l'engouement de la doctrine spécialisée sur les potentialités de ce vice et la réalité du contentieux. La difficulté de constater la preuve d'une exploitation abusive a de quoi décourager tant elle semble délicate à établir. Pour ne pas que l'article 1142 Code civil soit sous-exploité, il semble pertinent de faciliter l'action de la partie faible sur le terrain probatoire. Dans l'hypothèse du contrat d'édition, dont la vocation se situe dans la protection de la partie faible, il serait envisageable d'inverser la charge de la preuve de l'absence de violence à partir du moment où la situation de dépendance est caractérisée, par exemple lorsque le contrat d'édition projeté porte sur une œuvre commandée. Pour ne pas perdre le contrat de commande qui peut être la seule source de rémunération de l'auteur, ce dernier va accepter de signer un contrat d'édition dont les conditions contractuelles lui seront particulièrement défavorables. L'existence même du contrat de commande qui existe en amont du contrat d'édition devrait conduire à retenir plus facilement le vice de violence en caractérisant spontanément l'exploitation d'un état de dépendance.

2. L'atténuation souhaitée du droit des incapacités pour les groupes éditoriaux

721. Présentation des règles de capacité au regard de la fonction complétive du droit civil.

Les règles de capacité issues du droit civil, présentes aux articles 1145 et suivants du Code civil, complètent assez largement le régime du contrat d'édition. L'étude de ces règles est historiquement placée sous le signe de la protection de la partie faible²⁵⁵¹, ce qui rejoint les postulats de la propriété littéraire et artistique. Compte tenu des règles de capacité spéciale édictées à l'article L. 132-7 CPI qui impose, en tout état de cause, l'accord personnel au contrat d'édition²⁵⁵², les règles de droit commun s'avèrent pertinentes en matière de protection de l'auteur. Ainsi, un auteur mineur doit certes donner son accord par écrit mais son représentant légal doit également consentir à l'opération²⁵⁵³.

722. L'absence de capacité contractuelle des groupes éditoriaux. Dans l'hypothèse très particulière où le contrat d'édition est conclu entre l'auteur et un groupe éditorial, la rigueur des règles

²⁵⁴⁸ Paris Ch. 4 sect. A, 15 nov. 2000, *Société Vidéo Adapt c/ Syndicat National des Auteurs et Compositeurs*, *JurisData* n° 2000-134688 : « *Que l'article 3 relatif à la "Cession des droits" stipule que l'Auteur et le Co-Auteur cèdent à VIDEO ADAPT le droit de reproduire ou de faire reproduire, de représenter ou de faire représenter la version française du Programme en vue de son exploitation sur tous supports (...)* ».

²⁵⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, *Vidéo Adapt c/ SNAC*, *JurisData* n° 2003-018905, Bull. civ. I, n° 110, p. 86, *RIDA* 2003/3, p. 193 et obs. A. Kéréver, p. 211, *Comm. com. électr.*, n° 6, juin 2003, comm. 56, Ch. Caron.

²⁵⁵¹ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, préf. M. BOUTELET-BLOCAILLE, Bruylant, 2003, n° 9. Marcel Fontaine disait de cette forme d'incapacité qu'elle reflétait « *la faiblesse du cocontractant dont l'état de développement mental en soi, ou le niveau de connaissance dans la matière du contrat s'avère insuffisant pour porter un jugement éclairé sur la portée des engagements respectifs* », M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), Paris, LGDJ, 1996, p. 616.

²⁵⁵² *Supra* n° 467.

²⁵⁵³ Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 7 juill. 2016, n° 14/02968 : « *l'intervention de l'auteur, même mineur ou incapable, est nécessaire à la validité du contrat de cession ou d'exploitation de ses créations, l'intervention de ses représentants légaux l'est tout autant dans le cas où l'auteur est mineur conformément à l'article 1124 du Code civil* », *supra* n° 467.

de capacité doit être atténuée. Les règles de capacité posent des problèmes lorsque l'auteur contracte avec un groupe éditorial. Le monde de l'édition est structuré en groupes de sociétés constitués de plusieurs entités juridiquement autonomes. Dans ce schéma, une société mère exerce généralement un contrôle sur ses filiales et fait prévaloir une unité de fait au sein du groupe. En matière contractuelle, l'idée générale est qu'un groupe de sociétés est dépourvu de la personnalité morale et donc de la capacité de contracter. Ainsi, un groupe ne peut pas conclure de contrat²⁵⁵⁴ et lorsqu'une société contracte avec un tiers, elle est seule engagée²⁵⁵⁵.

723. Affaire Prost. C'est le sens de l'un des volets de l'affaire *Prost* qui a opposé le célèbre pilote de Formule 1 au groupe des Presses de la Cité à propos d'un contrat d'édition portant sur son livre à paraître *Moi, pilote*²⁵⁵⁶. Alain Prost sollicitait la fin de la relation contractuelle avec son éditeur, en soulignant qu'il avait passé contrat avec un groupe de sociétés dépourvu de capacité juridique. Sur ce point, les juges du fond ont accédé à la demande d'Alain Prost même si, *in fine*, la demande a été rejetée pour des raisons procédurales. En tout état de cause, dans l'hypothèse où le contrat serait conclu avec un groupe éditorial, la question de la nullité du contrat d'édition pour défaut de capacité contractuelle se trouverait irrémédiablement posée. Bien que la nullité du contrat d'édition soit justifiée sur le terrain des principes juridiques, elle semble excessive en opportunité.

724. Le problème des groupes éditoriaux. Ce principe cardinal qui touche aux règles de capacité contractuelle peut poser des difficultés dans le domaine de l'édition où les groupes de sociétés sont nombreux. Prenons un cas qui se pose fréquemment en pratique. Un groupe spécialisé dans l'édition de romans est structuré de la façon suivante : une filiale gère la réalisation des exemplaires, une autre gère l'adaptation des œuvres au cinéma et une autre cherche des exploitants à l'étranger pour réaliser des traductions. La société mère souhaite conclure au nom du groupe de sociétés un contrat d'édition avec un auteur et recueillir l'ensemble des droits qu'elle transmettrait à ses filiales en fonction de leur spécialisation. En l'absence de personnalité morale des groupes de sociétés, la conclusion d'un tel contrat s'avère juridiquement compromis au regard de l'article L. 132-16 CPI.

Pour Maître BERTRAND, en vertu d'une logique de groupe, « l'éditeur pourrait tourner les dispositions de l'article L. 132-16 du CPI qui interdisent la transmission isolée à un tiers, sans le consentement de l'auteur, du contrat d'édition, toute société du "groupe" pouvant le cas échéant se voir attribuer le contrat »²⁵⁵⁷. Précisément, ce constat apparaît injuste pour les éditeurs. En effet, au regard du droit applicable, les choses se présentent de la façon suivante : un auteur contracte avec la société mère d'un groupe éditorial. Pour répartir de façon efficiente les différents droits dont elle est dorénavant détentrice, cette dernière décide de procéder à des cessions de contrats dans le respect de l'article L. 132-16 CPI. Outre la lourdeur du procédé, qui impose autant de cessions de contrat qu'il y a de filiales, l'auteur pourra facilement contrarier l'exploitation éditoriale en refusant de donner son accord au transfert. Il y aurait une forme de mauvaise foi de l'auteur, qui contracterait avec la société mère mais qui refuserait le transfert aux filiales. Cet exemple impose d'atténuer la rigueur des textes de capacité lorsque le titulaire des droits contracte avec un groupe éditorial.

725. Atténuation souhaitée des règles de capacité. Quelques arrêts se montrent plus conciliants envers les éditeurs et retiennent une logique de groupe en matière de contrat d'édition. Un

²⁵⁵⁴ V. en matière commerciale, Cass. com., 2 avr. 1996, Bull. civ. 1996, IV, n° 113 ; JCP G., 1997, II, 22803, note Chazal.

²⁵⁵⁵ De même, il existe une autonomie juridique au sein d'un groupe entre sociétés mère et filles (Paris, 31 mai 1989, D. 1989, I.R. p. 227) et entre sociétés filiales (Cass. com., 18 oct. 1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 301).

²⁵⁵⁶ TGI Paris, 7 mars 1986, *Presses de La Cité c/ Alain Prost, Sté Carrère Éditions*, RIDA 1987/1, n° 131, p. 252 ; D. 1988, somm. Comm., p. 208 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 2007, n° 1497. V. également sur ce jugement, M. PARIENTE, « Les groupes de sociétés et la loi de 1966 », *Rev. Soc.* 1996, p. 465.

²⁵⁵⁷ A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 1999, Dalloz, p. 366.

arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1971 s'est ainsi montré favorable à l'aménagement des règles de capacité. L'affaire opposait Christian Sainturat, compositeur ayant acquis une certaine notoriété, à trois maisons d'édition musicale appartenant toutes au même groupe. Un pacte de préférence avait été accordé à l'une d'entre elles. Finalement, les autres sociétés, qui n'étaient pas parties prenantes au pacte, ont levé l'option sur plusieurs des œuvres nouvellement créées. À cet égard, le compositeur a souhaité obtenir la nullité des contrats d'édition issus de la levée de l'option du pacte de préférence. Dans la mesure où les deux autres éditeurs n'étaient pas parties au pacte de préférence, ils ne pouvaient valablement lever l'option. Ce point aurait dû conduire à la nullité des contrats. Néanmoins, la Cour de cassation a rejeté la demande et maintenu la vigueur des contrats. Pour elle, les trois maisons d'édition formaient un groupe de sociétés et présentaient un degré d'unité suffisant. Ainsi, chacune des sociétés du groupe pouvait se prévaloir du pacte de préférence conclu par l'une d'entre elles, en dépit de leur personnalité morale indépendante²⁵⁵⁸. Dans un autre arrêt en date du 9 septembre 1998, la cour d'appel de Paris a pu considérer que le montage sociétaire visant à créer une filiale prenant en charge l'exploitation de l'œuvre à l'étranger était valable. Dans cette affaire, l'auteur s'était opposé à la création de la filiale arguant du fait que le contrat d'édition étant conclu *intuitu personae*, seule la société mère cocontractante de l'auteur était en mesure de procéder à l'exploitation. Finalement, la cour d'appel a rejeté l'argumentaire et validé le montage sociétaire²⁵⁵⁹.

Une fois de plus, la logique de groupe a prévalu. Celle-ci semble pertinente en matière de contrat d'édition. Au regard du contexte actuel qui pousse à la segmentation de l'industrie culturelle, il serait souhaitable de voir la tendance inaugurée par l'affaire *Sainturat* de 1971 pleinement consacrée et ce, quitte à prendre quelques libertés avec les principes de capacité juridique.

B LA PROTECTION DU CONTENU CONTRACTUEL

726. Plan. Le droit civil complète également le régime du contenu du contrat d'édition. En effet, si le CPI énonce fort naturellement que le contenu de la convention est le droit d'exploitation, rien n'est dit par exemple lorsque l'œuvre est illicite ou tombée dans le domaine public. Ainsi, l'objet de la prestation de l'auteur connaît l'application des articles du Code civil dédiés à la réglementation du contenu contractuel. En outre, le contrat d'édition, dont l'identité relève de la cession avec charge, connaît, en tant que mécanisme translatif de propriété, l'application du droit des biens. Le droit civil est un apport important lorsque l'objet de la prestation de l'auteur, à savoir la cession des droits d'édition sur œuvre, est illicite (1) ou impossible (2).

1. Le contenu illicite

727. L'illicite, l'ordre public et la « police des œuvres ». Les règles qui sanctionnent le contenu illicite du contrat sont logées dans diverses dispositions du Code civil. Tout d'abord, l'article 537 Code civil prévoit que « *les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies*

²⁵⁵⁸ Cass. 1^{re} civ, 29 juin 1971, *Société Éditions Musicales Comtesse, Société Nouvelle Eddie Barclay, Chambre syndicale des Éditeurs de musique c/ Christian Sainturat dit Christian Sarrel et SNEP* : « *Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que Sainturat dut Sarrel, compositeur de musique légère, a consenti, le 23 novembre 1964, à la société des Éditions musicales comtesse un contrat dit de "première option", conforme aux dispositions de l'article 34 de la loi du 11 mars 1957, contrat par lequel il s'engageait à donner à cette société, pour trois ans, un droit de préférence sur toute sa production de chansons originales ; qu'un certain nombre de chansons dont il avait créé la musique, ayant été présenté par Sainturat à cet éditeur, seize d'entre elles firent l'objet d'un contrat de cession, dont six au profit de la société comtesse, huit au profit de la société Eddie Barclay et deux au profit de la société sept cent sept, étant précisé que ces trois sociétés, bien qu'ayant chacune une personnalité morale propre, constituaient en réalité une seule et même entreprise ayant un même siège social et un même gérant* », RIDA 1971/4, n° 70, p. 136.

²⁵⁵⁹ Paris, 9 sept. 1998, RIDA n° 179, 1999/1, p. 396, JCP G 1999, II, n° 10181, note A. Lucas, JCP E 1999, II, 320, obs. H.-J. Lucas.

par les lois ». Cette disposition du droit des biens pose les limites du commerce juridique²⁵⁶⁰. Au titre de l'article 1162 Code civil, le contrat d'édition « ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». De la même façon, l'article 1598 Code civil prévoit que « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». Plus fondamentalement, le contenu du contrat d'édition se trouve encadré par l'article 6 Code civil en vertu duquel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Ces dispositions constituent une forme de droit commun de l'incessibilité²⁵⁶¹.

Le contenu illicite suppose que la création porte en elle l'illicite. L'hypothèse la plus évidente est celle du contrat d'édition portant sur une œuvre contrefaisante. Naturellement, le contrat d'édition sera entaché de nullité absolue²⁵⁶². Outre l'œuvre contrefaisante, toutes les hypothèses dans lesquelles la création encourt un grief d'atteinte à l'ordre public donneront lieu à nullité du contrat pour illicéité du contenu²⁵⁶³. Nombreux sont les exemples en la matière.

728. Illustrations. Une police des œuvres constituée de plusieurs textes limite l'aptitude de celles-ci à entrer dans le commerce juridique. En premier lieu, la loi du 16 juillet 1949, modifiée par la loi du 17 mai 2011, prévoit un délit de démolition de la jeunesse à propos d'un « contenu présentant un danger pour la jeunesse »²⁵⁶⁴. Plus généralement, le Code pénal instaure des prohibitions. L'article 227-23 Code pénal prohibe « le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique ». De façon plus large, l'article 227-4 Code pénal prévoit que « le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »²⁵⁶⁵. En pratique, ces dispositions aboutissent à sanctionner les éditeurs. Dans une affaire

²⁵⁶⁰ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », RTD civ. 2000, p. 47 ; I. MOINE, *Les choses hors commerce. Notion et régime*, 1997, LGDJ.

²⁵⁶¹ G. MARAIN. « Choses hors commerce et notions voisines », *Droits*, vol. 62, n° 2, 2015, p. 205.

²⁵⁶² Paris, Pôle 5, ch. 1, 24 mai 2016, n° 14/03154, où il est question de l'exploitation d'une interprétation d'une œuvre sans avoir recueilli au préalable les droits initiaux, ce qui conduit à la condamnation des parties au contrat pour absence d'autorisation de l'auteur de la création originale (« Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit que les livres/CD "80 comptines à mimer et jeux de doigts" et "60 comptines pour la danse et l'éveil corporel" ainsi que le coffret des deux CD reproduisent et communiquent des interprétations de Mme Maryse W. épouse P. sans son consentement et en ce qu'il a dit qu'il n'est pas justifié de l'existence d'un contrat d'édition pour la chanson intitulée "Petites mains" dans les livres/CD "Comptines et formulettes pour crèches" (...) qu'en l'absence de contrat d'édition musicale, 29 comptines ont été diffusées et exploitées illicitement en fraude de ses droits patrimoniaux ».)

²⁵⁶³ Rappelons qu'en matière de droit d'auteur il n'y a pas de restriction formellement établie comme cela existe dans d'autres branches de la propriété intellectuelle (v. par exemple en droit des brevets, L. 611-17 CPI : « Ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire ».

²⁵⁶⁴ Art. 14 Loi du 16 juillet 1949 n° 49-956 : « Les publications mentionnées à l'article 1^{er} ne doivent comporter aucun contenu présentant un danger pour la jeunesse en raison de son caractère pornographique ou lorsqu'il est susceptible d'inciter à la discrimination ou à la haine contre une personne déterminée ou un groupe de personnes, aux atteintes à la dignité humaine, à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants ou de substances psychotropes, à la violence ou à tous actes qualifiés de crimes ou de délits ou de nature à nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral de l'enfance ou la jeunesse. Elles ne doivent comporter aucune publicité ou annonce pour des publications de nature à démolir l'enfance ou la jeunesse ».

²⁵⁶⁵ Art. 227-23 Code pénal : « Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsque l'image ou la représentation concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image ou représentation. Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines ». Art. 227-24 Code pénal : « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine

ayant donné lieu à un arrêt rendu le 12 septembre 2007 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, un éditeur de mangas a été condamné en raison du caractère pédophile de ses publications²⁵⁶⁶. Une autre affaire portant sur l'édition d'un ouvrage intitulé *Suicide-Mode d'emploi* a également donné lieu à la condamnation de l'éditeur pour avoir édité un ouvrage appelant ouvertement au suicide chez les jeunes²⁵⁶⁷. Toutefois, les magistrats ont considéré que l'interdit pénal devait se concilier avec la liberté d'expression²⁵⁶⁸. Par ailleurs, les dispositions de la loi de 1881 traitant des délits de presse conservent toute leur pertinence dans le contrat d'édition, y compris lorsqu'elles débouchent sur une exploitation numérique. Ainsi, au titre de la loi de 1881, il est interdit pour les services de presse de traiter certaines informations. Outre la propagation de fausses informations²⁵⁶⁹, est également prohibé le fait de traiter des questions qui touchent à la défense nationale, au secret judiciaire ou à l'identité des mineurs. Ajoutons à cette liste le cas particulier de l'œuvre injurieuse, réglementée à l'article 29 de la loi de 1881²⁵⁷⁰. Enfin, une loi de 1972 a créé le délit de provocation à la discrimination et à la haine raciale²⁵⁷¹. Toutes ces dispositions s'imposent à l'éditeur, notamment lorsque le contenu litigieux est exploité en vertu d'un contrat d'édition. On pourrait multiplier les références textuelles. Plus largement, le maire et le préfet, grâce à leur pouvoir de police générale, sont habilités à encadrer la diffusion de la presse sur la voie publique ou même à prononcer des interdictions en cas de risque de désordre²⁵⁷².

729. Cas de la prohibition des cessions globales. La prohibition des cessions globales est un exemple singulier de contenu illicite. Elle est édictée à l'article L. 131-1 CPI qui dispose que « *la cession globale des œuvres futures est nulle* ». Si la prohibition est énoncée au sein du droit d'auteur, elle s'explique au regard des principes de droit civil qui viennent ainsi compléter la *ratio legis* de la disposition.

ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

²⁵⁶⁶ Dans cette affaire, des mangas ont été importés en France et diffusés sous forme de vidéogrammes. La cour a considéré qu'il y avait infraction à l'article 227-23 Code pénal dans la mesure où le protagoniste s'adonnant à des actes sexuels présentait de façon incontestable « *les caractéristiques d'un jeune enfant, compte tenu, notamment, de sa petite taille par rapport aux personnages adultes qui l'entourent, l'absence de signes morphologiques laissant supposer qu'il pourrait s'agir d'un adulte et des traits de son visage le faisant au surplus apparaître comme un très jeune enfant* ». Peu importe ainsi que le mineur soit réel ou virtuel, sa seule représentation dans une situation pornographique avec des adultes suffit à consommer le délit (Cass. crim., 12 sept. 2007, n° 06-86.763, *JurisData* n° 2007-040914).

²⁵⁶⁷ TGI Paris, ch. acc., 4 nov. 1986, *Alain Moreau*, « *Suicide-Mode d'emploi* », *JurisData* n° 1986-028764. Le même éditeur a également été condamné par le tribunal correctionnel de Paris devant lequel il était poursuivi pour « *provocation au suicide* » (T. corr. Paris, 11 avr. 1995, *Alain Moreau*, « *Suicide-Mode d'emploi* », *JurisData* n° 1995-604147). Toutefois, la cour d'appel de Paris a confirmé une ordonnance du juge d'instruction qui avait dit n'y avoir pas lieu à saisir les exemplaires encore chez l'éditeur pour des motifs purement procéduraux sur lesquels nous ne reviendrons pas (Paris, 1^{re} ch. acc., 19 déc. 1991).

²⁵⁶⁸ V. TGI Bordeaux, 7 oct. 1998, *Flammarion et Bettina Rheims*. La publication d'un livre d'art, intitulé *INRI*, avec pour couverture une représentation d'une femme crucifiée aux seins nus à la place du Christ, a donné lieu à une décision d'interdiction sous peine d'une astreinte de 500 francs (76 euros) par infraction constatée. Afin de concilier les règles d'ordre public et la liberté d'expression et de communication, le juge a autorisé la présence de l'ouvrage, en vue de sa vente dans un rayon discret.

²⁵⁶⁹ Art. 27 de la loi de 1881, la publication de fausses nouvelles dès lors qu'elle est susceptible de « *troubler la paix publique* ».

²⁵⁷⁰ Art. 29 al. 2 : « *Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure* ».

²⁵⁷¹ Art. 24. al. 4 : « *Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal* ».

²⁵⁷² Art. L. 2212-2 al.1 CGCT : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ».

À titre liminaire, rappelons que l'article L. 131-1 CPI est une dérogation aux règles des articles 1163 du Code civil, qui réputent valables les cessions portant sur des prestations futures²⁵⁷³. Or, la possibilité de céder par anticipation ses droits sur toutes ses œuvres futures signifierait que l'auteur se serait engagé perpétuellement au profit de son éditeur. Comme le rappelle le Professeur GAUTIER, cette situation est problématique car, au-delà des cessions de droits, « *il en va aussi et surtout, pour l'auteur, d'effectuer au préalable un travail, ce qui relève des droits personnels et du louage d'ouvrage* »²⁵⁷⁴. Ainsi, la cession globale des œuvres futures revient pour l'auteur à s'aliéner personnellement toute sa vie durant²⁵⁷⁵. Les débats parlementaires font largement état des suspicions d'asservissement que peuvent générer les cessions futures²⁵⁷⁶.

Cette situation contractuelle va à l'encontre du principe de prohibition des engagements perpétuels. Ce principe existe depuis 1804 dans le Code civil à propos des contrats spéciaux, notamment en matière de louage de chose²⁵⁷⁷ et de louage d'ouvrage²⁵⁷⁸. En droit commun, le principe a été clairement généralisé par la décision PACS du 22 mai 1999 rendue par le Conseil constitutionnel et a été pleinement consacré à l'article 1210 al. 1 Code civil qui énonce que « *les engagements perpétuels sont prohibés* ». En réalité, bien avant une telle consécration, la doctrine classique considérait qu'une obligation ne peut lier que pour un temps. Dans l'hypothèse inverse, le servage risquerait de réapparaître sous couvert de liberté contractuelle²⁵⁷⁹.

En notre matière, le fait que la prohibition ait été maintes fois rappelée par les magistrats bien avant 2016 n'a donc rien d'étonnant²⁵⁸⁰, principalement lorsque le contrat d'édition résulte de la mise en œuvre d'un pacte de préférence renfermant une cession globale²⁵⁸¹. Bien entendu, l'éditeur ne saurait

²⁵⁷³ Art. 1163 Code civil : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future* ».

²⁵⁷⁴ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 503

²⁵⁷⁵ Il est vrai que le critère traditionnel sied davantage à notre hypothèse de requalification. En effet, il était prévu que « *si la main-d'œuvre l'emportait sur la matière* », le contrat serait d'entreprise et non de vente (Cass. civ., 1^{er} août 1950, S. 1951. 1. 100, RTD. civ., 1951. 388, obs. J. Carbonnier ; Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 1976, *Bull. civ.* I, n° 111). En matière de création artistique, le caractère intellectuel aurait suffi à épuiser le débat et à faire primer la main d'œuvre sur la matière. Dans le système actuel, nous pourrions concevoir la spécificité du travail et les besoins du client, ici l'éditeur, au travers de la ligne éditoriale que devrait respecter l'auteur afin que les œuvres soient exploitées si tant est tout de même qu'elle soit un minimum exprimée à la suite de la convention litigieuse.

²⁵⁷⁶ Discussion et adoption en séance, A.N., 20 avr. 1956, JO, 21 avr. 1956, p. 1431-1432.

²⁵⁷⁷ Art. 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* ».

²⁵⁷⁸ Art. 1780 du Code civil : « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* ».

²⁵⁷⁹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 25, 3^e éd. 1878, n° 492, p. 545 : « les obligations ne détruisent pas notre liberté à moins qu'elles nous placent dans une dépendance complète d'une autre personne. C'est cette dépendance absolue que l'article 1780 réprovoque » ; E. GARSONNET, *Histoire des locations perpétuelles et des baux de longue durée*, Larose, 1878 p. 388 : « il n'y avait presque aucune partie du sol qui ne fût possédée par ce contrat ; les serfs comme les hommes libres lui devaient la fixité de tenure qui les conduisit lentement mais sûrement à une propriété appauvrie » ; P. ROUBIER, *le droit transitoire*, th. Dalloz-Sirey, 2^e éd. 1960 « la plupart des créances, sont des droits temporaires destinés à s'éteindre par l'exécution de l'obligation ; on peut donc dire sans exagération que la créance est faite pour s'éteindre ». Sur l'évolution du principe de prohibition du droit spécial au droit commun, v. A. ETIENNEY, *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. REVET, LGDJ, 2008 n° 146.

²⁵⁸⁰ Sur ce point v. par exemple Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1971, *Société Éditions Musicales Comtesse, Société Nouvelle Eddie Barclay, Chambre syndicale des Éditeurs de musique c/ Christian Sainturat dit Christian Sarrel et SNEP*, préc.

²⁵⁸¹ TGI, Paris, 3^e ch., 4 juill. 1997, *Catherine, épouse Lefèvre, dite Katherine R c/ SAM L SA* : « *Que l'économie de l'article L. 132-4 n'est en effet pas de réserver au bénéfice de l'éditeur l'exclusivité de toutes les œuvres de l'auteur avec la faculté d'éditer celle qui lui plairont ; Qu'en effet cet article limite le droit de préférence à 5 ouvrages nouveaux, par genre ; que l'exercice du droit de préférence consenti à l'éditeur est soumis à des conditions précises (écrit adressé à l'auteur dans le délai de 3 mois à compter de la remise) ; que le refus par l'éditeur de 2 ouvrages rend à l'auteur sa liberté ; Attendu qu'à l'évidence les dispositions litigieuses n'obéissent à aucune des conditions fixées par ce texte ; qu'elles organisent en revanche une cession exclusive au profit de l'éditeur de toutes les œuvres de l'auteur en laissant à l'éditeur la faculté de les éditer ou de ne pas les éditer sans en aviser l'auteur et sans permettre à celui-ci de reprendre sa liberté ; Attendu que la convention litigieuse est donc nulle en application de l'article L. 131-1 du Code de propriété intellectuelle dès lors qu'elle*

échapper à la prohibition en imaginant conclure des pactes successifs dont la combinaison aurait pour effet de tourner les dispositions de l'article L. 131-1 CPI²⁵⁸². En effet, la relation éditoriale incite à analyser globalement les conventions conclues entre l'auteur et l'éditeur tout en les interprétant favorablement à l'auteur²⁵⁸³.

À la lumière de ces considérations, le droit civil offre un éclairage nouveau sur la sanction applicable aux cessions globales. En effet, si la *ratio legis* de l'interdiction n'est autre que la prohibition des engagements perpétuels, il serait intéressant d'aligner le régime juridique de l'article L. 131-1 CPI sur celui de l'article 1210 al. 2 Code civil. En effet, alors que le premier de ces deux articles arbore un principe de nullité, le second propose une sanction plus originale en considérant que « *chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ». Le contrat est alors automatiquement conclu à durée indéterminée et peut être résilié à tout moment²⁵⁸⁴. Cela permettrait à l'auteur de sécuriser sa situation afin, comme un salarié, de continuer à produire ses créations sans le souci de réitérer sa recherche d'éditeur. Cependant, lorsque l'auteur souhaiterait clore sa relation avec l'éditeur, il le pourrait par simple notification. Contrairement à la nullité qui est rétroactive, la résiliation a le mérite de ne jouer que pour l'avenir. Ainsi, auteur et éditeur ne sont pas empêtrés dans un jeu de restitutions qui s'avérerait trop complexe, en raison du caractère rétroactif de l'annulation des contrats d'édition ayant déjà produit leurs effets.

2. Le contenu impossible

730. Présentation des articles sanctionnant l'absence de contenu. Dans de rares hypothèses, le contrat d'édition porte sur un contenu impossible ce qui le rend nul par application des articles 1163 et 1169 Code civil. Au titre de l'article 1163 al. 2 Code civil, la prestation « *doit être possible et déterminée ou déterminable* ». À défaut de possibilité de l'objet, le contrat est sanctionné par la nullité dans la mesure où « *la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* »²⁵⁸⁵. Si le contenu devient impossible en cours d'exécution contractuelle, le contrat est frappé de caducité. Ces articles clarifient la sanction applicable en cas d'inexistence de monopole d'exploitation.

731. Exemples. Plusieurs situations sont envisageables. Nous pouvons concevoir la conclusion d'un contrat d'édition portant sur une création dépourvue d'originalité. Nous pouvons encore imaginer un contrat d'édition conclu par l'héritier d'un auteur, pour une durée supérieure à la durée de la protection édictée à l'article L. 123-1 CPI, qui prévoit qu'au « *décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ». En propriété industrielle par exemple, il est de coutume de considérer que la cession d'un brevet qui perd sa protection est nulle ou

organise une cession globale d'œuvres futures » ; v. également Paris. ch. 1, sect. A, 2 nov. 1999, *Morato c/ Sa Fdm Francis Dreyfus Music*, *JurisData* n° 1999-12687. Rappelons par ailleurs qu'initialement il était proposé d'ajouter un alinéa à l'article L. 131-1 CPI (alors art. 34 bis) spécifiant qu'« *en ce qui concerne l'édition, est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur à l'édition de ses œuvres futures des genres nettement déterminés* » (amendement n° 20, présenté par MUTTER, A.N., séance 20 avr. 1956, pp. 1430-1431). Si l'amendement n'a pas été retenu et constitue une disposition à part entière dans le droit de l'édition, il marque tout de même le rapport de principe à exception pouvant exister entre prohibition de cessions des œuvres futures et octroi d'un pacte de préférence.

²⁵⁸² TGI Paris, 3^e ch., 1^{er} juill. 1971, *RIDA* 1972/1, n° 71, p. 147 ; *Gaz. Pal.*, 1971, 2, p. 703 ; *RTD com.* 1971, p. 95, obs. H. Desbois. Paris, 1^{re} ch., 30 juin 1975, *RTD com.* 1976, p. 511, obs. H. Desbois. TGI Paris, 3^e ch., 3 janv. 1979, *RIDA* 1979/3, p. 153. Paris, 14^e ch., 13 févr. 1991, *D.* 1991, IR. p. 84. Paris, 1^{re} ch., 7 mai 1991, *Légipresse* 1991, III, p. 89.

²⁵⁸³ Sur l'interprétation *in favorem auctoris* du pacte de préférence, v. Paris, 1^{re} ch., 6 sept. 1999, *RIDA* 2000/2, n° 184, p. 344.

²⁵⁸⁴ Art. 1210 Code civil : « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* » ; art. 1211 Code civil : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ».

²⁵⁸⁵ Art. 1169 Code civil.

caduque pour défaut de contrepartie²⁵⁸⁶. *Mutatis mutandis*, un contrat d'édition portant sur une création dépourvue d'originalité ou déjà tombée dans le domaine public doit être annulé, conformément aux articles 1163 et 1169 du Code civil. Par extension, si le contenu disparaît en cours d'exécution du contrat, la situation devrait se résoudre par sa caducité²⁵⁸⁷. Toutefois, l'affaire *Sciussia* a donné lieu à une sanction originale.

732. Apport de l'affaire *Sciussia* en cas de disparition du contenu. L'affaire du film *Sciussia*, réalisé par Vittorio de Sica, a été l'occasion pour les magistrats d'innover dans la sanction en cas de disparition du contenu en cours de contrat. Le litige est né à la suite de la conclusion d'un contrat d'exploitation entre la société Film sans frontières (FSF), aux droits de laquelle venait la société Éditrice du Monde, afin que cette dernière diffuse une collection de DVD intitulée *Le cinéma du Monde*. En raison de l'arrivée du terme de la protection par le droit d'auteur, les magistrats ont estimé que le contrat d'édition s'était éteint en 1976. Le contenu contractuel a donc disparu du fait de la « chute » de l'œuvre dans le domaine public, alors même que le contrat d'exploitation n'était pas arrivé à terme. Les premiers juges ont tiré pleinement les conséquences de cette disparition, en estimant que le contrat d'édition était nul pour défaut de cause²⁵⁸⁸. Saisie, la cour d'appel de Paris a opté pour une solution originale²⁵⁸⁹.

La FSF, société éditrice, a demandé le paiement du travail qu'elle avait malgré tout fourni en distribuant l'œuvre tombée dans le domaine public. En effet, certes le contrat d'édition est dépourvu d'objet mais il n'en demeure pas moins que la FSF a accompli un travail de distribution des exemplaires qui, *in fine*, profite au producteur. Elle a fondé cette prétention sur la « requalification » du contrat d'édition en « *contrat d'accès au matériel ayant permis la publication du DVD* ». En somme, l'œuvre tombant dans le domaine public, le contrat d'édition s'était métamorphosé en contrat de prestation de services. La cour d'appel a fait droit à la demande en paiement de la FSF sans pour autant reprendre le moyen tiré de la requalification contractuelle. Premièrement, la cour d'appel a estimé qu'il n'y avait pas lieu à requalification du contrat. Deuxièmement, elle a relevé que la société productrice ne pouvait « *bénéficier sans bourse délier du travail d'autrui* » sans plus d'explications. En d'autres termes, la cour d'appel a fait droit à la demande en paiement tout en rejetant l'argument de la requalification. Comment interpréter cette décision ?

Pour le Professeur LUCAS, la demande en paiement est fondée sur un quasi-contrat d'enrichissement sans cause²⁵⁹⁰. L'enrichissement sans cause est un quasi-contrat qui, en vertu de l'article 1303 Code civil, engage celui qui s'est enrichi indûment au détriment d'autrui à restituer le gain ainsi perçu²⁵⁹¹. La société productrice qui avait cédé les droits d'édition se serait donc enrichie en profitant du travail de l'éditeur, justifiant ainsi le remboursement de ce dernier. En réalité, il s'agit davantage d'une gestion d'affaire. Ce quasi-contrat est défini à l'article 1301 du Code civil : « *Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire* ». Ce quasi-contrat repose sur l'activité menée spontanément par une personne au bénéfice d'autrui sans que le maître de l'affaire n'ait formulé d'opposition. Une fois la gestion d'affaire caractérisée, le maître

²⁵⁸⁶ V. par exemple, TGI Paris, 12 avr. 2002, *PIBD* 2002, n° 753, III, 537, nullité du contrat consécutive à une déchéance de brevet.

²⁵⁸⁷ Art. 1186 al. 1 Code civil : « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». Art. 1187 al. 1 : « *La caducité met fin au contrat* ».

²⁵⁸⁸ TGI Paris, 19 mai 2009 06/08159.

²⁵⁸⁹ Paris Pôle 5, 1^{re} ch., 12 janv. 2011 *Sté Films sans frontières et Sté International Media Films c/ Sté Éditrice du Monde, Propr. intell.*, 2011/2, n° 39, p. 192, A. Lucas.

²⁵⁹⁰ A. Lucas, chron. préc.

²⁵⁹¹ Art. 1303 Code civil : « *En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement* ».

de l'affaire doit indemniser le gérant pour les frais engagés comme le prévoit l'article 1301-2 du Code civil²⁵⁹².

Dans notre cas, la société éditrice avait bien agi spontanément et son activité avait bien été utile pour la société productrice. Cette situation relevait, à notre avis, de la qualification de gestion d'affaire.

Au-delà de la nature du quasi-contrat sollicité, l'arrêt démontre le caractère complémentaire du droit civil qui permet d'édicter une sanction originale en cas de disparition du contenu contractuel des conventions éditoriales.

§ 2. LES RÈGLES RELATIVES À L'EXÉCUTION DU CONTRAT D'ÉDITION

733. Plan. La fonction complétive du droit civil s'applique au stade de l'exécution du contrat d'édition, c'est-à-dire en phase d'exploitation de l'œuvre, dans les interstices laissés vacants par le droit d'auteur. Contrairement à la phase de conclusion du contrat, la phase d'exécution est davantage marquée par l'intérêt commun en protégeant rigoureusement l'exploitation de l'œuvre. En premier lieu, le droit civil édicte des règles de protection visant à prévenir les interférences des parties (A). En second lieu, l'exploitation paisible passe par l'attribution d'actions dont l'objectif est de prémunir l'auteur et l'éditeur contre les interférences qui leurs sont extérieures (B).

A. LA PROTECTION DE L'EXPLOITATION DE L'ŒUVRE CONTRE LES INTERFÉRENCES DES PARTIES

734. Plan. La protection de l'exploitation s'impose tant à l'égard du cédant (1) que de l'éditeur (2). Par application du Code civil, les parties doivent observer un comportement particulier qu'il convient d'analyser.

1. La protection de l'exploitation à l'égard du cédant

735. Plan. Par application des règles relatives au contrat de vente, l'auteur ou le cédant partie faible s'assure de la bonne exécution du contrat d'édition en respectant, d'une part, les obligations de délivrance (a) et, d'autre part, les obligations de garantie (b). Ces diverses obligations s'imposent à lui en tant qu'aliénateur des droits d'édition.

a. La transposition des obligations de délivrance

736. Article L. 132-9 CPI complété par les articles 1604 et s. du Code civil. Plan. Les deux premiers alinéas de l'article L. 132-9 CPI donnent la matrice de l'obligation de délivrance qui s'impose au cédant : « *L'auteur doit mettre l'éditeur en mesure de fabriquer et de diffuser les exemplaires de l'œuvre ou de réaliser l'œuvre sous une forme numérique. Il doit remettre à l'éditeur, dans le délai prévu au contrat, l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication ou la réalisation de l'œuvre sous une forme numérique* »²⁵⁹³.

On y découvre aisément les obligations de délivrance qui s'imposent aux vendeurs en vertu des articles 1604 et suivants du Code civil. Au sens de l'article 1604 du Code civil, « *La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ». En matière de bien incorporel, c'est l'article 1607 Code civil qui s'applique et qui énonce que « *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* ». La délivrance porte sur la chose vendue et

²⁵⁹² Art. 1301-2 du Code civil : « *Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant. Il rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion. Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement* ».

²⁵⁹³ Les codes des usages reprennent généralement cette disposition. À titre d'exemple, voir le Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales, art. 3.2 - La remise de l'œuvre par l'éditeur : « *Le contrat d'édition fixe les conditions et formes dans lesquelles l'auteur remet l'œuvre à l'éditeur pour en permettre, en cohérence avec les droits cédés, la publication, l'exploitation permanente et suivie et la diffusion commerciale. Si l'auteur ayant remis l'œuvre sous la forme d'un fichier (informatique ou sonore), il est établi que la réalisation d'une partition est par ailleurs nécessaire, les frais de copiste sont à la charge de l'éditeur* ».

transfère la détention du bien²⁵⁹⁴, la possession venant une fois que le détenteur exerce sa puissance sur le bien²⁵⁹⁵. Bien que cette définition ait fait l'objet de nombreuses critiques, notamment quant à sa façon hasardeuse de lier le transfert, la possession et la propriété²⁵⁹⁶, ce point ne nous préoccupera pas. Seule la portée de l'obligation de remise en matière de contrat d'édition sera ici appréciée. Au titre de l'article 1607 Code civil précité, le transfert du droit n'implique, en théorie, aucune action particulière de la part de l'auteur ou de l'ayant droit. Dans les faits néanmoins, celui-ci doit transmettre l'objet de l'édition. Ainsi, dans la majorité des hypothèses, l'obligation de délivrance est réalisée en premier lieu par la remise du support initial contenant l'œuvre (i), puis en second lieu par la remise des droits d'édition (ii).

i. L'obligation de délivrance de l'objet de l'édition

737. Propos liminaires : principe d'indépendance entre l'œuvre et le support. Envisager la délivrance de l'objet de l'édition suppose d'envisager la portée de cette remise sur l'œuvre elle-même. À ce titre, le droit d'auteur français connaît un principe d'indépendance des propriétés corporelle et incorporelle qui est exprimé à l'article L. 111-3 CPI de la manière suivante :

« La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code, sauf dans les cas prévus par les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 123-4. Ces droits subsistent en la personne de l'auteur ou de ses ayants droit qui, pourtant, ne pourront exiger du propriétaire de l'objet matériel la mise à leur disposition de cet objet pour l'exercice desdits droits. Néanmoins, en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation, le tribunal de grande instance peut prendre toute mesure appropriée, conformément aux dispositions de l'article L. 121-3 ».

De la même façon que l'on distingue le brevet d'invention de l'appareil qui en constituera le réceptacle, l'œuvre et son support doivent être distingués²⁵⁹⁷. La règle est valable pour toutes les propriétés incorporelles. Elle est séculaire et touche à l'essence de l'immatériel qui est ainsi rétif aux catégories du Code civil tout « infecté de matérialisme »²⁵⁹⁸. À la vérité, cette « intellectualisation de la notion de

²⁵⁹⁴ J. le BOURG, *La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats*, Univ. Savoie, 2010, n° 105, p. 130.

²⁵⁹⁵ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, T. XVI, par DUVERGIER, Paris, éd. Jules Renouard et Cie, n° 245 : « Le mot puissance ajouté au mot possession, exprime énergiquement la nature de la possession que doit procurer le vendeur à l'acheteur, et toute l'étendue des droits qu'il est obligé de lui transmettre ».

²⁵⁹⁶ V. H. L. J. MAZEAUD, M. de JUGLART, *Leçons de droit civil*, T. III, 2e vol., Principaux contrats – Vente et échange, Montchrestien, 7^e éd. 198, n° 9307 : « D'une part le transport de la chose vendue "en la puissance" de l'acheteur peut donner à penser que la délivrance transfère la propriété, or tel n'est pas le cas. La délivrance n'emporte pas transfert de propriété. En effet, celui-ci se produit dès l'accord des parties sur la chose et sur le prix (C. civ., art. 1583 ; sauf report dû à une clause de réserve de propriété), sans nécessiter une quelconque délivrance. D'autre part il n'y a pas non plus à proprement parler de transfert de possession malgré ce qu'en dit l'article 1604. En effet, la possession, l'acheteur l'a déjà acquise, avant la délivrance, lors du transfert de propriété car, dès ce moment, il est devenu propriétaire de la chose vendue et a donc l'*animus domini* (la volonté de se comporter en propriétaire) caractérisant la possession. Quant au corpus, autre élément constitutif de la possession qui consiste à avoir soi-même la chose entre les mains ou en la confiant à autrui, l'acheteur l'exerce également dès le transfert de propriété par l'intermédiaire ("corpore alieno") du vendeur (qui, ayant perdu la propriété et la possession, n'est plus qu'un détenteur précaire qui détient la chose vendue, temporairement, pour le compte de l'acheteur en attendant que celui-ci en prenne livraison). En présence d'une clause réservant au vendeur la propriété de la chose vendue malgré l'échange des consentements, la délivrance ne transfère pas davantage la possession ».

²⁵⁹⁷ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD. civ.*, 1958, n° 43, p. 355 : « Aujourd'hui nous avons appris à discerner, dans des biens commercialisés : livre, gravure, disque, film, copie, représentation, radiodiffusion, l'empreinte d'une œuvre de l'esprit, qui en est intellectuellement la matrice. Cette œuvre de l'esprit, distinguée de ses empreintes, est ainsi devenue l'objet d'un bien incorporel patrimonial ».

²⁵⁹⁸ M. VILLEY, « Préface historique » in *Les biens et les choses*, *Arch. phil. Dr.* 1979, p. 2.

bien »²⁵⁹⁹ qui appréhende différemment les sens humains²⁶⁰⁰ n'est pas novatrice. Déjà GAIÛS écrivait : « *Il y a des choses corporelles et des choses incorporelles (...). Les choses incorporelles sont celles qui ne tombent point sous les sens, comme sont celles qui consistent dans un droit* »²⁶⁰¹. Pour le Professeur GAUTIER, les droits d'auteur « *sont des valeurs juridiques, sans réalité physique* »²⁶⁰². Le législateur a donc clairement manifesté sa volonté de limiter les interférences entre les deux propriétés en cloisonnant leurs régimes respectifs²⁶⁰³. Aujourd'hui, le propriétaire du support n'a de ce fait aucun droit de propriété intellectuelle²⁶⁰⁴, y compris lorsque le support est numérique²⁶⁰⁵. Les débats qui portent sur la distinction entre l'œuvre et son support peuvent donc être qualifiés d'obsolètes ou d'arrière-garde tant la question semble tranchée par les magistrats. Toutefois, la nécessité de rappeler le principe d'indépendance connaît une vigueur nouvelle à la lumière des nouveaux enjeux numériques. En effet, le fait que le support de l'œuvre puisse, comme l'œuvre, être totalement dématérialisé impose un surcroît d'effort doctrinal pour bien isoler le régime des différentes remises²⁶⁰⁶.

738. Manifestations du principe d'indépendance dans le contrat d'édition. En matière de contrat d'édition, deux conséquences peuvent être attachées à ce principe.

En premier lieu, le propriétaire du support de l'œuvre n'exerce aucune influence sur la « *conclusion* » d'un contrat d'édition. La Cour de cassation a rappelé le principe à plusieurs reprises. Pour les hauts magistrats, le légataire d'un manuscrit ne peut en aucun cas conclure un contrat d'édition sur l'œuvre qu'il renferme sans l'accord du titulaire des droits d'auteur²⁶⁰⁷. De la même façon, la donation d'une œuvre d'art n'emporte pas cession du monopole d'exploitation et ne permet pas de conclure un contrat visant à sa reproduction²⁶⁰⁸. Corrélativement, le légataire de sculptures ne peut pas empêcher

²⁵⁹⁹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 2^e éd. 1980, n° 3.

²⁶⁰⁰ D. GUTMAN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », in *Les sources du langage juridique*, *Arch. phil. Dr.* 1999, p. 65.

²⁶⁰¹ H. HULOT, *Les cinquante livres du Digeste et des Pandectes de l'Empereur Justinien*, T. 1^{er}, éd. Metz-Paris, 1803, p. 79 ; CH. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 2004, I, p. 162.

²⁶⁰² P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 15

²⁶⁰³ Sur ce point, v. E. TREPPOZ, « La détermination du propriétaire du support d'une œuvre », *Comm. com. électr.*, 2006, étude n° 17.

²⁶⁰⁴ V. Paris, 1^{re} ch., 1^{er} juill. 1964, *Ann. propr. ind.* 1965, p. 223 ; Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1966, *D.* 1967, p. 159, le droit d'auteur « *a un fondement et un objet différents de ceux de la propriété même de la chose* », V. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n° 10-15.667, *JurisData* n° 2011-008330, *JCP G*, 2011, p. 899, note A. Lucas ; *Comm. com. électr.*, 2011, comm. n° 82, note C. Caron ; *Dr. fam.*, 2011, comm. 112, note B. Beignier ; *Prop. intell.* 2011, p. 287, obs. J.-M. Bruguière. Cet état de droit résulte de la loi du 9 avril 1910 (DP 1911, 4, p. 32), qui a posé le principe de l'indépendance de la propriétaire littéraire et artistique et de la propriété du support de l'œuvre. Avant cette loi, la tendance prétorienne était à la confusion entre le droit d'auteur et le support de l'œuvre. Le transfert du support présumait le transfert du droit (v. J. GINSBOURG, « Droit d'auteur et propriété de l'exemplaire d'une œuvre d'art : étude de droit comparé » *RIDC*, vol. 46 n° 3, 1994, p. 811 et spéc. p. 816 : « *avant la loi du 9 avril 1910, certaines autorités françaises présumaient que lorsque l'auteur vendait son œuvre, la titularité du droit de reproduction se transférait avec le tableau ou la sculpture* »).

²⁶⁰⁵ TGI Paris 3^e ch. 2^e sect. 15 janv. 2010, n° 06-04.534, *SPEDIDAM c/ Fnac et a.*, *Prop. intell.* avr. 2010, n° 35, obs. J.-M. Bruguière, pp. 719-720 ; *RLDI*, 2010, n° 57, obs. L. Costes, pp. 33-34 ; *Comm. com. électr.*, n° 4, avr. 2010, chron. 4, X. Daverat.

²⁶⁰⁶ O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, préf. Ph. GAUDRAT, Larcier, 2013 n° 511, « *Il n'existe, à vrai dire, aucun obstacle conceptuel à la pérennité du principe d'indépendance. Au contraire, dans un contexte où la confusion de l'œuvre avec son support apparaît clairement exacerbée, la nécessité de (re)-tracer une ligne de "démarcation" entre les deux pôles est d'autant plus forte. L'entreprise implique de dépasser la conception classique du support chargée d'une lourde tradition matérialiste téléguidée par l'article L. 111-3 CPI* ».

²⁶⁰⁷ Cass. civ., 26 févr. 1918, *DP*, 1923, 1, p. 215. V. à propos d'un livre inédit, TGI Paris, 1^{re} ch., 1^{er} avr. 1987, *JurisData* n° 1987-051721.

²⁶⁰⁸ Besançon, 21 mai 1902, *DP*, 1904, 2, p. 9, note Pouillet. Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, *JurisData* n° 2005-026632 ; *RIDA* 2005/2, n° 204, p. 265 ; *D.* 2005, p. 956, note Ph. Allaëys ; *Bull. civ.* 2005, I,

les héritiers titulaires du droit de reproduction de conclure un contrat d'édition sur les moulages des œuvres léguées²⁶⁰⁹. Toujours dans cet esprit, la Cour de cassation estime que le client qui a commandé un film auprès d'une société de publicité ne peut pas éditer des copies de ce film au simple prétexte qu'il détient la pellicule originale²⁶¹⁰. L'édition suppose l'autorisation du titulaire des droits d'auteur.

En second lieu, la remise du support est parfois rendue indispensable à la bonne « exécution » du contrat. En effet, on ne peut pas concevoir qu'un éditeur puisse reproduire un livre s'il ne dispose pas du modèle original pour le guider. Ainsi, le CPI prévoit que le cédant « doit remettre à l'éditeur, dans le délai prévu au contrat, l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication ou la réalisation de l'œuvre sous une forme numérique »²⁶¹¹. C'est donc cette remise qui doit être analysée.

739. Plan. L'œuvre et le support devant être distingués juridiquement en dépit d'une confusion matérielle plus ou moins bien marquée, la remise de l'objet dispose d'une nature (α) et d'un régime juridique (β) singuliers.

α . L'obligation principale de remise du support

740. Obligation de mise à disposition. L'article L. 132-9, al. 3 CPI, dispose que « sauf convention contraire ou impossibilités d'ordre technique, l'objet de l'édition fournie par l'auteur reste la propriété de celui-ci ». En principe, la propriété du support n'est donc pas transférée en vertu de la cession des droits éditoriaux. Le support fait par conséquent l'objet d'une obligation de mise à disposition, que l'on retrouve en droit des contrats spéciaux sous l'appellation désuète d'« obligation de faire jouir ».

741. « Obligation essentielle ». Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 mai 1997 a qualifié l'obligation de remise comme étant essentielle au contrat d'édition. En l'espèce, un auteur s'était engagé à remettre à l'éditeur Flammarion le manuscrit d'un dictionnaire destiné à être édité. Passées trois années à compter de la date de conclusion du contrat d'édition, l'éditeur a agi en résolution pour manquement à l'obligation de remise du manuscrit. La cour d'appel a donné raison à l'éditeur en précisant que la remise était une obligation essentielle au contrat d'édition²⁶¹².

En pratique, la question du respect de l'obligation de remise du support se pose lorsque l'auteur s'exécute avec un retard conséquent et que les stipulations contractuelles sont silencieuses sur la date de livraison. En l'absence d'indication précise au contrat d'édition, le juge et les parties s'en remettent aux usages professionnels²⁶¹³ ou, à défaut d'usages, aux circonstances de la cause qui induisent

n° 44 ; *Prop. intell.* 2005, p. 164, obs. A. Lucas. Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 19 févr. 2014, *Prop. intell.* 2014, p. 266, obs. A. Lucas ; *RLDI*, 2014/102, 3380, obs. L.C.

²⁶⁰⁹ Paris, 1^{re} ch., 1^{er} juill. 1964 : *Ann. propr. ind.*, 1965, p. 223, et, sur pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1966, *D.* 1967, p. 159.

²⁶¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1983, *RIDA* 1984/1, n° 119, p. 196.

²⁶¹¹ Art. L. 131-9 al. 2 CPI : « Il doit remettre à l'éditeur, dans le délai prévu au contrat, l'objet de l'édition en une forme qui permette la fabrication ou la réalisation de l'œuvre sous une forme numérique ».

²⁶¹² Paris, Ch. 4^e, sect. B, 23 mai 1997, *Journiaux c/ S.A. Librairie Flammarion*, *JurisData* n° 1997-022974 : « L'obligation essentielle de l'auteur à l'égard de l'éditeur consiste dans la remise du manuscrit à la date convenue sauf excuse légitime ou cas de force majeure ou si des circonstances particulières tenant par exemple à la complexité de l'ouvrage justifient une prorogation de délai. En conséquence, il convient de prononcer la résolution judiciaire du contrat d'édition aux torts exclusifs de l'auteur, en raison de la non-remise du manuscrit dans le délai contractuel convenu, dès lors que, d'une part, les ennuis de santé invoqués à titre d'excuse légitime par l'auteur ne peuvent être retenus alors qu'il ne démontre pas que ces altérations de santé aient été la cause d'une impossibilité pour lui de travailler durant plusieurs semaines et que, d'autre part, l'argument tiré de la complexité du travail est dénué de pertinence alors que l'auteur, généalogiste réputé, ne pouvait, lorsqu'il a conclu le contrat d'édition d'un dictionnaire des noms de famille, ignorer l'ampleur de son travail, tâche pour laquelle l'éditeur lui a accordé un délai supplémentaire d'un an. L'auteur a bénéficié ainsi au total d'un délai de trois ans qui apparaît raisonnable pour réaliser l'ouvrage compte tenu des avances sur droits d'auteur permettant de se consacrer aux recherches et à l'écriture de l'œuvre ».

²⁶¹³ Le texte ajoute que la remise doit avoir lieu « dans le délai prévu au contrat ». En l'absence de toute indication précise, il reste la possibilité de s'en remettre aux usages (v. en ce sens, TGI Paris, 3^e ch., 8 oct. 1976, *RIDA* 1977/3, n° 93, p. 171).

implicitement une célérité plus ou moins évidente selon les hypothèses. Ainsi, un tribunal de grande instance a déjà considéré que l'actualité commandait, en l'absence de stipulation contractuelle, une certaine célérité quant à la remise du support²⁶¹⁴. Au contraire, la difficulté du travail entrepris par l'auteur qui souhaitait réaliser un « *dictionnaire des noms de famille* » a conduit à considérer « *raisonnable* » le délai de trois ans pour remettre le manuscrit original²⁶¹⁵. Pour éviter de telles incertitudes, le recours aux contrats-types qui prévoient fréquemment des stipulations préétablies de délai de livraison²⁶¹⁶ est de nature à prévenir les litiges.

Le délai de remise écoulé, le seul constat de l'absence de livraison à la date convenue marque un manquement à l'obligation de remise, ce qui devrait suffire à engager la responsabilité contractuelle de l'auteur et à obtenir la résolution du contrat. Néanmoins, les juges font preuve de mansuétude à l'endroit de l'auteur négligent ou, tout du moins, en retard. Ainsi, lorsque le processus de création de l'œuvre s'avérait périlleux, les magistrats ont déjà eu l'occasion de considérer que l'éditeur avait implicitement renoncé au bénéfice des stipulations contractuelles qui prévoyaient des délais brefs²⁶¹⁷.

Au-delà de ces aspects, il va de soi que l'auteur engagera sa responsabilité si l'éditeur subit un préjudice lié au retard²⁶¹⁸.

742. Interférences du droit de divulgation. Le droit de divulgation peut interférer dans le bon déroulement du contrat d'édition lorsque l'œuvre n'a pas été divulguée par l'auteur. Dans ce cas, l'essentiel est de savoir si l'éditeur peut contraindre l'auteur, *via* des mesures d'exécution forcée, à lui adresser l'objet de l'édition alors même que celui-ci n'a pas été divulgué. La réponse de principe est négative. L'auteur peut ainsi invoquer son droit moral de divulgation pour revenir sur une cession de droits à laquelle il a consenti. Seul le cas où il abuserait de son droit de divulgation doit être jugée illicite²⁶¹⁹.

Depuis l'arrêt *Whistler*, l'auteur peut invoquer le droit de divulgation pour se soustraire aux obligations nées d'un contrat de commande, sauf à engager sa responsabilité civile contractuelle, et sous réserve, là encore, de l'abus de droit. Dans cette affaire, un contrat de commande avait été conclu à propos d'une œuvre d'art. Alors que l'œuvre était réalisée et devait normalement être livrée au commanditaire, le créateur a souhaité ne pas transférer l'œuvre d'art et les droits corrélatifs en se prévalant du fait qu'il ne souhaitait pas divulguer son œuvre. La Cour de cassation a acquiescé à la

Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avr. 2006, n° 04/22132, *S.A. Les Muses, les Kharites et les Heures c/ SARL société des fondateurs de génération (SFG)* : « *Considérant qu'en l'absence de stipulations contractuelles spécifiques, l'obligation de délivrance de l'agence LES MUSES inhérente aux deux contrats doit s'apprécier à la lumière des dispositions spéciales du Code de la propriété intellectuelle ; Que même si l'agence LES MUSES mettait à disposition les photographies et la maquette du livre, il n'en demeure pas moins que, suivant les usages en la matière, l'auteur se doit de délivrer son travail à l'éditeur* ».

²⁶¹⁴ TGI, Paris, 3^e ch., 8 oct. 1976, *RIDA* 1977/3, n° 93, p. 171.

²⁶¹⁵ Paris, 4^e ch. B, 23 mai 1997, *JurisData* n° 1997-022974.

²⁶¹⁶ Contrat-type CSDEM, VII, 1° et Contrat-type SNAC, IX, 1° : « *L'auteur s'engage à remettre à l'éditeur dans un délai de quinze jours à compter de la date de signature des présentes le manuscrit complet de l'œuvre dans une forme achevée qui en permette la fabrication normale y compris par l'intermédiaire d'un procédé numérique, faute de quoi le présent contrat pourra être résilié de plein droit par l'éditeur par lettre recommandée avec avis de réception adressé à l'auteur et ce sans aucune indemnité de part et d'autre* ». V. également les stipulations qui portent sur la correction des épreuves et les délais pour retourner l'œuvre corrigée, Contrat-type CSDEM, IX, 1° : « *L'auteur à qui seront envoyées les épreuves s'engage à les lire et à les retourner corrigées dans un délai maximum de quinze jours, la dernière épreuve étant revêtue du bon à tirer. Au cas où l'auteur ne retournerait pas les épreuves dans le délai prévu, l'éditeur pourra confier aux frais de l'auteur les épreuves à un correcteur de son choix et procéder au tirage* » ; le contrat SNAC prévoit quant à lui un délai de 30 jours (contrat-type SNAC, X).

²⁶¹⁷ V. Paris, 4^e ch., sect. A, 13 fév. 1995, *Ste Editions du Rouergue c/ Boudier*, *JurisData*, n° 1995-021606.

²⁶¹⁸ Paris, 4^e ch. B, 4 avr. 1997, *JurisData* n° 1997-022820. V. néanmoins Paris, 4^e ch. B, 7 mai 1998, n° 95/16906 : *JurisData* n° 1998-021851, qui est venu refuser la demande d'indemnité de l'éditeur dans la mesure où celui-ci avait attendu deux ans avant d'agir. La cour d'appel de Paris a également adopté une solution similaire à l'encontre de l'auteur alors même qu'il justifiait d'une grave maladie, Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 30 juin 2010, n° 09/01005, *JurisData* n° 2010-016817.

²⁶¹⁹ *Supra* n° 592-595.

demande de l'auteur²⁶²⁰. Par extension, cette jurisprudence s'applique à tous les contrats dans lesquels l'auteur s'engage à remettre le support de l'œuvre. En effet, la jurisprudence admet que la signature par l'auteur d'un contrat d'édition n'emporte pas exercice du droit de divulgation²⁶²¹. Le droit moral agit alors en amont de l'effet obligationnel du contrat d'édition, sur le terrain du droit des biens²⁶²². Ainsi, conformément à l'idée émise par certains auteurs, l'œuvre non divulguée est hors commerce²⁶²³. Cette thèse a été consacrée par la cour d'appel d'Orléans, dans l'affaire *Rouault*, à propos d'un contrat de commande portant sur une œuvre d'art. Dans cette affaire, le créateur de l'œuvre d'art a opposé l'absence de divulgation pour récupérer la création entre les mains du commanditaire qui opposait sa possession de bonne foi. Finalement, la cour d'appel a estimé que la possession de bonne foi n'était pas applicable, dans la mesure où l'œuvre non divulguée n'était pas entrée dans le commerce²⁶²⁴.

En somme, le droit moral tient le droit civil en suspens. Paralysées, les règles du droit des biens et du droit des obligations retrouvent leur pleine applicabilité à partir du moment où le droit d'auteur n'est pas heurté. C'est en ce sens que l'arrêt *Petit Prince* du 25 mai 2005 doit être compris²⁶²⁵. La Cour de cassation a considéré que l'acquéreur de bonne foi d'une statue volée représentant le Petit Prince, que l'artiste avait toujours refusé de dévoiler au public, pouvait revendiquer la protection initiée par la règle « *en fait de meuble, la possession vaut titre* »²⁶²⁶. La possession de la statuette ne cause aucun préjudice au titulaire du droit d'auteur. Néanmoins, la Cour de cassation a pris le soin de rappeler que la propriété de la statue n'autorisait pas pour autant le possesseur de bonne foi à l'exposer au public. Le pouvoir du propriétaire du support s'arrête à la divulgation de l'œuvre.

β. Les obligations accessoires à la remise du support

743. Obligation de restitution. La mise à disposition de l'objet matériel de l'édition entraîne l'obligation de le restituer sur simple demande. Ce principe a été clairement énoncé à la suite d'un contentieux opposant un auteur de bandes dessinées à son éditeur²⁶²⁷. L'arrêt rappelle cependant que cette demande ne saurait prospérer tant que l'éditeur en a besoin pour réaliser la fabrication²⁶²⁸.

Néanmoins, la Cour de cassation a eu l'occasion de nuancer la portée du principe. Dans un arrêt du 28 octobre 2015, elle a déclaré irrecevable la demande de restitution de l'auteur des supports de l'œuvre que la société éditrice détenait. Pour justifier sa position, la Cour de cassation a constaté que « *la société avait financé les supports vierges et les frais techniques de développement, ce dont il résultait qu'elle était*

²⁶²⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1900, *Whistler*, DP 1900, 1, p. 497, rapp. Rau, concl. Desjardins et note Planiol.

²⁶²¹ Paris 1^{re} ch. B, 19 déc. 1997, *JurisData* n° 1997-024726, *Aff. Antonin*, RIDA 1998/2, n° 176, 433, note C. Caron : « *Un tel contrat n'emporte pas, en soi, même en son principe, du seul fait qu'il concerne les "œuvres complètes", l'exercice par l'auteur du droit de divulgation sur tous les manuscrits ou écrits, achevés ou non, manuscrits au nombre desquels figurent les cahiers laissés après sa mort* ». V. aussi Paris, pôle 3, 1^{re} ch., 4 juill. 2012, *JurisData* n° 2012-016647, *Prop. intell.* 2013, 49, obs. A. Lucas, décidant que « *la cession par l'artiste, peu avant sa mort, du droit de faire fondre en bronze des sculptures dont certaines n'avaient pas été encore divulguées n'a pas emporté cession du droit de divulgation, qui s'entend de la décision de porter l'œuvre à la connaissance du public* ».

²⁶²² POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal, Billard et C^e, 1879, 3^e éd. p. 214 ; ACOLLAS, *La propriété littéraire et artistique : le droit mis à la portée de tout le monde*, Édition C. Delagrave, Paris 1886, p. 42.

²⁶²³ M. CONTAMINE-RAYNAUD, « De l'existence du droit moral des artistes mariés sous le régime de la communauté », *D.* 1971, Chron. p. 251. Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1971, *D.* 1971, p. 585.

²⁶²⁴ Orléans, 17 mars 1965, *JCP* 1965, II, 14186, note H. Boursigot, « *L'auteur peut revendiquer l'œuvre non divulguée même entre les mains d'un possesseur de bonne foi, lequel n'est pas fondé à se prévaloir de l'article 2279 (ancien) du Code civil. L'argument "est" qu'une œuvre d'art ne peut entrer dans le commerce que du jour où son créateur s'en est dessaisi librement par un acte discrétionnaire qui la livre au public* ».

²⁶²⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2005, n° 03-20.072, *D.* 2005, AJ p. 1698, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2005, p. 727, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.*, 2005, Comm. n° 108, obs. C. Caron.

²⁶²⁶ Art. 2279 Code civil.

²⁶²⁷ Paris, 4^e ch. A, 9 mai 1990, *JurisData* n° 1990-022455 ; Versailles, 1^{re} ch., 7 janv. 2016, n° 13/09456, *JurisData* n° 2016-000760.

²⁶²⁸ Paris, 4^e ch. A, 9 mai 1990, préc. ; Paris, 4^e ch., 12 févr. 1980, *RIDA* 1981/1, n° 107, p. 152.

propriétaire originaire desdits supports»²⁶²⁹. Cet arrêt ne contredit pas, dans son principe, l'existence de l'obligation de restitution. En effet, dans cette affaire, l'exploitation éditoriale était précédée d'un contrat de commande dont on a vu qu'il peut avoir des effets translatifs au profit du commanditaire, comme tout contrat de prestation de service²⁶³⁰. Si un tel effet translatif de propriété est contestable lorsqu'il porte sur le droit d'exploitation²⁶³¹ – ce qui n'est pas le cas dans l'affaire en question –, il est au contraire totalement justifié que la matière du support reste la propriété du commanditaire s'il l'a financée. Au demeurant, l'arrêt est conforme à la distinction entre l'œuvre et le support. C'est pourquoi, l'analogie proposée par un auteur qui, sur la base de cet arrêt, voit dans l'éditeur qui aurait financé la création d'une œuvre un titulaire de quasi-droit voisin doit être rejetée²⁶³².

Une obligation de restitution du support de l'œuvre existe donc bel et bien au profit de l'auteur, excepté le cas logique où le support est la propriété de l'éditeur.

744. Obligation de conservation. L'obligation de restitution implique que l'éditeur supporte de façon accessoire une obligation de conservation de l'objet de l'édition. Une brève comparaison avec le régime des contrats spéciaux fondés sur une obligation de restitution démontre que la présence d'une obligation de conservation accessoire est systématique. Ainsi, tant que l'éditeur demeure en possession de l'objet en question, il doit apporter les soins nécessaires à sa conservation et supporter les risques en cas de perte ou de détérioration. Cette règle se dégage du droit commun des obligations, l'article 1342-5 Code civil énonçant que « *le débiteur d'une obligation de remettre un corps certain est libéré par sa remise au créancier en l'état, sauf à prouver, en cas de détérioration, que celle-ci n'est pas due à son fait ou à celui de personnes dont il doit répondre* ».

Deux tempéraments sont apportés au principe de la conservation. Tout d'abord, l'article L. 131-9 CPI énonce que l'éditeur reste responsable de l'objet de l'édition pendant un délai d'un an à compter de « *l'achèvement de la fabrication ou de la réalisation sous une forme numérique* ». L'expiration du délai ne rend pas l'éditeur propriétaire, mais lui permet de ne plus répondre de la perte ou de la détérioration du manuscrit²⁶³³. La disposition atténue donc le régime de la conservation. Ensuite, les parties peuvent prévoir par stipulation que l'éditeur conservera la propriété du bien²⁶³⁴.

ii. L'obligation de délivrance des droits d'édition

745. Présentation. Annonce. La délivrance du support ne suffit évidemment pas à libérer l'auteur de ses obligations. Encore faut-il qu'il délivre le véritable objet de sa prestation, à savoir les droits d'édition. Si l'on se réfère aux règles du droit civil, le mécanisme de la délivrance dans le contrat d'édition ne pose pas de réelles difficultés, l'article 1607 Code civil prévoyant que la délivrance des choses incorporelles dépourvues de titre se fait par l'usage qu'en fait le cessionnaire. En revanche, la conformité de sa remise, autrement nommée « *obligation de conformité* », qui s'impose à tout vendeur, peut susciter quelques difficultés que nous ne saurions passer sous silence. Plusieurs décisions de justice mettent en lumière cette exigence de conformité qui s'impose au cédant des droits d'édition. La conformité s'apprécie principalement au regard de la volonté des parties. Les stipulations contractuelles seront d'un enjeu capital.

²⁶²⁹ Cass. 1^{re} civ. 28 oct. 2015, 14-22207, Bull. IV, n° 17.

²⁶³⁰ *Supra* n° 219-221

²⁶³¹ *Supra* n° 219-221

²⁶³² A. LATIL, « La propriété du support de l'œuvre, résultat d'un investissement », *D.* 2016, p. 238 : « *Par analogie, la qualité d'investisseur se rapproche de celle de « producteur » au sens des droits voisins. À l'instar du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes, d'événements sportifs, ou encore des producteurs de bases de données, l'organe de presse est le producteur des clichés originaux par le financement de leur transformation technique* ».

²⁶³³ Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1973, *JCP G* 1974, II, 17617, note M. A. ; *D.* 1973, p. 693, note R. Lindon.

²⁶³⁴ V. pour des bandes sonores, Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, *JurisData* n° 2006-034001, *RIDA* 2006/4, n° 210, p. 339 ; *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 20, note C. Caron ; *RLDI*, 2006/19, n° 572, obs. A. Vallette.

746. Approche subjective de la conformité de l'œuvre. Les stipulations contractuelles s'avèrent capitales pour apprécier la conformité de l'œuvre, et il est acquis que le cédant du droit d'édition ne peut unilatéralement modifier les caractéristiques de l'œuvre. Dès lors, il convient d'arrêter des stipulations claires afin de mettre le juge en mesure de déterminer la conformité souhaitée par les parties. Dans un jugement du 20 décembre 1991, le tribunal de grande instance de Paris a tranché un litige qui opposait un auteur à son éditeur précisément sur la question de la délivrance conforme. Après remise du manuscrit à l'éditeur, celui-ci a pris le parti de résilier le contrat, prétextant que l'œuvre ne correspondait pas à ce qui avait été convenu. Le tribunal a sanctionné la société éditrice et estimé qu'elle « ne démontr[ait] aucunement avoir fait, explicitement et précisément, connaître à l'auteur ce qu'elle souhaitait publier ». À défaut de stipulation, l'éditeur ne pouvait reprocher à l'auteur un manquement à son obligation de délivrance conforme²⁶³⁵. *A contrario*, chaque fois que l'éditeur a clairement manifesté ses attentes, l'auteur doit respecter la conformité au moment de la délivrance sous peine d'engager sa responsabilité.

747. Approche objective de la conformité de l'œuvre. Si les créations artistiques laissent peu de place à une approche objective, il n'en demeure pas moins qu'une qualité minimale est toujours exigée. Il s'agit de caractéristiques minimales à défaut de quoi l'objet serait concrètement inadapté et impropre à l'usage auquel il est destiné.

Plusieurs exemples de cette approche objective de la conformité sont donnés en jurisprudence. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 7 février 1994, les magistrats ont sanctionné l'auteur au titre de la délivrance non conforme objectivement constatée. En effet, outre le nombre de signes et de pages qui était inférieur aux prescriptions contractuelles, l'auteur a été sanctionné en raison de manquements grossiers affectant l'œuvre. Le texte était inachevé et incohérent ce qui, objectivement, constituait un manquement à l'obligation de délivrance conforme²⁶³⁶. Dans une autre décision du 27 juin 2006, un auteur avait remis la traduction d'un manuscrit à la société d'édition Lévi à des fins d'exploitation. Il se trouve que la qualité de la traduction était loin d'être conforme aux standards appliqués en matière littéraire. L'éditeur a obtenu gain de cause face au traducteur en considérant que la traduction « donnait une impression de paresse mais aussi de maîtrise insuffisante de la langue française »²⁶³⁷.

748. Approche objective de la conformité renforcée en cas d'œuvres techniques. Les œuvres techniques ou les ouvrages scientifiques, pour lesquels l'arbitraire de l'auteur s'en trouve réduit, se soumettent plus facilement à une approche objective de la conformité. Plus le contenu d'une œuvre est technique et objectif, plus il est possible de retenir une approche objective de la conformité. À cet égard, le guide d'informations est un bon exemple. Si le guide, bien qu'existant en tant que tel, ne fournit pas les informations nécessaires ou fournit des informations inintelligibles, il est alors impropre à son usage normal²⁶³⁸.

²⁶³⁵ TGI Paris, 3^e ch., 20 déc. 1989, RIDA 1991/1, n° 147, p. 350 : « Attendu que la société Flammarion ne saurait donc en l'espèce légitimement soutenir qu'elle était en droit de rompre unilatéralement le contrat de commande au seul motif particulièrement vague que l'introduction rédigée par la demanderesse "ne correspond[ait] pas, dans son ensemble, à ce que nous souhaitons publier dans notre GF Flammarion", alors qu'elle ne démontre aucunement avoir fait, explicitement et précisément, connaître à l'auteur ce qu'elle souhaitait publier, en lui donnant par écrit toutes les directives et les indications nécessaires à la bonne exécution de la commande passée dans le cadre d'une collection déterminée et alors qu'elle ne lui a même pas permis d'apporter par la suite les remaniements éventuellement nécessaires, et ce d'autant plus que tous les autres éléments du manuscrit ne faisaient pas l'objet de la moindre critique ».

²⁶³⁶ Paris, 4^e ch. A, 7 févr. 1994, Halimi c/ Ste Éditions de la Découverte S.A, JurisData n° 1994-020596 ; TGI Paris, 3^e ch. sect. 1, 14 oct. 1992.

²⁶³⁷ Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006, 05-14588 : « qu'en constatant que la société Lévi n'avait fait procéder à la réécriture de la traduction qu'après que le Centre national du livre, tiers aux parties, eût donné un avis circonstancié sur l'absence de qualité de cette traduction, en indiquant que celle-ci ne rendait pas justice au livre et "donnait une impression de paresse mais aussi de maîtrise insuffisante de la langue française", la cour d'appel a procédé à la recherche prétendument omise ».

²⁶³⁸ V. Paris, 4^e ch. A, 11 juin 1990, JurisData n° 1990-022641, et, sur pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1992, n° 90-17.627, JurisData n° 1992-000480, à propos d'un guide à l'usage des visiteurs du Centre Pompidou qui ne fournissait pas des informations utilisables en dépit des indications préalables fournies par l'éditeur.

Enfin, il serait envisageable de faire application de la théorie de l'obligation de mise au point effective propre aux produits complexes, comme l'a clairement énoncé un arrêt du 10 février 2015. Dans cette affaire, une société spécialisée dans la mécanique de précision avait commandé à une autre société un outil, qualifié d'objet complexe, permettant précisément la réalisation de machines de précision. L'outil a été transféré mais ne permettait pas la réalisation effective des pièces de précision. L'acquéreur a décidé d'agir en résolution et en responsabilité en raison du manquement à l'obligation de délivrance conforme. La venderesse a alors estimé que l'acquéreur n'avait pas fait part de réserve à la remise effective de l'objet complexe. Au contraire, la Cour de cassation a estimé que « *l'obligation de délivrance de machines complexes n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue* »²⁶³⁹. Cette jurisprudence, qui relève davantage de la propriété industrielle, pourrait parfaitement s'appliquer en matière de création technique relevant du droit d'auteur. Il en va ainsi, par exemple, du logiciel que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de qualifier de « *produit complexe* »²⁶⁴⁰. La question se pose plus généralement dans le domaine des créations informatiques comme l'a rappelé le Professeur VIVANT²⁶⁴¹. Ainsi, la délivrance doit être appréciée au regard de « *l'employabilité* » réelle de la création technique.

b. La transposition des obligations de garantie

749. Plan. Est-il possible de transposer au contrat d'édition les obligations de garantie – garantie d'éviction et garantie des vices cachés – qui s'imposent au vendeur ? Trois arguments conduisent à une réponse positive. Premièrement, le contrat d'édition a été qualifié de cession avec charge, ce qui conduit naturellement à appliquer au cédant les obligations de garantie. Deuxièmement, il est possible de rapprocher les garanties du Code civil des dispositions de l'article L. 132-8 CPI qui imposent à l'auteur de garantir à l'éditeur l'exercice paisible des droits cédés²⁶⁴². Par le truchement de l'article L. 132-8 CPI, la transposition semble concevable. Le droit civil complèterait une fois de plus les dispositions du droit d'auteur. Troisièmement, le contentieux démontre que les professionnels de l'édition prennent le soin d'inscrire dans les contrats d'édition des clauses de garantie d'éviction et de vices cachés au sein de leur

²⁶³⁹ Com. 10 févr. 2015, n° 13-24.501, *D.*, 2015, 432 ; *RTD com.*, 2015, p. 341, obs. D. Legeais, et p. 348, obs. B. Bouloc.

²⁶⁴⁰ Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, n° 94-16.702, *Bull. civ. I*, n° 274 ; *D.* 1996. 188 ; *RTD com.* 1997. 309, obs. B. Bouloc ; 3 juill. 2001, n° 99-15.412 ; Com. 11 juill. 2006, n° 04-17.093, *D.* 2006. 2788, obs. X. Delpech. Si l'arrêt concerne la vente d'un progiciel, le choix de la Cour de cassation de qualifier ces créations de « *produits complexes* », et non plus uniquement de « *matériel* », laisse entrevoir sa volonté d'étendre cette obligation aux créations techniques relevant du droit d'auteur.

²⁶⁴¹ M. VIVANT, « L'informatique dans la théorie générale du contrat », *D.* 1994. 117, n° 7 : « *Mais l'essentiel, d'un point de vue théorique, n'est pas là. Il réside dans le fait que les contrats du secteur informatique revitalisent ainsi le débat sur le dualisme ou le monisme des obligations de délivrance (conforme) et de garantie, attachées d'abord au contrat de vente, ensuite aux contrats qui, portant sur une chose, ont, à l'occasion, été modelés sur la vente comme le contrat de louage, de crédit-bail, comme certains contrats d'entreprise... On peut se demander si, paradoxalement, le fait que les tribunaux passent aisément en opportunité d'un régime à l'autre, loin de témoigner d'une réelle dualité, ne ferait pas apparaître qu'il ne s'agirait là que d'un trompe-l'œil masquant l'unité foncière de la problématique. Il y a là, en tout cas, quoi qu'on puisse en penser, une provocation à la réflexion* ».

²⁶⁴² Art. L. 131-8 al. 1 CPI : « *L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé* ». L'alinéa 2 ajoute que l'auteur est « *tenu de faire respecter ce droit et de le défendre contre toutes atteintes qui lui seraient portées* ».

modèle contractuel²⁶⁴³. Par exemple, une stipulation dans le contrat-type CSDEM prévoit qu'en « *aucun cas l'éditeur ne pourra être tenu responsable par l'auteur des fautes qui seraient relevées dans les reproductions de l'œuvre et qui ne seraient pas de son fait* »²⁶⁴⁴ ; mais, précisément, cette tendance à la contractualisation peut entraîner des effets pervers. Alors que la stipulation doit faire figure de rappel de la loi, il apparaît que les magistrats fondent parfois leur décision sur les stipulations contractuelles pour déterminer l'étendue de la garantie souscrite par les auteurs. Ainsi, dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt d'appel, s'est posée la question de savoir dans quelle mesure les auteurs d'un ouvrage comportant des photographies de personnes et de biens devaient garantir l'éditeur contre les recours exercés par les titulaires des différents droits à l'image. La cour d'appel de Paris a estimé qu'au regard des stipulations contractuelles, les auteurs devaient garantir²⁶⁴⁵. Or, il ne faut pas perdre de vue que la clause ainsi établie n'est qu'une redite du droit civil et que le fait que les obligations de garantie sont transposables au contrat d'édition ne doit pas susciter de débat. Certains arrêts ont bien saisi la nuance. Dans une affaire portant sur des faits de contrefaçon de l'auteur d'une œuvre qui avait cédé ses droits à un éditeur, la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 10 juin 2014 a tenu à préciser la chose suivante : les stipulations contractuelles visant à la garantie de l'éditeur ne sont que des redites de l'article L. 132-8 CPI, lui-même n'étant qu'une déclinaison de l'article 1625 du Code civil prévoyant la garantie d'éviction²⁶⁴⁶.

Néanmoins, la façon dont ces garanties sont transposées appelle quelques développements. En effet, au regard du caractère immatériel de l'objet transmis, le régime de ces garanties connaîtra des altérations. Pour en rendre compte, deux garanties traditionnellement adossées au droit de la vente seront traitées séparément : la garantie d'éviction (i) et la garantie des vices cachés (ii).

²⁶⁴³ A. R. BERTRAND, « Chapitre 112 – Transmission, cession et contrats relatifs aux droits d'auteur », *Dalloz Action. Droit d'auteur*, 2018/2019 : « L'auteur déclare expressément disposer des droits d'édition cédés par le présent contrat et précise que l'ouvrage prévu n'a fait l'objet ni d'un autre contrat d'édition encore valable ni d'un "droit de préférence" consenti dans le cadre de l'article L. 132-4, du CPI que l'auteur déclare parfaitement connaître. L'auteur garantit également que son manuscrit ne contient rien qui puisse tomber sous le coup des lois relatives à la diffamation, l'atteinte aux bonnes mœurs ou la contrefaçon. De façon générale, l'auteur garantit l'éditeur contre tout trouble, revendication ou éviction quelconque qui pourraient porter atteinte à la jouissance normale de son droit d'édition. L'auteur garantit à l'éditeur la jouissance entière et libre de toutes servitudes des droits cédés contre tous troubles, revendications et évictions quelconques. Il déclare notamment que son œuvre est entièrement originale 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 ».

²⁶⁴⁴ Contrat-type CSDEM, IX, 2°.

²⁶⁴⁵ Paris, Pôle 5, ch. 01, 31 mars 2015 n° 13/23894 : « Considérant qu'en ce qui concerne ce grief, M. Yves B. et Mme Catherine B. répliquent qu'aucune garantie sur les droits à l'image des personnes et des biens photographiés n'est prévue au contrat d'édition du 15 mai 2011 et rappellent, en tout état de cause, le caractère tacite de l'autorisation de cession de droits à l'image d'une personne posant pour le photographe lorsque la fixation d'image a été accomplie au vu et au su de cette personne sans qu'elle s'y soit opposée ; Considérant que l'article 2-1 du contrat du 15 mai 2011 stipule que l'auteur garantit la jouissance des droits cédés par les présentes contre tous troubles, revendications ou évictions quelconques ; que si en vertu de cette clause (qui reprend l'obligation légale de garantie de l'article L. 132-8 du Code de la propriété intellectuelle) M. Yves B. et Mme Catherine B. sont ainsi tenus à garantie vis-à-vis de l'éditeur notamment en cas de réclamation de certaines personnes photographiées pour atteinte au droit à leur image, en revanche le contrat ne contient aucune obligation pour les auteurs de justifier auprès de l'éditeur d'avoir obtenu des personnes ainsi photographiées une cession explicite de leur droit à l'image ; qu'il sera en effet rappelé que cette cession peut être tacite lorsque la personne photographiée a posé devant le photographe dont elle connaissait la qualité et ne s'est pas opposée à la prise de vue ; Considérant qu'il apparaît en conséquence que ce manquement contractuel imputé aux auteurs n'est pas établi ».

²⁶⁴⁶ Paris, pôle 1 ch. 3, 10 juin 2014, n° 13/18189 : « Considérant que le contrat d'édition qui lie les parties en son article 7 c) intitulé garanties données par l'auteur, prévoit que l'Auteur garantit également que son manuscrit ne contient rien qui puisse tomber sous le coup de lois relatives à la diffamation, l'atteinte aux bonnes mœurs ou la contrefaçon. De façon générale, l'Auteur garantit l'Éditeur contre tout trouble, revendication ou éviction quelconques qui pourraient porter atteinte à la jouissance normale de son droit d'édition ; Considérant que ces dispositions sont conformes au principe posé par l'article L. 132-8 du Code de la propriété intellectuelle relatif à la propriété littéraire et artistique selon lequel 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 ; qui n'est lui-même qu'une application particulière du principe général de la garantie d'éviction due par le vendeur à l'acquéreur énoncé par l'article 1625 du Code civil ».

i. La garantie d'éviction

750. Plan. La notion d'éviction brièvement présentée (α), sa transposition en matière de contrat d'édition sera alors envisagée (β).

α . Présentation de la garantie d'éviction

751. Définition. Il ressort de l'article 1626 du Code civil que le cédant a l'obligation de garantir l'acquéreur contre l'éviction de son fait qui perturberait sa jouissance paisible et les troubles de droit émanant des tiers²⁶⁴⁷. Tout droit réel préconstitué qui grève le bien, tout transfert antérieur de propriété à un tiers, tout fait fautif qui perturberait la jouissance paisible, engagerait la responsabilité du cédant sur le terrain de la garantie d'éviction. Ainsi, après qu'il a exécuté son obligation principale, celle de transférer la propriété du bien vendu, l'aliénateur doit laisser l'acquéreur en jouir paisiblement. La règle est synthétisée dans l'adage séculaire « *qui doit garantie ne peut évincer* »²⁶⁴⁸, mettant en exergue le caractère d'ordre public de la règle. En effet, « *si l'on stipulait que le vendeur ne serait pas tenu de répondre de son propre fait, une telle stipulation serait évidemment nulle, comme contraire à la justice naturelle* »²⁶⁴⁹. La nature de cette obligation prête à débat. Sans entrer dans le détail, le parti sera pris de reprendre la définition du Professeur CHAUVIRÉ, qui l'analyse comme « *une obligation conditionnelle : le risque, événement futur et incertain, est la condition qui suspend la naissance de l'obligation d'assumer les conséquences attachées à sa survenance* »²⁶⁵⁰.

752. Appréciation large de l'éviction. La force de cette garantie réside dans son domaine d'application étendu. On parle volontiers de « *bonne à tout faire de l'après-contrat de vente* »²⁶⁵¹. Ainsi, l'acheteur d'un bien immobilier est fondé à reprocher, sur le fondement de cette garantie, les troubles de voisinage occasionnés par le vendeur demeurant dans la propriété adjacente²⁶⁵². En matière immatérielle, la garantie peut être mise en œuvre à l'occasion d'une vente de fonds de commerce si le vendeur, se réinstallant à proximité du fonds vendu, en détourne la clientèle²⁶⁵³. Il apparaît en effet que la garantie d'éviction est un outil de protection de la clientèle²⁶⁵⁴. Néanmoins, comme le rappelle le Professeur Jérôme HUET, c'est « *en matière de propriété intellectuelle que l'utilité de la garantie contre l'éviction s'affirme* »²⁶⁵⁵. Reste à voir ce qu'il en est à propos du contrat d'édition.

β . Transposition de la garantie d'éviction : garantie d'exploitation relative

²⁶⁴⁷ Art. 1626 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* ».

²⁶⁴⁸ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 360, p. 719.

²⁶⁴⁹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 14, Videcoq, 1836, p. 122.

²⁶⁵⁰ P. CHAUVIRÉ, « Faut-il supprimer la garantie contre l'éviction du fait personnel ? », *RDC*, 2006/3, p. 549.

²⁶⁵¹ *Ibid.*

²⁶⁵² Cass. ch. req., 3 mai 1886, *DP* 1887, I, p. 61.

²⁶⁵³ Cass. com., 14 avr. 1992, n° 89-21182, *Bull. civ.* IV, n° 160.

²⁶⁵⁴ V. FORTI, « Le fondement de l'obligation de non-concurrence dans les contrats relatifs à une clientèle : pour le remplacement de la garantie d'éviction par le droit commun des contrats », *RDC* 2016/3, p. 556.

²⁶⁵⁵ J. HUET, « Plaidoyer pour le maintien de la garantie d'éviction dans le Code civil », *RDC*, 2016/3, p. 564 : « *Ainsi peut-on lire dans l'article 42 de la convention de Vienne que : 1) Le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle, qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat, à condition que ce droit ou cette prétention soit fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle (...). Et les contrats en France, comme la jurisprudence française, témoignent du même souci de s'y référer* ».

753. Présentation. Plan. Par le truchement de l'article L. 132-8 CPI, la garantie d'éviction s'applique assurément au contrat d'édition.

Si la garantie d'éviction protège le propriétaire contre les troubles à l'encontre de sa jouissance paisible, ramenée au domaine du contrat d'édition, elle doit assurer à l'éditeur une exploitation paisible et exclusive. Néanmoins, la propriété intellectuelle n'étant pas, par nature, « *excluable* », elle autorise à céder plusieurs fois le même bien. L'article L. 132-8 CPI prévoit expressément que le contrat d'édition peut être conclu sans exclusivité²⁶⁵⁶. En conséquence, la garantie d'éviction ne peut être envisagée que de façon relative, en contemplation des stipulations contractuelles arrêtées au sein du contrat d'édition (*). Ainsi, un éditeur ne pourrait pas se plaindre de souffrir l'éviction d'un tiers dès lors qu'il ressort du contrat d'édition souscrit que la cession n'a pas été exclusive ou que l'auteur a retenu une fraction des droits. Au-delà de cette limite qui relève du bon sens, la garantie d'éviction pliera dans deux hypothèses : soit la fonction de garantie est absorbée par une action plus vigoureuse, soit l'éditeur, connaissant l'existence du risque d'éviction dès la conclusion du contrat, perd toute légitimité à agir en garantie (**).

* Le principe

754. Fait de l'auteur. S'agissant des troubles de fait, l'auteur doit s'abstenir de toute initiative susceptible de gêner l'exploitation. La règle ne souffre pas discussion pour ce qui concerne le trouble de droit. Il est évident que l'éditeur bénéficiant d'une cession exclusive est fondé, sur le terrain de la garantie d'éviction, à se retourner contre l'auteur qui a consenti à un tiers une cession de droits pour la même œuvre et la même destination. Toutefois, le trouble de fait s'apprécie nécessairement de façon plus distendue que le trouble de droit, si bien que le fait litigieux n'a pas à s'analyser en une contrefaçon. Ainsi, il a été jugé que la résolution judiciaire du contrat d'édition devait être prononcée aux torts exclusifs de l'auteur qui a publié antérieurement, chez un autre éditeur, un ouvrage dont le contenu était quasiment identique à celui remis dans le cadre du contrat d'édition, sans informer son cocontractant de cette publication antérieure, et qui a poursuivi, après la signature du contrat d'édition, la commercialisation de l'ouvrage antérieur²⁶⁵⁷.

Le problème qui se pose alors est de savoir si l'auteur garde le droit de faire fabriquer et diffuser une œuvre similaire. En 1850, dans l'affaire *Clesinger*, les magistrats ont eu à trancher, parmi les nombreux points de droit envisagés, si l'auteur pouvait créer et exploiter une œuvre similaire à celle ayant fait l'objet d'un contrat d'exploitation. Le premier exploitant y voyait un acte de concurrence prohibé. La cour d'appel de Paris a considéré que le contrat d'exploitation investissait l'exploitant des droits mais ne devait pas conduire à « *enchaîner l'art* », autorisant les créations de l'auteur susceptibles d'entretenir une forme de concurrence avec le cessionnaire, à condition que celle-ci ne soit pas excessive²⁶⁵⁸. Ainsi, la voie empruntée par les magistrats est intermédiaire : l'auteur ne saurait se voir interdire de continuer à puiser aux sources de son inspiration, sous réserve de ne pas faire une

²⁶⁵⁶ *Supra* n° 353-356.

²⁶⁵⁷ Angers, 3 mai 1950, *D.* 1950, p. 584 ; TGI Seine, 3^e ch., 7 mai 1963, *Gaz. Pal.*, 1963, 2, p. 298 ; Versailles, 1^{re} ch., 3 juill. 2014, n° 12/04006, *JurisData* n° 2014-016904 ; Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 24 nov. 2015, n° 14/14720, *JurisData* n° 2015-026395 ; Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 3 juill. 2014, n° 12/04006, *JurisData* n° 2014-016904I 2016, 40, obs. S. Chatry.

²⁶⁵⁸ T. Corr. Paris, 5 janv. 1850, *Clesinger c/ Gauvain*, préc.

concurrence déloyale au premier éditeur²⁶⁵⁹. La Cour de cassation considère ainsi qu'il n'y a pas lieu de condamner l'auteur à garantie lorsqu'il s'adresse à un autre public²⁶⁶⁰.

755. Fait du tiers. La garantie de l'auteur contre l'éviction des tiers ne couvre que les troubles de droit. Il s'agit par exemple du trouble consécutif à l'action qu'un tiers exerce contre l'éditeur en raison d'une contrefaçon²⁶⁶¹. Cette garantie est d'autant plus importante que l'éditeur ne peut que difficilement se défendre en avançant l'idée qu'il ne connaît pas le caractère contrefaisant de l'œuvre qu'il édite²⁶⁶². Dans l'hypothèse où il est le véritable titulaire du droit d'exploitation relativement à la date et à la destination des contrats conclus, il conserve le bénéfice de l'édition mais demande indemnisation pour le trouble causé.

Lorsque l'éditeur est condamné pour avoir diffusé une œuvre diffamatoire, la jurisprudence semble rapprocher son recours contre l'auteur d'une action en garantie d'éviction²⁶⁶³. Ce

²⁶⁵⁹ Nîmes, 1^{re} ch., 8 oct. 1991, *JurisData* n° 1991-030041 ; Paris, pôle 5 ch. 1, 3 nov. 2015 n° 14/12756 : « Considérant que cette demande subsidiaire se fonde sur les articles 1 et 2 du contrat ainsi rédigés : - article 1 - 2/ : L'auteur garantit la jouissance du droit d'édition cédé aux éditeurs contre tous troubles, revendications ou évictions quelconques. - article 2, 3^e et 4^e alinéas : L'auteur assure que ce manuscrit est entièrement original et garantit en conséquence les éditeurs contre tous troubles revendications et évictions quelconques. Il est seul responsable du contenu de l'ouvrage et fera son affaire de tout litige ou réclamation pouvant survenir après publication. Mais considérant que le simple fait pour MM Stéphane et Roland B. de publier, près de trois ans après la publication du guide 76 randonnées : Cascades & Bassins La Réunion, un guide décrivant 150 randonnées dans l'île de La Réunion (dont l'objet est différent, ne se limitant pas aux cascades et bassins), en y insérant certaines photographies (au demeurant recadrées différemment) dont les droits n'avaient pas été cédés à la SARL Orphie Éditions et en reprenant une description banale de certaines randonnées du guide initial, non protégeable par le droit d'auteur, ne constitue pas en soi une inexécution de mauvaise foi du contrat au sens de l'article 1134 du Code civil (...) ; Considérant dès lors que la SARL Orphie Éditions sera déboutée de sa demande subsidiaire au titre de l'exécution de mauvaise foi du contrat d'édition ».

²⁶⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1982, D. 1983 somm. 98 obs. Colombet.

²⁶⁶¹ Paris, pôle 5 ch. 2, 5 nov. 2010 n° 09/09918 : « Qu'en des termes qui ne requièrent pas interprétation, il est stipulé en son article 2 : l'auteur garantit la jouissance entière et libre de toutes servitudes du droit d'édition cédé à l'éditeur contre tous troubles, revendications ou évictions quelconques. Il déclare, notamment, que son œuvre est entièrement originale 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 ; Qu'en application de la convention ainsi formée entre les parties, conforme aux dispositions de l'article L 132-8 du Code de la propriété intellectuelle, et sans qu'il y ait lieu de tenir compte des considérations d'équité dont se prévaut Monsieur O., il convient de réformer le jugement entrepris sur ce point en condamnant celui-ci à garantir son éditeur des entières condamnations prononcées à son encontre » ; Paris, 4^e ch. A, 19 févr. 2003, n° 2000/06206, *JurisData* n° 2003-207696. Dans l'affaire ECG/La Redoute, la Cour de cassation a expressément rappelé la possibilité pour le cessionnaire de se retourner contre le cédant si l'exploitation de la création transmise donnait lieu à contrefaçon (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*, *JurisData* n° 2008-043125_C. Caron, *Comm. com. électr.*, n° 5, mai 2008, comm. 64 : « Vu l'article 1626 du Code civil ; Attendu que la garantie d'éviction est due par tout cédant d'un droit de propriété, corporel ou incorporel, sauf à établir que le cessionnaire a participé aux actes de contrefaçon en mettant en vente un produit qu'il savait contrefait ; Attendu que pour rejeter la demande en garantie d'éviction formée par la société ECG, l'arrêt énonce que, professionnelle dans le domaine de la confection, cette société devait s'assurer que le tissu qu'elle avait acquis auprès de la société Pasarela Textil aux fins de fabriquer des vêtements n'était pas protégé par des droits de propriété intellectuelle ; Qu'en statuant ainsi, alors 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, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Dans cette affaire, les faits portent toutefois sur une cession de dessins et modèles dont nous avons vu que l'applicabilité du régime du contrat d'édition est loin d'être acquise, *supra* n° 145-149.

²⁶⁶² TGI Paris, 3^e ch., 28 nov. 2001, *Propri. intell.* 2002, n° 5, p. 51, obs. A. Lucas.

²⁶⁶³ V. par exemple, Paris pôle 1 ch. 3, 10 juin 2014, préc. : « Considérant que le contrat d'édition qui lie les parties en son article 7 c) intitulé garanties données par l'auteur, prévoit que l'auteur garantit également que son manuscrit ne contient rien qui puisse tomber sous le coup de lois relatives à la diffamation, l'atteinte aux bonnes mœurs ou la contrefaçon. De façon générale, l'auteur garantit l'éditeur contre tout trouble, revendication ou éviction quelconques qui pourraient porter atteinte à la jouissance normale de son droit d'édition ; Considérant que ces dispositions sont conformes au principe posé par l'article L 132-8 du Code de la propriété intellectuelle relatif à la propriété littéraire et artistique selon lequel 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, qui n'est lui-même qu'une application

rapprochement doit être contesté. L'auteur doit certes garantir à son éditeur la véracité des faits attribués à un tiers tels qu'ils sont établis dans son œuvre, mais dans l'hypothèse inverse il n'y a pas pour autant déposition du droit d'exploitation. Le rapprochement avec l'éviction semble donc impropre. Il s'agit simplement d'un tiers qui fait état d'un vice touchant l'œuvre, ce qui pourrait davantage relever de la garantie des vices cachés²⁶⁶⁴.

** Les limites

756. Annonce. Il arrive parfois que la garantie d'éviction souffre elle-même de sa grande plasticité et empiète sur le domaine d'autres mécanismes. Dans l'hypothèse selon laquelle la situation litigieuse relève de l'action en contrefaçon et de l'action en garantie d'éviction, cette dernière semble superfétatoire. Elle se trouve absorbée par une action contrefaçon. Ensuite, la jurisprudence a estimé que la garantie d'éviction se trouve paralysée lorsque la preuve est apportée que l'éditeur connaît les faits susceptibles de générer une éviction.

757. Absorption de la garantie d'éviction par la contrefaçon. Lorsque l'éditeur est victime d'un trouble de jouissance, il dispose d'une action en garantie d'éviction mais également, lorsque l'atteinte est caractérisée, d'une action en contrefaçon. L'hypothèse recoupe deux situations : soit l'auteur a conclu un second contrat d'édition avec un autre exploitant pour la même destination, soit l'auteur s'adonne lui-même à des actes de reproduction serviles. Dans ces deux cas, l'action en garantie d'éviction est absorbée par l'action en contrefaçon. Dès lors l'éditeur lésé pourra se contenter d'agir en contrefaçon.

Dans le premier cas – l'auteur conclut un second contrat d'édition et porte atteinte au droit du premier éditeur –, le premier éditeur en droit – celui qui est lésé – doit en principe ventiler ses recours de la façon suivante : une action en garantie d'éviction contre l'auteur et une action en contrefaçon contre le second éditeur. Toutefois, afin de simplifier leurs actions en justice, ils optent en général pour une seule action en contrefaçon contre l'auteur et le second éditeur afin de retenir leur responsabilité *in solidum*. Cette dernière permet d'engager la responsabilité pleine et entière de plusieurs co-auteurs pour une même faute²⁶⁶⁵. Le cas échéant, l'éditeur agit en responsabilité contre l'auteur et le second éditeur. La cour d'appel de Paris a rendu un arrêt en ce sens dans un contentieux qui portait sur une biographie de Napoléon. L'auteur de la biographie avait successivement conclu deux contrats d'édition exclusifs. À ce titre, la cour d'appel a condamné *in solidum* l'auteur et le second éditeur pour des faits de contrefaçon²⁶⁶⁶. Cette jurisprudence est importante car, au sens strict, l'auteur n'avait personnellement commis aucun acte de contrefaçon. Celle-ci est réalisée concrètement par le second éditeur qui a publié la biographie de Napoléon. Ainsi, l'éditeur lésé – le premier en droit – n'avait pas à diviser ses recours en agissant d'une part en contrefaçon contre le tiers et d'autre part en garantie d'éviction contre l'auteur. Il a vu ses recours grandement simplifiés en assignant l'auteur et le second éditeur en contrefaçon.

particulière du principe général de la garantie d'éviction due par le vendeur à l'acquéreur énoncé par l'article 1625 du Code civil ».

²⁶⁶⁴ F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd., 2019, n° 260 : « La garantie contre l'éviction protège principalement contre les "défauts" du droit acquis, tandis que la garantie contre les vices cachés le protège contre les défauts de la chose », cité par N. BLANC, th. préc., n° 408, p. 357. N. BLANC, th. préc., n° 410, p. 359 : « D'autres troubles généralement rattachés par la doctrine (on ajoutera les juges du fond) à la garantie d'éviction du fait des tiers, semblent de même ressortir en réalité à la garantie des vices cachés. Il est ainsi lorsque l'œuvre porte atteinte au droit au respect de la vie privée ou au droit à l'image, comporte des informations inexactes, de graves lacunes ou des allégations diffamatoires ». Nous partageons ce constat.

²⁶⁶⁵ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Economica, 6^e éd., 2022, nos 317 s. ; Civ. 2^e, 11 mars 1964, D. 1964. Somm. 102 ; iv. 2^e, 20 nov. 1968, Bull. civ. II, n° 277 ; RTD civ. 1969. 335, obs. Durry.

²⁶⁶⁶ Paris Pôle 5 ch. 2, 5 nov. 2010 n° 09/09918 : « La société France Empire et Monsieur O. ont, par la publication de l'ouvrage Napoléon fils du comte Marbeuf, contrefait l'intégralité des droits d'auteur qu'elle détient, et de condamner in solidum la société France-Empire et Monsieur O. à lui verser les sommes de 10 000 euros, de 12 317, 22 euros et de 3 000 euros au titre, respectivement, de son préjudice moral, de l'atteinte à ses droits patrimoniaux d'auteur et de ses frais non répétables en les condamnant, en outre, aux entiers dépens ». V. également, Paris, 4^e ch. A 3 déc. 1997, D. 1999, p. 66.

NNN

Dans le second cas, l'auteur s'adonne lui-même à des actes de contrefaçon. Il y a véritablement doublon entre la garantie d'éviction et l'action en contrefaçon. L'éditeur peut agir indifféremment sur l'une ou l'autre à l'encontre de l'auteur indélicat.

758. Connaissance par l'éditeur d'une potentielle éviction. À la conclusion du contrat d'édition, la connaissance par l'éditeur des faits susceptibles de générer une éviction a pour effet de paralyser son action en garantie²⁶⁶⁷. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation peuvent être mentionnés. Mentionnons tout d'abord l'arrêt du 7 novembre 2006 rendu à l'occasion de l'affaire *Pierre Perret* dans lequel la Cour de cassation considère au visa de l'article 1626 Code civil que « *la personne (ici l'éditeur) qui a délibérément participé à la violation du droit d'un artiste-interprète en mettant en vente un enregistrement qu'elle savait lui être faussement attribué ne peut obtenir la garantie de celui dont elle est l'ayant cause* »²⁶⁶⁸. La Cour de cassation a réaffirmé sa position dans l'affaire *ECG/La Redoute* dans un attendu de principe des plus larges s'appliquant indistinctement à tout type de bien²⁶⁶⁹. Ainsi, l'éditeur ne peut pas invoquer la garantie d'éviction s'il a publié en connaissance de cause une œuvre qu'il savait contrefaisante. Le 28 février 2007, la cour d'appel de Paris a considéré que l'éditeur qui avait commis un acte de contrefaçon en connaissance de cause était mal fondé à demander garantie au cédant des droits d'édition²⁶⁷⁰. À cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de relever que le caractère professionnel de l'éditeur pouvait avoir une incidence sur sa connaissance supposée du trouble de droit auquel il s'expose²⁶⁷¹.

ii. Transposition de la garantie des vices cachés

759. Problématique. Plan. La transposition de la garantie des vices cachés appelle à plus de prudence de la part de la doctrine²⁶⁷². Pour une grande partie d'entre eux, sa transposition serait impossible dans la mesure où elle ferait double emploi avec la garantie d'éviction²⁶⁷³. Ce positionnement relève davantage du postulat. En effet, dans certaines hypothèses, la garantie des vices cachés peut s'appliquer en matière de contrats d'auteur et donc de contrat d'édition. Après avoir brièvement présenté la garantie des vices cachés (α), sa potentialité sera envisagée dans le domaine du contrat d'édition (β).

α . Présentation de la garantie des vices cachés

760. Définition. Au sens de l'article 1641 du Code civil, « *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* ». Au sens du Code civil, le vice caché est celui qui innerve le bien lui-même en empêchant

²⁶⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2015, n° 14-15114 : « *Attendu que la garantie d'éviction du fait d'un tiers est due si le trouble subi par l'acheteur est un trouble de droit, existant au moment de la vente, non déclaré et ignoré de l'acheteur* ».

²⁶⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, n° 04-13.454, Aff. *Perret*, préc.

²⁶⁶⁹ 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*, *JurisData* n° 2008-043125 : « *Attendu que la garantie d'éviction est due par tout cédant d'un droit de propriété, corporel ou incorporel, sauf à établir que le cessionnaire a participé aux actes de contrefaçon en mettant en vente un produit qu'il savait contrefait* ».

²⁶⁷⁰ Paris 4^e ch. sect. A, 28 fév. 2007 n° 06/01188 : « *Sur l'appel en garantie formé par la société LE CHERCHE MIDI ÉDITEUR à l'encontre de Alain W. ; Considérant que la société LE CHERCHE MIDI ÉDITEUR qui a commis une faute distincte en diffusant l'ouvrage litigieux, nonobstant l'opposition formée par l'ADAGP, alors que le caractère inédit des dessins était revendiqué, est mal fondée à se prévaloir de la garantie d'éviction* ».

²⁶⁷¹ Cass. com., 7 mars 2018, n° 16-18.060, *JurisData* n° 2018-003525, *LEPI*, mai 2018, p. 3, obs. A. Lebois : « *qu'elle (la société contrefaisante) avait procédé à la fabrication et à la publication de l'ouvrage litigieux en pleine connaissance de cause de son caractère contrefaisant, la cour d'appel a pu retenir, d'abord, que la société La Martinière avait, en tant que professionnelle du secteur, commis une faute, dont elle a souverainement apprécié la gravité au regard de la demande de résolution des contrats d'édition, puis, qu'ayant délibérément commis ces actes de contrefaçon, la société La Martinière n'était pas fondée à rechercher la garantie d'éviction des cédantes* ».

²⁶⁷² V. N. BLANC, th. préc., n° 407, p. 356, qui parle de « *transposition incertaine de la garantie des vices cachés* ».

²⁶⁷³ Ch. CARON *op. cit.*, n° 429.

toute possibilité d'usage normal. Alors que l'éviction donne lieu à dépossession, le vice caché ne dépossède pas l'acquéreur. Ce dernier aura acquis un bien qui ne remplira aucunement la fonction qui lui est normalement reconnue. Pour appréhender la portée de la garantie des vices cachés en matière de contrat d'édition, il faut en saisir la destination normale. À ce dernier titre, il apparaît que la fonction du droit d'exploitation est précisément de permettre l'exploitation d'une œuvre. C'est donc en termes d'exploitabilité qu'il faudra raisonner.

B. Portée de la transposition : la garantie d'exploitabilité absolue

761. Précision sur champ d'application en matière de contrat d'édition. Annonce. La règle se résumant à une garantie d'exploitabilité objective, le vice caché peut aussi bien porter sur le droit lui-même – ce qui semble rare en pratique – que sur l'œuvre exploitée. Autre précision, le vice doit être caché. S'il apparaît que l'éditeur connaissait ou aurait dû connaître le vice, il doit, en toute logique, être privé de son recours en garantie contre l'auteur. Il en va ainsi par exemple de l'œuvre insultante qui, contrairement au caractère diffamatoire, ne peut être cachée par l'auteur à l'éditeur. L'insulte ressort nécessairement de façon manifeste de l'œuvre éditée.

Dans cette perspective, le trouble d'exploitabilité de l'œuvre peut recouper plusieurs hypothèses : l'œuvre mensongère ; l'œuvre attentatoire à la vie privée ; le logiciel défectueux²⁶⁷⁴.

762. Œuvre mensongère. Le contentieux de l'œuvre mensongère ou inexacte fournit une jurisprudence assez conséquente. Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 27 septembre 2013, les magistrats ont considéré que l'auteur avait manqué à son obligation de garantir la jouissance paisible des droits cédés dès lors que l'ouvrage était uniquement présenté par la presse comme « *affabulateur* », justifiant d'autant l'exception d'inexécution de l'éditeur²⁶⁷⁵. Par cet arrêt, dont la solution peut paraître excessive, la cour d'appel de Paris a rappelé que la jouissance paisible des droits peut être « *factuellement* » troublée et qu'il n'y a pas besoin que l'œuvre soit « *officiellement* » mensongère, notamment en arborant une sanction judiciaire passée en force de chose jugée.

Il en va de même lorsque l'œuvre est diffamatoire. Conformément à la définition de la diffamation, dans cette hypothèse l'œuvre faisant l'objet d'un contrat d'édition procède à une « *allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* »²⁶⁷⁶. En tant que responsable de la publication, l'éditeur engage sa propre responsabilité à l'endroit des tiers. Logiquement, l'éditeur peut se retourner contre l'auteur de l'œuvre au titre de la garantie des vices cachés. Dans un arrêt du 20 octobre 2010, la cour d'appel de Paris a estimé que l'éditeur mis en cause par un tiers en vertu d'une action en diffamation pouvait ainsi retrancher les sommes versées au titre de la condamnation des sommes qu'il devait à l'auteur au titre de la rémunération proportionnelle²⁶⁷⁷.

²⁶⁷⁴ Rapp. P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Mémento Dalloz, 3^e éd., 2016, « *Les obligations de garantie : (...) cela oblige l'auteur à indemniser l'éditeur condamné si l'œuvre porte atteinte aux droits de tiers (contrefaçon, atteinte aux droits d'une personne [vie privée, image, honneur...])* ».

²⁶⁷⁵ Paris, pôle 5, ch. 2, 27 sept. 2013, n° 12/15276, *JAC*, 2014, n° 9, p. 10, J. Berberian.

²⁶⁷⁶ Art. 29, loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse.

²⁶⁷⁷ Paris, pôle 5, ch. 1, 20 oct. 2010, n° 09/02628 : « *Considérant que la société JEAN P. ÉDITION prétend voir retrancher du montant de ces droits la somme de 10 500 euros correspondant aux dépenses qu'elle a exposées à l'occasion du procès en diffamation jugé le 8 février 2007, soit 5 500 euros au titre des condamnations solidaires prononcées par le tribunal et 5 000 euros au titre des frais d'avocat ; Qu'elle fait valoir que Mohamed B. lui est redevable de cette somme au fondement tant des dispositions de l'article L. 132-8 du Code de la propriété intellectuelle selon lesquelles l'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé que des stipulations contractuelles en vertu desquelles l'auteur garantit à l'éditeur la jouissance entière et libre de toute servitude des droits cédés, contre tous troubles, revendications et évictions quelconques ; Considérant qu'il ressort des éléments de la procédure que Mohamed B. et Jean Claude J., directeur de la publication des Éditions JEAN P., ont été cités devant le tribunal de correctionnel de Paris sur la requête de Amel H., une chanteuse algérienne mise en cause dans l'ouvrage, pour des faits de diffamation publique envers un particulier ; que le tribunal, aux termes du jugement contradictoire rendu le 8 février 2007, a retenu la culpabilité des prévenus mais les a dispensés de peine et, statuant sur l'action civile, les a condamnés solidairement à payer à Amel H., 1 euro de dommages intérêts pour le préjudice moral, 3 000 euros au titre de la mesure de publication*

763. Œuvre attentatoire aux droits des tiers. L'atteinte à la vie privée peut également constituer un vice caché à partir du moment où l'auteur garantit qu'il a recueilli l'autorisation de la personne sur laquelle porte l'œuvre. À cet égard, l'affaire du *Grand Secret* donne une illustration convaincante de l'hypothèse. En l'espèce, un contrat d'édition avait été conclu entre le médecin de l'ancien président de la République François Mitterrand et une société d'édition. L'œuvre présentait la spécificité de révéler la condition médicale du président peu de temps avant son décès, alors que ces informations étaient couvertes par le secret médical. L'ouvrage a été publié tant en version papier qu'en version numérique. Naturellement, les héritiers du défunt Président ont agi sur le terrain de l'atteinte à la vie privée et ont obtenu gain de cause. L'éditeur a été condamné et a dû retirer de la vente les exemplaires réalisés²⁶⁷⁸. Dans cette affaire, à moins que l'éditeur ait eu connaissance du caractère attentatoire des informations divulguées, il aurait été envisageable d'agir contre l'auteur sur le fondement des vices cachés.

764. Logiciel défectueux. En matière d'édition d'œuvre logicielle, lorsque celle-ci connaît une défectuosité, il est également possible d'appliquer la théorie des vices cachés. Ainsi, dans une affaire portée devant le tribunal de grande instance de Paris à propos d'un contrat d'édition portant sur un logiciel défectueux, les magistrats ont estimé que l'éditeur pouvait mettre en œuvre sa garantie de vice²⁶⁷⁹. Dans cette espèce, le contrat d'édition prévoyait une clause de garantie de vice. À notre avis, l'application du droit de la vente rend superflu ce type de clause, la garantie légale des vices cachés devant conduire aux mêmes fins. Dans une autre espèce, une société d'édition qui avait commercialisé un logiciel a vu sa responsabilité engagée sur le terrain des vices cachés auprès de clients en raison de la présence d'un virus informatique sur le support de la création²⁶⁸⁰. Le contentieux n'est pas allé plus loin. Néanmoins, si la présence du virus était imputable à l'auteur, l'action aurait pu être diligentée directement contre ce dernier en raison de la garantie à laquelle il aurait dû être logiquement astreint.

2. La protection de l'exploitation à l'égard de l'éditeur

765. Annonce. L'éditeur supporte, sans qu'il puisse s'en affranchir, le risque de l'exploitation éditoriale²⁶⁸¹. Cet élément de régime relève de l'identité profonde du contrat d'édition. À cet égard, le droit civil permet de sanctionner les stipulations contractuelles qui porteraient, directement ou indirectement, atteinte à cette répartition du risque. La typologie des stipulations contractuelles au sein du contrat d'édition met en exergue deux prohibitions tout droit venues du Code civil : la prohibition des conditions potestatives et la prohibition des clauses portant atteinte à l'obligation essentielle.

judiciaire et 2 500 euros par application de l'article 475-1 du Code de procédure pénale (...) Qu'il convient, par voie de conséquence, de déduire du montant des droits d'auteur revenant à Mohamed B., la somme de 2 750 euros correspondant à la dépense exposée pour le compte de ce dernier des suites du procès en diffamation de sorte que, la société JEAN P ÉDITEUR sera condamnée à lui payer, au titre des droits dus à la date du 31 décembre 2009, la somme de 11 501,07 euros, condamnation qui sera prononcée en deniers ou quittances pour tenir compte, le cas échéant, des règlements effectués tant au titre de l'ordonnance de référé du 2 août 2007 que de l'exécution provisoire attachée au jugement dont appel ».

²⁶⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, D. 2000, Jur. p. 372, note B. Beignier, Somm. p. 266, obs. C. Caron ; RTD civ. 2000, p. 291, obs. J. Hauser ; JCP 2000, II, n° 10241, concl. C. Petit ; *Com., com. élect.*, 2000, n° 39, note A. Lepage ; LPA, 22 mai 2000, note S. Prieur ; v. pour les décisions du juge du fond, Paris, 27 mai 1997 et TGI Paris, 23 oct. 1996, D. 1998, Somm. p. 86, obs. T. Massis. Toutefois, la CEDH a considéré que la mesure édictée par l'État français était disproportionnée, v. CEDH, 18 mai 2004 n° 58148/00, D. 2004. 1838.

²⁶⁷⁹ TGI Paris 3^e ch. 5 févr. 1988 *Grimont c/ SMT, Cab. dr. Auteur* 1988 n° 9 p. 5. « Le concédant est responsable de tous les vices du produit qu'il fournit ou des déficiences rendant impossible son exploitation » ; « Il appartient à l'éditeur d'user de cette clause contractuelle et de mettre son cocontractant en demeure de lui fournir un produit indemne de défectuosité ».

²⁶⁸⁰ Cass. com., 25 nov. 1997, D. 1999. p. 16, note, O. Tournafond.

²⁶⁸¹ *Supra* n° 352 et s.

766. Appréciation large de la prohibition des conditions potestatives. L'éditeur étant astreint au risque éditorial, toute stipulation lui laissant le pouvoir de ne pas exploiter l'œuvre doit être sanctionnée sur le terrain des conditions potestatives. La condition potestative est celle qui fait dépendre l'événement conditionnant de la seule volonté du débiteur. Conformément à l'article 1304-2 Code civil, l'obligation contractée sous une telle condition est nulle²⁶⁸².

En matière éditoriale, le contentieux de la « potestativité » s'est porté sur les clauses autorisant l'éditeur à résilier le contrat d'édition si d'aventure le succès commercial faisait défaut. Ainsi, concernant la clause qui confère à l'éditeur le droit d'apprécier, après la remise du manuscrit, si celui-ci convient bien « *au public et aux buts visés* », la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 25 avril 1989, y a vu un engagement purement potestatif²⁶⁸³. La sanction s'explique aisément. En effet, une telle clause permet à l'éditeur de se délier de son engagement dans l'hypothèse où l'exploitation n'est pas concluante. Rappelons qu'au titre de la qualification contractuelle, l'éditeur assume seul le risque éditorial²⁶⁸⁴. Or, une telle clause permet à l'éditeur d'échapper aux conséquences financières en cas de réalisation du risque. Plus généralement, le mode de qualification reposant, d'une part, sur le fait que l'éditeur est tenu d'exploiter l'œuvre²⁶⁸⁵ et, d'autre part, sur le fait qu'il supporte seul le risque financier d'exploitation²⁶⁸⁶, conduit à la prohibition de toutes les clauses autorisant l'éditeur à se délier du contrat en raison d'un aléa d'exploitation.

En revanche, on ne saurait formuler un grief similaire à propos de la convention portant simplement « *promesse* » de contrat d'édition. Certes, ces contrats créent des droits potestatifs au bénéfice du créancier lui permettant d'opter pour la création d'un contrat d'édition. Toutefois, ces conventions ne doivent pas être remises en cause pour deux raisons. D'une part, les contrats de promesses sont validés au sein du droit des contrats. Il s'agit d'un droit potestatif qui est légitime et qui ne saurait donc conduire à la nullité du contrat d'édition²⁶⁸⁷. D'autre part, le droit potestatif issu d'une promesse de contrat d'édition ne concerne que la possibilité de conclure le contrat. Or, la prohibition mise en avant dans les présents développements porte sur l'exécution du contrat d'édition. Seuls les droits potestatifs qui permettent à l'éditeur de ne pas exploiter l'œuvre sont prohibés.

767. Prohibition des clauses portant atteinte à l'obligation essentielle. Les éditeurs peuvent, généralement de manière détournée, inscrire dans le contrat d'édition des clauses qui viseraient à limiter ou à éluder leur responsabilité contractuelle dans l'hypothèse d'un manquement à l'obligation d'exploitation. Ces stipulations doivent être écartées sur le terrain du droit civil des contrats.

Plusieurs règles permettent d'écarter le jeu classique de clauses limitatives de responsabilité en cas de faute grave²⁶⁸⁸ ou dolosive²⁶⁸⁹. Ces stipulations peuvent générer un déséquilibre significatif et être

²⁶⁸² Art. 1304-2 Code civil : « *Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* ».

²⁶⁸³ Paris, 1^{re} ch., 25 avr. 1989, *RIDA* 1990/1, n° 143, p. 314 ; *D.*, 1990, somm. p. 58, obs. En l'espèce, une clause du contrat (art. 4) prévoit 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. Dans la négative, des modifications ne pourront être refusées par les coauteurs et l'éditeur pourra même demander une nouvelle rédaction du texte. L'œuvre commandée ayant été acceptée par l'éditeur, celui-ci s'engage à la publier* ».

²⁶⁸⁴ *Supra* n° 352 et s.

²⁶⁸⁵ Sur la nécessité d'adopter une méthode de qualification préservant l'obligation d'exploitation, v. *Supra* n° 39.

²⁶⁸⁶ *Supra* n° 369-370.

²⁶⁸⁷ Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 3 sept. 2010, n° 09/03200, *M. R c/ La Martinière Groupe*, *JurisData*, n° 2010-019213, *Propr. intell.* 2011, p. 97, obs. J.-M. Bruguière.

²⁶⁸⁸ Art. 1231-3 Code civil : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* » ; v. également Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, Aff. *Chronopost*, *D.* 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi, *RTD civ.* 2005, p. 604, obs. P. Jourdain, *RTD civ.* 2005, p. 779, obs. J. Mestre ; Com., 29 juin 2010, Aff. *Faurecia II*, n° 09-11841, *RDC*, 2010/4 p. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *RDC*, 2010/4, p. 1253, obs. O. Deshayes ; *D.* 2010, p. 1832, obs. D. Mazeaud ; *JCP G.*, 2010, n° 787, note D. Houtcieff ; *JCP E.*, 2010, n° 1790, note Ph. Stoffel-Munck ; *C.C.C.*, 2010, n° 220, obs. L. Leveneur.

²⁶⁸⁹ *Ibid.*

réputées non-écrite en vertu de l'article 1171 du Code civil, à condition toutefois que le contrat d'édition soit un acte d'adhésion²⁶⁹⁰. Surtout, l'article 1170 du Code civil répute non écrites les clauses qui portent atteinte à la substance de l'obligation essentielle²⁶⁹¹. Cette règle consacrée par la Chancellerie à l'occasion de la réforme du Code civil doit, naturellement, emporter prohibition des clauses aménageant la responsabilité de l'éditeur pour manquement à son « *obligation essentielle d'édition et d'exploitation* ». Une fois de plus, le droit civil protège l'exploitation éditoriale en empêchant l'éditeur de se prévaloir d'une clause lui permettant indirectement de s'affranchir de l'obligation essentielle.

B. LA PROTECTION DE L'EXPLOITATION CONTRE LES INTERFÉRENCES EXTÉRIEURES AUX PARTIES

768. Plan. Enfin, le droit civil confère aux parties au contrat d'édition une protection contre les interférences qui leur sont extérieures. Ces perturbations de l'exploitation sont parfois causées par les tiers au contrat qui commettraient, par exemple, des actes de contrefaçon. Ainsi, par mimétisme avec le droit des biens qui connaît l'action en revendication, des actions conduisant à la cessation des troubles d'exploitation sont conférées à l'éditeur (1). Les facteurs extérieurs de perturbation peuvent également être objectifs et indépendants de la volonté des tiers. Tel est le cas notamment des changements de circonstances économiques. Pourtant, en pareille hypothèse, les principes du droit civil conduisent au rejet de la théorie de l'imprévision (2).

1. Le renforcement de la protection contre les troubles de l'exploitation causés par des tiers

769. Plan. Lorsque les tiers causent un trouble à l'exploitation, la protection est notamment assurée par l'action en contrefaçon (a). Au regard de la qualification de cession avec charge, l'éditeur cessionnaire et exploitant de l'œuvre se voit naturellement reconnaître la titularité d'une telle action. Toutefois, les règles du droit civil autorisent à conjecturer sur l'hypothèse d'une action en contrefaçon menée par l'auteur lui-même (b).

a. De lege lata : *les actions en contrefaçon menées par l'éditeur*

770. Plan. L'action en contrefaçon étant assimilée à une action en revendication, elle est logiquement attribuée au propriétaire des droits d'édition, à savoir l'éditeur (i). En outre, cette action est un outil puissant de valorisation dont les conséquences doivent profiter également à l'auteur²⁶⁹² (ii).

i. Une action en revendication

771. Assimilation de l'action en contrefaçon à l'action en revendication. L'action en contrefaçon est composée de deux volets : un volet civil et un volet pénal qui, tous deux, visent à protéger la propriété du titulaire des droits. En droit civil, l'action en contrefaçon est à rapprocher de l'action en revendication telle qu'elle existe dans le Code civil²⁶⁹³. L'hypothèse d'école est la suivante :

²⁶⁹⁰ Pour un exposé des tenants et aboutissants de l'article 1171 du Code civil, v. N. BLANC, « L'équilibre du contrat d'adhésion. Note l'article 1171 du Code civil », *RDC*, 2019/2, p. 155.

²⁶⁹¹ Art. 1170 Code civil : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* », qui reprend en substance l'affaire *Chronopost*, Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *D.* 1997, p. 121, obs. A. Sériaux ; *D.* 1997, Somm. 175, obs. Ph. Delebecque ; *JCP.*, 1997, I. 4025, obs. G. Viney ; *JCP.*, 1997, I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; *JCP* 1997. II. 22881, note D. Cohen ; *JCP* 1998. I. 152, chron. J.-P. Chazal ; *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. Mestre et B. Fages ; *C.C.C.*, 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; *Deffrénois* 1997, p. 333, note D. Mazeaud.

²⁶⁹² Sur la double nature de l'action en contrefaçon, tout à la fois revendication et indemnisation, v. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, Tome 1, 1956, n° 100 et s.

²⁶⁹³ Ch. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. Ch. CARON, LexisNexis, 2010, n° 154, p. 123 : « *l'action en contrefaçon est ainsi une action réelle* ».

un contrat d'édition à titre exclusif est conclu portant sur un roman. Quelques mois après la publication de l'ouvrage, l'éditeur apprend que l'œuvre a été éditée par une autre maison d'édition. L'exploitation parallèle est une atteinte à l'usage paisible des droits d'édition qu'il a recueillis et justifie une action en contrefaçon. Aujourd'hui, la situation est rendue plus complexe par les possibilités d'exploitation quasi infinies offertes par la sphère numérique. Ainsi, une œuvre audiovisuelle faisant l'objet d'une édition DVD ou sur un média *streaming* peut facilement être postée sur un site contrefaisant et parfois sur d'autres sites au moyen d'hyperliens. L'action en revendication est celle qui permet au propriétaire d'agir en restitution contre un tiers qui détient sans titre son bien²⁶⁹⁴. Le rapprochement entre l'action en revendication et l'action en contrefaçon semble donc *a priori* proscrit²⁶⁹⁵. Pourtant, la doctrine classique a fait valoir que, fonctionnellement, les deux actions concourent au même objectif : le rétablissement d'un propriétaire dans ses droits²⁶⁹⁶.

772. Reconnaissance de l'action en contrefaçon par application des règles du droit civil.

L'attribution de l'action en contrefaçon provient pour l'essentiel d'une assimilation de la propriété intellectuelle à la propriété classique²⁶⁹⁷. En vertu de la qualification de cession avec charge, l'éditeur, qui est cessionnaire des droits d'édition, recueille en outre toutes les actions attachées à leur défense²⁶⁹⁸. Ainsi, la doctrine classique affirme que l'action en contrefaçon est transmise à l'éditeur en vertu de l'effet translatif de la cession²⁶⁹⁹. Le Professeur POLLAUD-DULIAN souligne l'intérêt de la distinction entre cession et licence pour déterminer le titulaire de l'action en contrefaçon²⁷⁰⁰. Le Professeur GAUTIER retient une conception similaire des règles d'attribution de l'action litigieuse²⁷⁰¹. Le Professeur AZZI estime également que l'attribution de l'action en contrefaçon provient essentiellement de la cession²⁷⁰². Enfin, le Professeur BLANC procède à une véritable systématisation des règles d'attribution de l'action en contrefaçon en se fondant sur le caractère translatif de la cession²⁷⁰³.

²⁶⁹⁴ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, éd. 1963, réédition 2005, p. 109, « L'action spéciale qui sert de sanction au droit subjectif doit forcément être engagée s'il y a contestation sur l'existence du droit : alors on agira par exemple par l'action en revendication à l'encontre de celui qui voudrait prétendre qu'il est lui-même propriétaire pour refuser de restituer le bien en litige » ; F. TERRÉ et Ph. BIENS, *biens*, Dalloz, 2018, n° 416 et s. ; Ch. LARROUENT, B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux*, 6^e éd., n° 197 ; W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 43, p. 86.

²⁶⁹⁵ N. BLANC, th. préc. n° 345, p. 302.

²⁶⁹⁶ V. en ce sens, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. I, 3^e éd. 1938, n° 15553 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGIÈRE, *op. cit.*, n° 1009 ; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, Tome 1, 1956, n° 100 et s. ; L. MARINO, *op. cit.*, p. 52, n° 25 et s.

²⁶⁹⁷ V. Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*. 2004, n° 39, doctr. 162 n° 10 : « En effet, le droit de la propriété intellectuelle accueille largement le droit des biens, matrice de toutes les propriétés, car il est loisible de trouver en son sein la propriété, la possession, la notion de chose, l'indivision, l'usufruit, l'action en revendication, l'accession mobilière, les actions possessoires ou encore les choses communes. Mais l'enthousiasme doit être tempéré » ; N. BINCTIN, « La Cour de cassation et la propriété industrielle sur Internet », *Comm. com. électr.*, n° 7-8, juill. 2017, étude 13 : « L'application du mécanisme de l'article 2276 du Code civil aux incorporels nourrit un débat dans la doctrine, mais doit être admise. La possession n'étant que l'exercice factuel d'un droit, elle peut porter sur des biens incorporels ». A. SAINT-MARTIN, « Les spécificités de l'action en contrefaçon au regard du droit commun », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, J.-M. BRUGIÈRE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN (dir.), PUAM, 2007, p. 57. Certains estiment néanmoins que l'action en contrefaçon dépasse les concepts classiques du droit civil, v. M. BILLIAU, « Contrefaçon, propriété et responsabilité », n° 3 : « Ne se confondant ni avec l'action en responsabilité civile, ni avec l'action en revendication, elles (les actions en contrefaçon) obéissent à des conditions qui leur sont propres et qui se suffisent à elle-même ».

²⁶⁹⁸ Le principe ne fait aucun doute et est clairement énoncé en matière de propriété industrielle, v. J. AZÉMA, J.Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis, Dalloz 8^e éd., n° 589, p. 413 « la cession a également pour effet de transférer au cessionnaire le droit d'agir en contrefaçon pour tous les actes commis postérieurement à la cession » ; J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, T. 2 LGDJ, 2013, n° 577, p. 618.

²⁶⁹⁹ Pour une présentation de la doctrine classique sur ce point, v. *supra* n° 345-348.

²⁷⁰⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1777 et s., p. 1195 et s.

²⁷⁰¹ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 796.

²⁷⁰² T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005, n° 296 et s.

²⁷⁰³ N. BLANC, th. préc. n° 331 et s.

773. Rejet d'une attribution fondée sur l'exclusivité. Aujourd'hui, une partie de la doctrine considère que l'action en contrefaçon, comme l'action en revendication qui est son homologue en matière de choses corporelles, doit reposer sur le concept d'exclusivité²⁷⁰⁴. Ce positionnement ne semble pas convaincant. Certes, il est toujours intéressant de procéder par analogie afin de solliciter la fonction complétive du droit civil des biens. Néanmoins, cette assimilation ne doit pas conduire à nier les spécificités naturelles de la propriété intellectuelle. À cet égard, il n'est pas pertinent de recourir à l'exclusivité pour la simple et bonne raison que la propriété intellectuelle est rétive à l'exclusivité. Les chercheurs s'accordent à voir dans la propriété intellectuelle une propriété non rivale et non exclusive. Pour ne prendre qu'un exemple, imaginons un contrat d'édition qui ne serait pas conclu à titre exclusif. L'auteur conclurait deux contrats d'édition avec deux éditeurs pour le même territoire. À suivre la doctrine de l'exclusivité, l'absence d'exclusivité devrait conduire à dénier le droit d'agir en contrefaçon aux deux éditeurs, ce qui semblerait illogique et contreproductif. Si l'état de fait autorise la multiplicité des cessions au regard de l'essence non exclusive de la propriété intellectuelle, il n'y a aucune raison de conditionner l'action en contrefaçon à l'existence d'une exclusivité.

ii. Une action en valorisation

774. Fonction de valorisation. À la fonction classique visant à faire cesser le trouble d'exploitation s'ajoute une fonction de valorisation. En effet, depuis la réforme du 29 octobre 2007 ayant pour objet la lutte contre la contrefaçon, l'article L. 331-1-3 CPI prévoit de nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice subi par le titulaire des droits²⁷⁰⁵. Conformément à cet article, l'indemnisation de la victime d'actes de contrefaçon peut être fixée en considérant « *les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral* ». La prise en compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur permettrait de déroger au principe séculaire de la réparation intégrale postulant la réparation du préjudice, mais rien que le préjudice²⁷⁰⁶. L'adjonction d'une telle condamnation pécuniaire autorise la doctrine à voir dans l'action en contrefaçon une véritable mesure restitutive par équivalent. Pour certains, il est regrettable que le législateur de la loi du 11 mars 2014 ait formellement écarté la qualification de « *dommages-intérêts restitutoires* » en cas de « *mauvaise foi* » du contrefacteur²⁷⁰⁷. Cette proposition aurait aligné un peu plus le régime de la propriété intellectuelle sur celui du droit civil des biens. En effet, l'article 549 Code civil, prévoyant que le possesseur de bonne foi peut conserver les fruits issus de la possession du bien d'autrui, subordonne l'attribution de dommages-intérêts restitutoires à la mauvaise foi du possesseur²⁷⁰⁸.

²⁷⁰⁴ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 : « *la conquête de l'exclusivité est permanente. Elle se poursuit par l'usage des armes que la loi fournit au propriétaire pour assurer la protection de son droit. Revendication, contrefaçon, restitutions pénales sont autant de manières pour l'exclusivité de se traduire positivement* » ; A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 723 et s.

²⁷⁰⁵ T. AZZI, « La loi du 29 octobre de lutte contre la contrefaçon, présentation générale », *D.* 2008 n° 35, p. 700.

²⁷⁰⁶ G. HENRY, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Comm. com. électr.* 2009, ét. 2.

²⁷⁰⁷ M. DELABARRE, rapp. n° 133, 13 nov. 2013, fait au nom de la commission de lois du Sénat sur la proposition de loi n° 866 tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon du 30 septembre 2013, p. 23 ; X. BUFFET DELMAS d'AUTANE et J. FABRE, « Nouveautés, clarifications, carences et incertitudes du dispositif de lutte contre la contrefaçon tel que renforcé par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 », *Propr. ind.* mai 2014, n° 5, étude 12, n° 12.

²⁷⁰⁸ Art. 549 Code civil : « *Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement* ». Pour une analogie proposée avant la réforme de 2007, v. L. GRYNBAUM, « Une illustration de la faute lucrative : le "piratage" de logiciel », *D.* 2006, p. 655, spéc., p. 659 : « *Afin de sanctionner efficacement la faute de l'auteur de la contrefaçon, il convient de raisonner par analogie avec l'usage non autorisé d'un bien. Ce raisonnement se justifie parfaitement dès lors que l'on considère le contrat de licence comme un bail spécifique. Il peut se justifier de la même façon quand bien même on considérerait que la licence sur un logiciel constitue une vente. En effet, dès lors qu'un local est occupé sans droit ni titre, le propriétaire*

En réalité, cette prise de distance se justifie au regard de l'objectif de lutte contre la contrefaçon qui impose l'édition de sanctions rigoureuses et dissuasives. Le mécanisme de l'article L. 331-1-3 CPI peut par certains aspects se rapprocher des dommages-intérêts punitifs. À ce titre, ce mode d'indemnisation est une source de valorisation financière importante des droits intellectuels en ce qu'il permet à la victime d'effectuer un profit en usant de la voie judiciaire. Les éditeurs demeurent néanmoins très loin des dérives juridiques que peuvent connaître d'autres branches de la propriété intellectuelle. C'est le cas notamment en matière de droit des brevets où les *Non-Practicing Entities* (NPE) ont pour seule activité l'acquisition des actifs intellectuels et leur valorisation par la voie contentieuse de l'action en contrefaçon²⁷⁰⁹. Les éditeurs peuvent valoriser judiciairement leurs droits d'édition par l'usage de l'action en contrefaçon.

775. Assimilation des dommages et intérêts au produit d'exploitation contractuelle.

Compte tenu de cette fonction de valorisation, l'action en cessation du trouble menée par l'éditeur suscite un problème conceptuel de taille dont les enjeux pratiques sont considérables. Lorsque l'éditeur obtient satisfaction de son action en contrefaçon et qu'il recouvre les sommes au titre de dommages et intérêts, peut-il conserver la totalité de la somme ou, au contraire, doit-il reverser une fraction du montant perçu à son auteur ? Autrement dit, les sommes perçues au titre de la protection de l'édition s'analysent-elles en de véritables produits d'exploitation sur lesquels doit s'imputer le principe de la rémunération proportionnelle ? Le principe de protection des intérêts pécuniaires et moraux de l'auteur, tel qu'il ressort de l'étude menée en première partie²⁷¹⁰, conduit assurément à une réponse positive. Le montant perçu doit s'analyser comme un équivalent à l'exploitation qui n'a pas pu être menée par l'éditeur. Dans le sens de ce rapprochement, la doctrine assimile conceptuellement les sommes issues d'une action en contrefaçon à « une sorte de contrat virtuel »²⁷¹¹, lorsque la victime opte pour la redevance de licence fictive. En effet, si l'éditeur est en mesure de percevoir les sommes conséquemment à l'action en contrefaçon, c'est avant tout en vertu du contrat d'édition qui lui attribue l'action en contrefaçon. Au demeurant, rien ne justifie qu'un éditeur puisse s'enrichir au détriment de l'auteur en se contentant d'agir en contrefaçon. Dans cette perspective, en s'attribuant la totalité des sommes tirées de la contrefaçon, l'éditeur percevrait une fraction indue normalement dévolue à l'auteur.

776. Application du principe de rémunération de l'auteur. Première conséquence attachée à l'assimilation des dommages-intérêts perçus au titre d'une action en cessation de trouble au produit issu de l'édition d'une œuvre, le taux de rémunération arrêté au sein du contrat d'édition doit s'appliquer sur les sommes ainsi recouvrées. Par exemple, si l'éditeur perçoit une indemnité de contrefaçon de dix mille euros, et que le contrat d'édition prévoit un taux de rémunération de vingt pourcents, alors l'éditeur devra reverser deux mille euros à l'auteur.

peut réclamer à l'occupant une indemnité d'occupation. En outre, selon des auteurs autorisés, "lorsque l'occupation est fautive, l'indemnité a un caractère mixte, compensatoire et indemnitaire et a pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par le propriétaire" (F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 363, note 5, citant l'arrêt Cass. 3^e civ. 27 avr. 1982, Bull. civ. III, n° 103) ».

²⁷⁰⁹ B. SAUTIER « Développement des *Non-Practicing Entities*, vers la création d'une bulle spéculative ? », *Propri. intell.* 2012/3, n° 44, p. 306 ; M. ABELLO, G. DUBOS, « Innovation Act HR 3309. La lutte contre les *Patent trolls* aux États-Unis », *Propri. intell.* 2014/3, n° 52, p. 228.

²⁷¹⁰ *Supra* n° 26 et s.

²⁷¹¹ T. AZZI, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.* 2008. 700, n° 35 : « *Il sera observé (...) que le délit est ainsi assimilé à une sorte de contrat virtuel et que les frontières entre les catégories juridiques s'en retrouvent quelque peu brouillées* » ; P.-Y. GAUTIER, « Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent », *D.* 2008, p. 727 n° 6 : « *Le contrat aurait dû être conclu, il ne l'a pas été par la faute du contrefacteur, l'auteur recevra quand même son prix. L'indemnité couvre ainsi son *lucrum cessans*, c'est-à-dire le profit perdu, le manque à gagner de l'auteur* ». Le Professeur ajoute toutefois que « *le problème, qui n'est pas mince, c'est qu'il n'est pas sûr, d'une part, que le contrat aurait effectivement été conclu, à la suite des négociations, d'autre part et surtout, que le titulaire des droits aurait effectivement reçu le montant réclamé par lui, car il aurait très bien pu y avoir des négociations sur le prix, aboutissant finalement à une réduction du montant, par rapport à la réclamation initiale. En d'autres termes, à supposer qu'il y ait bien eu contrat, le montant qui aurait été arrêté par les parties reste teinté d'aléa* ».

777. Application du privilège de l'article L. 131-8 CPI. Seconde conséquence, les accessoires de la rémunération contractuelle doivent s'appliquer. Dès lors, le privilège accordé aux auteurs « *en vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres* »²⁷¹² doit s'appliquer à ces sommes. Toutefois, la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 mars 1993, a estimé que le privilège de l'article L. 131-8 CPI ne peut pas porter sur les sommes issues d'une action en contrefaçon²⁷¹³, ce qui condamne notre raisonnement.

Cette solution doit être abandonnée d'autant que la réforme du droit de la contrefaçon de 2007 assimile, en partie, les sommes perçues au titre d'une action en contrefaçon à des redevances contractuelles lorsque la victime opte pour la méthode d'évaluation forfaitaire²⁷¹⁴. Dans les rapports entre auteur et éditeur, les créances issues d'une action contrefaçon doivent être soumises au même régime que celui des créances contractuelles, quel que soit le mode d'indemnisation choisi par l'éditeur²⁷¹⁵. Dès lors, d'une part, l'auteur a droit à une fraction des sommes perçues au titre de la contrefaçon et, d'autre part, le privilège de l'article L. 131-8 CPI doit logiquement s'appliquer sur ces sommes²⁷¹⁶.

b. *De lege feranda* : les actions en contrefaçon menées par l'auteur par la voie oblique

778. Problématique. Présentation de l'action oblique. Lorsque la situation l'exige, le créancier, dans notre cas l'auteur ou un ayant droit, peut représenter son débiteur, ici l'éditeur, et agir en ses lieu et place. Les actions en contrefaçon sont évidemment concernées compte tenu du fait qu'elles mettent fin à un trouble de l'exploitation auquel l'auteur a intérêt. L'action oblique permet d'envisager la situation.

L'action oblique est prévue à l'article 1341-1 du Code civil et se définit comme une action en vertu de laquelle le créancier agit dans les droits de son débiteur négligeant afin de faire valoir sa créance. Un débiteur néglige d'exercer un de ses droits contre autrui, alors que, dans le même temps, il n'exécute pas son obligation envers son créancier : ce dernier peut alors se substituer à son débiteur négligent

²⁷¹² L. 131-8 CPI.

²⁷¹³ Dans cette affaire, il importe de rappeler que la SACEM avait préalablement obtenu la condamnation en contrefaçon d'une personne en raison de l'usage non autorisé d'une œuvre faisant partie de son répertoire. Forte de cette condamnation, la SACEM a agi en paiement des dommages et intérêts et mis en avant son privilège qu'elle estimait détenir de l'application de l'article L. 131-8 CPI. La Cour de cassation a rejeté la demande de la SACEM au motif que le privilège ne concernait que les créances de nature contractuelle et ne couvrait pas les créances de dommages-intérêts issues de contrefaçons (Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, n° 91-16.193 : « *Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que le texte précité limite l'extension des privilèges des articles 2101. 4° et 2104 du Code civil aux seules redevances et rémunérations dues aux auteurs, à l'exclusion des dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice qui leur a été causé par des actes de contrefaçon* », JCP E 1993, pan., n° 300, obs. Ph. Delebecque).

²⁷¹⁴ *Supra* n° 775.

²⁷¹⁵ *Ibid.*

²⁷¹⁶ *Supra* n° 600, pour une lecture large de l'article L. 131-8 CPI, v. L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994. 13, n° 3 : « *Si l'art. L. 131-8 ne visait que les seules "redevances contractuelles", ou utilisait le seul terme de "rémunération", le principe d'interprétation stricte des privilèges devrait effectivement interdire de l'étendre aux sommes dues en vertu du délit, qu'on les qualifie de redevances ou de dommages-intérêts, comme l'a fait la Cour de cassation ; mais tel n'est pas le cas ; aussi, plutôt que l'adage "pas de privilège sans texte" (qui est l'application d'exceptio est strictissimae...), pourrait-on répondre par cet autre adage : ubi lex non distinguit... : ce n'est pas heurter la règle d'interprétation stricte de l'exception à l'égalité entre créanciers que de faire usage des termes généraux employés par la loi, pour lui faire raisonnablement sortir ses effets. En d'autres termes, à partir du moment où l'hypothèse litigieuse est envisagée dans la règle même, il n'y avait pas à interpréter celle-ci, claire et compréhensive, mais à l'appliquer tout bonnement. On passe insensiblement, avec l'arrêt évoqué, de l'interprétation stricte à l'application restrictive et, finalement, à l'inapplication ; d'une méthode d'interprétation ("peut-on considérer que la loi, etc. ?") à l'énoncé d'une règle de fond ("en fait de délits, pas de privilège"), qui retranche un élément pourtant contenu dans la loi. Or, non seulement un tel adage n'existe pas, mais encore il serait hors la loi, parce qu'il est défendu de restreindre l'application d'une loi conçue en termes généraux et qu'ainsi que l'énonçait vigoureusement Portalis, "quand la loi est claire, il faut la suivre" ».*

pour exercer son droit à sa place²⁷¹⁷. Néanmoins, le créancier qui agit de la sorte ne peut directement obtenir directement satisfaction dans la mesure où il se contente d'agir à la place de son débiteur. À titre d'illustration, si un créancier agit par la voie oblique pour recouvrer une somme d'argent, la somme ira dans le patrimoine de son débiteur et non dans le sien. Libre à lui ensuite d'agir en paiement contre son débiteur²⁷¹⁸. L'action se rapproche à la fois d'une mesure conservatoire et d'une action en représentation²⁷¹⁹. Dès lors, le créancier qui agit de la sorte n'est pas payé par sa mise en œuvre mais il reconstruit « *de manière forcée* » le patrimoine de son débiteur.

779. Ouverture d'une action oblique en matière de contrat d'apport. Pour envisager l'ouverture d'une action oblique au profit de l'auteur lié à un contrat d'édition, une analogie avec le régime du contrat d'apport aux organismes de gestion collective est possible. L'arrêt *Zodiaque* du 13 novembre 2014²⁷²⁰ fournit les moyens de l'analogie. Dans cette affaire, un compositeur a agi contre la société TF1 en contrefaçon pour usage illicite de l'une de ses compositions sans son autorisation. La société TF1 s'est défendue en mettant en avant l'apport de ses droits sur la composition litigieuse qu'avait réalisé l'auteur au bénéfice de la SACEM. L'apport étant translatif de propriété, seule la SACEM aurait été compétente à agir en contrefaçon. La Cour de cassation a estimé qu'en « *application de l'article 1^{er} des statuts de la SACEM, l'auteur ayant, par son adhésion, fait apport de l'exercice de ses droits patrimoniaux, [était] dès lors irrecevable, sauf carence de cette société, à agir personnellement en défense de ceux-ci* »²⁷²¹. Il s'agit d'un arrêt de principe qui effectue un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Sony* de 1998 qui avait jugé à propos des mêmes faits que l'auteur ne pouvait agir en lieu et place de l'Organisme de gestion²⁷²². La doctrine admet qu'un auteur ayant cédé ses droits à un organisme de gestion collective peut tout de même exercer l'action en contrefaçon en cas de carence de cet organisme en y voyant un prolongement légitime du caractère fiduciaire de la cession²⁷²³. À notre sens, ce qui fonde l'action de l'auteur n'est autre que l'action oblique.

780. Opportunité d'une action oblique en cessation des troubles. Est-il pertinent d'autoriser l'auteur à agir lui-même en contrefaçon ? Dans l'hypothèse où l'éditeur serait en situation de carence, une réponse positive s'impose. Il faudrait ainsi ouvrir une action oblique en cessation du trouble d'exploitation au profit de l'auteur²⁷²⁴. Au regard de la définition des conditions d'usage de l'action oblique, une telle ouverture est envisageable.

Tout d'abord, au sens de l'article 1341-1 du Code civil, le débiteur doit être et demeurer inactif : il néglige d'exercer ses droits, de sorte que le créancier devient légitime à agir à sa place²⁷²⁵. Cette

²⁷¹⁷ Article 1341-1 Code civil.

²⁷¹⁸ En pratique, le créancier mène les deux actions en parallèle. Il agit contre son débiteur au titre de sa créance et contre le débiteur de son débiteur sur le fondement de l'action oblique.

²⁷¹⁹ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 46 ; F. ROUVIERE, L'obligation comme garantie, *RTD civ.* 2011, p. 1, n° 19 : « *L'action oblique protège le créancier contre la déperdition de l'actif du débiteur. En ce sens, elle est expression de la garantie elle-même* » ; Y.-M. SERINET, « La qualité du défendeur », *RTD civ.* 2003, p. 203, n° 54 ; Ph. THERY, « De l'intérêt pour agir en général, et par la voie oblique en particulier », *RTD civ.* 2008, p. 714.

²⁷²⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « Société de gestion collective. Action en contrefaçon. Cession fiduciaire. Contrats d'auteur. Formes », *RTD com.* 2015, p. 291.

²⁷²¹ Arrêt préc.

²⁷²² Civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 75, *RIDA* 1998/3, n° 177, p. 213 ; TGI Paris, 16 juin 1993, *RIDA* 1994/2 n° 160 p. 267.

²⁷²³ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, Litec, 2006, n° 1048-1049 ; F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1663 et n° 1664.

²⁷²⁴ A. rapp. P. de CANDE, « Cession. Cessionnaire. Contrats relatifs aux droits d'exploitation », *J-Cl. Marques – Dessins et Modèles*, fasc. 3210, n° 58 : « *Il peut être utile de prévoir que l'auteur, qui est le mieux en mesure de défendre l'objet de sa création, assistera le cessionnaire en cas de nécessité de mise en œuvre d'une action en contrefaçon à l'encontre d'un tiers. Cette précaution est tout particulièrement importante à l'heure actuelle où les tribunaux français sollicitent dans le cadre d'une action en contrefaçon que « l'originalité d'une œuvre doit être explicitée par celui qui s'en prétend auteur, seul ce dernier étant à même d'identifier les éléments traduisant sa personnalité* ».

²⁷²⁵ 1^{re} civ. 14 juin 1984, Bull. civ. I n° 197.

condition n'appelle pas de débat particulier. Ensuite, toujours en vertu de l'article 1341-1 du Code civil, l'inertie de l'éditeur doit mettre en péril les intérêts pécuniaires de l'auteur. Comme le rappelle le Professeur GAUTIER, en matière de contrat d'exploitation pour que l'auteur puisse agir en contrefaçon, « *encore faut-il que la créance soit véritablement certaine* »²⁷²⁶. À partir du moment où il est acquis que les sommes recouvrées doivent être redistribuées en partie à l'auteur, il faut considérer que l'auteur dispose bien d'un intérêt pécuniaire à agir en contrefaçon dans les droits de son éditeur. Le Professeur LUCAS, Madame LUCAS-SCHLOETTER et le Professeur BERNAULT estiment que l'action de l'auteur dans les droits de l'exploitant est ouverte lorsqu'il bénéficie d'une rémunération proportionnelle²⁷²⁷. L'action oblique doit être ouverte à l'auteur.

781. Effet conservatoire : reconstitution du patrimoine de l'éditeur. Le premier effet attaché à l'action oblique est la reconstitution du patrimoine de l'éditeur négligeant. Les fonds récoltés sont attribués à l'éditeur et l'auteur ne peut percevoir directement aucune rémunération. En effet, contrairement à l'action directe, ces actions n'ont pas pour fonction de rémunérer leur titulaire, mais simplement de reconstituer le patrimoine du débiteur.

782. Effet conservatoire : protection du paiement de l'auteur. Le fait que l'action menée impute ses effets sur le patrimoine de l'éditeur ne doit pas désarçonner. En effet, les sommes recouvrées grâce au concours de l'auteur doivent également être assimilées au produit d'exploitation de l'édition²⁷²⁸. D'une part, le régime de la rémunération de l'auteur doit logiquement s'appliquer aux profits restitués et notamment le principe de la répartition proportionnelle²⁷²⁹. D'autre part, les sommes en question doivent entrer dans l'assiette du privilège dont l'auteur bénéficie au titre de l'article L. 131-8 CPI afin de garantir sa rémunération²⁷³⁰. Sur ce dernier point, la jurisprudence actuelle est cependant clairement en sens inverse ce qui est contestable²⁷³¹.

2. Le rejet de la protection contre les changements de circonstances économiques

783. Théorie de l'imprévision. Avec la réforme du droit des obligations de 2016, la théorie de l'imprévision a été généralisée à l'article 1195 Code civil²⁷³². Ce texte énonce que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.*

Dorénavant, le débiteur d'une obligation devenue excessivement onéreuse à la suite d'un événement imprévisible peut solliciter la renégociation ou la résiliation contractuelle. Cette disposition

²⁷²⁶ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 554.

²⁷²⁷ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 807.

²⁷²⁸ *Supra* n° 775.

²⁷²⁹ *Ibid.*

²⁷³⁰ Article L. 131-8 CPI : « *En vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres, telles qu'elles sont définies à l'article L. 112-2 du présent code, les auteurs, compositeurs et artistes bénéficient du privilège prévu au 4° de l'article 2101 et à l'article 2104 du Code civil* ».

²⁷³¹ Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2007, n° 06-13.342, *JurisData* n° 2007-038325 : « *Mais attendu qu'ayant constaté que, selon contrat du 1er juillet 1983, M. X... avait cédé à l'association Rempart la totalité de ses droits patrimoniaux d'auteur, sans se réserver la possibilité de poursuivre les tiers contrefacteurs en raison des atteintes qui y seraient éventuellement portées, la cour d'appel l'a déclaré à bon droit irrecevable à agir en contrefaçon sur le fondement de ces droits, peu important que ceux-ci aient été cédés en contrepartie d'une rémunération proportionnelle ; que le moyen n'est pas fondé ; Sur le premier, pris en sa seconde branche, telle qu'elle figure dans le mémoire en demande : Attendu que la garantie due à l'éditeur de l'exercice paisible et exclusif des droits cédés n'offre pas à l'auteur la possibilité d'agir en contrefaçon pour la réparation du préjudice patrimonial qui lui est personnel ; que le moyen tiré de la violation de l'article L. 132-8 du code de la propriété intellectuelle n'est pas fondé* ».

²⁷³² P. SIRINELLI, « L'équilibre dans le contenu du contrat », *D. IP/IT* 2016. 240.

met fin à la jurisprudence du *Canal de Crapône* de 1873²⁷³³ qui avait considéré que les stipulations contractuelles devaient s'appliquer en tout état de cause nonobstant le changement de circonstances économiques. Plusieurs arrêts avaient déjà infléchi cette jurisprudence. Les arrêts *Huard*²⁷³⁴ et *Chevassus*²⁷³⁵ étaient venus poser une obligation de renégociation du contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles.

Ce texte a été accueilli favorablement par la doctrine spécialisée en droit d'auteur. Comme le rappelle justement le Professeur SIRINELLI, « *la règle était importante dans le champ des nouvelles techniques où les conventions s'inscrivent dans la durée, alors que l'environnement technologique, industriel et économique dans lequel l'activité est déployée est profondément mouvant* »²⁷³⁶. Pour le Professeur POLLAUD-DULIAN, l'article 1195 Code civil permettra de corriger l'incomplétude de l'article L. 131-5 CPI applicable à tous les contrats d'auteur²⁷³⁷. Pour Monsieur PRÈS, il s'agit « *d'un changement de paradigme* », « *une innovation majeure* », qui va plus loin que les mécanismes déjà présents au sein de notre droit²⁷³⁸. De même, dans un article dédié à la coexistence du droit commun des contrats et du droit des contrats d'auteur, Monsieur SERFATY se félicite de la consécration de la théorie de l'imprévision dans le Code civil qui voit ses effets renforcés par rapport à son homologue en droit d'auteur²⁷³⁹. Monsieur BOISSON relevait dans le même état d'esprit que le droit commun avait rattrapé le droit spécial et qu'il était plus favorable pour l'auteur²⁷⁴⁰. Toutefois, Madame MARÉCHAL est plus nuancée dans la mesure où si elle admet que l'article 1195 du Code civil devrait pouvoir s'appliquer aux rapports entre auteur et exploitant, la disposition ne peut empiéter sur le domaine de l'article L. 131-5 CPI qui consacre un mécanisme de lésion et un mécanisme d'imprévision²⁷⁴¹.

²⁷³³ Cass. Civ. 6 mars 1876, *Commune de Pélissanne c/ Marquis de Galliffet, Affaire Canal de Craponne*, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, GAJC, Dalloz, 13^e éd. 2015, n° 165.

²⁷³⁴ Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338 ; D. 1995. 85, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre ; JCP 1993. II. 22164, note G. Virassamy.

²⁷³⁵ Com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1999. 9 ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre, et 646, obs. P.-Y. Gautier ; JCP 1999. II. 10210, note Y. Picod, et I. 143, obs. C. Jamin ; *Deffrénois* 1999. 371, obs. D. Mazeaud.

²⁷³⁶ P. SIRINELLI, « L'équilibre dans le contenu du contrat », D. IP/IT 2016. 240.

²⁷³⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », RTD com. 2016, p. 503 : « *tous les défauts dus à un malheureux excès de précisions superflues dans l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle sont absents du Code civil, si bien que le texte spécial, trop restrictif, semble a priori beaucoup moins favorable aux personnes qu'il est destiné à protéger, que les dispositions du droit commun ! L'article 1195 ne se limite pas au forfait ni même au prix, ne confond pas lésion et imprévision, ne pose pas de quantum du déséquilibre* ».

²⁷³⁸ X. PRÈS, « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ contrat*, 2018, p. 112.

²⁷³⁹ V. SERFATY, « La protection de l'auteur par le droit commun réformé des contrats, entre complémentarité et conflit avec le droit spécial », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, L. ANDREU et L. MIGNOT (dir.), Institut universitaire Varenne, 2017, p. 149.

²⁷⁴⁰ A. BOISSON, « Imprévision et édition de livres numériques : le droit commun a-t-il rattrapé le droit spécial ? » *RLDC* nov. 2016, p. 27.

²⁷⁴¹ C. MARÉCHAL, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », *Comm. com. électr.*, n° 6, juin 2016, ét. 11, n° 4 : « *Ce mécanisme dérogatoire, auquel les juges sont restés réticents, est désormais en concurrence avec un mécanisme similaire relevant du droit commun. Lorsque les conditions d'ouverture de l'action en révision, comme la proportion des sept douzièmes, ne sont pas remplies, il est difficile d'admettre que l'auteur les contourne en agissant sur le terrain du droit commun, alors qu'il existe un texte spécial qui lui ferme cette action. En revanche, en dehors du domaine d'application du mécanisme spécial, on ne voit pas ce qui pourrait empêcher un auteur de le faire lorsqu'il perçoit un taux de rémunération très désavantageux par rapport au succès de l'œuvre, maintenant que le droit commun des contrats admet le mécanisme de révision. Réciproquement, on ne voit pas pourquoi l'action en révision pour imprévision du droit commun ne serait pas aussi ouverte au cocontractant de l'auteur, ce qui n'est pas le cas sur le terrain de l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle* ».

784. Inapplicabilité de principe de la théorie de l'imprévision. À contre-courant de cette opinion, l'analyse démontre que l'article 1195 du Code civil ne saurait s'appliquer au contrat d'édition, qu'il soit invoqué par l'auteur ou par l'éditeur, ou alors de façon très marginale.

Concernant l'auteur, l'article ne semble pas devoir s'appliquer au regard de la condition d'onérosité de l'exécution. En effet, le mécanisme est subordonné à l'existence d'une obligation dont l'exécution serait devenue excessivement onéreuse au regard des nouvelles circonstances économiques. À suivre scrupuleusement l'article 1195 Code civil, l'onérosité devrait donc, dans le cadre du contrat d'édition, s'apprécier sur la remise des droits d'édition et non sur la valeur des droits d'édition eux-mêmes. Dès lors, on voit mal comment l'obligation de remise d'un bien immatériel, qui n'impose aucune activité particulière de la part de l'ayant droit, pourrait devenir excessivement onéreuse. Certains auteurs ont fait valoir ce point pour mieux le réfuter. Monsieur BOISSON estime à cet égard que l'auteur peut « *souffrir d'une "onérosité excessive"* » du fait du décalage entre la valeur des droits d'édition et la rémunération effectivement perçue²⁷⁴². Une telle acception reviendrait à transformer sans la moindre ambiguïté la théorie de l'imprévision en une forme de lésion généralisée, ce qui ne semble pas être le but poursuivi par le législateur. L'imprévision n'a pas vocation à sanctionner les contrats déséquilibrés. D'autres mécanismes sont destinés à cet effet²⁷⁴³, particulièrement en droit d'auteur qui connaît des mécanismes correcteurs déjà analysés au sein des développements précédents²⁷⁴⁴. Le mécanisme de l'imprévision prévient la ruine que connaîtrait un débiteur au regard des conséquences de sa prestation sur son propre patrimoine. Dans l'affaire du *Canal de Crapône*, le problème n'était pas tant l'adéquation du prix de la redevance pour la fourniture de l'eau mais le fait que le prix en question ne couvrait même plus les frais d'entretien du canal qui incombait au débiteur. C'est donc l'effort réalisé par le débiteur pour exécuter sa prestation contractuelle qui l'exposait à une faillite certaine et qui posait le problème de l'imprévision. Ces aspects d'effort contractuel et de faillite personnelle ne se retrouvent pas à l'endroit de l'auteur qui transfère les droits d'exploitation.

Concernant l'éditeur, l'article ne paraît pas plus applicable. Il est vrai qu'un changement de circonstances économiques peut rendre son obligation d'édition excessivement onéreuse. Ainsi, il faudrait un changement de circonstances économiques qui rende trop onéreuse l'édition d'un ouvrage, par exemple une augmentation significative du prix de l'encre ou du prix du papier. Plus concevable en pratique, on pourrait justifier un changement de circonstances économiques par la découverte d'un passif fiscal qui obérerait les finances de l'éditeur. Mais, même dans ces hypothèses, la révision pour imprévision ne devrait pas pouvoir s'appliquer. En effet, comme cela a été expliqué en première partie, l'identité du contrat d'édition repose sur le fait que le risque éditorial est supporté en tout état de cause par l'éditeur sans qu'il ne soit possible de prendre des stipulations en sens inverse²⁷⁴⁵. Ce risque étant de l'essence de la convention, la troisième condition prévue à l'article 1195 Code civil, qui suppose que le débiteur n'ait « *pas accepté d'en assumer le risque* », fait défaut. Par conséquent, l'éditeur ne saurait se prévaloir de la théorie de l'imprévision.

785. Conclusion de section. Afin de compléter le régime juridique du contrat d'édition, le droit civil s'avère être d'un recours non négligeable, à condition qu'il ne contredise pas l'esprit du contrat

²⁷⁴² *Ibid.* : « la condition posée par le droit civil d'une "exécution excessivement onéreuse" se retrouve-t-elle en la matière ? Alors qu'aucune obligation monétaire ne pèse sur l'auteur, seul l'éditeur, débiteur de redevances, semble pouvoir subir un renchérissement excessif de son obligation ». Il poursuit cependant de la sorte : « Une telle lecture serait superficielle : on ne peut estimer que le contrat d'édition ne "coûte rien à l'auteur". Le contrat d'édition est certes onéreux du fait que l'éditeur est le débiteur d'une obligation de paiement ; mais il l'est également du fait que l'auteur met son œuvre à la disposition exclusive de l'éditeur qui en percevra les fruits. Entre la valeur de ce qu'il a donné et de ce qu'il reçoit, l'auteur saura, lui aussi, souffrir d'une "onérosité excessive" ».

²⁷⁴³ Il s'agit principalement du déséquilibre significatif prévu à l'article 1171 du Code civil lorsque le déséquilibre porte sur autre chose que sur la valeur des prestations et de la lésion à propos de laquelle l'article 1168 du Code civil énonce qu'en principe

²⁷⁴⁴ *Supra* n° 554 et s.

²⁷⁴⁵ *Supra* n° 366 et s.

d'édition. Le Code civil permet tout d'abord d'encadrer la phase de négociation contractuelle. En l'absence de disposition particulière dans le droit d'auteur réglementant les vices du consentement, il revient au droit civil de s'appliquer à titre complémentaire. De la même façon, le Code civil offre un ensemble de règles qui réglemente les cas où le contenu du contrat serait illicite ou inexistant.

Ensuite, en phase d'exécution, le droit civil ajoute au droit d'auteur plusieurs mécanismes qui permettent de protéger l'exploitation de l'œuvre, d'une part, contre les interférences des parties et, d'autre part, contre les interférences extérieures à la volonté des parties. L'auteur doit respecter les règles du droit de la vente et mettre l'éditeur en mesure d'exploiter l'œuvre. Corrélativement, l'éditeur ne saurait se dégager de son obligation d'exploitation par la mise en œuvre de stipulations contractuelles. Lorsque les interférences proviennent d'événements extérieurs à la volonté des parties au contrat d'édition, le Code civil permet d'organiser la protection de l'exploitation. En premier lieu, lorsque les tiers portent atteinte à l'exploitation de l'œuvre, il revient au droit civil d'expliquer les règles d'attribution de l'action en cessation de trouble. Mais en second lieu, lorsque l'exploitation est perturbée à la suite d'un changement de circonstances économiques, les dispositions de l'article 1195 Code civil laissent entendre que les mécanismes de révision ou de résiliation ne seraient pas applicables.

Section II

L'EXCLUSION DU DROIT ÉCONOMIQUE

786. Présentation. Plan. Est-il possible d'aller au-delà du Code civil et de compléter le régime du contrat d'édition par les règles dites de droit économique ? L'expression de droit économique désigne en doctrine un corps de normes composé du droit de la consommation et du droit des relations commerciales. Le contrat d'édition est-il soluble dans ces règles ? La réponse demeure en l'état incertaine. Deux raisons pourraient conduire à une réponse positive. D'une part, ces dispositions ont vocation à protéger une partie faible. D'autre part, ce pan du droit, récemment créé, dispose d'un domaine d'application suffisamment large pour concevoir une protection parallèle et complémentaire à celle proposée par le CPI. Malgré cela, une analyse des différentes *ratio legis* conduira à exclure au moins partiellement le droit de la concurrence²⁷⁴⁶ (1) et totalement le droit de la consommation (2).

§ 1. L'EXCLUSION PARTIELLE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

787. Exclusion des règles relatives aux pratiques restrictives. D'apparence, la question de l'applicabilité au contrat d'édition du droit des relations commerciales est bien moins équivoque que celle du droit de la consommation. Jusqu'à présent, les cours d'appel saisies de la question ont systématiquement refusé l'application du livre IV du Code de commerce aux litiges portant sur un contrat d'édition. Notons, à ce propos, un arrêt de la cour d'appel de Douai du 27 juin 2013 et un arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 octobre 2013.

Le premier arrêt porte sur un contrat d'édition conclu entre une association et un exploitant. L'association souhaitait se prévaloir des dispositions relatives à la rupture brutale des pourparlers issues de l'article L. 442-6 Code de commerce. La cour d'appel a rejeté les prétentions de cette dernière en estimant « *que les dispositions de l'article L. 442-6 I du Code de commerce qui sanctionnent la rupture brutale des relations commerciales [n'étaient] applicables qu'aux producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées* ».

²⁷⁴⁶ Sur l'inadaptabilité du droit de la concurrence à la propriété intellectuelle v. P. SIRINELLI, L. VOGEL et Ph. CHANTEPIE, Rapport sur *La propriété intellectuelle et le droit de la concurrence*, mars 2004, n° 32-33 : « *Une approche économique de la concurrence implique d'examiner les notions de marchés et de comportements anticoncurrentiels qui s'analysent in concreto. Or sur ce point, on ne peut que relever la difficulté d'appliquer les instruments d'analyse économique au droit d'auteur, ceux-ci prenant la plupart du temps appui sur le brevet dont les conditions d'attribution et d'exercice sont sensiblement différentes. L'étude des décisions rendues par les autorités de la concurrence témoigne de la difficulté d'appliquer des concepts économiques conçus pour des biens et services matériels, comme le concept de substituabilité, à des biens immatériels, tels que les droits de propriété intellectuelle* ».

au registre des métiers, ce qui [n'était] pas le cas du GNNAD, association de la loi de 1901 à but non lucratif»²⁷⁴⁷. Dans un arrêt du 24 octobre 2013, la cour d'appel de Paris a reconduit sa solution²⁷⁴⁸. Ainsi, le cédant n'étant ni producteur, ni commerçant et encore moins immatriculé au répertoire des métiers, le droit commercial ne saurait lui être opposé. Dès lors que l'application de l'article L. 442-6 Code de commerce est refusée à un auteur ou à un ayant droit au seul motif qu'il n'est pas inscrit au répertoire des métiers, ne devrait-on pas rétablir l'empire de la disposition lorsque le cédant est un partenaire commercial valablement inscrit²⁷⁴⁹ ? Bien qu'une réponse positive se dégage *a contrario* de la jurisprudence précitée, le droit des pratiques restrictives n'a pas vocation à s'appliquer au contrat d'édition. D'une part, la logique économique qui irrigue ce droit ne correspond pas aux rapports tissés entre l'auteur et l'éditeur en vertu d'un contrat d'édition. D'autre part, l'application de ce droit étant conditionnée à l'inscription au RCS, l'écrasante majorité des auteurs qui ne sont pas commerçants ne pourront bénéficier de cette protection qui sera réservée aux professionnels qualifiés de partie faible. On se retrouverait dans la situation ubuesque où un professionnel – certes partie faible – serait davantage protégé qu'un auteur.

788. Application des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles. En matière de pratiques anticoncurrentielles (PAC), les choses sont différentes²⁷⁵⁰. En droit français, les PAC renvoient à trois hypothèses ayant pour conséquence de porter atteinte au marché économique. Il s'agit des ententes définies à l'article L. 420-1 Code de commerce comme « *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* » qui ont pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence²⁷⁵¹. Il s'agit ensuite de l'exploitation abusive d'une position dominante présentée par l'article L. 420-2 Code de commerce comme consistant notamment « *en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ». Là encore, l'abus de position dominante est prohibé dès lors qu'il fausse les règles de la libre concurrence. Enfin, le droit des PAC est également composé du droit des concentrations qui régleme les rapprochements entre entreprises. Au regard de sa très grande spécificité, ce dernier ne sera pas étudié dans les prochains développements²⁷⁵². Ces définitions ainsi posées, il apparaît que le droit des PAC, contrairement aux pratiques restrictives, n'a pas vocation à protéger les parties mais le marché. Il s'agit de règles de police économique dont la mise en œuvre

²⁷⁴⁷ Douai, 1^{re} ch., sect. A, 27 juin 2013, n° 12/05867.

²⁷⁴⁸ Paris, pôle 5, ch. 5, 24 oct. 2013, n° 12/17506 : « *la demande de dommages-intérêts pour rupture brutale de relations commerciales établies, l'UDSP 77 observe que l'article L. 442-6 5° du Code de commerce, qui en est le fondement, ne peut lui être opposé puisqu'il ne s'applique qu'aux relations commerciales établies avec un "producteur, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers", et qu'elle n'entre dans aucune de ces catégories puisqu'elle est une association régie par la loi de 1901* ».

²⁷⁴⁹ V. CEPC 16 mai 2012, avis n° 12-07 qui définit le « *partenaire commercial* » visé par l'article L. 442-6 Code de commerce comme « *le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une action quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de service, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant* ».

²⁷⁵⁰ G. BEAUDOIN, *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, th. dactyl. Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, notamment n° 216 et s. où l'auteur envisage l'application des PAC des contrats portant sur le droit de reproduction.

²⁷⁵¹ Art. 420-1 Code de commerce : « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ».

²⁷⁵² Pour une étude des rapports entre droit d'auteur et droit de la propriété littéraire et artistique voir notamment, C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. G. BONNET, IRPI ; G. HANIA, *Droit d'auteur et droit de la concurrence*, th. dactyl. Univ. Paris II, 2006 ; A. FRANÇON *Les relations entre les règles de concurrence et les droits de propriété intellectuelle*, RI conc. 1987, n° 151.

passé par le ministère public²⁷⁵³. Le contentieux relève même de la matière pénale au sens de la CEDH²⁷⁵⁴. Dans d'autres législations, on pense notamment au droit américain, l'application de l'équivalent local du droit des PAC est facilitée par le fait que le *copyright* s'inscrit lui-même dans une démarche concurrentielle²⁷⁵⁵. Dès lors, l'esprit de ces lois étant la protection du marché, il est logique de les appliquer aux conséquences économiques d'un contrat d'édition²⁷⁵⁶. Plusieurs affaires vont en ce sens.

En 2003, un contentieux mené sur le terrain des PAC a abouti à la condamnation d'une cession de droits d'édition. Les faits de l'espèce étant complexes, un bref rappel s'impose. Un contrat de cession de droits d'auteur avait été conclu entre un producteur audiovisuel et une chaîne de télévision qui souhaitait recueillir pour sa filiale les droits d'édition d'un film sous la forme de vidéogramme. Dans le contrat était prévu un certain nombre de clauses qui interdisaient aux deux parties de contracter avec d'autres partenaires commerciaux durant plusieurs années. Reprenant la position de la cour d'appel de Paris²⁷⁵⁷ et du Conseil de la concurrence²⁷⁵⁸, la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait bien d'une entente prohibée au sens de l'article 420-1 Code de commerce, visant à exclure les concurrents du marché dérivé de l'édition vidéographique²⁷⁵⁹. D'autres situations plus modernes sont envisageables. Imaginons un géant de la VOD, comme Netflix²⁷⁶⁰, qui verrouillerait le marché en imposant à son partenaire producteur audiovisuel diverses clauses d'exclusivité et de non-concurrence au sein du contrat d'édition VOD. Un abus de position dominante pourrait ainsi être caractérisé.

D'autres décisions de justice célèbre ont, dans certaines hypothèses, refusé d'appliquer le droit des PAC en matière de contrat d'édition. Il en a été ainsi lorsqu'un célèbre auteur, Ernest Hemingway, pour ne pas le citer, a décidé de fractionner ses droits et de procéder à des contrats d'édition dans plusieurs pays européens à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande. L'État irlandais s'est alors plaint de l'absence de traduction anglaise sur son territoire²⁷⁶¹. En creux, l'État reprochait une potentielle entente ayant vocation à neutraliser le marché anglophone afin de ne pas exporter d'exemplaires. À la

²⁷⁵³ C. ROUGEAU-MAUGER, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence » *RTD com.* 2010, p. 653 ; M. CHAGNY, « La refonte du Titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme ? », *RTD com.* 2019, p. 353 ; J.-H. ROBERT, « De la nécessité d'un ministère public », in *Office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle*, LGDJ, O. CAYLA, F. RENOUX-ZAGAME (dir.), coll. « La pensée juridique », 2001, p. 227. J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *Rev. inter. dr. éco.*, vol. T. xxiv, 1, no. 1, 2010, pp. 61-79.

²⁷⁵⁴ V. R. AMARO, *Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles*, préf. M. BERAR-TOUCHAIS, Bruylant, 2014, n° 459 et s. ; L. IDOT, « La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européenne. (1^{er} juill. 2010 - 1^{er} mai 2012) », *RSC*, 2012, n° 2, p. 315, n° 1 : « Parmi les différentes composantes du droit de la concurrence de l'Union européenne, seul le droit antitrust, soit les articles 101 et 102 TFUE, présente des caractères qui permettent de le rattacher à la « matière pénale » au sens de l'article 6 CEDH ».

²⁷⁵⁵ J. DREXL, « Abuse of dominance in licensing and refusal to licence : A 'more economic approach' to competition by imitation and to competition by substitution », In C. D. Ehlermann, & I. Atansiu (Eds.), *The Interaction between Competition Law and IP Law* (pp. 647-664). Oxford : Hart Publishing. L'esprit américain du *copyright* se saisit plus facilement des questions d'ordre économique et concurrentiel, la notion de Progrès étant la clé voûte constitutionnelle de la protection des créations, v. Constitution des États-Unis, article 1, section 8, « Le congrès est autorisé [...] à promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en garantissant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs œuvres écrites et inventions respectives ».

²⁷⁵⁶ Monsieur MONTELS écrit ainsi de façon provocatrice que le droit de la concurrence est le « meilleur ami du droit d'auteur », B. MONTELS, « Les apports du droit de la concurrence au droit d'auteur », *Legicom*, 2001/2, n° 25, p. 33.

²⁷⁵⁷ Paris 1^{re} ch., 21 nov. 2000, *JurisData* n° 2000-132566.

²⁷⁵⁸ Cons. conc., 99-D-85, 22 déc. 1999, *Comm. com. électr.*, 2000, comm. n° 69.

²⁷⁵⁹ Cass. com. 26 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 178, *Comm. com. électr.*, 2004, comm. 20, note Decocq ; *JCP G.* 2004, I, 113, n° 2, obs., C. Caron.

²⁷⁶⁰ É. TREPPOZ, « En attendant Netflix ! », *JAC*, 2014, n° 11, p. 3 ; J. BRUNET, « Netflix et le marché français : entre tradition et modernité », *JAC*, 2014, n° 15, p. 35.

²⁷⁶¹ C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. G. BONNET, IRPI, n° 125.

suite de l'intervention de la Commission européenne, un nouvel accord a été trouvé avec un cessionnaire anglo-saxon, ce qui a mis fin aux demandes des États concernés²⁷⁶². Néanmoins, le point a été de nouveau soulevé, en matière contentieuse cette fois-ci, et la CJCE a considéré que les éditeurs étaient libres d'adopter la stratégie économique qui leur plaisait et que le fait qu'une zone géographique ne soit pas alimentée n'établissait pas en soi l'existence d'un cartel regroupant les autres coéditeurs²⁷⁶³.

§ 2. L'EXCLUSION TOTALE DU DROIT DE LA CONSOMMATION

789. Présentation des enjeux. Plan. Les rapports entre le droit d'auteur et le droit de la consommation n'ont jamais suscité un vif intérêt de la doctrine²⁷⁶⁴. Pourtant, il existe des frictions entre ces deux matières, par exemple lorsque des associations de consommateurs reprochent aux éditeurs de musique en ligne de ne pas assurer l'interopérabilité des fichiers proposés aux lecteurs en vente²⁷⁶⁵. Fréquemment présenté comme le nouveau droit commun des contrats²⁷⁶⁶, le Code de consommation présente pourtant la particularité d'avoir un champ d'application des plus vastes alors même qu'il ne régleme qu'un droit spécial²⁷⁶⁷. Bien que l'applicabilité du droit de la consommation au contrat d'édition suscite des incertitudes (A), l'analyse conduira à émettre de fermes réserves en la matière (B).

A. LES INCERTITUDES QUANT À L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONSOMMATION

790. Incertitudes légales. Les interrogations sur l'applicabilité du Code de consommation au contrat d'édition sont étroitement liées aux difficultés d'établir un critère de délimitation pertinent des règles consuméristes²⁷⁶⁸. En effet, l'article préliminaire du Code de consommation donne une définition très large de la notion de consommateur. À suivre cette disposition, « est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Le consommateur n'est qu'une personne qui ne contracte pas dans son domaine. En aucun cas il n'est fait référence à ses connaissances limitées²⁷⁶⁹ ou au fait qu'il passe un contrat de consommation. Si l'on suit rigoureusement cette définition, l'auteur qui conclut un contrat d'édition

²⁷⁶² CE 1977, Bull., § 2.1.20, p. 34 ; PIBD 1977, III, p. 187.

²⁷⁶³ CJCE, 15 juin 1976, aff. 51/75 : Rec. CJCE 1976, p. 811.

²⁷⁶⁴ V. toutefois, V. Ch. CARON, « Le consommateur en droit d'auteur », in *Études de droit de la consommation*, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 245, spéc. p. 247, pour qui le droit d'auteur et le droit de la consommation partagent des « logiques communes ».

²⁷⁶⁵ TGI Nanterre, 24 juin 2003, *D.* 2003, Somm. p. 2823, obs. C. Le Stanc ; *C.C.C.*, 2003, n° 191, obs. G. Raymond ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. n° 86, par P. Stoffel-Munck, confirmé par Versailles, 30 sept. 2004, *Juricom.net* ; TGI Nanterre, 2 sept. 2003, *Propri. intell.* 2003, n° 9, p. 464, obs. J.-M. Bruguière et M. Vivant, confirmé par Versailles, 15 avr. 2005, *Juricom.net*, qui prononce en outre des dommages-intérêts ; TGI Paris, 2 oct. 2003, *Comm. com. électr.*, 2003, comm. n° 120, par L. Grynbaum ; TGI Nanterre, 15 déc. 2006, RG n° 05/03574, *D. act.* 5 fév. 2007, A. Lienhard.

²⁷⁶⁶ H. BARBIER, « Le droit de la consommation peut-il être un droit commun ? », *RTD civ.* 2018, p. 96.

²⁷⁶⁷ Nous reprendrons alors la formule du Professeur CALAIS-AULOY, *Actes du colloque du 24 fév. 1994 de l'Université de Reims*, J. CALAIS-AULOY et H. CAUSSE (dir.), Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1995, p. 18 : « L'existence du droit de la consommation, en tant que matière particulière se trouve consacrée, comme le fut en son temps le droit du travail ; un code, un droit » ; G. RAYMOND, « Bienvenue au code de la consommation », *C.C.C.*, 1993, chr. 8, p. 1 : « Par ce code, le droit de la consommation accède à une certaine autonomie ».

²⁷⁶⁸ N. RZEPECKI, « Le code de la consommation, un code du consommateur ? » in *Mélanges en l'honneur de G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 711.

²⁷⁶⁹ L. PINTO, « La construction sociale d'une fiction juridique : le consommateur, 1973-1993 », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 199, n° 4, 2013, p. 4 : « Le consommateur "moyen", à la fois distinct du bon père de famille et de la mère de famille crédule, est celui auquel les juges sont fondés à pardonner l'insuffisance d'un genre spécifique de connaissances, celles présumées techniques, ésotériques, accessibles à un petit nombre d'experts et d'hommes de métier ».

serait nécessairement un consommateur et serait éligible à la protection consumériste dans ses rapports avec l'éditeur²⁷⁷⁰. Nous pouvons cependant arguer du fossé existant entre une personne qui achète des denrées alimentaires dans un hypermarché et un auteur qui cède son droit d'exploitation à un éditeur. Si l'applicabilité du Code de consommation est conditionnée à la présence d'un « acte de consommation », force est d'admettre que l'auteur ne semble rien consommer, bien au contraire, il vend son droit à l'éditeur. Il faudrait alors s'interroger sur l'opportunité de qualifier un vendeur de consommateur²⁷⁷¹.

Pour le Professeur Denis MAZEAUD, « *faute de critère fiable permettant de déterminer son domaine (...) les contours imprécis du droit commun des contrats et du droit spécial de la consommation semblent donc condamner toute démarche comparative et frapper d'inanité toute réflexion sur la réalité et la rigidité de leurs frontières supposées* »²⁷⁷². Par voie de conséquence, son champ d'application ne saurait être cantonné, si bien que le Code de consommation aurait vocation à prolonger le Code civil.

791. Incertitudes prétoriennes. En la matière, cinq arrêts ont été rendus dont un par la Cour de cassation. Il convient de les présenter successivement.

- Le premier arrêt date du 22 mars 1990 et opposait un auteur – joaillier – à une association qui menait une activité éditoriale. Un contentieux s'est ouvert sur la nature d'une clause en vertu de laquelle l'association qui édite une œuvre publicitaire se verrait dégager de toute responsabilité si d'aventure l'édition en question causait un trouble à des tiers. La cour d'appel de Paris a considéré que la clause en question entrait dans le champ d'application de l'article 2 du décret du 24 mars 1978 qui dresse la liste « noire » des clauses devant de plein droit être réputées non écrites²⁷⁷³. La cour d'appel a donc fait application des règles consuméristes au contrat d'édition.

- Le deuxième arrêt datant du 17 octobre 1995 a conclu un litige opposant un auteur à son éditeur, le premier reprochant au second de ne pas avoir suffisamment contribué à la promotion publicitaire de l'œuvre éditée. Il souhaitait ainsi engager la responsabilité de l'éditeur. Fondant ses prétentions sur l'ancien article L. 121-1 Code de la consommation, l'auteur a fait valoir que la publicité présente sur le site de l'éditeur où était détaillée la promotion de l'œuvre était en réalité mensongère. La cour d'appel a rejeté les prétentions de l'auteur mais elle a accepté le bien-fondé de la base légale en appréciant l'exploitation effective de l'œuvre à l'aune de l'ancien article L. 121-1 Code de la consommation²⁷⁷⁴.

²⁷⁷⁰ De façon générale, Monsieur TOUCHAIS parle de « rapport d'intersection » et de « rapport d'inclusion » pour illustrer les problèmes qui se posent quand deux corps de règles appartenant à des spécialités différentes ont vocation à s'appliquer au regard de leur champ d'application. Il écrit : « *C'est ainsi qu'une règle applicable à un contrat de consommation et une règle applicable au contrat de bail sont placées dans un rapport d'intersection. Le contrat de bail peut théoriquement répondre à la définition de contrat de consommation, mais les deux catégories possèdent un domaine propre. Il existe en effet des baux conclus entre deux particuliers ou deux professionnels* ». M. TOUCHAIS, *La règle impérative. Contribution à l'étude de la dérogation conventionnelle aux lois*, th. dactyl., 2019, n° 194.

²⁷⁷¹ E. GICQUIAUD, « Le consommateur-vendeur », *D.* 2014, p. 559 n° 10 : « *Rien dans le Code civil ne permet de tenir compte de la spécificité du rapport de force dans les relations contractuelles entre un acquéreur-professionnel et un vendeur-particulier, par rapport au schéma classique de la vente. Le législateur a en effet écrit ces textes avec l'idée que le vendeur est la partie forte dans le rapport d'obligation puisque le contrat porte sur sa propre prestation* ». En réalité, cet état du droit peut s'expliquer par le désintéret des situations de marché inversé comme peuvent l'être les monopsones ou les oligopsones. Il en découle un profond désintéret juridique pour les contrats de vente traversés par une « *puissance d'achat* » de l'acquéreur (J.P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. dact. Grenoble II, 1996, n° 531, p. 522). Si l'on admet que la puissance contractuelle est celle de l'acheteur et non celle du vendeur, il semble plus concevable d'admettre que le vendeur est lui-même consommateur.

²⁷⁷² D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697, n° 4 et s.

²⁷⁷³ Paris, 22 mars 1990, *D.* 1990, IR., p. 98.

²⁷⁷⁴ Paris, ch. 13, sect. A, 17 oct. 1995, n° 95-2019, *JurisData* n° 1995-023409 : « *une telle publicité ne révélait], en effet, aucun élément indubitablement trompeur, quel que soit le caractère limité des résultats pouvant être légitimement espérés d'un contrat d'édition à compte d'auteur, le plus souvent décevants, mais ne pouvant être comparés à ceux obtenus auprès d'un éditeur classique* ».

Notons que cet arrêt a qualifié la convention de « *contrat d'édition à compte d'auteur* ». Dès lors, il n'est pas possible de savoir avec certitude si la cour d'appel traitait d'un contrat d'édition ou d'un contrat à compte d'auteur. Ce point est déterminant dans la mesure où les deux qualifications sont, par nature, exclusives l'une de l'autre²⁷⁷⁵. Dans l'hypothèse où la convention est un contrat à compte d'auteur, l'arrêt serait hors de notre champ d'étude.

- Dans le troisième arrêt, la même cour d'appel de Paris a consacré, le 3 septembre 2010, la solution inverse²⁷⁷⁶. Il s'agissait d'un auteur qui souhaitait mettre fin à la relation contractuelle qu'il entretenait avec son éditeur. Il invoquait, entre autres, la nullité de certaines stipulations sur le fondement du droit des clauses abusives prévues à l'article L. 132-1 Code de la consommation – nouvellement L. 212-1. La cour d'appel de Paris a rejeté les prétentions de l'auteur au motif « *que les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (C. consom., art. L. 132-1) qui organisent la protection des consommateurs dans leurs rapports avec des professionnels, ont vocation à s'appliquer à des conventions dont l'objet est la vente d'un produit ou la prestation d'un service, ce qui n'est pas le cas du contrat d'édition* »²⁷⁷⁷. Contrairement à l'arrêt précédent, la cour d'appel de Paris s'est positionnée sur l'applicabilité du droit de la consommation au contrat d'édition qu'elle a rejeté.

- Enfin, dans le quatrième et dernier arrêt d'appel, la cour d'appel d'Aix a eu à trancher un litige dont les faits étaient similaires à ceux de l'arrêt du 17 octobre 1995, à ceci près que la cour d'appel a bel et bien qualifié un contrat d'édition au sens de l'article L. 132-1 CPI²⁷⁷⁸. Elle a alors reconduit la position adoptée par la cour d'appel de Paris le 17 octobre 1995 en acceptant d'analyser la situation juridique à la lumière du Code de la consommation²⁷⁷⁹.

- Le 12 juillet 2014, la Cour de cassation a été saisie du contentieux suivant : un auteur avait contracté, à distance, un contrat d'édition le 23 juillet 2012 sans qu'aucune date d'exécution n'ait été mentionnée. Peu après, l'auteur a dénoncé le contrat par lettre recommandée avec accusé de réception. En vertu des articles L. 121-20-3 CPI et L. 114-1 Code de la consommation, le consommateur est habilité à demander la résolution du contrat qui ne prévoit pas de date d'exécution. L'éditeur a contesté la demande de résolution et l'affaire a été portée devant la juridiction de proximité de Pontoise. Cette dernière a donné raison à l'éditeur. Finalement, la Cour de cassation a cassé la décision du juge de proximité sur le fondement des articles L. 121-20-3 et L. 114-1, alinéas 2 et 3, Code de la consommation²⁷⁸⁰. Dans la seule hypothèse où le point lui avait été soumis, la Cour de cassation a fait application du droit de la consommation au contrat d'édition.

²⁷⁷⁵ *Supra* n° 380.

²⁷⁷⁶ Paris pôle 5, ch. 2, 3 sept. 2010, RG : 09/03200, M. R c/ *La Martinière Groupe*, *JurisData*, n° 2010-019213, *Propriété intellectuelle* 2011/1, n° 38, p. 97.

²⁷⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁷⁸ Aix-en-Provence, 2^e ch., 20 déc. 2012, *S.A.R.L. Éditions Productions Caracal c/ Mme. Marie Hélène Mack*, n° 11/13829, *JurisData*, n° 2012/ 498.

²⁷⁷⁹ Arrêt préc. : « *Madame MACK poursuit la condamnation de la SARL ÉDITIONS PRODUCTIONS CARACAL à lui payer la somme de 20 000 euros à titre de dommages et intérêts : (...) sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour non-respect des dispositions du Code de la consommation notamment de l'article L 121-1. (...) Par ailleurs, les deux pièces produites par Madame MACK, extraites du site STUDIO CARACAL et du site AMB FRANCE MUSIC, ne sont pas révélatrices d'une volonté délibérée de tromper le consommateur quel qu'il soit, au sens de l'article L 121-1-1 du Code de la consommation* ».

²⁷⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2014, n° 13-14.845, F-D, *Zorab M. c/ Sté In libro Reverbere*, *JurisData* n° 2014-015187, C.C.C., n° 11, nov. 2014, comm. n° 257, comm. G. Raymond : « *Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que lorsque le fournisseur n'a pas indiqué la date limite à laquelle il s'engage à exécuter la prestation de services, il est réputé devoir exécuter celle-ci dès la conclusion du contrat, le consommateur disposant d'un délai de soixante jours ouvrés à compter de cette date pour dénoncer le contrat à défaut d'exécution de la prestation convenue plus de sept jours après cette date, le contrat étant considéré comme rompu à la réception, par le prestataire de services ne s'étant toujours pas exécuté, de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception par laquelle le consommateur l'informe de sa décision ; (...) Qu'en statuant ainsi, quand elle relevait que le bon de commande accepté en juillet 2012 ne comportait aucune date d'exécution de la prestation de services et que Mme M. avait dénoncé le contrat pour inexécution par lettre*

B. LES RÉSERVES QUANT À L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONSOMMATION

792. Commentaire. S'il semble difficile de dégager une ligne jurisprudentielle claire et homogène de ces différents arrêts, la tendance générale qui s'en dégage est à l'application du Code de la consommation, notamment depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2014. Cette tendance suscite des réserves. D'une part, si l'on raisonne en termes de droit de comparé, on constatera que d'autres systèmes sont beaucoup moins nuancés et refusent d'appliquer ces règles aux contrats d'auteur. D'autre part, si l'on s'en tient à une approche philosophique du droit de la consommation et du droit d'auteur, ces deux corps de règles apparaissent trop éloignés pour s'appliquer conjointement au contrat d'édition.

793. Droit comparé. L'applicabilité des règles consuméristes aux contrats d'auteur a également fait débat dans d'autres législations. À titre d'exemple, le droit anglais qui connaît des dispositions similaires émanant du *Unfair Contract Term Act* de 1977 refuse d'en étendre l'application au contrat de la propriété intellectuelle²⁷⁸¹, l'auteur ne pouvant être assimilé à un consommateur, malgré les souhaits répétés de certains spécialistes²⁷⁸². D'autres systèmes juridiques ne disposent pas d'un corps de règles protecteur des consommateurs. C'est le cas du droit américain. Outre-Atlantique, il existe un débat à propos des clauses de non-concurrence parfois insérées dans les *publishing contracts*²⁷⁸³. En dépit des critiques²⁷⁸⁴, ces clauses peuvent être contestées uniquement sur le fondement du droit commun des contrats²⁷⁸⁵.

794. Conflit de philosophies. En droit français, l'application du droit de la consommation aux contrats d'édition suscite un conflit difficilement réductible entre deux philosophies. En effet, le droit de la consommation s'est construit dans la froideur des relations abstraites opposant des foules neutres de consommateurs à des distributeurs hyper-structurés. Le contrat étant conclu dans un climat de

recommandée avec demande d'avis de réception adressée en août 2012, la société Reverbere ne s'étant pas exécutée avant la réception de cette lettre, la juridiction de proximité n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et ainsi violé les textes susvisés ».

²⁷⁸¹ Unfair Contract Terms Act 1977. Schedule 1 of the Section 1(2)(c) « does not extend its provisions to— (c) any contract so far as it relates to the creation or transfer of a right or interest in any patent, trade mark, copyright [or design right], registered design, technical or commercial information or other intellectual property, or relates to the termination of any such right or interest ».

²⁷⁸² M. KRETSCHMER, E. DERCLAYE, M. FAVALE, R. WATT, « Relationship between copyright and contract law », A Review commissioned by the UK Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy (SABIP), 2010, p. 77.

²⁷⁸³ V. par exemple le *publishing agreement* proposé par l'University of Maine qui prévoit ainsi : « 11. *Competing Works: The Author agrees that during the existence of this Agreement, Author will not prepare or cause to be prepared or published in Author's name or otherwise, any work that shall interfere with or injure the sale or distribution of the Work herein specified* ».

²⁷⁸⁴ Authors Guild, « Delete the non-compete », *Indust. & advoc. news*, August 27, 2015 : « Unfortunately, many standard publishing agreements contain sweeping non-compete terms that can be used to restrict what else an author publishes and when. That's an unacceptable restriction on authors' livelihoods in an era when many writers are struggling just to make ends meet (...) Such unfair, open-ended non-compete clauses can prevent an author from pursuing other writing opportunities. If a new project even arguably deals with the same "subject" as the book under contract, a door swings shut and the non-compete can be invoked to prevent an author from publishing elsewhere. For writers specializing in a particular subject, this could be career-derailing ».

²⁷⁸⁵ Ainsi, dans l'affaire *Random House, Inc. v. Rosetta Books LLC* | 150 F Supp 2d 613 | July 11, 200, qui porte, notamment sur l'applicabilité d'une clause de non-concurrence dans un contrat d'édition, il est rappelé que les « non-compete clauses must be limited in scope in order to be enforceable in New York » en faisant référence aux jurisprudences de droit commun (« See *American Broad. Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 403-04, 420 N.E.2d 363, 367-68, 438 N.Y.S.2d 482, 486-87 (1981) ; *Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co., Inc. v. A-1-A Corp.*, 42 N.Y. 2d 496, 500, 369 N.E.2d 4, 6, 398 N.Y.S.2d 1004, 1007 (1977) »).

défiance *a priori*²⁷⁸⁶, les règles protectrices du consommateur trouvent à s'appliquer quasi-mécaniquement en réponse aux craintes qui entourent la société de consommation²⁷⁸⁷. Au contraire, les contrats d'auteur reposent sur une relation de confiance entre l'auteur et l'exploitant. Au terme de l'opération de qualification, le contrat d'édition a effectivement été qualifié de contrat fiduciaire²⁷⁸⁸. Dans une certaine mesure, les écarts comportementaux des parties doivent être tolérés. Ce n'est que lorsque l'atteinte est suffisamment caractérisée qu'il est permis de constater *a posteriori* la détérioration de la relation éditoriale. Incidemment à l'application du droit de la consommation, notre crainte serait de voir se substituer subrepticement une logique à une autre. Par exemple, alors que le manquement à l'obligation d'exploitation doit être suffisamment grave pour entraîner la résiliation du contrat d'édition, le moindre retard d'exploitation offrirait à l'auteur le pouvoir de se délier de son engagement sur le fondement du Code de la consommation. L'augmentation raisonnée de la protection de l'auteur ne fait sens qu'à la condition de conserver à l'esprit la logique relationnelle du contrat d'édition.

795. Conclusion de section. L'application de dispositions de droit économique parallèlement au droit civil n'offre pas toutes les garanties de lisibilité que l'on peut attendre. À suivre la jurisprudence, le cédant des droits d'édition serait fondé à invoquer le droit des pratiques restrictives de concurrence, si tant est qu'il soit un commerçant inscrit au RCS. On en arriverait alors à la situation dans laquelle le cédant commerçant bénéficierait de la protection du droit de la concurrence alors que l'auteur qui n'est pas inscrit au RCS en serait privé. Pour cette raison, le droit des pratiques restrictives de concurrence ne doit pas pouvoir s'appliquer au contrat d'édition. En revanche, il est légitime de lui appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, ce pan du droit édicte des règles de police économique et concerne davantage la protection du marché. Dans cette mesure, il serait logique d'appliquer ces règles de droit au marché de la culture.

Quant à l'applicabilité du droit de la consommation aux relations auteur/éditeur, la position jurisprudentielle ne semble pas clairement déterminée. En effet, certaines jurisprudences postulent son applicabilité tandis que d'autres la rejettent catégoriquement. À notre sens, il faut conclure à son rejet compte tenu des philosophies bien opposées du droit de la consommation et du droit de l'édition.

796. Conclusion de chapitre. La qualification de cession avec charge du contrat d'édition permet de dépasser le carcan du droit d'auteur en lui rattachant, à titre complémentaire, les dispositions qui correspondent à cette identité. D'une part, ce rattachement permet d'appliquer directement les règles du droit civil entre les parties au contrat d'édition comme c'est le cas par exemple du droit des vices du consentement ou des règles touchant aux conditions potestatives. D'autre part, ce rattachement permet d'expliquer les mécanismes du droit d'auteur comme c'est le cas en matière d'action en contrefaçon. Dans ce second cas, le droit civil met sa rationalité au service du droit d'auteur. Néanmoins, la fonction complétive du droit civil ne doit pas porter la contradiction avec l'esprit des règles applicables issues du droit d'auteur. À titre d'exemple, les règles de donation ne doivent pas

²⁷⁸⁶ H. M. GOLDMANN, *L'Art de vendre*, Neuchâtel/Paris, Delachaux et Niestlé, 1981 [9^e éd.], p. 9, 45, 84 : « On eut alors l'idée fixe que le vendeur idéal devait renverser tous les obstacles, vaincre toutes les oppositions, bref vendre n'importe quoi à n'importe qui. Quant aux clients, ma foi ! À eux de se protéger. On se mit à employer les méthodes de la vente agressive », cité par L. PINTO, « La civilité marchande. Agressivité et retenue professionnelles dans les activités de vente », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 216-217, n° 1, 2017, p. 24.

²⁷⁸⁷ H. MARCUSE, *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, Les Éditions de Minuit, 1969, pp. 130-131 : « La conscience heureuse – qui croit que le réel est rationnel et que le système satisfait les besoins – donne la mesure de ce qu'est le nouveau conformisme. Le nouveau conformisme c'est le comportement social influencé par la rationalité technologique » ; A. CHATRIOT, « Protéger le consommateur contre lui-même. La régulation du crédit à la consommation », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. n° 91, no. 3, 2006, p. 95. Sur l'échec de la moralisation des rapports consommateurs/professionnels, v. J. VINCENT, « L'économie morale du consommateur britannique en 1900 », in *Au nom du consommateur*, A. CHATRIOT (dir.), La Découverte « Espace de l'histoire », 2005, p. 231.

²⁷⁸⁸ *Supra* n° 419 et s.

pouvoir s'appliquer y compris lorsque le contrat d'édition est dépourvu de rémunération. De la même façon, la théorie de l'imprévision ne semble pas s'accommoder de l'esprit du contrat d'édition.

La qualification de cession avec charge permettrait également l'application des règles de droit de la concurrence et de droit de la consommation au contrat d'édition. Toutefois, bien que leur application soit théoriquement concevable, la rationalité économique de ces dispositions contredit par essence l'esprit du contrat d'édition. Cette observation formulée, le droit de la concurrence a fait l'objet d'une récusation partielle alors que le droit de consommation a fait l'objet d'un rejet total.

LA FONCTION EXPLICATIVE DROIT DES RELATIONS FIDUCIAIRES EN PARTICULIER

797. Relation fiduciaire éditoriale (rappel). Outre les rapports d'obligation inhérents à toute convention, le contrat d'édition instaure un lien particulier entre l'auteur et son éditeur. Pour Henry-Jacques LUCAS, « *cette relation [est] traditionnellement présentée comme une coopération fondée sur une confiance réciproque* »²⁷⁸⁹. Cette relation de confiance donnerait une coloration particulière au contrat d'édition et serait substantiellement liée à l'identité profonde du contrat d'édition. À ce titre, le contrat d'édition verrait les obligations qui lui sont corrélatives légèrement altérées. Cette intuition, qui est partagée par une grande partie de la doctrine spécialisée²⁷⁹⁰, s'appuie sur plusieurs jurisprudences que nous avons déjà présentées dans la première partie²⁷⁹¹ et qu'il convient brièvement de rappeler.

798. Constat et problématique. L'affaire *Montherlant* a permis de mettre en lumière pour la première fois ce lien de confiance entre l'auteur et l'éditeur. La cour d'appel de Paris a estimé « *qu'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* »²⁷⁹². Si la cour d'appel de Paris n'a pas directement parlé de relation de confiance, elle a mis l'accent sur la façon dont l'auteur confiait son droit à l'éditeur. Ensuite, dans l'affaire *Camus* le TGI de Paris a dû apprécier le caractère fautif ou non de la publication simultanée d'un ouvrage éminemment critique à l'égard de l'auteur. Le tribunal a estimé que l'éditeur aurait dû assurer l'exploitation de l'œuvre « *de bonne foi et dans un "climat de confiance réciproque"* ». Il a ensuite souligné que « *le contrat d'édition, conclu intuitu personae, (...) implique que l'auteur ou ses ayants droit – dont il a pris en charge in globo les intérêts – puisse relever comme un manquement à la bonne foi et plus généralement, à la loi du contrat, tout comportement conduisant à ruiner sa crédibilité dans le public* »²⁷⁹³. Enfin, l'affaire *Step et Artiste plus* met en évidence la nature particulière du lien entre l'auteur et l'éditeur. Dans cette affaire, un contrat d'édition avait été conclu entre un auteur et un éditeur auquel était assorti un « *pacte de préférence éditoriale* ». La Cour de cassation a souligné « *la nécessité du lien de confiance unissant l'auteur à son éditeur et l'existence d'un lien intime entre le pacte de préférence et les contrats de cession et d'édition, elle a ainsi caractérisé l'indivisibilité des conventions en cause* »²⁷⁹⁴. Il en résulte que le lien de confiance et le lien intime existant entre l'auteur et l'éditeur impliquent un contenu obligationnel original.

²⁷⁸⁹ H.-J. LUCAS, *JCP E.* n° 7, 13 fév. 2003, p. 278, obs. sous arrêts Paris, 4^e ch., sect. A, 12 sept. 2001, *Sté Productions et Éditions musicales Charles Talar et al. c/ Sté Pierre Lannier*, *JurisData* n° 2001-159285 et Paris, 4^e ch., 28 juin 2000, *Barbelivien et Montagné c/ Sté Agence Business*, *JurisData* n° 2000-123537. V. également C. POITEVIN, *Les avant-contrats en droit d'auteur*, th. dact., Avignon, 2011, n° 168, p. 93 : « *Il convient de remarquer que selon la nature de la relation contractuelle envisagée, la notion de confiance peut avoir plus ou moins d'importance, et prendre une place de choix dans certains types de contrats, notamment les contrats conclus intuitu personae. C'est le cas en droit d'auteur, la notion de confiance est privilégiée dans ce rapport où certains contrats sont même qualifiés de "contrats d'intérêt commun"* » (renvoyant au contrat d'édition).

²⁷⁹⁰ *Supra* n° 419 et s.

²⁷⁹¹ *Supra* n° 419 et s.

²⁷⁹² Paris, 7 nov. 1951, *Henry de Montherlant c/ Éditions Bernard Grasset*, *Rev. dr. aut.*, 1952, p. 86.

²⁷⁹³ TGI Paris, 1^{re} ch., 15 févr. 1984, *Aff. Camus RIDA* n° 120, 1984/2, p. 178 ; *D.* 1984, IR. p. 291, obs. C. Colombet.

²⁷⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *JurisData*, n° 2015-022770 B. 2016, n° 837, 1^{re} civ., n° 315 *Comm. com. électr.*, 2015, comm. 96, note C. Caron ; *RTD com.* 2016, p. 108, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propri. intell.* 2016, p. 61, obs. J.-M. Bruguière ; *D. IP/IT* 2016, p. 36, obs. J. Daleau ; *JCP E.*, 2016, p. 1481, n° 5, obs. M. Guillemain.

Pourtant, ce rapport particulier entre les auteurs et les éditeurs semble aujourd'hui en perte de vue. Selon le baromètre 2018 du droit d'auteur publié par la SCAM, seulement 10 % des auteurs interrogés admettent n'avoir qu'un seul éditeur durant leur carrière alors que 17 % d'entre eux ont plus de dix éditeurs²⁷⁹⁵. Bien que théoriquement le contrat d'édition soit une source de confiance, dans les faits, il n'institue que très marginalement une relation fiduciaire.

799. Plan. Cette réalité juridique s'explique vraisemblablement par le fait que le droit positif délaisse totalement la dimension fiduciaire du contrat d'édition. Cet état du droit fait planer un risque important sur les rapports entre auteurs et éditeur. Ce risque provenant de la relation fiduciaire doit être présenté (Section 1) avant d'envisager dans quelle mesure cette relation se concrétise et emporte des effets juridiques sur le contrat d'édition (Section 2).

Section 1. Le risque de la relation fiduciaire dans le contrat d'édition

Section 2. L'expression de la relation fiduciaire dans le contrat d'édition

Section I

LE RISQUE DE LA RELATION FIDUCIAIRE DANS LE CONTRAT D'ÉDITION

800. Approche économique du contrat d'édition. En matière d'édition, l'analyse économique est primordiale. Un éditeur prend le risque d'exploiter une œuvre s'il estime que cela est économiquement viable. Comme le notait DIDEROT, « *il arrive tous les jours que le privilège est expiré que l'édition n'est pas à moitié consommée* »²⁷⁹⁶. Avec l'imprimé s'est développée une nouvelle économie précocement capitaliste²⁷⁹⁷. Le poids du risque financier issu de l'activité éditoriale n'a cessé d'augmenter, les intervenants économiques se sont multipliés et la concurrence déloyale s'est intensifiée²⁷⁹⁸. S'est enfin ajouté le risque de contrefaçon, qui impliquait la volonté légitime chez certains auteurs et éditeurs d'améliorer la maîtrise de leurs œuvres, devenues par le fait de l'imprimerie, « *plus ubiquitaires* »²⁷⁹⁹.

801. Spécificité du rapport « d'agence » au sein du contrat d'édition. Selon l'analyse économique, la relation éditoriale peut être assimilée à un rapport agent/principal. Dans ce rapport, l'agent mène à bien les intérêts du principal²⁸⁰⁰. Donc, en matière de contrat d'édition, l'agent qui mène les intérêts d'autrui est l'éditeur, et le principal qui voit ses intérêts gérés est l'auteur. De fait, l'exploitation de l'œuvre peut souffrir du comportement opportuniste de l'éditeur. En considération du risque généré par l'activité éditoriale, l'éditeur serait tenté d'agir en faveur de ses intérêts propres, au

²⁷⁹⁵ SCAM, 7^e baromètre 2018 des relations auteurs/éditeurs 2018 : « *La fidélité ne paie pas... Les auteurs ont très majoritairement plusieurs éditeurs au cours de leur vie d'écrivain : 2 à 5 éditeurs pour la moitié d'entre eux (48 %), entre 6 et 10 pour un quart d'entre eux (26 %) et même plus de 10 pour 17 % des auteurs. Ils ne sont que 10 % à n'avoir eu qu'un seul éditeur pour toutes leurs publications* ».

²⁷⁹⁶ D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres. Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des points et autres objets relatifs à la police littéraire*, 1763, DPV, T. VIII, p. 492.

²⁷⁹⁷ A. HUET, *Capitalisme et industries culturelles*, Presses universitaires de Grenoble, 1978 ; C. GÉTAZ, *Le développement du capitalisme à travers l'Histoire* (tome IV), 2015, p. 160 et s. *Supra* n° 5-7.

²⁷⁹⁸ H.-J. MARTIN, « Renouveau et concurrence », in *Histoire de l'édition française, in Le livre conquérant, Tome I*, R. CHARTIER, H.-J. MARTIN (dir.), Fayard, 1990 p. 472 et s.

²⁷⁹⁹ B. BARBICHE, « Le régime de l'édition », *ibid.*, p. 457 et s.

²⁸⁰⁰ Nous avons vu que l'éditeur représente les intérêts de l'auteur, *supra* n° 421 ; R.-A. POSNER, *Economic analysis of law*, 7th ed., Walters Kume, p. 114, §4.8, « Agency Law ».

détriment des intérêts patrimoniaux de l'auteur. *A priori*, nous songeons à l'influence de la rémunération proportionnelle pour endiguer cet écueil : si l'éditeur n'exploite pas ou exploite mal, il en subira inexorablement les conséquences financières. C'est pourtant faire abstraction de la réalité. Si l'auteur peut au mieux créer une cinquantaine d'œuvres sa vie durant, l'éditeur peut recueillir les droits d'exploitation de milliers d'œuvres. De la sorte, la méconnaissance d'un contrat d'édition n'aura pas le même impact du point de vue de l'auteur et de l'éditeur.

D'une part, l'auteur risquerait de voir son éditeur se lasser de subir les vicissitudes du marché. Sceptique quant au rendement d'une œuvre, l'éditeur minimiserait son implication dans l'exploitation et privilégierait l'édition parallèle d'autres ouvrages. De fait, l'éditeur, qui peut parfois disposer d'un carnet de plus d'un millier d'œuvres, se ménagerait une manière de mutualiser son risque²⁸⁰¹.

D'autre part, l'éditeur peut tirer avantage de sa domination économique pour « forcer » la relation contractuelle. Il tirerait profit de sa connaissance du marché et des coûts originaires de la chaîne éditoriale pour financer son risque et répercuter un certain nombre de marges-arrières à la négociation ou à l'exécution du contrat.

802. Problème de l'indemnisation. Plan. Dans les deux cas, la sanction applicable en droit pose problème. En effet, l'éditeur qui déciderait de ne pas exploiter l'œuvre verrait sans doute sa responsabilité trop faiblement engagée²⁸⁰². Contrairement au régime juridique outre-Atlantique, où la mauvaise exécution peut se solder par l'octroi de dommages-intérêts punitifs à même de dissuader le débiteur²⁸⁰³, en France, la responsabilité contractuelle est plafonnée, d'une part, par la fonction indemnitaire de la responsabilité et, d'autre part, par le « *dommage prévisible* » conformément à l'article 1231-3 Code civil²⁸⁰⁴ sous réserve de l'inexécution *volontaire* de l'obligation qui, étant par essence dolosive²⁸⁰⁵, permet de s'affranchir de ce second plafond. Cette situation est assez avantageuse pour l'éditeur qui peut assez aisément prendre la décision de ne plus exploiter s'il estime que le fait de concentrer ses efforts commerciaux sur une autre œuvre à plus grand potentiel économique est plus avantageux. Enfin, si la réforme du droit de la responsabilité pourrait bien être le siège d'une consécration d'une amende civile – variante des *punitives damages* –, celle-ci devrait être cantonnée aux situations extracontractuelles, donc inapplicables aux manquements contractuels de l'éditeur²⁸⁰⁶.

Le contrat d'édition fournirait donc un cadre juridique propice aux « *infractions de calcul* »²⁸⁰⁷. Ces comportements sont bien connus de l'analyse économique qui les identifie sous les expressions de risque « *d'agence* » (§ 1) et de risque « *d'aléa moral* » (§ 2).

²⁸⁰¹ À ce propos, on a pu écrire que les éditeurs entretiennent des « *“stratégies de portefeuille” qui consistent notamment à diversifier les risques* », L. FRANÇOIS et Y MÉNIÈRE, « IV. Analyse économique du droit d'auteur. Contrat d'édition et partage du risque », in *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003, p. 68, n° 30.

²⁸⁰² E. BROUSSEAU, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 43.

²⁸⁰³ *V. State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, 7 avr. 2003, 538 US 408, 123 S Ct. 1513, à l'issue de cette affaire, la Cour suprême a affirmé, en se fondant sur le 15^e amendement de la Constitution et ses multiples applications prétoriennes (v. § 146), que les dommages et intérêts punitifs ne pouvaient pas excéder dix fois le montant des dommages et intérêts compensatoires.

²⁸⁰⁴ Art. 1231-3 Code civil : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ».

²⁸⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 fév. 1969, Bull. : « *Vu l'article 1150 du Code civil ; Attendu que le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* ».

²⁸⁰⁶ Art. 1266-1 Pr. Code civ. : « *En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile* ».

²⁸⁰⁷ A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1973, p. 167, n° 219.

§ 1. LE RISQUE « D'AGENCE »

803. Éditeur en conflit d'intérêts²⁸⁰⁸. Parce que l'éditeur mène d'une part, les intérêts de l'auteur et d'autre part, ses propres intérêts, son activité est source de conflits²⁸⁰⁹. Juridiquement, le conflit d'intérêts paraît délicat à définir principalement en raison du caractère fuyant de la notion d'intérêt²⁸¹⁰, même si la doctrine actuelle déploie des efforts importants pour tenter d'en cerner les contours²⁸¹¹. Sans prétendre fournir une définition optimale de la notion, nous relèverons instinctivement que l'agent – ici l'éditeur – doit parfois arbitrer entre des intérêts divergents : d'une part, les attentes contractuelles de l'auteur et, d'autre part, les gains d'économie qu'il pourrait réaliser en s'investissant davantage dans l'exploitation d'autres œuvres. Le risque d'agence n'est que l'expression de cette situation, à savoir éviter les comportements opportunistes et les choix unilatéraux de l'éditeur pris au détriment de sa contrepartie contractuelle.

804. Réalisation du risque d'agence. L'affaire *Camus* est une manifestation éclatante du conflit d'intérêts en matière de contrat d'édition. Pour mémoire, l'affaire a conduit à la condamnation de l'éditeur des œuvres du célèbre écrivain pour avoir édité parallèlement des œuvres dénigrant ce dernier²⁸¹². En publiant deux œuvres aux intérêts aussi opposés, l'éditeur s'est placé en situation de conflit d'intérêts et a engagé sa responsabilité.

Plus généralement, dans le domaine de l'édition, le conflit d'intérêts peut être direct ou indirect. Dans le premier cas, l'éditeur exploite deux œuvres en concurrence, particulièrement quant au domaine de l'œuvre ou quant à la notoriété équivalente des auteurs. C'est notamment le cas lorsque l'édition porte sur des biens à vocation pédagogique. Tel est le cas de l'éditeur d'encyclopédies lançant à la vente

²⁸⁰⁸ Pour un exposé des aspects économiques soulevés par la présente perspective, voir notamment M. C. JENSEN et W. H. MECKLING, « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure ». *Journ. of Fin. Eco.* Jul. 1996, n° 3, p. 305 et notamment p. 311 : « *The firm (...) is a legal fiction which serves as a focus for a complex process in which the conflicting objectives of individuals (some of whom may "represent" other organizations) are brought into equilibrium within a framework of contractual relations.* » Et d'ajouter, à partir de l'exemple désormais de la gouvernance d'entreprise, que « *the agency conflict between the owner-manager and outside shareholders as deriving from the manager's tendency to appropriate perquisites out of the firm's resources for his own consumption* ».

²⁸⁰⁹ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts », *RTD com.* 2005, p. 1, n° 1-2 : « *Il s'agit de la situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont elle a la charge. Parce qu'il est nécessaire de protéger ces intérêts, le conflit doit toujours se résoudre en leur faveur, contre l'intérêt personnel. Le conflit d'intérêts stigmatise donc l'intérêt personnel. En ce qu'il ramène aux faiblesses humaines, il conduit immanquablement à soupçonner que l'intérêt est toujours susceptible de l'emporter sur le devoir. Mais, puisqu'il est conflit, il évoque une lutte entre des forces opposées que ne peuvent manquer d'arbitrer le droit ou la morale* ».

²⁸¹⁰ F. OST, *Droit et intérêts, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Univ. Saint-Louis Bruxelles, 2002.

²⁸¹¹ J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, p. 1100, n° 3 : « *Critère : la charge d'un intérêt tiers - Le critère permettant de discriminer les conflits d'intérêts des oppositions d'intérêts semble résider dans la prise en charge, par un acteur, d'un intérêt tiers. Cette situation peut prendre place dans des figures classiquement et anciennement organisées par le droit, par exemple le contrat de mandat (agent immobilier, mandataire social dans le droit des sociétés, mandataire du client pour l'avocat, ou l'exercice d'une profession libérale* » ; P.-F. CUIF, art. préc., pour qui le conflit d'intérêts peut être caractérisé lorsqu'une « *personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont elle a la charge* », ce qui semble conforme à la nature du contrat d'édition. Une définition analogue est reprise par Madame OGIER (C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, th. dactyl. Saint-Étienne, 2008, p. 278) pour qui il y a conflit d'intérêts lorsque l'on est face à une « *situation dans laquelle un intérêt à protéger en vertu d'une mission issue d'une compétence et d'un pouvoir, intérêt objectivement apprécié, est sacrifié au profit d'un intérêt opposé* ». Dans le même esprit, Monsieur DOUVILLE considère que « *le conflit d'intérêts est la situation dans laquelle une personne doit en raison d'un cumul de qualités choisir entre l'intérêt qui lui est confié et un autre intérêt* » (T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. Ch. ALLEAUME, Inst. Univ. Varenne, 2015, p. 20, spéc. n° 6). Enfin, Madame Dos REIS considère que le conflit d'intérêts est « *un conflit opposant des sujets de droit et portant sur la revendication d'avantages* » (v. E. Dos REIS, *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, th. dact. Univ. Grenoble, n° 9, p. 13).

²⁸¹² TGI Paris, 1^{re} ch., 15 févr. 1984, Aff. *Camus*, *RIDA* n° 120, 1984/2, p. 178 ; *D.* 1984, IR. p. 291, obs. C. Colombet.

une autre encyclopédie réalisée par un tiers et présentée comme « nouvelle ». Bien qu'aucune interdiction de principe de publier une œuvre sur le même sujet ne s'impose à l'éditeur²⁸¹³, le point peut être débattu à partir du moment où l'exploitation de la seconde œuvre préjudicie à l'exploitation de la première œuvre. Aussi, en présentant la nouvelle encyclopédie comme « nouvelle », l'éditeur suggérerait que l'œuvre originale est démodée et organiserait son élimination²⁸¹⁴.

En cas de conflit indirect, l'éditeur, ayant le sentiment que l'œuvre serait difficilement exploitable et que les profits générés seraient trop faibles, procéderait à des arbitrages défavorables à l'auteur²⁸¹⁵. Le cas le plus éloquent serait celui de l'éditeur qui privilégierait l'exploitation d'une œuvre à fort rendement en l'exposant en vitrine ou en augmentant les dépenses publicitaires au détriment d'une œuvre moins attractive, donc moins exposée²⁸¹⁶. La jurisprudence a déjà estimé que ce comportement engageait la responsabilité contractuelle de l'éditeur²⁸¹⁷, bien qu'elle ne soit pas nécessairement réfractaire à l'idée de mettre fin à une campagne publicitaire trop coûteuse compte tenu de l'insuccès de l'œuvre²⁸¹⁸.

Dans tous les cas, l'opportunisme prend la forme d'une inexécution profitable dans la mesure où les dommages et intérêts susceptibles d'être alloués à l'auteur sur le terrain de la responsabilité seraient inférieurs aux produits issus de l'exploitation cumulée de plusieurs autres œuvres. Ce manquement, générateur de responsabilité, s'analyse comme une faute économiquement efficiente, une faute lucrative²⁸¹⁹. L'analyse économique du contrat justifie et encourage ce procédé²⁸²⁰. L'éditeur procéderait à des arbitrages purement économiques en fonction de son aversion ou non au risque²⁸²¹.

§ 2. L'ALÉA MORAL

805. Théorie du « moral hazard ». L'aléa moral est l'expression d'un phénomène économique trouvant sa source dans une mauvaise répartition du risque entre les parties prenantes à une opération. Dans sa forme la plus pure, la notion rend compte d'une situation dans laquelle un agent économique

²⁸¹³ Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 1970, *JCP G* 1970, II, 16273, note D. L. ; *D.* 1970, p. 281, note A. Breton ; *RTD com.* 1970, p. 699, obs. H. Desbois, à propos d'un ouvrage sur Picasso.

²⁸¹⁴ TGI Paris, 3^e ch., 22 sept. 1988, *JurisData* n° 1988-084532, confirmé par Paris, 4^e ch. A, 26 juin 1991.

²⁸¹⁵ Soit que l'attrait du public pour l'œuvre soit résiduel soit que la marge bénéficiaire et le taux de rémunération de l'éditeur soient moins intéressants que pour d'autres œuvres et contrats d'édition.

²⁸¹⁶ Paris, 4^e ch., 26 juin 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 566, note P. Frémond.

²⁸¹⁷ Paris, 4^e ch., 28 févr. 1997 : *JurisData* n° 1997-020854 ; Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-000084.

²⁸¹⁸ Paris, 4^e ch., 17 nov. 2006, *JurisData* n° 1986-02817. Par ailleurs, l'effort promotionnel doit s'apprécier en contemplation du chiffre d'affaire envisagé à la conclusion du contrat, Paris, 1^{re} ch. 25 sept. 1989, *JurisData* n° 1989-024624.

²⁸¹⁹ Pour un état des lieux de la question, v. N. FOURNIER, *La faute lucrative*, préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, *th. dact.* Paris V, 2015.

²⁸²⁰ C. FLUET, « La rupture efficace du contrat », in *Droit et Économie des contrats*, C. JAMIN (dir.), LGDJ, 2008 p. 146 qui pose d'emblée que « l'expression "rupture efficace du contrat" ne rend pas bien compte de l'approche en question (...). Il serait plus juste de parler de l'inexécution efficiente d'obligations contractuelles » n° 371 ; J. ROCHFELD, « La rupture efficace », in *Droit et Économie des contrats*, C. JAMIN (dir.), LGDJ, 2008 p. 169 ; B. RUDDEN, P. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *RIDC*, 1986, p. 1015.

²⁸²¹ La théorie du gain mathématique, ou gain « pascalien », a été mise en lumière par Blaise PASCAL, dans ses pensées. Selon PASCAL, il serait rationnel de « gager » toutes les fois où le gain serait, par essence, infini. Dans cette perspective, il serait tout aussi rationnel pour l'éditeur de risquer sa responsabilité toutes les fois où son comportement lui apporterait davantage. v. B. PASCAL, *Les pensées*, préf. F. KAPLAN, éd. Cerf, 2005, p. 140. Pour une réfutation, v. N. et D. BERNOULLI, qui parlent de « *paradoxe de Saint-Pétersbourg* ». En effet, ils contestent la simplicité de la démonstration estimant que le « gage » est en grande partie tributaire de l'aversion au risque du « gageur ». Selon son comportement, risquophile ou risquophobe, il prendra le risque de parier. Pour un historique du concept, voir B. BRU, M.-F. BRU, K. L. CHUNG, « Borel et la martingale de Saint-Pétersbourg », *Rev. d'hist. Math.*, 1999/5, 181-247. Dans notre cas, l'opportunisme serait pondéré par le comportement de l'éditeur face au risque. P. KRUGMAN, R. WELLS, *microéconomie*, p. 438.

souhaitant s'isoler du risque économique agit de manière indifférente à son cocontractant. En agissant de la sorte, l'agent fait potentiellement courir ledit risque à son cocontractant. En quelque sorte, l'aléa moral met en exergue le transfert du risque de la partie active vers la partie passive à l'opération²⁸²². La principale différence avec le risque d'agence réside dans le caractère éminemment délictuel du comportement de l'éditeur, qui sciemment procéderait à diverses manœuvres ruinant l'exploitation normale de l'œuvre.

806. Le risque d'opportunisme de l'éditeur. À l'occasion d'une étude généraliste sur la confiance dans les relations d'affaires, le Professeur CHAGNY distingue deux types d'opportunismes. Le premier « *au moment d'arrêter ex ante les termes de la convention (...) autrement dit le risque qu'un des contractants soit animé d'une volonté de tromper son partenaire et lui dissimule des informations qu'il est seul à détenir* ». Et d'ajouter que parfois « *l'une des parties cède à la tentation de l'opportunisme ex post, au cours de la phase d'exécution du contrat, spécialement lorsque se présente une situation dont elle peut tirer avantage au détriment de son cocontractant : le hold-up désigne l'attitude de l'agent qui se dérobe à ses engagements tels que définis initialement afin d'améliorer sa position* »²⁸²³.

Ramené au contrat d'édition, le comportement opportuniste consisterait en une double manœuvre de l'éditeur. Dans un premier temps, l'éditeur générerait une asymétrie informationnelle afin de négocier au mieux la rémunération proportionnelle – par la rétention ou la non-divulgateion d'éléments pertinents. Dans un second temps, l'éditeur modifierait sciemment la sincérité des comptes d'exploitation afin de minimiser l'essor des ventes²⁸²⁴. Bien qu'il y ait une obligation de rendre des comptes, un bref regard sur le contentieux du contrat d'édition démontre les difficultés d'application des dispositions gouvernant celle-ci²⁸²⁵. Cette obligation propre aux systèmes juridiques continentaux ne trouve pas d'équivalent dans les systèmes de *common law*, sauf à la prévoir conventionnellement à la conclusion du contrat²⁸²⁶. L'affaire qui a opposé l'héritier de l'écrivain Uderzo à la société d'édition Dargaud va dans ce sens²⁸²⁷. Les héritiers reprochaient à la société d'édition d'avoir cédé à ses filiales à l'étranger les droits dérivés de traduction à l'insu de l'auteur, et d'avoir ainsi réalisé des prélèvements injustifiés et des profits illégitimes qui avaient été tenus secrets. L'aléa moral est ici patent.

807. Conclusion de section. Pour conclure cette section, il convient de souligner que la structure du contrat d'édition génère inmanquablement un risque pour l'auteur. Parce que l'éditeur mène seul l'exploitation, il représente les intérêts pécuniaires de l'auteur. Or, lorsque les intérêts deviennent antagonistes, l'éditeur pourra infléchir l'exploitation en sa faveur sans que l'auteur soit en mesure de répondre vigoureusement. La première condition inhérente à la confiance est donc remplie.

²⁸²² E. MACKAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, 2008, n° 1355 : « *il s'agit du comportement qui consiste pour l'un des contractants à modifier, par la ruse ou la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat (...) que chaque partie pouvait normalement envisager au moment du contrat* ». « *Dans le langage du dilemme du prisonnier, c'est comme la défection individuelle qui prive les joueurs du gain de Pareto provenant de la coopération à long terme* » E. MACKAY, S. ROUSSEAU, *op. cit.*, n° 1356.

²⁸²³ M. CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaires », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY (dir.), Dalloz, p. 36, note de bas de page n° 6.

²⁸²⁴ Paris, 4^e ch. 23 févr. 1989, *JurisData* n° 1989-020403. Sur ce point, v. F. BENHAMOU et D. SAGOT-DUVAUROUX, « Économies des droits d'auteur. Place et rôle de la propriété littéraire et artistique dans le fonctionnement économique des filières d'industrie culturelle. Synthèse », *DEPS-culture études* décembre 2007-8, p. 8 : « *Alors que les auteurs doivent, en principe, avoir une idée précise des bases à partir desquelles est fixée leur rémunération, une partie des recettes leur est inconnue et ces bases, de plus en plus diversifiées, peuvent être manipulées par les acteurs en aval de la filière, créant ainsi des problèmes d'aléa moral* ».

²⁸²⁵ F. BENHAMOU et D. SAGOT-DUVAUROUX, *ibid.* ; Paris, 28 sept. 1988 *JurisData*, n° 025669 ; Paris, 23 févr. 1989, *JurisData*, n° 020403.

²⁸²⁶ S. SHAVELL, « Foundation of economic analysis of law », *Harv. Univ. press*, 2004, p. 335 : « *It is sometimes desirable to allow a party to the contract not to disclose information* ».

²⁸²⁷ Paris, 1^{re} ch. G, 9 sept. 1998, 97/00867, *Sté Dargaud éditeur SA c/ Uderzo*, *JCP G.* n° 42, 20 oct. 1999, II 10181, A. Lucas.

Section II

L'EXPRESSION DE LA RELATION FIDUCIAIRE DANS LE CONTRAT D'ÉDITION

808. Plan. Parce que le contrat d'édition est qualifié de cession avec charge²⁸²⁸, il suppose un rapport de confiance entre l'auteur et l'éditeur et génère une relation fiduciaire. En effet, l'éditeur, en tant que cessionnaire, est propriétaire des droits d'édition, mais cette propriété doit être mise en œuvre dans le cadre très particulier de l'exploitation éditoriale. Pour rendre compte de ces particularismes, les deux traits caractéristiques qui sont ressortis du constat seront étudiés : le caractère fiduciaire (§ 1) et le caractère relationnel (§ 2).

§ 1. LE CARACTÈRE FIDUCIAIRE

809. Présentation des contrats fiduciaires. Le contrat d'édition est un contrat de confiance, un contrat fiduciaire si l'on se réfère à son étymologie romaine. Les contrats fiduciaires ne sont pas étrangers à notre droit. Historiquement, la fiducie avait pour fondement un montage contractuel. Elle reposait non pas sur un mais sur deux actes juridiques. Dans un premier temps, la propriété d'un bien était transférée par une *mancipatio* ou cession *in iure*²⁸²⁹. Dans un second temps, le nouveau propriétaire s'engageait *en confiance* et devant témoin à rétrocéder à terme le bien dont il avait la garde durant toute la durée de la convention fiduciaire – le *pactum fiduciae*²⁸³⁰. Le montage reposait donc sur une cession dont l'objectif était que le cessionnaire réalise à son tour une cession. L'opération permettait de s'assurer du fait qu'une personne transférerait la propriété d'un bien et servait principalement à organiser les successions futures.

L'histoire des contrats fiduciaires s'est poursuivie en Angleterre. La convention a pris l'appellation de « *trust* ». À partir du règne de Guillaume le Conquérant, la multiplication des croisades a généré des problèmes de transmission de patrimoine pour les chevaliers. Prenant le risque de ne pas revenir, les chevaliers confiaient leurs biens et leur fief à des personnes que l'on nommait *feofees* ou, plus tard, *trustees*. Ces personnes assuraient deux missions. Elles devaient, en premier lieu, conserver le patrimoine confié²⁸³¹. En second lieu, elles devaient, au terme du contrat, transférer le patrimoine soit au chevalier s'il rentrait vivant de la croisade, soit à ses héritiers lorsque ceux-ci étaient majeurs si le

²⁸²⁸ *Supra* n° 401.

²⁸²⁹ GAIUS, *Institutes*, Livre, I, 119 : « La Mancipatio est effectuée en présence de pas moins de cinq témoins, qui doivent être des citoyens romains et de l'âge de la puberté, et également en présence d'une autre personne de la même condition, qui tient une balance et un lingot d'airain et par conséquent s'appelle Libripens. Il faut en outre préciser que le porteur de balance avait une utilité avant l'apparition de la monnaie à Rome, ensuite, son rôle est devenu purement protocolaire. L'acheteur, s'emparant du bien, dit : "Par le droit des Quirites, j'affirme que cet esclave est le mien, et il est acheté par moi avec cette pièce de monnaie et cette balance de bronze." Il frappe alors la balance avec la pièce de monnaie et la donne au vendeur comme symbole du prix. Cette courte formalité est une vente simulée, préliminaire à l'acte de vente proprement dit ».

²⁸³⁰ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd. Economica, 2012, p. 207 ; J.-P. DUNAND, « Le transfert fiduciaire : "donner pour reprendre", Mancipio dare ut remancipetur, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion », *RIDC*, juill-sept. 2001, n° 53, p. 751.

²⁸³¹ A. ARSAC, *La propriété fiduciaire : nature et régime*, th. dactyl., Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013. p. 315 : « La première mission pouvant être confiée "a minima" au fiduciaire est la conservation de l'actif qui lui est transmis. Certains utilisent l'expression assez imagée de "garde fiduciaire". En effet, il devra toujours respecter cette obligation de conservation car "l'on ne saurait perdre de vue qu'il (le fiduciaire) est en principe tenu de transférer à nouveau la propriété des biens reçus au constituant ou à un tiers" lors du dénouement de la fiducie. Il étonnant de constater que les dispositions régissant la fiducie ne viennent pas préciser cette fonction "inhérente à la situation du fiduciaire" Cette obligation de garde est particulière voire inédite car le fiduciaire est investi de la propriété des biens qu'il doit conserver ».

chevalier ne revenait pas²⁸³². Sous l'empire des droits de *common law*, l'institution a évolué. Ces systèmes juridiques ont admis que les biens transférés au *trustee* par voie de *trust* seraient placés dans un patrimoine totalement autonome. Il s'agissait d'un nouveau patrimoine dont le *trustee* était à la tête en plus de son patrimoine propre. Ce patrimoine faisait lui-même l'objet d'un partage de propriété entre le *trustee* qui gère les biens mis dans le *trust* et le bénéficiaire final de l'opération, par exemple les héritiers des chevaliers. Le *trustee* détenait la propriété légale – *legal title* – et le bénéficiaire détenait la propriété en équité – *equitable title*²⁸³³. La notion de patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine du *trustee* a donc été peu à peu dégagée. Dès lors, les deux parties au contrat de *trust* sont juridiquement intéressées à la propriété transférée.

810. Contrats fiduciaires, fiducie et contrat de fiducie. Aujourd'hui, la catégorie des contrats fiduciaires connaît une consécration partielle en droit français depuis la codification dans le Code civil du contrat de fiducie. Au titre de l'article 2011, « *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* ». Ce contrat de fiducie repose sur un transfert de propriété d'un genre nouveau. Certes, il constitue un transfert de propriété, mais ce transfert est de nature fiduciaire. Cette propriété serait tellement dérogatoire qu'une large partie de la doctrine estime que la fiducie n'emporte en réalité aucun transfert de propriété²⁸³⁴. Pour le reste, on retrouve les grands principes des contrats fiduciaires : l'existence d'une mission contractuelle et l'obligation de conservation.

Le fait que le contrat de fiducie donne lieu à la création d'un patrimoine fiduciaire rapproche davantage cette convention du *trust* que du *pactum fiduciae*, qui n'emportait pas la constitution d'un tel patrimoine²⁸³⁵. Dès lors, si le contrat d'édition est subsumé sous la catégorie des contrats fiduciaires²⁸³⁶, il n'est pas pour autant une fiducie au sens de l'article 2011 Code civil qui, prenant ses distances avec l'institution romaine initiale, crée un nouveau patrimoine.

811. Rattachement du contrat d'édition aux contrats fiduciaires. De ce bref historique, se dégage que le contrat fiduciaire est celui en vertu duquel une personne cède en confiance un bien à une personne, à charge pour cette dernière de remplir une mission et de conserver ledit bien.

Pour certains auteurs, le contrat d'édition participe de la catégorie des contrats fiduciaires en transférant la propriété du droit d'auteur dans le but d'exploiter l'œuvre²⁸³⁷. Plus fondamentalement, le Professeur GAUTIER estime que « *les transferts de droit, en propriété littéraire et artistique, sont pour la plupart*

²⁸³² J. GAMA SA, « Le trust : de la protection patrimoniale au Moyen Âge à la protection internationale de l'environnement au XXI^e siècle ». *Rev. québ. dr. intern.*, janv. 2008, n° 21, p. 97 ; B. A. WORTLEY, Le « "trust" et ses applications modernes en droit anglais », *RIDC*, oct.-déc. 1962, n° 14, p. 699, spéc. p. 707.

²⁸³³ Sur la « *bicéphalie du trust* », O. BAPTISTE, « De l'acception du trust dans l'instauration de la fiducie en France », *Rev. Jur. Ouest*, n° spéc. 2011, Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie. p. 171, spéc. p. 182.

²⁸³⁴ Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* 2004, n° 124, p. 20.

F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 2008, n° 271 ; F. BARRIERE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007, p. 2053, n° 19 ; Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au *trust* de la *common law* : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC*, 2009-1, p. 49 s., spéc. p. 70 ; C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de La Haye relative au *trust* », *D.* 2007 ; P. PUIG, art. préc.

²⁸³⁵ Sur le poids de la dimension patrimoniale du trust et de la fiducie issue de l'article 2011 du Code civil v. Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la *common law* : entre droit des contrats et droit des biens ». *RIDC*, janv., 2009, n° 61 p. 49, spéc. p. 61 et s.

²⁸³⁶ P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patr.*, juin 2008, p. 68, note n° 17 : « *Legs avec charge, mandat à effet posthume, libéralités graduelles et résiduelles, quasi-usufruit, dépôt irrégulier, prêt de consommation, vente à réméré, fondation...* » ; L. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845.

²⁸³⁷ P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *ibid.*

d'essence fiduciaire, le cédant conservant un intérêt fondamental à la mise en valeur de la chose »²⁸³⁸. À ce titre, il est coutumier de présenter comme des cessions fiduciaires les contrats de production audiovisuelle²⁸³⁹ ou les contrats d'apport en société de gestion²⁸⁴⁰. Or, rien ne diffère entre le contrat d'édition et ces deux conventions.

812. Plan. Afin d'envisager la portée du caractère fiduciaire sur le contrat d'édition, on listera dans un premier temps les manifestations de son existence (A). Dans un second temps, on tentera de systématiser au mieux sa portée juridique sur les parties (B).

A. L'EXISTENCE DU CARACTÈRE FIDUCIAIRE

813. Plan. Conformément à l'identité du contrat d'édition, la prise en compte des intérêts de l'auteur par l'éditeur a lieu lorsque ce dernier exploite l'œuvre auprès du public²⁸⁴¹. La confiance s'établit donc en phase d'exécution du contrat (2). À cela doit être ajouté un préalable qui semble aller de soi. Si l'on fait confiance à l'éditeur, c'est parce qu'on lui connaît une aptitude particulière à s'exécuter correctement²⁸⁴². L'*intuitu personae* est un prérequis indispensable à l'établissement de la confiance²⁸⁴³. On a pu relever en doctrine que la confiance emporte « l'objectivation de l'*intuitu personae* »²⁸⁴⁴. La validité du contrat est donc subordonnée aux qualités personnelles du débiteur appelées aussi « *intuitu personae* » (1).

1. Les considérations de la personne à la conclusion du contrat

814. *Intuitu personae* de l'éditeur. Traditionnellement, l'*intuitu personae* était rattaché aux anciennes dispositions de l'article 1122 du Code civil, aux termes duquel « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

²⁸³⁸ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 473.

²⁸³⁹ B. MONTELS, « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr.*, n° 6, juin 2001, chron. 17, n° 25 : « Le contrat de production audiovisuelle se présente plutôt comme une "fiducie-gestion" innommée ».

²⁸⁴⁰ Sur le caractère fiduciaire de cette cession, v. F. SIIRIAINEN, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, th. dactyl. Nice, 1999, p. 91 et s. ; F. SIIRIAINEN, *J.-Cl. PLA*, « Gestion des droits d'auteur et des droits voisins par un organisme », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1550 n° 1 : « Elle repose cependant toujours sur des "principes" qui traduisent sa dimension mutualiste ou coopérative, voire "fiduciaire" – et qui se retrouvent plus ou moins dans tout système de gestion collective ». C. MARÉCHAL, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », *Comm. com. électr.*, n° 6, juin 2016, ét. 11, n° 6 : « L'article 1159 précise aussi qu'en cas de représentation conventionnelle, le représenté conserve l'exercice de ses droits. En matière de gestion collective, l'absence de dessaisissement du mandant-associé pourrait ainsi constituer un avantage par rapport à la technique de la cession fiduciaire. Lorsqu'il y a eu cession fiduciaire des droits d'auteur au profit de la société de gestion, l'auteur ne peut, en effet, plus exercer ses droits, notamment agir en contrefaçon, sauf en cas de carence de la société » ; A. LUCAS, *Synth. PLA*, préc. n° 52 : « La gestion peut être confiée à l'organisme en vertu d'un mandat, elle l'est, le plus souvent sur la base d'un "apport", qui est une cession d'une nature particulière. Elle présente, en effet, un caractère fiduciaire, en ce sens que l'organisme de gestion collective exploite pour le compte de l'auteur, et non pas pour son compte » ; C. CARON, *op. cit.*, n° 505 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 916.

²⁸⁴¹ *Supra* n° 425

²⁸⁴² O. ANSELME-MARTIN, « Le sentiment de confiance, cause génératrice et sustentatrice du contrat », in *Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross*, p. 27. Pour une vision exhaustive des rapports qu'entretiennent conclusion et exécution du contrat, v. O. PENIN, *La distinction entre la conclusion et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Pref. Y. LEQUETTE, LGDJ 2006 pour qui la distinction se veut certes formelle mais surtout substantielle. Partant, la confiance et l'*intuitu personae* ne peuvent s'apprécier de manière identique, leur régime étant nécessairement distinct.

²⁸⁴³ P.-Y. Gautier, *RTD. civ.* 2000, p. 852, pour qui l'*intuitu personae* érige la « confiance » au rang de « motif profond du contrat », note sous arrêts, Com. 30 mai 2000, Civ. 1^{re}, 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 173.

²⁸⁴⁴ G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY (dir.), Dalloz, p. 104.

Ainsi, dans les contrats *intuitu personae*, en cas de disparition du cocontractant, l'ancien article prévoyait que le contrat était résolu²⁸⁴⁵.

Le contrat peut être qualifié d'*intuitu personae* dès lors que « la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle, en raison de ses aptitudes, de la nature du service... »²⁸⁴⁶. « Intrinsèquement variable et relatif »²⁸⁴⁷, l'*intuitu personae* est, selon l'expression de CONTAMINE-RAYNAUD, l'opération de « réification de la personne »²⁸⁴⁸ par laquelle les parties vont assujettir la validité d'une convention à un « *a priori* », une espérance ou un sentiment objectivé²⁸⁴⁹. Le consentement de l'auteur reposant essentiellement sur la considération intime et personnelle qu'il se fait de l'éditeur, l'*intuitu personae* est manifeste. Ce point fait l'objet d'un consensus doctrinal. Dans les systèmes anglo-saxons, parmi les différentes opérations qui se rapprochent le plus du contrat d'édition, on retrouve certes le « *publishing* » mais également l'« *assignment* », que l'on peut traduire par « affectation » ou « attribution » ce qui met en avant le lien entre la personne exploitante et le *copyright*²⁸⁵⁰. Le droit de reproduction est affecté à la personne même de l'éditeur. Dans cette perspective, le contrat est nécessairement conclu *intuitu personae*.

En son temps, DESBOIS considérait déjà que le contrat d'édition était conclu en considération de la personne de l'éditeur²⁸⁵¹. Ce constat est partagé par la doctrine contemporaine. Pour le Professeur POLLAUD-DULIAN, « c'est un contrat *intuitu personae*, non seulement parce que les rapports personnels continuent de jouer un grand rôle dans ce domaine et se déploient sur la durée, mais aussi parce que l'éditeur doit assurer à l'œuvre une reproduction et une diffusion conforme aux intérêts de l'auteur »²⁸⁵². Dès lors, on conviendra avec Monsieur STOJANOVIC que l'*intuitu personae* est un trait caractéristique du contrat d'édition au point qu'il peut restreindre selon certains les prérogatives de l'éditeur²⁸⁵³. De l'avis de Monsieur EDELMAN, l'émergence des réseaux numériques n'est pas de nature à remettre en cause ce trait²⁸⁵⁴. Plus généralement, Madame GUILLEMAIN relève que « de nombreux contrats d'auteur, dont le contrat d'édition, sont réputés conclus *intuitu personae* en la personne de l'exploitant »²⁸⁵⁵.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se référer à l'*intuitu personae* dans le contrat d'édition, principalement à l'occasion de la cession de contrat d'édition. Ainsi, lorsque l'éditeur cède le bénéfice de la convention éditoriale sans recueillir l'autorisation de l'auteur, la cession doit être annulée. En effet, l'article L. 132-16 CPI prévoit que l'éditeur ne peut transmettre « le bénéfice du contrat d'édition à des tiers

²⁸⁴⁵ Article 1122 (anc.) Code civil : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention » ; v. Trib. Seine, 12 mars 1834, préc. ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Pref. G. CHAMPENOIS, *Economica*, 1988 n° 142 et s., qui insiste sur « l'effet résolutoire du décès » ; Ph. le TOURNEAU, D. KRAJESKI, « *Intuitu personae* », *J.-Cl. Contrat-Distribution*, n° 200, n° 95.

²⁸⁴⁶ *Vocabulaire juridique*, CAPITANT, préc. v. sous occurrence « *Intuitu personae* ».

²⁸⁴⁷ D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitu personae* », *RTD. civ.*, 2003, p. 3, n° 2.

²⁸⁴⁸ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitu personae dans les contrats*, th. dactyl. Paris II, 1974 n° 179.

²⁸⁴⁹ Plus exactement, au moins l'une des parties va y assujettir son consentement. Notons, par ailleurs, que la notion d'*intuitu personae* ne fait l'objet d'aucune définition dans le Code civil. Elle apparaît en creux à l'ancien article 1110 devenu 1134 Code civil traitant du consentement et de l'erreur sur la personne qui pourrait le vicier. V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, VIDECOQ 1827, tome XIII, p. 223.

²⁸⁵⁰ L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford 2nd ed, p. 252 ; G. J. TOLHURST, *The Assignment of contractual rights*, 2nd ed. 2006, Hart Publishing, n° 6.70-72 ; *Griffith v Tower Publishing Company Ltd and Montcrieff* (1897) 1 Ch 21 ; *Denise Jones v Spire Healthcare Ltd* ; C.C.Liverpool (11.5.16) : « Turning firstly to the validity of the assignment of the CFA to SGI Legal LLP, the general principle is that a contract involving personal skill or qualifications is incapable of assignment. Such a contract falls within the category of contracts described as personal contracts. The position is explained at paragraphs 19-054 and 19-055 of the 31st edition of *Chitty on Contract*. For example, neither an author nor his publisher may assign the right to performance of the other's obligations under a publishing agreement ».

²⁸⁵¹ H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 592 et s.

²⁸⁵² F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 1470, p. 1000.

²⁸⁵³ M. N. STOJANOVIC, « Du contrat d'édition », *RIDA* n° 52, 1967/1, p. 79.

²⁸⁵⁴ B. EDELMAN, « *L'intuitus personae versus Internet* », *D.*, 1998, p. 597.

²⁸⁵⁵ M. GUILLEMAIN, « Les groupes de contrats en droit d'auteur : étude de clauses », *D. IP/IT*, 2016, p. 133 ; Y. GAUBIAC, « La cession des droits d'auteur », *JA* 2007, n° 364, p. 18 : « *Les contrats d'auteur ont un caractère intuitu personae* ».

(...) *sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'auteur*»²⁸⁵⁶. Dans l'affaire *Larue c./ Emi Music Publishing France* déjà citée, l'éditeur avait pris l'initiative de céder les droits d'édition à des éditeurs tiers sans obtenir au préalable l'autorisation de l'auteur. La Cour de cassation a considéré que l'opération devait être qualifiée de cession de contrat d'édition subordonnée à l'accord de l'auteur dans la mesure où elle portait atteinte aux intérêts moraux et personnels de celui-ci²⁸⁵⁷. En outre, dans cette hypothèse, la jurisprudence a estimé que l'éditeur qui réaliserait une telle cession sans l'autorisation de l'auteur commettrait une faute grave de nature à justifier la résiliation du contrat d'édition initial²⁸⁵⁸. Pour justifier cette inaccessibilité qui prend appui, en définitive, sur la relation de confiance entre les parties, le doyen CARBONNIER relevait, à propos des contrats de confiance, que « *ceux-ci ne sont pas parfaitement transmissibles, parce qu'ils ne sont pas parfaitement patrimoniaux* »²⁸⁵⁹.

Autre exemple, lorsque l'éditeur est une société, l'*intuitu personae* se reporte sur la personne physique dirigeante en conditionnant le maintien de l'opération à l'acceptation de l'auteur dans l'hypothèse où le dirigeant quitterait ses fonctions²⁸⁶⁰. Dans cet esprit, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 octobre 2009 a constaté la faute de l'éditeur qui n'avait pas prévenu l'auteur du départ du PDG. En application des stipulations, le contrat d'édition a été résilié²⁸⁶¹.

815. Intuitu rei de l'auteur. Croyant tirer les conséquences du caractère synallagmatique du contrat d'édition, certains tribunaux ont parfois considéré qu'il revêtait un caractère *intuitu personae* pour les deux parties²⁸⁶². L'éditeur s'engagerait également en fonction des qualités personnelles du cédant, qu'il soit l'auteur ou l'ayant droit. On a pu lire que, au sein d'un contrat d'édition, « *un auteur ne peut se substituer un autre auteur, tout comme un éditeur ne peut s'en substituer un autre* »²⁸⁶³. Concernant l'auteur, cette vision du contrat d'édition doit être rejetée. Si un éditeur peut avoir un intérêt à ce qu'une création soit l'œuvre de tel ou tel auteur, le contrat d'édition lui-même n'est pas subordonné aux qualités de la personne du cédant. En effet, rappelons que le contrat d'édition impose au cédant de transférer les droits d'édition et, le cas échéant, l'exemplaire original de l'œuvre exploitée²⁸⁶⁴. Cette obligation de remise n'implique aucune considération particulière qui touche à la personne. Par exemple, si un contrat d'édition est conclu et que l'auteur décède avant la remise effective du manuscrit, l'obligation se transfère aux héritiers qui sont tenus de remettre le manuscrit à l'éditeur. Qualifier l'engagement de l'éditeur d'*intuitu personae* mènerait à la situation paradoxale dans laquelle l'éditeur pourrait demander la résiliation du contrat d'édition en raison du décès de l'auteur.

En revanche, en vertu de l'article L. 132-17 al. 1 CPI, le décès de l'auteur peut entraîner la résolution du contrat d'édition si jamais l'œuvre est inachevée²⁸⁶⁵. Toutefois, cette résolution s'explique moins par le décès de l'auteur en tant que tel que par le caractère inachevé de l'œuvre qui lui serait

²⁸⁵⁶ Art. L. 132-16 al. 1 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* », v. *supra* n° 586 et s.

²⁸⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, n° 05-19.352, *Larue et a. c/ Emi Music Publishing France*, *JurisData* n° 2007-037263 ; *Propri. intell.* 2007, n° 23, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.*, avr. 2008, chron. 4 X. Daverat.

²⁸⁵⁸ Paris, 14^e, ch. A, 27 nov. 1991, *D.* 1992, p. 63.

²⁸⁵⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd. p. 340.

²⁸⁶⁰ Paris, 1^{re} ch., 5 avr. 1993, *LPA* 20 mars 1995, p. 14, 2^e esp., note H. Gaumont-Prat.

²⁸⁶¹ Paris, 4^e ch. B, 23 sept. 1993, *JurisData* n° 1993-023123 ; Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 oct. 2009, n° 08/13934, *JurisData* n° 2009-015692.

²⁸⁶² Trib. Seine, 12 mars 1834, *Alibert c/ Corby*, *Gaz. des Trib.*, 14 mars 1834, A. Huard et E. Mack, Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique, Marchal et Billard, Paris, 1891, n° 334, p. 117 : « *Il a été jugé que la convention qui intervient entre un auteur et un éditeur, pour la publication d'un manuscrit, est essentiellement personnelle de part et d'autre, et que par suite si l'éditeur vient à décéder ou à céder ses droits à un tiers, avant que publication de l'ouvrage soit achevée, ses héritiers ou ayants-cause ne peuvent contraindre l'auteur à laisser subsister le traité* ».

²⁸⁶³ Y. GAUBIAC, *préc.*

²⁸⁶⁴ *Supra* n° 726 et s.

²⁸⁶⁵ Article L132-17 al 1 CPI : « *En cas de mort de l'auteur, si l'œuvre est inachevée, le contrat est résolu* ».

remise. Il s'agit davantage d'un *intuitu rei* auquel est subordonné l'engagement de l'éditeur²⁸⁶⁶. Naturellement, si la chose disparaît, le contrat perd son intérêt et doit connaître un sort similaire. La seule réserve formulée à propos des dispositions de l'article L. 132-17 al. 1 CPI concerne la sanction édictée. En effet, l'article prévoit que « *le contrat est résolu* » en cas de décès de l'auteur avant l'achèvement de l'œuvre. Il serait plus logique de considérer que l'achèvement de l'œuvre est une condition suspensive du contrat d'édition. En l'absence d'achèvement, le contrat d'édition ne devrait tout simplement pas exister. La sanction adéquate est donc l'inexistence du contrat.

2. La confiance en l'éditeur au stade de l'exécution

816. Confiance dans le droit des contrats. Au stade de l'exécution du contrat, la confiance entre les parties ne fait l'objet d'aucune disposition dans le droit civil et dans le droit d'auteur. Malgré cette absence, la notion peut être rapprochée d'autres institutions voisines : la bonne foi, la bonne conduite ou la loyauté. Ces différentes notions sont proches conceptuellement dans la mesure où « *la bonne conduite contribue à la promotion indirecte de la confiance par l'instauration d'une morale contractuelle qui génère des obligations positives à la charge des cocontractants* »²⁸⁶⁷. Le Professeur GAUTIER y ajoute le principe de cohérence ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui²⁸⁶⁸.

Ainsi, à défaut de disposition propre à la notion, nous ne nous étonnerons pas de voir les magistrats fonder leur décision sur le principe de bonne foi tel qu'il est formulé à l'article 1104 Code civil²⁸⁶⁹ ou sur l'équité au sein du contrat telle qu'on la retrouve à l'article 1194 Code civil²⁸⁷⁰. Aujourd'hui, le concept « *d'attentes légitimes* » est consacré à l'article 1166 Code civil et peut fournir une base légale pertinente à la confiance pouvant exister dans le contrat d'édition²⁸⁷¹. La doctrine ne manque pas de souligner les potentialités du concept²⁸⁷².

Quel que soit le fondement juridique envisagé, on remarque que, si la jurisprudence reconnaît aisément le rapport de confiance qu'emprunte le contrat d'édition, elle peine en revanche à en déduire clairement le contenu.

817. Jurisprudence en la matière. Les manifestations du caractère fiduciaire peuvent être classées de la façon suivante : lorsque l'éditeur est en situation de mener positivement l'exploitation, les

²⁸⁶⁶ J.-F. BONHOURE, « Le commerce du passé. Éditeurs et historiens en France, de l'entre-deux-guerres à l'après-guerre », *Hypothèses*, 2017/1, n° 20, p. 143-156. La maison Hachette ne s'en cache pas, en mentionnant dans un contrat d'édition : « *La valeur de cet ouvrage réside dans les noms des spécialistes qui ont accepté d'y collaborer ; ces noms seuls inspireront confiance et crédit* », si bien que l'*intuitu personae* n'est pertinent uniquement dans le cadre de l'œuvre réalisée. F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, 1471, pp. 1000-1001, évoque plutôt « *contrat intuitu operis* ».

²⁸⁶⁷ S. CLAVEL, « La confiance dans les instruments internationaux et européens uniformes », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY (dir.), Dalloz, p. 16.

²⁸⁶⁸ P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien d'affiliation ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, préc., n° 7, p. 111.

²⁸⁶⁹ Art. 1104 Code civil : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

²⁸⁷⁰ Art. 1194 Code civil : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

²⁸⁷¹ Art. 1166 Code civil : « *Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ».

²⁸⁷² Parmi une littérature fournie voir : J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP G.* 1982, I, 3058 ; J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 171 ; P. LOCKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321 ; G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. dactyl. Amiens, 2008. Pour une perspective comparatiste, v. notamment H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, 2005/3, n° 57, p. 627, spéc. pp. 629-630 ; qui rapproche naturellement le concept « *d'attentes légitimes* » de celui de « *reasonable expectations* » mais aussi de celui de « *reliance* » ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préf. D. TRUCHET, Dalloz, 2001.

parties doivent s'interdire d'adopter un comportement pouvant mettre en péril celle-ci ; parallèlement à cela, l'éditeur doit prendre les actes nécessaires à la conservation des intérêts des parties.

818. Comportement négatif des parties au contrat d'édition. En premier lieu, il ressort de plusieurs décisions de justice que les parties doivent s'abstenir de tout comportement mettant en péril l'exploitation éditoriale.

- Dans l'affaire *Camus*, le tribunal a estimé que l'éditeur devait assurer l'exploitation de l'œuvre « de bonne foi et dans un "climat de confiance réciproque" ». Il a poursuivi en soulignant que « le contrat d'édition, conclu intuitu personae, (...) implique que l'auteur ou ses ayants droit – dont il a pris en charge in globo les intérêts – puisse relever comme un manquement à la bonne foi et plus généralement, à la loi du contrat, tout comportement à ruiner sa crédibilité dans le public »²⁸⁷³. Au terme de cette affaire, l'éditeur a ainsi été condamné pour avoir publié, outre des traductions de l'œuvre d'Albert Camus, un ouvrage dénigrant l'écrivain. La solution aurait été la même *a fortiori* si la préface avait dénigré l'œuvre éditée²⁸⁷⁴. Le respect dû à l'œuvre va si loin que l'adjonction d'une préface, même favorable, peut être tenue pour une violation du droit moral²⁸⁷⁵.

- Une autre affaire qui opposait les héritiers de l'écrivain Uderzo à la société d'édition Dargaud a donné lieu, en matière de confiance éditoriale, à un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 9 septembre 1998²⁸⁷⁶. Les héritiers de l'auteur avaient reproché à la société d'édition d'avoir cédé à ses filiales à l'étranger les droits dérivés de traduction à l'insu de l'auteur, et d'avoir ainsi réalisé des prélèvements injustifiés et des profits illégitimes qui avaient été tenus secrets. Pour la cour d'appel de Paris, ce comportement démontrait que l'éditeur « [n'avait] pas, dans la négociation des droits à l'étranger, préservé les intérêts dont les auteurs lui avaient confié la charge ; qu'elle [avait] fait en sorte au contraire de tirer des contrats passés avec ses partenaires étrangers des profits illégitimes, recevant à l'insu des auteurs, et conservant seule, des paiements qui n'apparaissent pas avoir eu d'autre cause que la cession des droits d'édition ; que ce manquement à la bonne foi dans l'exécution des contrats, qui contrevient aux dispositions de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, [était] manifestement incompatible avec le maintien de la relation de confiance qui doit présider au contrat d'édition et [justifiait] la résiliation prononcée par le tribunal, dont le jugement sera [il] confirmé de ce chef »²⁸⁷⁷. Comme le rappelle le Professeur LUCAS, la Cour de cassation a pris le soin de mettre en avant la confiance trompée de l'auteur lorsque la simple constatation d'une fraude à la loi aurait sans doute suffi²⁸⁷⁸.

- Une autre affaire, ayant donné lieu à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 février 2004, doit être citée. Entre le 14 janvier 1993 et le 13 mai 1997, un écrivain, décédé en 1998, avait conclu avec la société d'édition Arthème Fayard trente-trois cessions de ses droits éditoriaux sur autant de ses œuvres. Après son décès, l'unique héritier et légataire universel de l'auteur a assigné l'éditeur en

²⁸⁷³ TGI Paris, 1^{re} ch., 15 févr. 1984, Affaire *Camus*, préc.

²⁸⁷⁴ Paris, 1^{re} ch., 7 juin 1982, *RIDA* 1982/4, n° 114 p. 177 ; *D.* 1983, IR p. 97, obs. C. Colombet.

²⁸⁷⁵ TGI Paris, 1^{re} ch., 25 nov. 1987, *JCP G* 1988, II, 21062, note B. Edelman ; *D.* 1989, somm. p. 46, obs. C. Colombet. V. aussi Paris, 4^e ch., 13 févr. 1995, *JurisData* n° 1995-021606 ; *RIDA* n° 164, 1995/4, p. 241, obs. A. Kéréver ; *D.* 1995, somm. p. 288, obs. C. Colombet, il s'agissait ici d'un éditeur qui avait réécrit des parties du manuscrit par une « cellule de sauvetage » ; Paris, 4^e ch. B, 10 oct. 1997, *JurisData* n° 1997-024405. Dans cette seconde affaire, l'éditeur avait pris l'initiative de mettre à jour unilatéralement l'œuvre et avait publié des études critiques non expressément acceptées par l'auteur.

²⁸⁷⁶ Paris, 1^{re} ch. G, 9 sept. 1998, 97/00867, *Sté Dargaud éditeur SA c/ Uderzo*, *JCP G.* n° 42, 20 Oct. 1999, II 10181, A. Lucas.

²⁸⁷⁷ Arrêt préc.

²⁸⁷⁸ A. Lucas, note préc. : « Tout en refusant de considérer les filiales mises en place par Dargaud comme de "simples structures d'interposition" destinées à réaliser des "détournements indirects", l'arrêt relève que la perception auprès de celles-ci de prélèvements "non justifiés" présentant un "caractère occulte" démontre que l'éditeur "n'a pas préservé les intérêts dont les auteurs lui avaient confié la charge" et qu'il "a fait en sorte au contraire de tirer des contrats passés avec ses partenaires étrangers des profits illégitimes". C'est donc bien sa mauvaise foi qui est ainsi épinglée, et qui est considérée comme "manifestement incompatible avec le maintien de la relation de confiance qui doit présider au contrat d'édition" ».

résiliation de ces conventions. Entre autres, l'héritier a contesté la légitimité d'une mise au pilon qui devait s'analyser en une faute suffisamment grave justifiant la fin au contrat. Au regard des circonstances, le moyen a finalement été rejeté mais l'argument a été entendu par la Cour de cassation²⁸⁷⁹. Parmi les circonstances invoquées par les juges du fond, ceux-ci ont souligné que l'éditeur avait pris le soin d'informer l'auteur de son choix de mettre les exemplaires au pilon. *A contrario*, en l'absence d'une telle information, la mise au pilon aurait vraisemblablement constitué un manquement suffisamment grave. De la sorte, l'éditeur aurait mis en péril les intérêts de l'auteur qu'il était censé pourtant préserver et aurait indirectement porté atteinte à la confiance légitime qui existait au sein du contrat d'édition.

- Dans l'affaire *Perret*, l'auteur-compositeur reprochait à son éditeur d'avoir fait porter sur la jaquette des exemplaires des informations erronées et attentatoires à son droit moral. La cour d'appel de Paris a condamné ce qu'elle estimait être un « *comportement commercial fautif* » en prononçant, au visa des articles 1134 al 3 et 1135 Code civil, le manquement au contrat d'édition²⁸⁸⁰. Là encore, nous y verrons une atteinte à la confiance légitime existant dans le contrat d'édition. De façon générale, l'éditeur doit s'abstenir de jeter le discrédit sur l'auteur ou ses œuvres²⁸⁸¹.

- La confiance éditoriale investit également le droit pénal. Comme l'a récemment énoncé la Cour de cassation dans l'affaire *Chateaubriand*, le depositaire d'un manuscrit des Mémoires d'outre-tombe et de *l'instrumentum* du contrat d'édition relatif à l'œuvre en question peut être condamné pour abus de confiance. En l'espèce, un notaire, qui n'était que le depositaire dudit manuscrit, a sollicité un commissaire-priseur pour le vendre aux enchères. Logiquement, le notaire a été condamné pour abus de confiance²⁸⁸². Toutefois, l'affaire en question porte sur le sort du support de l'œuvre et non sur le droit d'auteur lui-même, ce qui nuance la portée de l'arrêt dans le cadre de notre étude.

- Corrélativement, l'auteur qui fait confiance ne doit pas entretenir un comportement en contrariété avec cette dimension fiduciaire²⁸⁸³. La cour d'appel de Paris a eu l'occasion de le rappeler à la suite d'un contentieux opposant les parties à un contrat d'édition. L'éditeur demandait la résolution

²⁸⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, *Y. c/ SA Librairie Arthème Fayard* [n° 01-02.020 FS-P, *JurisData* n° 2004-022094, *JCP G*, n° 41, 6 Octobre 2004, II 10149, É. Treppoz 3 fév. 2004 ; *JCP G* 2004, IV, 1626 ; *Propri. intell.* 2004/2, p. 642, obs. A. Lucas : « *Sur le deuxième moyen (...) : Attendu qu'il est aussi fait grief à l'arrêt d'avoir refusé de prononcer la résolution judiciaire de vingt-six contrats pour tirages insuffisants ou pilonnages excessifs des œuvres concernées ; Attendu qu'il relève que l'éditeur a toujours été en mesure de satisfaire la demande à raison des stocks constitués, et, par l'envoi de relevés réguliers, tenu l'auteur informé de l'état des ventes et des destructions intervenues ; qu'ainsi le moyen tiré de la méconnaissance des articles 1134 et 1315 du Code civil, L. 132-1, L. 132-4, L. 132-10 et L. 132-11 du Code de la propriété intellectuelle, se heurte au pouvoir souverain reconnu aux juges du fond pour décider si les manquements imputés à un contractant sont ou non d'une gravité suffisante pour justifier la résolution du contrat* ».

²⁸⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, n° 04-13454, « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé, d'une part, que la société Warner Chappell music France, professionnel averti, n'avait pu penser que le droit moral d'artiste-interprète de M. Pierre X..., et non son droit d'auteur ainsi qu'il résulte d'une erreur matérielle manifeste que la Cour de cassation est à même de réparer par application de l'article 462 du nouveau Code de procédure civile, n'était pas compromis par l'enregistrement contesté, et, d'autre part, que le fait d'avoir demandé à la société productrice de porter la mention litigieuse sur la jaquette de la vidéocassette relevait d'un comportement commercial fautif ; que dès lors, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, après s'être expliquée sur la violation par la société Warner Chappell music France de son obligation contractuelle de bonne foi, implicitement déduite des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil, a estimé que sa gravité justifiait la résiliation prononcée ; que le moyen est inopérant* ».

²⁸⁸¹ Paris, 1^{re} ch., 7 juin 1982, *RIDA* 1982/4, n° 114 p. 177 ; *D.* 1983, IR p. 97, obs. C. Colombet. V. également, Paris, 4^e ch., 25 mars 1998, *RIDA* 1998/4 n° 176, p. 254, mise en garde qui « *affaiblit le contenu de l'ouvrage* ».

²⁸⁸² Cass. crim., 31 janv. 2018, n° 17-80.049, *JurisData*, n° 2018-000974.

²⁸⁸³ A. TIRAN. « *Confiance sociale, confiance primordiale en partant de Georg Simmel : la construction sociale de la confiance* », in *La construction sociale de la confiance*, Ph. BERNOUX, J.-M. SERVET (dir.), Montchrestien, 1997, p. 486 et spéc. p. 494 : « *La confiance est une relation circulaire car toute relation entre les hommes fait naître dans l'un l'image de l'autre. Il y a entre celle-ci et cette relation réelle, des interactions réciproques* ».

du contrat aux torts exclusifs de l'auteur pour avoir, à plusieurs reprises, dénigré son éditeur et manifesté de l'hostilité à son endroit. La cour d'appel a donné raison à l'éditeur en prononçant la résolution du contrat et la condamnation de l'auteur à des dommages et intérêts²⁸⁸⁴.

- Le dernier exemple est un arrêt de cassation rendu le 20 décembre 2007. Dans cette affaire, divers manquements étaient reprochés de part et d'autre d'un contrat d'édition. Le contentieux a éclaté lorsque la société éditrice a connu une restructuration interne qui a abouti à un changement de ligne éditoriale. L'auteur a demandé la résolution du contrat, la « restructuration du groupe Casterman (éditrice) ayant affecté ses garanties éditoriales et commerciales » et ayant conduit à sa marginalisation « dans une politique éditoriale à laquelle il était particulièrement associé jusque-là en raison de sa notoriété ». L'éditeur reprochait également à l'auteur divers manquements : le refus de remettre les « planches et documents nécessaires à la réalisation d'un album » et plusieurs faits de dénigrement qui n'ont pas été repris dans l'attendu de la Cour de cassation. Cette dernière a confirmé la solution de la cour d'appel qui avait retenu « une perte réciproque et définitive de confiance » aux torts partagés²⁸⁸⁵.

819. Comportement positif de l'éditeur. Parallèlement, le caractère fiduciaire impose à l'éditeur d'agir y compris lorsque cela implique un dépassement du cadre contractuel, donnant par là même une dimension relationnelle au contrat d'édition. L'adoption d'un comportement positif est uniquement exigée pour les éditeurs. Ceux-ci doivent mettre en œuvre tous les moyens de nature à faire cesser la dévalorisation de l'œuvre. Quelques décisions sont en ce sens.

- La cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 23 février 1989, engagé la responsabilité de l'éditeur. L'affaire concernait l'édition d'un roman. L'œuvre ayant fait l'objet de divers articles dans des revues à caractère pornographique, son auteur a estimé que la promotion lui avait été néfaste. Il a donc engagé la responsabilité de l'éditeur pour ne pas avoir protesté contre la promotion ainsi faite de l'œuvre et obtenu gain de cause²⁸⁸⁶.

- Dans l'affaire *Montherlant*, déjà présentée, l'auteur a reproché à l'éditeur de ne pas avoir réédité l'œuvre de Montherlant en dépit d'une demande forte du public²⁸⁸⁷. Pour mémoire, la solution énoncée

²⁸⁸⁴ Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 oct. 2009, n° 08/13934 : « À la suite de l'envoi par ce dernier à plusieurs destinataires d'un courrier électronique dénigrant son éditeur, la société AUTOUR DU LIVRE et Monsieur BARRIERE ont fait assigner Monsieur MIKAILOFF en résolution du contrat d'édition, en résolution judiciaire du protocole et en payement de la somme de 40 000 euros de dommages-intérêts devant le tribunal de grande instance de Paris ; que l'hostilité manifestée par l'appelant à l'égard de son éditeur rend impossible la poursuite du contrat d'édition du 6 avril 2006 ; que la résiliation de ce contrat doit dès lors être prononcée aux torts de l'auteur ».

²⁸⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007, 05-14.372, *JurisData* n° 2007-042037 Inédit : « Attendu que, saisie, par les auteurs, d'une demande de résiliation fondée sur la restructuration du groupe Casterman ayant affecté ses garanties éditoriales et commerciales, et par l'éditeur, d'une demande de remise forcée de planches et documents nécessaires à la réalisation d'un album, la cour d'appel, après avoir fait ressortir l'incidence des modifications touchant la composition et la répartition du capital social du groupe Casterman sur la marginalisation de M. X... dans une politique éditoriale à laquelle il était particulièrement associé jusque-là en raison de sa notoriété, a souverainement estimé que les griefs relevés de part et d'autre déterminaient une situation de fait caractérisant une perte réciproque et définitive de confiance ; qu'à partir de ces constatations et énonciations, elle a pu statuer ainsi qu'elle a fait sans méconnaître les articles 16 du nouveau Code de procédure civile, 1134 et 1184 du Code civil ».

²⁸⁸⁶ Paris, 4^e ch., 23 févr. 1989, *JurisData* n° 1989-020403.

²⁸⁸⁷ Paris 7 nov. 1951, aff. *Henry de Montherlant c/ Éditions Bernard Grasset, Dr. aut.*, 1952, p. 86 : « Considérant que de Montherlant était lié par plusieurs conventions aux Éditions Bernard Grasset, et notamment par le contrat du 27 juillet 1934 qui concernait tout ce que de Montherlant devait écrire pendant 8 ans. Considérant que l'article 9 de ce contrat décidait qu'au cas où l'éditeur, sommé de le faire, refuserait, dans les 6 mois qui suivront l'épuisement d'un tirage d'un des ouvrages faisant l'objet de ce contrat, de procéder à l'impression d'un tirage nouveau, l'auteur reprendrait la libre disposition de l'ouvrage ; que les droits d'auteur étaient également fixés par cette convention. Considérant que, dès 1942, date d'expiration de ce contrat, de Montherlant s'inquiéta de ce qu'il ne recevait pas les droits d'auteur fixés et de ce que ses œuvres n'étaient pas réimprimées comme convenu ; que ces réclamations, qui n'eurent pas plus de succès les unes que les autres, s'échelonnèrent jusqu'en 1948 ».

par la cour d'appel de Paris a considéré « *qu'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* »²⁸⁸⁸. Ainsi, le caractère fiduciaire du contrat d'édition dictait à l'éditeur d'adopter un comportement positif pour protéger l'œuvre et conserver les intérêts de l'auteur.

- Dans l'affaire *Arthème Fayard*, également précitée, l'écrivain a reproché aux éditions Fayard, outre la mise au pilon, le fait que certaines œuvres n'avaient pas fait l'objet d'édition dans les délais impartis. Finalement, la Cour de cassation a considéré que le comportement de l'auteur, qui avait envoyé un courrier dans lequel il s'opposait à l'exploitation de certaines œuvres, avait suspendu les délais contractuels. Dès lors, la situation n'a pas permis de caractériser une perte de confiance²⁸⁸⁹.

- Citons encore un jugement du tribunal de grande instance de Paris qui a condamné l'éditeur pour ne pas avoir communiqué aux ayants droit de l'auteur le manuscrit d'un critique littéraire qui dénigrait l'œuvre et la personne de l'auteur. Les magistrats ont estimé que l'éditeur avait « *l'obligation d'en (l'œuvre éditée et son auteur) assurer l'intégrité, mais aussi celle de veiller de bonne foi et dans un climat de confiance réciproque à la protection de son patrimoine moral et intellectuel et à l'image qu'il entend voir donner de lui-même au travers de son œuvre* »²⁸⁹⁰. Dans cet affaire, le tribunal a expressément caractérisé les atteintes à la confiance.

B. LA SYSTÉMATISATION DU CARACTÈRE FIDUCIAIRE

820. Plan. Le caractère fiduciaire implique la création d'une obligation de conservation (1). Ce n'est qu'ensuite que nous nous interrogerons sur sa mise en œuvre (2).

1. L'obligation de conservation fiduciaire

821. Présentation. L'éditeur a une obligation de conservation. Pour le Professeur BOFFA, elle suggère « *le maintien d'un état préexistant* »²⁸⁹¹. Selon Madame BRUNETTI-PONS, « *s'obliger à conserver consiste donc à s'engager, vis-à-vis du créancier, à donner des soins aptes à maintenir en état ou en bon état une chose* »²⁸⁹². De façon plus abstraite, le Professeur BOFFA ajoute que l'obligation de conservation peut être définie comme l'obligation de « *préserver le potentiel économique de la chose* » transférée²⁸⁹³.

²⁸⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, *Y. c/ SA Librairie Arthème Fayard*, préc. : « *Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt de refuser de prononcer la résolution judiciaire des sept contrats correspondant aux sept titres non publiés, malgré les délais contractuels pourtant prévus à cette fin ; Attendu que l'arrêt relève que ceux-ci n'étaient pas expirés lorsque l'auteur a manifesté par deux lettres à l'éditeur son intention de s'opposer à leur publication, suspendant ainsi les termes convenus, sans que les correspondances précises produites permettent pour autant de retenir une perte définitive de confiance envers lui ; qu'il en résulte que les griefs allégués de méconnaissance des articles 12 du Nouveau Code de procédure civile, 1134 et 1184 du Code civil, L. 121-4 et L. 132-12 du Code de la propriété intellectuelle ne sont donc pas davantage encourus* ».

²⁸⁹⁰ TGI, Paris, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 fév. 1984, *Sté Éd. Gallimard et autres c/ Sté de Droit Britannique Hamish Hamilton*, JCP G. n° 10, 6 mars 1985, 100742 « *Le fait pour l'auteur d'une œuvre de l'esprit de jouir du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, impose à l'éditeur auquel il confie celle-ci l'obligation d'en assurer l'intégrité, mais aussi celle de veiller de bonne foi et dans un climat de confiance réciproque à la protection de son patrimoine moral et intellectuel et à l'image qu'il entend voir donner de lui-même au travers de son œuvre (...) En négligeant de communiquer aux ayants droit de l'auteur, avant sa publication, le manuscrit d'un critique littéraire qui dénigrait l'œuvre et la personne de l'auteur, l'éditeur ne peut contester que son comportement a gravement contrevenu à l'obligation professionnelle qu'il devait assumer de faire respecter le nom, la qualité et l'œuvre de l'auteur* ».

²⁸⁹¹ R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Paris, 2008 Defrénois n° 341, p. 230.

²⁸⁹² C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 6, p. 21.

²⁸⁹³ R. BOFFA, th. préc. n° 348, p. 234.

Les obligations de conservation se rencontrent à l'occasion de tous les transferts de biens qui ne sont pas définitifs. Elles sont donc nécessaires aux contrats qui imposent une restitution et en vertu desquels une personne devient au moins détentrice du bien d'autrui²⁸⁹⁴. Il s'agit notamment du dépôt²⁸⁹⁵ et du gage²⁸⁹⁶. Cette obligation existe également lorsque le contrat emporte des effets réels. Ainsi, l'usufruitier se voit imposer une obligation de conservation de la substance du bien sur lequel a été constitué l'usufruit²⁸⁹⁷.

Dans les pays de *common law*, le devoir de conservation s'impose également aux fiduciaires. En droit américain, depuis l'affaire *Harvard College* de 1830, une obligation de conservation est imposée au trustee²⁸⁹⁸. En droit anglais, le *Trustee Act* de 2000, qui a refondu l'ensemble du régime des fiduciaires, impose dès son premier article un « *duty of care* »²⁸⁹⁹.

822. Obligation de conservation à la charge de l'éditeur. Dans l'affaire *Camus*, les magistrats ont souligné que « *le contrat d'édition, conclu intuitu personae, (...) implique que l'auteur ou ses ayants droit – dont il a pris en charge in globo les intérêts – puisse relever comme un manquement à la bonne foi et plus généralement, à la loi du contrat, tout comportement conduisant à ruiner sa crédibilité dans le public* »²⁹⁰⁰. La confiance éditoriale apparaît donc comme une technique de conservation des affaires et des intérêts de l'auteur²⁹⁰¹. Pour que la prise en charge de ces intérêts se fasse *in globo*, l'obligation de conservation, doit porter, d'une part, sur la protection du *dynamisme économique de l'œuvre* et, d'autre part, sur la *protection des intérêts moraux et pécuniaires de l'auteur*. Cette approche synthétique de la conservation permet une prise en charge complète des intérêts de l'auteur. Elle suppose que l'éditeur prenne toutes les mesures nécessaires à la poursuite de ce double objectif. Néanmoins, une telle obligation ne doit pas s'avérer trop contraignante pour l'éditeur qui demeure propriétaire des droits d'édition cédés et maître de l'exploitation. Pour ne pas que la confiance ne finisse par ôter toute liberté à l'éditeur, la portée de l'obligation de conservation doit être limitée. C'est pourquoi, si l'éditeur doit prendre toutes les mesures nécessaires à la prise en

²⁸⁹⁴ M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », RTD civ. 1993. 757, n° 3 : « *Le contenu de l'obligation de restitution, déterminant la responsabilité encourue par le débiteur défaillant, n'est par ailleurs pas aisé à délimiter. Dans tous les cas, l'obligation de restitution consiste en la remise matérielle de la chose entre les mains de son propriétaire qui s'en était dessaisi. Mais parce qu'il n'est possible de restituer que ce qui a été conservé, il est en général difficile de dissocier l'obligation de restitution de celle de conservation de la chose à restituer. Or le contenu de l'obligation de conservation peut varier. Selon les situations juridiques, le débiteur peut être tenu de surveiller purement et simplement la chose, ou encore de la garder en même temps qu'il en a l'usage, ce qui peut occasionner un certain entretien. L'obligation de conservation ne sera donc pas sans influence sur l'obligation de restitution qui est en quelque sorte conditionnée par les droits et les obligations conférés au détenteur sur la chose. En outre, si l'obligation de restitution a pour objet l'obtention d'un résultat, l'obligation de conservation impose quant à elle au débiteur une activité diligente par référence au bonus pater familias. On perçoit dès lors à quel point les engagements du débiteur sont complexes, ce qui aura nécessairement une incidence sur la mise en jeu de sa responsabilité en cas d'inexécution* ».

²⁸⁹⁵ Art. 1927 Code civil : « *Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent* ».

²⁸⁹⁶ Art. 2344 Code civil : « *Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage* ».

²⁸⁹⁷ Art. 578 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* ».

²⁸⁹⁸ Sup. Jud. Court, *Harvard College and Massachusetts General v. Francis Amory*, (1830) 26 Mass (9 Pick) 446, *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Judicial Court of Massachusetts*, Vol. IX. Boston : Hiliard, Gray, Little and Wilkins, pp. 446-465.

²⁸⁹⁹ Trustee Act 2000, Part I The Duty of Care (1) : « *Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular - (a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having, an - (b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession* ».

²⁹⁰⁰ TGI Paris, 1^{re} ch., 15 févr. 1984, Aff. *Camus RIDA* n° 120, 1984/2, p. 178 ; D. 1984, IR. p. 291, obs. C. Colombet.

²⁹⁰¹ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, nos 443-468.

charge *in globo* des intérêts de l'auteur, un manquement à son obligation sera caractérisé uniquement lorsque les bienfaits desdites mesures apparaissent manifestes.

Plusieurs illustrations permettront de mieux saisir la façon dont est censée se déployer cette obligation de conservation.

823. Principales illustrations. Au titre de la conservation du dynamisme de l'œuvre, plusieurs exemples sont concevables. La conservation obligerait l'éditeur à rééditer l'œuvre uniquement si la demande commerciale est manifeste²⁹⁰². Si l'auteur constate une grande demande du public concernant son œuvre, l'éditeur se devra de rééditer l'œuvre à défaut de quoi il engagera sa responsabilité. Tel est le cas encore d'une mise au pilon excessivement rapide²⁹⁰³. Autre exemple, lorsque l'œuvre est exploitée numériquement, l'obligation de conservation pourrait imposer à l'éditeur de prendre des mesures de protection technique. Comme l'énonce l'article L. 131-9 CPI, la constitution de DRM n'est qu'une faculté pour l'exploitant²⁹⁰⁴. Néanmoins, au regard de la dimension fiduciaire du contrat d'édition, la mise en œuvre de mesures techniques deviendrait une obligation pour l'éditeur qui devrait prendre la mesure du risque de piraterie, si tant est que ce risque soit en l'espèce manifeste²⁹⁰⁵. En l'absence de

²⁹⁰² L'éditeur n'est tenu de rééditer uniquement lorsque la demande est caractérisée, v. TGI Paris, 26 nov. 1975, RIDA 1976/1, p. 145 ; v. également Paris, 4^e ch., 12 févr. 1980, Crigny c/ Éditions Jules Tallandier, JurisData, n° 1980-763182 : « l'éditeur ne pouvait être tenu de republier les œuvres en question, dès lors qu'elles n'étaient plus susceptibles de plaire au public ».

²⁹⁰³ T. civ. Seine, 30 nov. 1925, DH 1926 p. 29, Commet ainsi une faute l'éditeur qui a mis au pilon des ouvrages au détriment de l'auteur et « sans nécessité pour la sauvegarde de ses propres intérêts », alors qu'il « ne lui appartient pas de les mettre purement et simplement au pilon, ou en réserve, en en refusant la vente et d'infliger ainsi à l'auteur une vexation et un préjudice », Paris, 6 févr. 1981, D. 1982 IR, p. 47, obs. Colombet.

²⁹⁰⁴ Art. L. 131-9 CPI : « Le contrat mentionne la faculté pour le producteur de recourir aux mesures techniques prévues à l'article L. 331-5 ainsi qu'aux informations sous forme électronique prévues à l'article L. 331-11 en précisant les objectifs poursuivis pour chaque mode d'exploitation, de même que les conditions dans lesquelles l'auteur peut avoir accès aux caractéristiques essentielles desdites mesures techniques ou informations sous forme électronique auxquelles le producteur a effectivement recours pour assurer l'exploitation de l'œuvre ».

²⁹⁰⁵ En ce sens v. É. de La BOULAYE. « Le contrat d'édition en ligne », *Légicom*, vol. 24, n° 1, 2001, p. 13, spéc. n° 62 : « Assurer une protection adéquate de l'œuvre électronique dans l'univers des réseaux numériques devient une obligation essentielle pour l'éditeur. Cette obligation se décompose en deux sous-catégories d'obligations : l'éditeur devra informer les utilisateurs de l'existence d'un régime juridique protégeant l'œuvre ; l'éditeur devra mettre en place des solutions techniques en vue de protéger l'œuvre contre d'éventuelles atteintes ». Et d'ajouter, n° 66 : « En ce sens, le contrat d'édition en ligne pourra disposer que l'éditeur s'engage à attirer l'attention des utilisateurs de l'existence d'un régime juridique protecteur du droit d'auteur soumis au droit français ainsi que des limites relatives aux droits de reproduction et de représentation de l'œuvre et au-delà, que toute violation de ces dispositions soumet le contrevenant, et toutes personnes responsables, aux peines pénales et civiles prévues par la loi ». Th. MAILLARD *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, th ; dactyl, Paris XI, 2009, n° 47 ; pp. 37-38 : « La question intéresse à vrai dire principalement le droit des contrats traités n'abordent pas. Les parties contractantes restent sur ce point libres d'aménager comme elles le souhaitent les rapports entre titulaires de droits, à une double condition : d'abord, que la protection des mesures techniques reste en tout état de cause « appropriée », quels que soient les droits en cause, ce qui implique notamment que la protection des mesures techniques mises en œuvre par les titulaires de droits voisins ne peut être excessivement réduite ; ensuite, que la protection des mesures techniques mises en œuvre par les titulaires de droits voisins n'affaiblisse pas celle des systèmes déployés par les auteurs ». Toutefois, l'auteur concède (n° 60, pp. 57-58) que « les contrats d'exploitation peuvent expressément déléguer la mise en œuvre, éventuellement en l'encadrant. L'aménagement contractuel révèle alors la volonté du titulaire de droits de recourir à une protection. Sans doute une délégation implicite peut-elle aussi se déduire de l'économie du contrat. Les enjeux contractuels ne se limitent toutefois pas aux rapports entre titulaires de droits originaires et cessionnaires. La mise en place d'un dispositif de protection efficace impose souvent l'implication d'un prestataire fournissant une solution commerciale prédéfinie. Si au moment de l'adoption des traités le marché des mesures techniques était encore balbutiant, les années qui ont suivi ont vu le développement d'un oligopole affectant les rapports de force entre ayants droit et titulaires des droits sur les mesures techniques. Les impératifs de coûts, de déploiement industriel et d'interopérabilité ont marginalisé le développement de mesures techniques spécifiques. La liberté des titulaires de droits se limite essentiellement aujourd'hui à choisir le fournisseur – quand le marché lui-même ne l'impose pas – et à opter pour l'un des niveaux de protection prédéfinis par ce dernier. Cet état de fait a des incidences certaines sur la physionomie de l'exploitation des contenus numériques. Mais le problème reste à vrai dire essentiellement économique : les titulaires de droits restent de jure maîtres de l'application des mesures techniques visées par les traités » (nous

telles mesures techniques, l'éditeur pourrait engager sa responsabilité pour ne pas avoir suffisamment conservé le dynamisme de l'œuvre qui serait aisément reproductible pour les contrefacteurs. Lorsque l'éditeur a procédé à une sous-édition, il se doit de mettre en demeure le sous-éditeur si jamais celui-ci ne s'exécute pas correctement. À défaut de quoi, la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Gérard Philippe*, a jugé que l'éditeur engageait sa responsabilité à l'endroit de l'auteur²⁹⁰⁶. On peut également considérer que l'éditeur engagerait sa responsabilité s'il n'agissait pas en contrefaçon à l'égard des tiers qui absorberaient ainsi la substance de l'œuvre et causeraient un préjudice à l'auteur. De même pour un éditeur qui présenterait une encyclopédie comme « nouvelle » laissant entendre qu'une autre édition rédigée par d'autres auteurs est démodée²⁹⁰⁷. Ces exemples de manquement manifeste doivent conduire à une mise en œuvre de la responsabilité fiduciaire de l'éditeur.

2. La responsabilité fiduciaire

824. Position du problème. Plan. La responsabilité fiduciaire est fondée sur ce qui ressemble à un paradoxe. Parce que le contrat d'édition porte le sceau de la confiance, l'auteur ne peut pas prendre ombrage du moindre écart de l'éditeur. Les remèdes issus de l'inexécution contractuelle ne doivent pas être automatiques. Cependant, une fois le manquement caractérisé, la sanction doit être plus rigoureuse afin de dissuader l'éditeur de s'écarter de ses obligations.

Pour résoudre cette équation, la responsabilité fiduciaire de l'éditeur doit obéir à des conditions de mise en œuvre qui lui sont propres (a). Ensuite, la sanction des manquements fiduciaires doit être plus énergique que les sanctions classiques (b).

a. Les conditions de la responsabilité fiduciaire

825. Plan. Pour répondre au problème de la confiance sur le terrain de la responsabilité, il faut dans un premier temps rattacher la conservation qui s'impose à l'éditeur aux obligations de moyens (i). Il faut ensuite subordonner l'action en responsabilité à une mise en demeure préalable (ii).

i. La constatation du manquement à l'obligation de conservation

826. Nature contractuelle de la responsabilité fiduciaire. Pour constater la nature du manquement, une question préalable s'impose : quel est l'ordre de responsabilité qui est convoqué ? Est-ce l'ordre contractuel ou l'ordre extracontractuel ? En fonction de la réponse, la nature du fait générateur de responsabilité n'est pas la même. Un simple manquement contractuel suffira dans le premier cas et une véritable faute sera nécessaire dans le second cas. De façon logique, il conviendrait de considérer que le contrat d'édition étend ses effets contractuels à l'obligation de conservation. Dès lors, le manquement fiduciaire doit être qualifié de manquement contractuel.

précisions). À suivre, une obligation implicite peut se dégager de l'économie de la convention. Toutefois, cette obligation doit être appréciée en contemplation de la réalité du marché.

²⁹⁰⁶ Paris, 4^e ch. sect. B, 30 avr. 1987, *SA Enonch et Cie c/ Gérard Philippe*, *JurisData* n° 1987-024040.

²⁹⁰⁷ TGI Paris, 3^e ch., 22 sept. 1988, *JurisData* n° 1988-084532, confirmé par Paris, 4^e ch., 26 juin 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 566, note P. Frémond : « *Considérant enfin que si Bordas conteste les affirmations des consorts Caratini qui prétendent que sa volonté de relancer l'Encyclopédie Focus plutôt que de poursuivre la promotion de leur ouvrage s'explique par la recherche d'importantes économies en matière de droits d'auteur, elle n'oppose à cette argumentation aucune objection sérieuse ; qu'il apparaît constant que la relance de l'exploitation de l'Encyclopédie Focus, achetée à forfait à un éditeur suédois et devenue libre de droits à l'égard de celui-ci, était sensiblement moins coûteuse pour l'éditeur, parce que la rémunération proportionnelle des adaptateurs de cet ouvrage était évidemment plus faible que celle due aux consorts Caratini qui avaient totalement créé leur propre encyclopédie ; Considérant que s'il ne saurait être fait grief à Bordas d'avoir recherché des économies, ce souci de rentabilité ne peut être tenu pour légitime dès lors qu'il a été poursuivi au détriment des consorts Caratini, dont l'éditeur se devait de préserver aussi les intérêts ; que le jugement entrepris mérite donc confirmation en ce qu'il a retenu que Bordas n'avait pas exécuté de bonne foi ses obligations* ».

Pourtant, certains auteurs affirment que les obligations qui découlent de la bonne foi posée à l'article 1104 Code civil ou de l'équité à l'article 1194 Code civil relèvent de la sphère extracontractuelle. Or, l'obligation de conservation a été précisément rattachée à ces dispositions. Pour le Professeur STOFFEL-MUNCK, les normes de comportement qui s'appuient sur l'ancien article 1134 al. 3 Code civil (nouvellement 1104 Code civil) relèvent de la responsabilité extracontractuelle²⁹⁰⁸. Selon l'auteur, ces obligations comportementales seraient légalement rattachées à la qualité de cocontractant tout en restant extérieures au contrat²⁹⁰⁹. Cette appréhension de la bonne foi rejoint la célèbre idée d'Emmanuel LÉVY pour qui c'est dans la « *confiance légitime trompée* » que se trouve la source de la faute de nature extracontractuelle²⁹¹⁰. Si l'idée est séduisante, le manquement fiduciaire de l'éditeur doit être rattaché à la responsabilité contractuelle, ne serait-ce que par commodité et simplicité. Un simple manquement contractuel suffit donc à engager la responsabilité de l'éditeur.

827. Obligation de moyens. L'ordre de responsabilité déterminé, reste maintenant à identifier la nature de l'obligation de conservation pour en décider le régime juridique. En droit des contrats, il est de coutume de considérer l'obligation de conservation comme une obligation de moyens. En matière de contrat de dépôt, le dépositaire est évidemment astreint à une obligation de conservation. C'est là l'essence de ce contrat. L'article 1927 du Code civil lui impose d'apporter à la chose déposée les mêmes soins qu'il consacre à ceux qui lui appartiennent. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a eu l'occasion de rattacher la conservation aux obligations de moyens²⁹¹¹. Lorsqu'un contrat de gage est conclu et que le créancier gagiste se voit transférer le bien gagé, l'article 2344 Code civil met à sa charge une obligation de conservation²⁹¹². Cette obligation est également observée comme étant de moyens²⁹¹³. Par extension, il semble logique de qualifier l'obligation de conservation de l'éditeur d'obligation de moyens.

828. Appréciation du manquement fiduciaire. Que la confiance s'appuie sur la bonne foi, l'équité, les attentes légitimes ou tout autre concept, elle est un standard qu'il faut tenter de cerner²⁹¹⁴.

²⁹⁰⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, 2000, n° 223 ; à rapprocher, B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 211, pour qui, le comportement du contractant au stade de l'exécution du contrat doit être rattaché aux articles 1137 et 1147 Code civil.

²⁹⁰⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.* À rapp. N. BLANC, « Le juge face à la distinction des deux ordres de responsabilité », *RDC*, 2017/4, p. 122, qui évoque la question délicate de « *la responsabilité délictuelle dans le contrat* » uniquement en matière de dommages corporels.

²⁹¹⁰ E. LÉVY, « Responsabilité et contrat », *Rev. crit.* 1899, p. 361 ; v. également du même auteur et sur le thème de la confiance : « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910, p. 717 ; « Les droits sont des croyances », *RTD civ.* 1924, p. 59 ; C. COULON, « L'influence de la durée des contrats dans les sanctions contractuelles », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Économica*, 2007, n° 13, p. 38 : « *la moralisation des comportements contractuels passe nécessairement par un élargissement du domaine des sanctions extracontractuelles* ». À cet égard, le délit d'abus de confiance est tout à fait topique. Les liens entre normes fiduciaires et sphère extracontractuelle peuvent être mis en évidence par l'existence d'un délit d'abus de confiance dans le Code pénal.

²⁹¹¹ Cass. com. 19 oct. 1982, affaire *Mécarex*, Bull. civ. IV, n° 321, *D.* 1983. IR 482, obs. Audit, *RTD civ.* 1984. 515, obs. Huet Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, FS-P+B+I, n° 06-17.863 ; Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1997, *RCA* 1997. 367 ; Civ. 1^{re}, 28 mai 1984, Bull. civ. I, n° 173 ; 30 oct. 1997, *D.* 2007. AJ. 3005 ; Com. 22 nov. 1988, Bull. civ. IV, n° 316 ; *RTD civ.* 1989. 328, obs. Jourdain.

²⁹¹² Art. 2344 Code civil : « *Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage* ».

²⁹¹³ F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? » *RTD civ.* 1995. 307 : « *Selon l'article 2080 du Code civil, "Le créancier répond, selon les règles établies au titre Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence". Il résulte de ce texte, qui opère un renvoi à l'article 1137 du Code civil, que l'obligation du créancier gagiste est, à cet égard, une obligation de moyens. Cette qualification est au demeurant logique* ».

²⁹¹⁴ N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 216, n° 1 : « *Sans les doublons, on dénombre tout de même plus de vingt standards parmi lesquels on peut citer, pêle-mêle, la bonne foi, le délai raisonnable,*

Naturellement, le rappelle le Professeur BLANC, le droit des contrats d'auteur connaît ces différents standards juridiques, notamment la notion de bonne foi²⁹¹⁵. Le Professeur SIRINELLI insiste sur le fait qu'il existe un véritable devoir de loyauté à la charge de l'éditeur²⁹¹⁶. Un bref regard sur les systèmes juridiques d'inspiration anglo-saxonne, permet de constater que les obligations fiduciaires répondent au standard de l'homme prudent²⁹¹⁷. Pour reprendre l'expression employée par la Cour suprême canadienne à propos de certains manquements fiduciaires, « *le concept d'attente raisonnable doit être objectif et contextuel* »²⁹¹⁸. En effet, on ne peut attendre d'un petit éditeur d'une œuvre littéraire quelconque une exploitation similaire à l'édition audiovisuelle d'une superproduction hollywoodienne²⁹¹⁹. Il faut donc tenir compte de certains aspects factuels et de certaines circonstances – entre autres choses, la nature du marché ciblé, la notoriété de l'auteur, les capacités financières de l'éditeur²⁹²⁰ – pour envisager la responsabilité de l'éditeur. De la même façon, l'obligation de conservation doit obéir à ces principes. Au regard de tous les éléments rappelés, le contentieux des atteintes à la confiance doit être articulé de la façon suivante :

- En premier lieu, il appartient à l'auteur d'apporter la preuve du manquement à l'obligation de conservation. Ainsi, l'auteur doit apporter la preuve qu'au regard des circonstances économiques, la décision – ou l'absence de décision – prise par l'éditeur, contredit « *manifestement* » la conservation de ses intérêts pécuniaires ou moraux.

- En second lieu, l'éditeur doit être en mesure de se défendre en apportant la preuve que la décision litigieuse ne s'imposait pas au regard des circonstances économiques. La jurisprudence autorise l'éditeur à se défendre en démontrant de façon circonstanciée, notamment au regard du marché de l'œuvre, de la dimension de la maison d'édition ou de l'attrait du public, que la décision prise était la bonne²⁹²¹. Le juge appréciera souverainement la pertinence des faits présentés au regard de l'état du marché, par exemple le changement du goût du public²⁹²². À cet égard, le juge peut parfaitement considérer que la désaffection du public n'est pas de nature à justifier la baisse des ventes dans la mesure où la notoriété de l'auteur ne pouvait pas être contestée²⁹²³.

la personne raisonnable, les attentes légitimes, le coût raisonnable, l'abus, l'excès manifeste, le déséquilibre significatif, la disproportion manifeste, la faute lourde, la faute dolosive, les conditions normales ou encore l'inexécution suffisamment grave ».

²⁹¹⁵ N. BLANC, « Les standards en droit d'auteur » *Rev. Assas*, fév. 2014, p. 80, spéc. n° 5, p. 81 : « En un premier sens, la bonne foi renvoie à une qualité morale, à un comportement loyal. On en trouve trace dans certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle sans que le terme soit directement employé par le législateur. Elle est utilisée par le juge puisque le contrat d'auteur est soumis au droit commun des obligations et donc à l'article 1134 du Code civil ».

²⁹¹⁶ P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Mémento Dalloz, 3^e éd., 2016, p. 167.

²⁹¹⁷ Sup. Jud. Cour, *Harvard College vs. Francis Amory* (1830) 26 Mass (9 Pick) 446, qui consacre pour les contrats fiduciaires la « *prudent man rule* » ; Trustee Act 2000, Part I The Duty of Care (1) : « *Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular* ».

²⁹¹⁸ *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c/. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68 ; *BCE Inc. c/ Détenteurs de débetures* de 1976, 2008 CSC 69.

²⁹¹⁹ *Supra* n° 518.

²⁹²⁰ Il est certain que la nature et l'importance du travail éditorial varient en fonction de l'expérience et de la notoriété de l'auteur, ainsi que du domaine auquel appartient l'ouvrage. L'intervention de l'éditeur peut être considérable dans certains cas, en particulier lorsqu'il s'agit d'ouvrages spécialisés qui doivent répondre à des critères précis de marché et comporter un minimum de « standardisation ».

²⁹²¹ La Cour d'appel de Paris a estimé que l'éditeur pouvait ne pas procéder à un nouveau tirage dès lors que l'opération serait aléatoire et de nature à entraîner des pertes financières, notamment en raison de la désaffection du public (v. Paris, 12 févr. 1980, *RIDA* 1981/1, n° 107 p. 152).

²⁹²² Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1977, n° 75-14.883, préc.

²⁹²³ Paris, 7 mai 1985, *RIDA* 1985/3, n° 125, p. 166.

ii. La nécessité d'une mise en demeure préalable

829. Nécessité de la mise en demeure préalable. Lorsque l'auteur constate un manquement contractuel, la confiance doit lui imposer de mettre l'éditeur en demeure²⁹²⁴. Rappelons brièvement un principe cardinal du droit de la responsabilité contractuelle, en vertu duquel cette responsabilité peut être engagée sans avoir au préalable mis en demeure le débiteur de s'exécuter²⁹²⁵. En effet, un arrêt signalé rendu par une chambre mixte en date du 6 juillet 2007 est venu trancher une question fondamentale : le créancier qui souhaite engager la responsabilité de son débiteur doit-il préalablement l'avoir mis en demeure pour que son action soit valable ? Jusqu'à l'arrêt de la chambre mixte, la jurisprudence n'était pas univoque. La chambre commerciale appliquait scrupuleusement l'ancien article 1146 du Code civil en vertu duquel « *les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer* ». Avec rigueur, elle estimait qu'en principe le créancier ne pouvait prétendre à aucune indemnité en l'absence préalable d'une mise en demeure²⁹²⁶. Au contraire, dans un arrêt du 6 mai 2003, la première chambre civile a adopté « *une position apparemment divergente* »²⁹²⁷, en énonçant que « *le débiteur est tenu du dommage né de l'inexécution de ses obligations, indépendamment de toute mise en demeure antérieure* »²⁹²⁸. La réponse rendue par la chambre mixte était donc attendue. Celle-ci a estimé que lorsque « *l'inexécution du contrat était acquise et avait causé un préjudice* », il y avait lieu d'allouer des dommages-intérêts sans subordonner l'action en responsabilité à une mise en

²⁹²⁴ Rapp. X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP G.* n° 46, 13 nov. 1996, doct. 3974 : « *la mise en demeure apparaît de plus en plus comme une sorte de "politesse contractuelle"* ».

²⁹²⁵ Civ. 1^{re}, 9 déc. 1965, Bull. civ. I, n° 694 ; 6 mai 2003, n° 00-17.383). Cass. com. 28 mai 1996, *RTD civ.* 1996. 920, 16 juin 2004, n° 02-20.480 - 4 oct. 2005, n° 04-10.867 ; *RJDA* janv. 2006, note Ph. Delmotte ; Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823, P+B+R+I, *Sté Château Moulin de Soubeyran c/ Sté Deli K Star*, *JurisData* n° 2007-040089 ; *Deffrénois* 2007, p. 1442, obs. E. Savaux ; *C.C.C.*, déc. 2007, comm. n° 295, L. Leveneur.

²⁹²⁶ Cass. com., 9 déc. 1965, Bull. n° 694.

²⁹²⁷ M. HÉDERER, Rapport n° 257, Ch. mixte, 6 juill. 2007.

²⁹²⁸ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, n° 00-17.383, *Coopérative ARCO c/ EARL de L'Escouet*

demeure préalable²⁹²⁹. En dépit de la nouvelle rédaction de l'article 1231 du Code civil qui parle d'« *inexécution définitive* » et non d'« *inexécution acquise* »²⁹³⁰, la jurisprudence devrait être maintenue.

Concernant le contrat d'édition, l'inertie de l'éditeur qui n'exploite pas l'œuvre dans les délais impartis constitue un manquement acquis et un préjudice indemnisable. L'observation stricte de la jurisprudence du 6 juillet 2007 – si tant est qu'elle soit maintenue après la réforme du droit des obligations – doit donc conduire à l'engagement de la responsabilité sans mise en demeure préalable. Toutefois, au regard de la confiance qui existe en matière de contrat d'édition, il faut en tout état de cause retenir la solution inverse. Certaines dispositions au sein du CPI imposent déjà une mise en demeure avant d'avoir recours aux remèdes à l'inexécution du contrat d'édition. Ainsi, l'article L. 132-17 CPI prévoit que « *l'éditeur, sur mise en demeure de l'auteur lui impartissant un délai convenable, n'a pas procédé à la publication de l'œuvre ou, en cas d'épuisement, à sa réédition. Dans ce cas, la résiliation a lieu de plein droit. L'édition est considérée comme épuisée si deux demandes de livraison d'exemplaires adressées à l'éditeur ne sont pas satisfaites dans les trois mois* ». Ainsi, il est expressément prévu qu'une mise en demeure doit avoir lieu avant de constater le manquement à l'obligation d'exploitation ou de réédition peu importe la nature de l'inexécution et du préjudice qui lui conséquent.

En outre, la jurisprudence conditionne les actions en responsabilités des parties au contrat d'édition à la mise en demeure préalable. Dans une affaire qui opposait Xavier Maniguet, célèbre militaire haut gradé et écrivain, à son éditeur, la société Carrière, la cour d'appel de Paris a refusé de prononcer la résolution du contrat alors même que l'auteur accusait un retard consécutif. La cour d'appel a considéré que l'éditeur aurait dû, au préalable, mettre en demeure l'auteur ; à défaut de quoi, il ne pouvait demander la résolution du contrat d'édition en raison du retard de l'auteur²⁹³¹.

²⁹²⁹ Dans son rapport précité, le conseiller rapporteur HÉDERER met en avant le fait que la doctrine est globalement hostile à la nécessité préalable d'une mise en demeure. Il écrit à ce propos : « *Starck, Rolland et Boyer : "Si l'inexécution est acquise, le droit à indemnisation ne naît-il pas de plein droit et la mise en demeure ne devient-elle pas inutile ?" (Droit civil, les obligations, 2, le contrat, 1998 p. 560). Jean Carbonnier : "l'interpellation pourra déterminer le débiteur à exécuter. Encore faut-il que l'exécution soit encore possible". Cet auteur retient que la mise en demeure est utile si elle constitue pour le créancier, soit un moyen de pression sur le débiteur, soit un moyen de preuve. Il ajoute que la mise en demeure rend manifeste la mauvaise volonté du débiteur, qu'elle déplace la charge des risques, et qu'elle fait apparaître le caractère fautif de l'inexécution (Leçons de droit civil, 2004, les obligations, p. 2209). Patrice Jourdain : "la mise en demeure ... ne conditionne l'allocation de dommages-intérêts compensatoires que si le dommage n'est pas encore définitivement consommé et irréversible, c'est à dire si obligation peut encore être exécutée de façon satisfaisante pour le créancier" (La responsabilité civile, Dalloz, 2003 p. 137). Et, du même auteur : "Dès lors que l'inexécution est constatée et cause un dommage au créancier, le droit à réparation naît de plein droit sans qu'il soit besoin de mettre le responsable en demeure d'exécuter. Elle n'est pas une condition du droit à dommages-intérêts compensatoires, si ce n'est dans les cas où le concours du créancier est nécessaire et lorsque le débiteur peut légitimement ignorer l'existence de son obligation, et où la mise en demeure ne devrait alors intervenir que comme mode de preuve de la faute contractuelle" (RTD Civ. 1996 p. 920). Th. Bonneau : "la mise en demeure n'est pas en revanche utile pour l'allocation de dommages-intérêts compensatoires" (Répertoire civil Dalloz, n° Mise en demeure n° 27). Malaurie et Aynès : "Quant aux dommages-intérêts compensatoires auxquels le débiteur peut être tenu, la mise en demeure est nécessaire ou inutile selon que l'exécution est encore possible ou l'inexécution avérée. (...) Lorsque le préjudice du créancier n'est pas acquis, la mise en demeure est nécessaire. Ainsi en est-il lorsqu'aucune date n'avait été précisée pour l'exécution, si celle-ci reste encore possible, ou si l'exécution tardive est susceptible de le satisfaire" (Droit civil, Les obligations, Dalloz, 2004 n° 974). Terré, Simler, Lequette : "Toute inexécution préjudiciable d'une obligation ouvre droit à réparation", les auteurs estimant que s'affranchir de ce principe "est de nature à conduire à de véritables impasses juridiques dans le cas de certaines obligations légales" comme c'est le cas pour l'usufruitier, qui ne peut mettre en demeure le nu-proprétaire de faire des réparations (droit civil, 2002, les obligations, n° 1084) ».*

²⁹³⁰ Art. 1231 du Code civil : « *À moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable* ».

²⁹³¹ Paris, 1^{re} ch., 25 sept. 1989 : « *Considérant que par l'article 2 dudit contrat, Xavier Maniguet s'obligeait à remettre un manuscrit définitif et complet au plus tard le 5 avril 1986, à défaut de quoi, après une vaine mise en demeure par lettre recommandée, l'éditeur ne serait pas tenu de publier le livre ; qu'alors qu'elle ne prétend pas avoir mis l'auteur en demeure de produire son texte, ni même lui avoir fait la moindre observation à ce sujet, la société Carrière ne saurait en conséquence se prévaloir aujourd'hui d'une remise tardive du manuscrit et qu'il est sans importance que chacune des parties, soutenue par des attestations contradictoires de directeurs de collection de la société éditrice, affirme des dates différentes, 15 avril ou 24 mai 1986, pour le dépôt définitif de celui-ci* ».

Enfin, les codes des usages réglementent en ce sens la question de la mise en demeure préalable. C'est le cas du code des usages de l'édition musicale, qui prévoit qu'en cas de manquements dits « régularisables » l'auteur peut mettre l'éditeur en demeure de s'exécuter²⁹³².

Cette tendance doit être généralisée et s'imposer aux parties.

830. Disparition de la mise en demeure préalable en cas de manquement dolosif ou non régularisable. Dans deux hypothèses, le bon sens commande de ne pas subordonner le recours aux remèdes à l'inexécution contractuelle à une mise en demeure préalable. Il s'agit des hypothèses où l'éditeur a commis un manquement dolosif, un manquement suffisamment grave ou plus simplement un manquement qui n'est plus régularisable.

Lorsqu'il ressort des faits des manquements dolosifs, la responsabilité fiduciaire doit être encourue automatiquement. En effet, la confiance est naturellement trahie et la nécessité d'une mise en demeure préalable doit céder de façon radicale. Dans l'affaire *Uderzo*, les héritiers de l'auteur ont mis en cause la probité de l'éditeur, qui avait négocié secrètement les droits de traduction avec un éditeur étranger. En maintenant le secret sur le contrat de traduction, l'éditeur a soustrait frauduleusement les sommes recouvrées de l'assiette de rémunération de l'auteur. Pour la Cour de cassation, ce comportement est « *manifestement incompatible avec le maintien de la relation de confiance qui doit présider au contrat d'édition* »²⁹³³. En de telles circonstances, il n'y a aucune raison de conditionner la responsabilité de l'éditeur à une mise en demeure préalable. Par extension, les fautes graves qui confinent au dol relèvent d'un régime similaire. La confiance ne peut pas s'accommoder de fautes de comportement trop graves.

Ensuite, si le manquement n'est pas régularisable, une mise en demeure devient inutile. En effet, si d'aventure l'auteur recherche la responsabilité de l'éditeur pour des manquements contractuels alors que le contrat est déjà arrivé à son terme, une mise en demeure devient parfaitement inutile, l'éditeur n'ayant plus les moyens de s'exécuter correctement.

b. La sanction de la responsabilité fiduciaire

831. Aggravation de l'indemnisation en raison de l'atteinte à la confiance. Dans l'Antiquité, la trahison de la confiance était présentée par les tribunaux comme une circonstance aggravante. À titre d'exemple, la *fides publica* – la foi ou la confiance publique – s'entendait comme le crédit que le public reconnaissait à une personne ou à une situation. Elle venait aggraver le vol des choses « *de fides publica* ». Il s'agit du vol réalisé dans les lieux publics où le propriétaire est censé être en confiance. Il en résultait un accroissement des sanctions²⁹³⁴.

La responsabilité fiduciaire de l'éditeur doit reprendre cette idée impliquant un accroissement du préjudice et donc de la sanction. Une telle conception doit pourtant passer à l'examen de principes élémentaires de la responsabilité. À cet égard, le principe peut se heurter au principe cardinal de la réparation intégrale qui voit dans la responsabilité civile des vertus exclusivement indemnitaires et non comminatoires. Selon la formule consacrée, il faut indemniser « *tout le préjudice, rien que le préjudice* ». Ainsi, il n'est pas permis d'aggraver la responsabilité de l'éditeur. En dépit de cette règle de principe, deux possibilités sont envisageables pour donner à la responsabilité fiduciaire de l'éditeur la teneur que l'on souhaite lui attribuer.

- La première possibilité, la plus simple mais la moins concevable actuellement, consisterait à condamner l'éditeur à verser des dommages et intérêts *punitifs*, qui dépasseraient le plafond de

²⁹³² Art. 5.1 Code des usages musicaux du 4 oct. 2017 qui met l'accent sur le caractère régularisable du manquement commis pour justifier la possibilité de mettre en demeure l'éditeur de s'exécuter correctement.

²⁹³³ Paris, 1^{re} ch. G, 9 sept. 1998 97/00867, *Sté Dargaud éditeur SA c/ Uderzo*, préc.

²⁹³⁴ D. JOUSSE, *Traité de justice criminelle*, T. IV, 1771, p. 210, § 98 : « *Ceux qui volent (...) dans des assemblées publiques, comme aux spectacles, aux promenades, etc., sont punis plus sévèrement que pour les vols simples. Suivant les Loix Romaines, ceux qui voloient dans les bains publics, étoient punis plus sévèrement que les autres voleurs : ((Voyez la Loi 1, D. de furibus balneariis.) La peine étoit opus publicum temporarium* ».

l'indemnisation et aggraverait la responsabilité. Il s'agirait donc d'envisager la responsabilité fiduciaire comme une peine privée au profit de l'auteur. Actuellement, l'idée de la peine privée connaît un renouveau conceptuel. Devant le constat de la pratique insidieuse de la peine privée par les tribunaux, divers auteurs ont plaidé avec force pour l'introduction en droit français de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires²⁹³⁵. L'idée connaît quelques échos au sein de l'avant-projet de réforme de la responsabilité qui l'envisage à l'article 1266-1. Néanmoins, l'article prévoit de consacrer une amende civile exclusivement en matière extracontractuelle²⁹³⁶. La règle serait donc inapplicable dans notre cas.

- Selon la seconde possibilité, il suffirait de considérer que l'atteinte à la confiance de l'auteur ajoute un nouveau chef de préjudice qu'il faudrait indemniser. Plutôt que de dépasser le plafond de l'indemnisation, cette approche permettrait d'augmenter ce plafond. Ainsi, l'atteinte à la confiance devrait s'analyser, en sus des conséquences patrimoniales en raison des divers manquements, comme le ferment d'un préjudice moral qui s'ajouterait à la responsabilité de l'éditeur²⁹³⁷. En d'autres matières – notamment en droit pénal fiscal –, cette idée a déjà été consacrée par la Cour de cassation²⁹³⁸. Une telle approche permettrait, sous couvert d'indemnisation, d'octroyer à l'auteur des dommages et intérêts plus importants.

§ 2. LE CARACTÈRE RELATIONNEL

832. Présentation. Plan. Contrairement au caractère fiduciaire qui ressort assez nettement de certaines décisions de justice, le caractère relationnel pose un problème de « positivité ». Tout au plus, dans l'affaire *Step et Artiste plus*, la Cour de cassation a énoncé qu'il existait un « *lien intime* » entre l'auteur et son éditeur²⁹³⁹. Le constat semble bien maigre pour inférer de façon irrévocable une dimension relationnelle au contrat d'édition. Le système juridique français n'étant pas familier avec la théorie du contrat relationnel, il faudra donc envisager son existence (A) afin d'en mesurer pleinement l'éventuelle application au contrat d'édition (B).

²⁹³⁵ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1995 ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2005, nos 362 et s. ; N. FOURNIER, *La faute lucrative*, préc. n° 199, p. 189.

²⁹³⁶ Art. 1266-1 proj. C.c. : « *En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile* ».

²⁹³⁷ À rapp. Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance », *RSC*, 2006, p. 809 : « *Il se pourrait alors que le délit d'abus de confiance, loin de se réduire à l'image d'un délit "technique" destiné à la protection patrimoniale, se révèle depuis ses origines comme un délit fondé sur la faute morale de la trahison de la confiance accordée* ».

²⁹³⁸ V. par exemple Cass. crim., 1^{er} juin 2016, n° 15-80667, qui donne raison à la cour d'appel d'avoir ajouté, en sus de l'indemnisation du préjudice matériel subi, une indemnité pour le préjudice moral en raison de l'atteinte à la confiance ; v. également le raisonnement tenu par le commissaire du Gouvernement J. MIET en matière de contentieux fiscal : « *En l'espèce, la situation est assez proche de celles dans lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes a admis le principe de la confiance dans l'administration en raison de simples déclarations de l'administration (cf. CJCE, aff. 87-130/77 et 22/83, 9 oct. 1984, Chatillon ; aff. 289/81, Mayrides : Rec. CJCE 1983, p. 1731). L'administration a donc à notre sens porté atteinte à la confiance que l'intéressé pouvait légitimement avoir en elle en raison de l'engagement ainsi pris par celle-ci de reprendre son dossier. Cela étant il reste à déterminer quel est le préjudice indemnisable. Celui-ci doit être certain et direct. Or, en l'espèce, M. Buchlin se prévaut, d'un préjudice moral et physique qu'il évalue à 500 000 F sans autres précisions ni justifications. Vous ne sauriez dans ces conditions admettre l'indemnisation d'un tel préjudice. Cela étant pourrez-vous vous borner à rejeter la requête présentée, ou pourrez-vous admettre une indemnisation "forfaitaire" ? C'est la solution que nous vous suggérons de suivre, et nous vous proposons en conséquence de condamner l'État à verser à l'intéressé une somme de 1 000 F au titre du préjudice moral né de l'incertitude dans laquelle il est demeuré pendant plusieurs années, sur la suite qui serait donnée aux procédures de redressement fiscal engagées à son encontre* », T.A. Strasbourg, 4^e ch., 14 mai 1996, req. n° 89-1849, M. Buchlin et Conclusions de M. le commissaire du Gouvernement J. Miet, *Rev. Dr. fisc.* n° 51, 18 déc. 1996, comm. 1543.

²⁹³⁹ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *JurisData*, n° 2015-022770, *Step, Artist plus*.

A. L'EXISTENCE DU CARACTÈRE RELATIONNEL

833. Définition du contrat relationnel²⁹⁴⁰. La théorie du contrat relationnel repose initialement sur une étude psychologique cherchant à expliquer la force obligatoire dans les relations d'affaires plus ou moins longues²⁹⁴¹. Ses partisans conçoivent une approche déontologique du contrat fondée sur la réputation et sur l'éthique commerciale. En vertu de cette théorie, les contractants s'exécutent pour avoir du crédit sur le marché. Il revient à MACAULAY, dans une étude publiée en 1963 et dédiée à la place du contrat dans les relations commerciales, d'avoir révélé en premier l'importance de facteurs psychologiques dans le bon déroulement des opérations contractuelles. Au sens de MACAULAY, seules les opérations d'envergure font l'objet d'une documentation contractuelle conséquente²⁹⁴². Au contraire, la plupart des relations commerciales ne nécessitent pas l'adoption de contrats détaillés²⁹⁴³. Seules quelques stipulations essentielles au contrat sont nécessaires. Pour les modalités non prévues dans le contrat, la confiance mutuelle et la réputation suffisent. Ce comportement s'expliquerait principalement par le fait que, pour ces hommes d'affaires, les enjeux liés à la réputation sont tels qu'il n'est pas indispensable de prévoir l'ensemble des conséquences liées à la mauvaise exécution de la prestation. Une simple éthique commerciale permettrait de réguler le comportement de chacun. L'idée du contrat relationnel repose donc sur l'idée que les agents sont obligés par les contrats qu'ils signent mais également et surtout par la relation qu'ils nouent et qui dépasse le simple cadre contractuel. Tout n'est pas contractuel dans la relation juridique²⁹⁴⁴.

Pour les partisans les plus radicaux de cette théorie, le « *contrat est mort* », ou tout du moins il est dépassé, et il faut désormais asseoir les relations commerciales sur les règles quasi contractuelles et délictuelles²⁹⁴⁵. Les moins radicaux mettent simplement l'accent sur le fait que la relation d'affaires précède et/ou succède le contrat. Ce dernier n'est qu'un outil juridique parmi tant d'autres pour formaliser la coopération des agents sur une durée plus ou moins longue. On est donc juridiquement obligé par le contrat, mais également au-delà du contrat. En 1978, le Professeur MACNEIL récupère

²⁹⁴⁰ Pour une présentation limpide de la notion, voir L. GRYNBAUM, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », *RDC* 2008/4, p. 1383.

²⁹⁴¹ C. JAMIN, « Le droit de la régulation : un laboratoire expérimental du droit des contrats », *RLC.*, 2005, févr.-avr. 2005, n° 2, p. 132 : « ne constitue pas seulement le support d'un échange, à l'exemple de la vente, mais aussi un instrument susceptible d'engendrer une relation de pouvoir entre des agents sur une période plus ou moins longue. C'est ainsi qu'ils parlent aujourd'hui couramment de contrats de situation ou de contrats-organisation. Dans cette veine, un célèbre civiliste avait écrit au début des années 1920 que, dans ces contrats, l'une des parties pouvait être érigée en juge de certains points. Avant les économistes ou les sociologues, c'était avoir l'intuition des contrats relationnels et incomplets » ; v. également J.-L. LESQUINS, « Politiques de concurrence et analyse économique », *RLC.*, juill. 2013, n° 36.

²⁹⁴² S. MACAULAY, art. préc., p. 62.

²⁹⁴³ S. MACAULAY, « Non Contractual Relations in Business : A Preliminary Study », *Amer. Soc. Rev.* 1963, p. 55 et s.

²⁹⁴⁴ P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321 : « La conception volontariste du contrat, conçue tout entière sur la volonté des contractants, paraît ainsi avoir décliné en même temps que le droit français s'écarterait du dogme de l'autonomie de la volonté. Ce constat n'est pas propre au droit français et se retrouve ailleurs, notamment aux Etats-Unis, où le contrat dit « classique » est concurrencé par un « contrat relationnel » qui n'accorde plus à la volonté qu'une place résiduelle dans la définition des obligations des contractants. L'enjeu est loin d'être théorique, les mécanismes contractuels n'ayant ni le même sens ni la même portée, selon qu'ils sont conçus comme des instruments de justice contractuelle ou comme des mécanismes volontaristes. (...) Le droit allemand a déjà montré que la volonté contractuelle peut être recherchée ailleurs que dans l'intention subjective des contractants, notamment dans leur déclaration de volonté. Les droits anglais et américain du contrat invitent à porter sur la volonté un autre regard, tourné vers les attentes des contractants. Il en ressort que tout engagement contractuel génère des attentes qu'il appartient à l'ordre juridique de protéger, peu important qu'elles aient été exprimées ou même envisagées par les contractants lors de la formation de leur contrat ».

²⁹⁴⁵ G. GILMORE, « The Death of Contract » Columbus, *Ohio State Univ. p.*, 1974 ; Sur ce constat, R. W. GORDON, « The Death of Contract », *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 1-1-1974, p. 1218 : « Gilmore speculates, contract is well on its way-on the backs of unjust enrichment and reliance doctrine-to being merged with tort into a "unified theory of civil obligation" ».

les travaux de MACAULAY et propose une catégorisation originale des différents contrats existants²⁹⁴⁶. « *Opposés aux “discrete contracts” – “contrats discrets” ou “transactionnels” –, qui correspondraient à la vision traditionnelle du contrat et organiseraient de “simples échanges de biens”, “dans lesquels aucune relation n’existe” et où chacun est autorisé à maximiser son profit individuel, les “relational contracts” – contrats relationnels – mettraient à l’inverse l’accent sur la naissance d’une véritable relation entre les parties en raison du déroulement de leur exécution sur une longue durée* »²⁹⁴⁷.

834. Intérêt de la distinction. En ce sens, l’analyse des rapports juridiques sous le prisme relationnel contrevient à l’analyse traditionnelle du contrat qui se veut « *statique plutôt que dynamique* »²⁹⁴⁸. Ce caractère dynamique permettrait une conception évolutive du rapport juridique par exemple entre un auteur et son éditeur. Le contrat étant incomplet, la relation doit prendre le relais en dictant de nouvelles obligations et en complétant le cadre juridique du contrat. On pourrait ainsi considérer que la croyance légitime est source d’obligations²⁹⁴⁹.

Plusieurs conséquences peuvent être rattachées à la qualification de contrat relationnel. Tout d’abord, la relation supplantant le contrat, des obligations de nature non contractuelles peuvent être découvertes. En outre, à propos des contrats relationnels, Madame BOISMAIN évoque avant tout « *un régime encourageant la poursuite de la relation* »²⁹⁵⁰. Enfin, le caractère relationnel justifierait l’existence d’un lien entre les différents contrats procédant de la même relation.

835. Les critères d’identification. Les auteurs qui se sont efforcés de donner un contenu juridique intelligible au contrat relationnel ont pour la plupart tenté de lui conférer des critères d’identification opératoire. À vrai dire, on y voit davantage un faisceau d’indices²⁹⁵¹.

- Tout d’abord, la temporalité particulière de l’exécution des prestations demeure l’un des critères le plus usités par ces auteurs²⁹⁵². Ainsi, un contrat qui lie les parties sur du très long terme a plus de chance d’instaurer une véritable relation entre les parties. Par ailleurs, les auteurs mentionnent parfois la temporalité particulière établie au sein des contrats d’exploitation. La dimension relationnelle instaure au sein de ces contrats une temporalité inédite, qualifiée de « *durée endogène* »²⁹⁵³. Le contrat relationnel « *conduit à admettre une durée variable en fonction des résultats de l’exploitation* ». Sans parler de contrat relationnel, le doyen CARBONNIER appelait déjà à une refonte de la « *philosophie du contrat successif* »,

²⁹⁴⁶ I. MACNEIL, « Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law », *Northwestern University Law Rev.*, 1978, vol. 72, p. 854.

²⁹⁴⁷ J. ROCHFELD, « Modes temporels d’exécution du contrat », *RDC*, 2004/1, p. 47, n° 25 ; voir aussi M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 238 et s., où l’auteur singularise les contrats de situation par rapport au contrat d’occasion en ce que les premiers créent « *des relations stables et permanentes* ».

²⁹⁴⁸ M. A. EISENBERG, « Why there is no law of relational contracts », *Northwestern University Law Rev.*, vol. 94, n° 3, p. 807, n° 3 : « *Another characteristic of classical contract law is that it was static rather than dynamic* ».

²⁹⁴⁹ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherche sur les sources de l’obligation*, préf. Y. LEQUETTE, Deffrénois, 2007, n° 238 et s., p. 109 et s.

²⁹⁵⁰ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2005, p. 205, n° 279.

²⁹⁵¹ Sur ce faisceau d’indices, voir J. ROCHFELD, « Modes temporels d’exécution du contrat », *RDC*, 1/2004, p. 47, n° 28 ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211.

²⁹⁵² J. ROCHFELD, *ibid.*, n° 25 : « *Parce qu’ils lient les parties sur une longue période, ces contrats à long terme sont à même de faire naître une véritable relation entre les parties. C’est ce que souligne une certaine doctrine américaine – celle de Ian MacNeil – , en proposant la notion de contrats “relationnels”* ».

²⁹⁵³ Pour être plus précis, c’est l’exécution du contrat elle-même qui fixe le terme par un mode de régulation qui lui est propre. Les économistes qualifient ce phénomène de « *durée endogène* ». Sur ce point, v. Ph. COSSALTER, « La concession à durée endogène », *Dr. Adm.* n° 5, mai 2006, ét. 9.

qu'il appréhendait comme « *un contrat-organisme où les deux intéressés coopèrent à des fins sociales (la coopération traduisant notamment un devoir permanent de transparence)* »²⁹⁵⁴.

- La fréquence des rapports contractuels qui, d'abord spontanés, tendent à se formaliser et à s'organiser au fur et à mesure qu'ils se répètent est également considérée comme un critère du caractère relationnel²⁹⁵⁵. Ductile sous l'influence de son environnement, la relation contractuelle s'écrit en même temps qu'elle s'exécute.

- Un autre indice résiderait dans la difficulté « *pour au moins un contractant de trouver un partenaire équivalent* »²⁹⁵⁶. Ainsi, le contrat relationnel serait fondé sur un rapport privilégié entre deux parties au regard de leurs aptitudes respectives.

- Enfin, un dernier indice peut être découvert dans le degré d'incomplétude des conventions et la confiance qu'entretiennent mutuellement les parties afin que l'opération se dénoue sans heurt²⁹⁵⁷. À notre avis, ce dernier critère constitue de loin l'indice le plus pertinent au regard de l'étude fondatrice de MACAULAY ci-dessus rappelée.

836. Application de la théorie relationnelle au contrat d'édition. Au regard des explications fournies, pouvons-nous soutenir, avec scientificité, que le contrat d'édition est pourvu d'une dimension relationnelle ? Les traces d'une telle dimension sont diffuses et apparaissent de manière circonstanciée.

Tout d'abord, la temporalité particulière du contrat d'édition véhicule une conception non linéaire de la durée du contrat. Il s'agit d'un contrat d'exploitation pouvant durer autant que l'exploitation prospère. Dès lors, les contrats d'édition peuvent être de très longue durée, ceux-ci pouvant avoir pour terme soixante-dix années *post mortem*. De plus, le contrat d'édition s'inscrit assez souvent dans un cadre juridique économiquement plus important. Ainsi, il sera parfois la conséquence d'un contrat de commande ou d'un pacte de préférence, et pourra déboucher sur des rééditions décidées par l'éditeur. Autant d'éléments créant une situation juridique nouvelle en vertu du contrat mais par-delà le contrat. Enfin et surtout, l'existence de la confiance au sein de la relation entre les parties au contrat d'édition renvoie à l'idée fondatrice du contrat relationnel. C'est le sens de l'affaire *Step et Artist plus*. Rappelons que dans cette affaire, un contrat d'édition avait été conclu entre un auteur et un éditeur auquel était assorti un pacte de préférence. Ce contrat d'édition avait été résilié mais l'éditeur souhaitait malgré tout lever l'option du pacte de préférence. La Cour de cassation a estimé qu'au regard du « *lien de confiance* » qui unissait les parties et du « *lien intime* » qui unit les conventions, le pacte de préférence avait disparu avec le contrat d'édition²⁹⁵⁸. Au demeurant, la confiance rend ardue la substitution de l'un des contractants et valide le dernier point évoqué.

²⁹⁵⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, p. 264, n° 141 et n° 261, p. 138, cité par H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RID éco.*, 2001/3, t. XV, 3, p. 339.

²⁹⁵⁵ On rapproche alors la notion de contrat relationnel de celle de relation commerciale établie en mettant ainsi l'accent sur les conséquences juridiques liées à la répétition des interactions entre les contractants, v. J. ROCHFELD, « Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la "relation" contractuelle ? », *RDC*, 2006/4, p. 1033, N. MATHEY, « La rupture de relations commerciales établies en période de crise. Difficultés d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en période de crise économique », *C.C.C.*, 2010, ét. n° 3 ; N. MATHEY, « Poursuite d'une relation commerciale après cession », *C.C.C.*, n° 8-9, août 2014, comm. 193.

²⁹⁵⁶ C. BOISMAIN, th. préc. n° 210.

²⁹⁵⁷ I. MACNEIL, art. préc.

²⁹⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *JurisData*, n° 2015-022770, *Step et Artist plus*, préc.

B. LA SYSTÉMATISATION DU CARACTÈRE RELATIONNEL

837. Application et intérêt de la théorie au contrat d'édition. Bien que le contrat d'édition soit qualifié de contrat relationnel, un problème survient inexorablement au moment de systématiser ses effets juridiques. À défaut de consécration dans le droit positif, quelle portée attribuer à une telle notion ? Est-il même possible de lui imputer de quelconques effets ? La réponse paraît affirmative. D'une part, bien qu'ils ne soient pas expressément rattachés à la théorie des contrats relationnels, certains effets juridiques existent déjà dans le droit positif. D'autre part, comme l'énonce le Professeur LAITHIER, « *l'application du régime rattaché au contrat relationnel est-elle conditionnée par la reconnaissance de cette notion ? Pour celles des règles qui sont déjà applicables en droit français, la réponse négative va de soi* »²⁹⁵⁹. Pour le Professeur, il est tout de même possible d'appliquer le régime des contrats relationnels même si cette qualification ne fait pas l'objet d'une consécration légale.

Tandis que l'autonomie de la volonté explique en quoi l'accord des parties génère le contrat d'édition, sa dimension relationnelle permettrait de fonder conceptuellement l'incorporation des fonctions nouvelles, qui prendrait appui sur la pratique et les usages et qui échapperait en quelque sorte au processus contractuel²⁹⁶⁰.

Trois enseignements peuvent être tirés : le maintien de la relation éditoriale (1) ; l'extension de la relation éditoriale (2) ; l'adaptation de la relation éditoriale (3).

1. Le maintien de la relation éditoriale

838. Annonce. Plusieurs instruments doivent conduire au maintien de la relation éditoriale, sans être pour autant excessifs et empêcher toute possibilité de rupture²⁹⁶¹.

839. Mise en demeure préalable en cas d'inexécution (rappel). Les actions en exécution forcée, en résolution ou en responsabilité ne doivent pas être considérées comme la réponse idoine au moindre manquement émanant de l'auteur ou de l'éditeur²⁹⁶². Il faut ainsi laisser une chance aux contractants de s'exécuter convenablement après mise en demeure. Le point a déjà été évoqué au moment d'envisager la portée de la dimension fiduciaire du contrat d'édition²⁹⁶³. Toutefois, la nécessité

2959 Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003, et spéc. p. 1008.

2960 Herbert A. SIMON a mis en lumière le fait que certains contractants n'avaient pas la rationalité suffisante pour appréhender tous les problèmes posés par une situation (H. Simon, *Models of Man : Social and Rational. Mathematical Essays on Rational Behavior in a Social Setting*, New York, Wiley, 1957p. 198 : « *The capacity of the human mind for formulating and solving complex problems is very small compared with the size of the problems whose solution is required for objectively rational behavior in the real world* »). Il en irait ainsi *a fortiori* des auteurs dans leur relation avec les éditeurs. En effet, le principe de rationalité limitée expliquerait à la fois « *pourquoi on peut être amené à préférer une relation personnalisée plutôt que de s'adresser abstraitement au marché, et pourquoi la relation contractuelle est elle-même porteuse d'incertitude. Une fois que l'on a trouvé un partenaire satisfaisant, il est tentant de vouloir pérenniser cette collaboration, au lieu de partir à chaque fois à la recherche d'un nouveau partenaire sur le marché (surtout quand le marché n'est pas bien organisé)* » (H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RID éco.*, 2001/3, T. XV, 3, p. 339). La théorie du contrat relationnel permet d'appréhender cette réalité en laissant s'organiser entre les « partenaires » – ici l'auteur et son éditeur – des opérations qui reconduisent et maintiennent leur relation. M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 323.

2961 Les liens intimes tissés à l'occasion d'un contrat d'édition ne doivent pas être définitivement insolubles, à défaut de quoi « *l'abus de droit des contrats (deviendrait) dangereux pour la santé* », F. DEFFERRARD, « Publier ou périr, et le lieutenant Columbo », *D. IP/IT*, 2016, p. 376.

2962. Paris, 1 ch. G, 9 sept. 1998, *D. aff.*, 1998, p. 1647, qui, vise le nécessaire « *maintien de la relation de confiance devant présider au contrat d'édition* », Adde, sur pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2000.

2963 *Supra* n° 820 et s.

d'une mise en demeure préalable peut également se réclamer de la nature relationnelle des rapports entre l'auteur et l'éditeur. En effet, pour MACNEIL, l'issue d'un conflit doit déboucher sur l'exécution pacifiée du contrat²⁹⁶⁴. Seul un manquement particulièrement grave doit conduire à la fin de la relation.

840. Encouragement des modes alternatifs de règlement des différends. Le maintien de la relation contractuelle implique qu'en cas de différend entre l'auteur et l'éditeur, des voies non contentieuses soient encouragées comme peuvent l'être la médiation ou la conciliation. Nous citerons tout d'abord l'article 21 de la directive du 17 avril 2019 selon laquelle, dans le cadre des contrats d'auteur, les litiges qui portent sur les obligations de transparence ou sur la rémunération équitable peuvent faire l'objet d'une procédure alternative de règlement des conflits²⁹⁶⁵. Le recours est simplement facultatif, mais la disposition encourage les litigants à mettre de côté leur différend et à trouver un terrain d'entente.

Ensuite, un jugement du 11 mars 2003 rendu par le tribunal de grande instance de Paris peut être cité en ce sens. Un contentieux advient entre l'auteur et l'éditeur. Les reproches sont partagés. Le tribunal préconise alors « *une mesure de médiation judiciaire pouva[nt] favoriser une solution amiable du différend dans un esprit d'apaisement, de concertation et de bonne foi, afin de tenter d'apaiser la situation et de rechercher dans le respect des droits de chaque partie une solution amiable* »²⁹⁶⁶. Il serait pertinent d'encourager le recours à ces modes précontentieux de règlement des conflits.

Dans cet esprit, notons que le législateur institue de plus en plus de commissions de conciliation en droit d'auteur et en droits voisins. On pense en premier lieu au médiateur du livre qui est chargé d'offrir une issue aux différends portant sur le prix du livre²⁹⁶⁷. « *Il peut être saisi par tout opérateur impliqué dans la fabrication et la distribution du livre* ». Toutefois, « *ne sont pas ainsi concernés les rapports entre l'auteur et l'éditeur* »²⁹⁶⁸ par ce médiateur qui reprend le modèle du médiateur du cinéma²⁹⁶⁹. On pense en second

²⁹⁶⁴ D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD. civ. 1994, p. 223, estimant à propos des remèdes à l'inexécution du contrat qu' « *interviennent aussi les rapports entre les parties, selon qu'il s'agit d'un contrat "relationnel" ou d'un contrat "discret". On agira moins facilement en exécution forcée avec une entreprise avec laquelle on travaille depuis de longues années* ».

²⁹⁶⁵ Dir. 2019/790, 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, Art. 21 Procédure extra-judiciaire de règlement des litiges : « *Les États membres prévoient que les litiges relatifs à l'obligation de transparence prévue à l'article 19 et au mécanisme d'adaptation des contrats prévu à l'article 20 peuvent être soumis à une procédure alternative de règlement des litiges volontaire. Les États membres veillent à ce que les organisations représentant les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants puissent engager ces procédures à la demande spécifique d'un ou plusieurs auteurs et artistes interprètes ou exécutants* ».

²⁹⁶⁶ Sur un renvoi en conciliation préalable à l'occasion d'un contentieux portant sur une demande de résiliation d'un contrat d'édition, v. TGI de Paris, 3^e ch., 3^e sect., 11 mars 2003, R (Janick) c/ Écran Total SA, Saint-Exupéry (François de), MASS média SA : « *qu'il est apparu que, compte-tenu de la nature du litige et de l'ensemble des prétentions des parties, une mesure de médiation judiciaire pouvait favoriser une solution amiable du différend dans un esprit d'apaisement, de concertation et de bonne foi, afin de tenter d'apaiser la situation et de rechercher dans le respect des droits de chaque partie une solution amiable* ».

²⁹⁶⁷ La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation institue une conciliation préalable obligatoire du médiateur du livre pour les litiges relatifs au prix du livre, papier et numérique. « I. - Sans préjudice de l'action publique et à l'exception des conflits relevant des procédures d'arbitrage professionnelles, sont soumis à une conciliation préalable : 1° les litiges relatifs à l'application de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre ; 2° les litiges relatifs à l'application de la loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique. Cette conciliation est mise en œuvre par le médiateur du livre ».

²⁹⁶⁸ J.-M. BRUGUIÈRE, P. DEPREZ, « Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique », *Légicom* 2013/3, n° 51, p. 5, spéc. p. 8.

²⁹⁶⁹ Le modèle juridique de ce nouveau médiateur se trouve dans le médiateur du cinéma (qui donne aux professionnels semble-t-il entière satisfaction). Rappelons que, selon les articles 213-1 à 213-8 Code du cinéma et de l'image animée, le médiateur du cinéma est également chargé d'une mission de conciliation préalable pour les litiges relatifs, notamment, à l'exploitation des films en salle. L'article 213-1 1° dispose ainsi que le médiateur s'intéresse à tout litige relatif « *à l'accès des exploitants d'établissements de spectacles cinématographiques aux œuvres cinématographiques et à l'accès des œuvres cinématographiques aux salles, ainsi que, plus généralement, aux conditions d'exploitation en salle de ces œuvres, qui a pour origine une situation de monopole de fait, de position dominante ou toute autre situation ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu* ».

lieu au médiateur de la musique, institué par la loi LCAP, à propos duquel l'article L. 214-6 CPI énonce qu'il est compétent pour les litiges relatifs aux contrats conclus entre, d'une part, les artistes-interprètes et, d'autre part, diverses catégories de producteurs et d'éditeurs²⁹⁷⁰. Il serait intéressant d'accroître le champ de compétence de ces commissions et de généraliser leur recours en cas de différends entre l'auteur et son éditeur. Actuellement, des commissions paritaires existent dans différents secteurs culturels chargés – parfois légalement, parfois conséquemment à un accord professionnel comme en matière audiovisuelle²⁹⁷¹ ou musicale²⁹⁷² – d'arrêter et de surveiller les usages et l'évolution de la pratique. L'intérêt serait double au regard de la tendance actuelle. Le premier intérêt serait d'assurer davantage une issue pacifiée aux litiges. Cependant, au-delà du simple intérêt judiciaire²⁹⁷³, la généralisation du procédé faciliterait l'arrêt de nouveaux usages. En étant au plus près des contentieux, ces commissions bénéficieraient d'un accès privilégié aux évolutions de la pratique²⁹⁷⁴, ce qui simplifierait la mise en œuvre de la tâche de recommandation doctrinale²⁹⁷⁵.

2. L'extension de la relation éditoriale

841 Annonce. Par définition, la théorie du contrat relationnel suppose de mettre l'accent sur la relation et non sur le contrat *stricto sensu*. Le « lien de confiance » ainsi que le « lien intime » entre l'auteur et son éditeur permettent une telle prise de hauteur²⁹⁷⁶.

de la concurrence et révélant l'existence d'obstacles à la plus large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général ».

²⁹⁷⁰ Art. L. 214-6 I CPI : « Sans préjudice du droit des parties de saisir le juge, le médiateur de la musique est chargé d'une mission de conciliation pour tout litige relatif à l'interprétation ou à l'exécution : 1° De tout accord entre les artistes-interprètes dont l'interprétation est fixée dans un phonogramme, les producteurs de phonogrammes et les éditeurs de services de communication au public en ligne mettant à disposition des œuvres musicales ; 2° D'un engagement contractuel entre un artiste-interprète et un producteur de phonogrammes ; 3° D'un engagement contractuel entre un producteur de phonogrammes et un éditeur de services de communication au public en ligne mettant à disposition des œuvres musicales ; 4° D'un engagement contractuel entre un producteur de phonogrammes et un producteur de spectacles ». Sur le médiateur de la musique, v. T. AZZI, « Les apports de la loi création en matière de droits voisins du droit d'auteur », *D. IP/IT*, 2017, p. 206.

²⁹⁷¹ En matière audiovisuelle l'Union-gilde des scénaristes (UGS) et l'Union syndicale de la production audiovisuelle (USPA) ont abouti, en mai 2001, à un protocole d'accord établissant un « Code de bonne conduite » et créant l'Association de médiation et d'arbitrage des professionnels de l'audiovisuel (AMAPA) destinée à faciliter le règlement des litiges individuels (v. J.-P. FOUGEA, *Les outils de la production*, Dixit, 2005, p. 158. ; B. MONTELS, CH. PASCAL, « La médiation et l'arbitrage entre auteurs et producteurs audiovisuels », *Comm. com. électr.*, févr. 2003, p. 42).

²⁹⁷² V. L'art. 4 du Code des usages et des bonnes pratiques de l'édition des œuvres musicales du 17 nov. 2017 qui institue une commission de conciliation dont la compétence devait initialement se limiter aux hypothèses de résiliation pour insuffisance de produit d'exploitation et qui a été généralisée pour tous litiges possibles et envisageables entre l'auteur et son éditeur.

²⁹⁷³ Sur la question de l'inflation contentieuse v. L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », *Mélanges Cornu*, PUF, 1994, p. 29 et le mouvement de déjudiciarisation des contentieux, L. CADIET, « La déjudiciarisation. Propos introductifs », in *La Déjudiciarisation*, O. BOSKOVIC (dir.), Paris, Éditions mare & martin, 2012, p. 11. Néanmoins, v. Ph. CHARRIER, A. BASCOULERGUE, J.-P. BONAFE-SCHMITT, G. FOLIOT, *Rapport sur La prescription de la médiation judiciaire. Analyse sociojuridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation.*, 2017, p. 67 : « Toutefois, il ne faudrait pas faire endosser à la médiation des missions auxquelles elle ne pourrait pas répondre comme celle de fluidification de l'activité judiciaire ou de désengorgement des tribunaux. Nos interlocuteurs ont été unanimes pour préciser qu'il ne fallait pas compter sur ce processus pour répondre à ces exigences bureaucratiques ».

²⁹⁷⁴ L. ENGEL, médiateur du livre, écrivait en guise d'introduction de son rapport d'activité de 2015 que « ce laboratoire permet enfin d'exercer de manière lucide l'attention qui est portée à la filière du livre, en permettant de prendre en compte, le plus tôt possible, mais aussi de manière souple, sans transformer la régulation en sclérose, les évolutions technologiques, économiques et juridiques qui l'impactent », <http://mediateurdulivre.fr/rapport-dactivite-2015/>

²⁹⁷⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, P. DEPREZ, « Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique », *Légicom*, n° 51 – 2013/3, p. 7 à propos du médiateur du livre : « Cette autorité administrative se voit reconnaître un pouvoir quasi juridictionnel (la conciliation) et doctrinal (les recommandations) ».

²⁹⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *JurisData*, n° 2015-022770, *Step Artist plus*, préc.

842. Effets post-contractuels. L'extension de la relation éditoriale passe en premier lieu par l'existence de droits et d'obligations post-contractuels. Les contrats d'auteur sont en général considérés comme propices à leur découverte²⁹⁷⁷. D'une part, l'article L. 132-11 CPI autorise l'éditeur à commercialiser les exemplaires jusqu'à trois années après l'expiration du terme du contrat d'édition²⁹⁷⁸. D'autre part, l'affaire *Montherlant* est pour le moins intéressante dans la mesure où elle a conduit à condamner l'éditeur qui n'avait pas procédé à la réédition de l'ouvrage alors que le contrat était expiré. Le fait que le contrat maintienne ses effets alors même qu'il est arrivé à terme laisse bien entendre que les obligations éditoriales s'inscrivent dans une relation qui dépasse le contrat d'édition.

843. Validité des cessions individualisées et automatiques de droits sur les œuvres futures. En deuxième lieu, l'extension de la relation éditoriale passerait par la possibilité de prévoir la cession des droits sur toutes les œuvres de l'auteur y compris sur celles qui ne sont pas encore créées. Si les contrats de choses futures sont réputés valables en droit civil²⁹⁷⁹, le droit spécial instaure au CPI une limitation drastique en prohibant les cessions d'œuvres futures à l'article L. 131-1 CPI²⁹⁸⁰.

Toutefois, la jurisprudence prend des largesses conséquentes avec le principe de prohibition et tolère les stipulations emportant cession des droits lorsqu'elles portent sur des œuvres futures dès lors que les cessions se font une à une, au fur et à mesure. Dans une affaire opposant le dessinateur Cabu à la société d'édition Dargaud, l'auteur a souhaité dénoncer le contrat d'édition conclu. Entre autres, il reprochait au contrat de prévoir que les droits sur les illustrations s'inscrivant dans le cadre d'une œuvre d'ensemble seraient transférés automatiquement dès leur réalisation. La Cour de cassation a validé le montage dans la mesure où « *Cabu pouvait cesser sa collaboration au journal pilote sous réserve de livrer normalement jusqu'à sa fin l'épisode en cours* »²⁹⁸¹. Dans une affaire reposant sur des faits similaires, la jurisprudence a réaffirmé sa position issue de l'affaire *Cabu* et estimé que « *la prévision d'une cession automatique de droits de propriété littéraire et artistique au fur et à mesure d'éventuels travaux [n'était] pas constitutive de la cession globale d'œuvres futures* »²⁹⁸². Là encore, les magistrats ont rappelé que l'opération confère à l'auteur un droit de résiliation, à défaut de quoi la clause relèverait de la prohibition instaurée à l'article L. 131-1 CPI et mettrait à bas le principe de protection de l'auteur. Par de telles stipulations, le contrat d'édition initial prévoit en son sein la conclusion de contrats d'édition futurs. Le contrat d'édition devient la source d'une relation éditoriale qui finit par le dépasser largement.

844. Généralisation du pacte de préférence. En troisième lieu, le recours au pacte de préférence permet également de dépasser le cadre contractuel. En tant que tel, le pacte de préférence est un contrat nommé et autonome du contrat d'édition si bien que son examen ne relève pas à proprement parler de notre champ d'étude. Une brève présentation de ce pacte s'impose néanmoins, notamment parce qu'il a été conçu dans l'esprit du législateur comme une modalité particulière du contrat d'édition qu'il vient compléter.

2977 G. BLANC-JOUVAN, *L'après-contrat. Étude à partir de la propriété littéraire et artistique*, pref. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2005.

2978 L. 132-11 al. 4 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* » et L. 132-11 al. 5 CPI : « *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* ».

2979 Sur le caractère protecteur de la disposition, v. *supra* n° 726 et s.

2980 Art. L. 131-1 CPI : « *La cession globale des œuvres futures est nulle* ».

2981 Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1979, *D.* 1980, IR, p. 207 ; TGI Paris, 6 déc. 2002, *Légipresse*, 2003, n° 202, III, p. 88, note Alleaume.

2982 Lyon, 28 nov. 1991, *JurisData* n° 1991-603538 ; *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 275, note Forgeron. V. également Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1986, *JurisData* n° 1986-000375, Bull. civ. I, n° 12, RTD com. 1987, p. 198, obs. A. Françon ; *RIDA* 1986/3, n° 129, p. 128, *JCP G.* 1987, I, 3312, n° 26, obs. B. Edelman ; *JCP G.* 1987, II, 20872, note R. Plaisant.

En vertu de la relation éditoriale, les juges ont considéré que la résiliation de contrats d'édition emportait disparition du pacte de préférence²⁹⁸³. Corrélativement, la nullité d'un pacte de préférence s'étend au contrat d'édition d'application²⁹⁸⁴. Une dynamique entre les contrats existe bien et ceux-ci demeurent liés par des liens qui transcendent le simple rapport contractuel.

Le pacte de préférence met l'éditeur dans une meilleure situation que la cession future, celui-ci bénéficiant d'un pouvoir d'appréciation pour lever ou non l'option de contrat d'édition. Toutefois, corrélativement, le législateur a limité la portée du pacte de préférence, l'article 132-4 CPI considérant que le « *droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour* ». Serait-il nécessaire d'aller plus loin et de généraliser l'attribution d'option aux éditeurs sur les œuvres futures ? Une réponse positive peut être soutenue. Pour cause, le pacte de préférence est « *destiné à limiter les risques financiers pris par un éditeur en publiant un auteur encore peu connu* »²⁹⁸⁵. Pour le Professeur GAUTIER, il est logique que « *celui qui a investi dans les travaux de l'auteur et lui a fait confiance soit autorisé à amortir ses mises de fonds, en s'assurant une exclusivité sur ses œuvres futures, plutôt que voir son "poulain" aller contracter à meilleur prix avec d'autres, qui n'auront qu'à tirer les marrons du feu* »²⁹⁸⁶. Sous ce prisme, il n'est pas inconcevable de consacrer, au profit de l'éditeur qui a pris le risque éditorial, une option sur les premières œuvres réalisées par l'auteur, par exemple durant les cinq années qui suivent la conclusion du contrat d'édition. Un tel mécanisme qui préserverait les intérêts pécuniaires de l'éditeur s'inscrirait parfaitement la dimension relationnelle du contrat d'édition.

845. Compensation intertitres des « à-valoir ». En dernier lieu, certaines limites fondées sur la protection des intérêts de l'auteur connaissent une remise en cause récente que l'on peut attribuer à une conception relationnelle du contrat d'édition. Il en va ainsi de la prohibition des compensations inter-œuvres lorsque les contrats prévoient des avances sur recettes autrement appelées à-valoir. Prenons l'exemple de deux contrats d'édition conclus entre un même auteur et un même éditeur. Tous deux sont conclus avec un à-valoir de dix mille euros. Ainsi, la rémunération proportionnelle viendra se compenser en priorité sur les sommes perçues par l'auteur au titre de l'avance sur recettes. L'auteur commencera à percevoir une rémunération qu'à partir du moment où les résultats d'exploitation compenseront intégralement l'à-valoir de dix mille euros. Dans cette hypothèse, deux formes de compensations peuvent être opposées au regard de la finalité qui leur est assignée : l'inter-droits et l'intertitres. La première permet de compenser l'avance uniquement sur les ventes issues des exploitations d'un ouvrage, toutes éditions confondues, selon les termes d'un seul et même contrat. La seconde permet de compenser les différentes avances versées par l'éditeur à un même auteur avec les droits provenant de contrats d'édition différents. Ainsi, la compensation intertitres instaure une solidarité entre les différents contrats inscrivant ceux-ci dans une véritable relation éditoriale.

De nombreuses décisions restreignent la portée de la compensation aux seuls cas d'inter-droits. Ainsi, la cour d'appel de Paris a-t-elle sanctionné la compensation intervenue entre un à-valoir octroyé en contrepartie d'une cession des droits d'adaptation audiovisuelle et le produit d'exploitation provenant d'un contrat d'édition²⁹⁸⁷. Cette jurisprudence peut s'expliquer au regard du principe de la protection de l'auteur, qui déploie en grande partie ses effets sur le terrain financier.

²⁹⁸³ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *JurisData*, n° 2015-022770, *Step Artist plus*, préc.

²⁹⁸⁴ Paris, pôle 5, 2^e ch., 12 juin 2009, *Mme H. D. c/ Sté Le Cherche midi Editeur*, *JurisData* n° 2009-009774, *JCP E* 2011, 1230, § 4.

²⁹⁸⁵ Paris, 22 janv. 1992 : *D.* 1993. Somm. 93, obs. Colombet ; *D.* 1995, p. 128, note Gaumont-Prat.

²⁹⁸⁶ P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 507

²⁹⁸⁷ Paris, 4^e ch. A, 12 févr. 2003, n° 2001/08191, *Sté Éditions Sand c/ Boissonnat*, la Cour jugeant que la compensation contractuellement prévue entre les droits dus au titre de l'exploitation audiovisuelle et ceux dus au titre du contrat d'édition est « *de nature à favoriser une confusion entre droits d'édition et d'adaptation audiovisuelle qui doivent être traités séparément* », et la Cour d'ajouter que « *l'absence de reddition de comptes par l'éditeur faisait obstacle à la compensation qui ne peut s'opérer qu'entre des dettes liquides et exigibles* ».

Toutefois, le 29 juin 2017, les instances représentatives ont conclu un accord en matière de compensation qui revient aux principes civilistes²⁹⁸⁸. L'accord autorise désormais la compensation intertitres en matière littéraire sous certaines conditions²⁹⁸⁹. Tout d'abord, la convention de compensation doit être passée par acte distinct. Ensuite, la compensation n'est pas possible entre différents à-valoir. En somme, s'il est convenu un à-valoir pour une nouvelle œuvre, l'éditeur doit obligatoirement verser les sommes quand bien même le premier à-valoir ne serait pas encore compensé. À ce titre, la convention de compensation crée une dynamique relationnelle entre l'auteur et son éditeur.

3. L'adaptation de la relation éditoriale

846. Adaptation en cas de contrat incomplet. Rappelons que le contrat relationnel repose sur l'idée selon laquelle certaines conventions sont incomplètes. Les parties au contrat se font alors suffisamment confiance pour que l'exécution du contrat se fasse sans heurt. Dès lors, la relation éditoriale, qui repose sur la confiance et sur l'intérêt commun, doit « compléter » le contrat d'édition. Pour ce faire, la dimension relationnelle doit lui imputer un certain nombre d'effets juridiques que les parties n'avaient pas initialement prévus dans la convention.

847. Affaire *Boissonnat*. L'affaire *Éditions Sand c/ Boissonnat* a été l'occasion pour la cour d'appel de Paris de valider la théorie des contrats incomplets²⁹⁹⁰. En l'espèce, l'éditeur avait pris la liberté d'exploiter en priorité l'œuvre de Monsieur Boissonnat en édition club sans l'avoir exploité au préalable en librairie. Pour justifier sa décision, la maison d'édition mettant en avant, d'une part, un argument de nature fiscal et, d'autre part, le fait qu'aucune obligation légale, ni aucune clause particulière au sein du contrat, n'était susceptible d'établir « une sorte de chronologie des médias littéraires qui exigerait qu'une parution en librairie soit un préalable obligatoire à une exploitation par des clubs de livres »²⁹⁹¹. La cour d'appel a estimé

« Qu'en outre, il résulte de différentes stipulations contractuelles, qui ont été précédemment rappelées, que 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 ; (...) Qu'en effet, les Éditions Sand ne sont pas fondées à s'en tenir à une lecture purement littérale du contrat d'édition, qui certes ne fait pas expressément référence à une chronologie dans l'exploitation de l'ouvrage, dès lors que, selon l'article 1135 du Code civil, les obligations obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »²⁹⁹².

848. Commentaire. La cour d'appel de Paris considère qu'au regard de la nature du contrat d'édition, dont elle rappelle qu'il est un contrat d'intérêt commun et un contrat fiduciaire, les suites de l'usage et de l'équité l'obligent à respecter une chronologie ménageant les intérêts de l'auteur. Par conséquent, la relation particulière entre l'auteur et l'éditeur permet de combler les « incomplétudes »

²⁹⁸⁸ Accord interprofessionnel du 29 juin 2017, *Relatif à la provision pour retours et à la compensation intertitres en matière d'édition d'un livre*.

²⁹⁸⁹ *Ibid.* : « Les droits issus de l'exploitation de plusieurs titres d'un même auteur régis par des contrats d'édition distincts ne peuvent pas être compensés entre eux. Par exception, un ou plusieurs à-valoir non couverts portant sur un ou plusieurs titres peuvent être compensés avec les droits issus de l'exploitation d'un ou plusieurs autres titres, sous réserve de faire l'objet d'une convention séparée des contrats d'édition avec l'accord formellement exprimé de l'auteur. Cette compensation ne peut empêcher le versement par l'éditeur de l'intégralité de l'à-valoir prévu à chaque contrat d'édition. Cette nouvelle disposition ne concerne que les contrats signés postérieurement à la date de signature du présent accord ».

²⁹⁹⁰ Paris, 12 fév. 2003, 4^e ch., sect. A, 2001/08191, *Sté Éditions Sand c/ Boissonnat*.

²⁹⁹¹ C. Caron, note sous arrêt, 12 fév. 2003, préc.

²⁹⁹² Paris, 12 fév. 2003, 4^e ch., sect. A, 2001/08191, *Sté Éditions Sand c/ Boissonnat*.

du contrat d'édition. À ce titre, nous ne pouvons que constater une manifestation de l'esprit relationnel présent dans le contrat d'édition.

849. Conclusion de section. À l'issue de cette section, nous constatons que le régime du contrat d'édition est doublement altéré conséquemment à l'application de deux principes juridiques.

D'une part, le fait que le contrat d'édition soit un contrat fiduciaire conduit à découvrir une obligation de conservation lorsque l'éditeur mène l'exploitation de l'œuvre. En outre, la confiance réciproque entre les parties impose une appréhension particulière de l'exécution contractuelle. Nous soutenons en effet que les remèdes liés à l'exécution contractuelle doivent systématiquement être précédés d'une mise en demeure sauf manquement dolosif. Enfin, les atteintes à la confiance doivent permettre d'accroître les sanctions lorsque la responsabilité est engagée.

D'autre part, le contrat d'édition est la conséquence d'un rapport particulier qui se crée entre l'ayant droit et l'éditeur, une « *relation intime* » pour reprendre les termes employés par la Cour de cassation. Il y a lieu, nous semble-t-il, d'y voir un contrat relationnel.

850. Conclusion de chapitre. Ce dernier chapitre a été l'occasion d'appréhender les tenants et les aboutissants de la relation fiduciaire inhérente au contrat d'édition. À l'issue de l'étude des raisons qui président à l'existence de cette relation fiduciaire, nous avons constaté que celle-ci trouve sa source dans la qualification de cession avec charge. En effet, cette qualification conduit, *in fine*, à observer le contrat d'édition comme un contrat d'intérêt commun entre l'auteur et l'éditeur. En nous fondant sur une analyse économique, nous avons mis en lumière les écueils et les risques suscités par la relation de confiance entre l'auteur et son éditeur. Naturellement, ces difficultés de régime doivent être juridiquement contenues.

Ces observations emportent des effets qui relèvent de deux caractères : le caractère fiduciaire et le caractère relationnel. Ce constat posé, nous nous sommes attachés à mesurer la portée réelle ou supposée de ces deux caractéristiques. Il en ressort un éclairage original sur le régime applicable au contrat d'édition.

851. Conclusion de titre. La qualification de cession avec charge du contrat d'édition permet donc de dépasser le carcan du droit d'auteur. Au nom de l'identité contractuelle, l'application à titre complémentaire du droit civil a pu être envisagée, lorsque l'esprit du contrat d'édition n'était pas heurté. Alors même que l'identité de cession avec charge aurait permis de soumettre le contrat d'édition aux règles provenant du droit de la consommation et du droit de la concurrence, cette nécessité de respecter l'esprit général de la matière nous a conduit à en rejeter l'application. Cette identité rayonne également au regard de la qualité du rapport tissé entre l'auteur et son éditeur. Dicté par la confiance qui irrigue l'ensemble de son régime juridique, le contrat d'édition est plus qu'un contrat. Il est une véritable relation fiduciaire qui remet en perspective tout le contenu obligationnel de ce rapport juridique.

CONCLUSION DE PARTIE

852. Bilan. La seconde partie de notre étude a été l'occasion de propositions visant à optimiser et renouveler le régime juridique du contrat d'édition. Nous avons repris l'approche de notre première partie et avons proposé d'articuler notre réflexion en prenant le parti d'isoler le régime juridique découlant de l'identification du contrat d'édition et le régime juridique relevant de l'identité du contrat d'édition.

853. Identification du contrat d'édition. Lorsque le droit est en mesure d'identifier un contrat d'édition, plusieurs corps de dispositions ont vocation à s'appliquer.

En premier lieu, les règles du droit d'auteur, dont la fonction protectrice ne fait aucun débat, trouvent à s'appliquer. Ces règles, date pour l'essentiel de 1957 et de 2014. Lors de la grande réforme de 1957, le régime du contrat d'édition a fait l'objet d'une rédaction minutieuse, enserrant la liberté contractuelle et protégeant l'auteur. Mais, ces règles ayant été envisagées comme des dispositions d'exception, elles ont les défauts de leur qualité. En réglementant précisément les rapports juridiques entre les éditeurs et les auteurs afin que ces derniers soient protégés, le législateur a verrouillé le régime juridique du contrat d'édition, rendant délicate son adaptabilité aux nouveaux enjeux issus de l'exploitation numérique. La réforme de 2014, est venue lever quelques difficultés en adaptant en partie la qualification et le régime du contrat d'édition. Nous avons alors proposé de poursuivre le renouveau du contrat d'édition en proposant une série de modifications visant à adapter les règles du droit d'auteur à notre temps.

En second lieu, nous avons pris la mesure du fait qu'il était possible pour l'éditeur d'organiser indirectement l'éviction du droit de l'édition et par la même, les moyens de protection de l'auteur. En effet, alors que la qualification du contrat d'édition s'impose, certains mécanismes juridiques permettent de vider son régime juridique de sa substance. Les exemples les plus parlants demeurent les clauses d'*electio juris*, les clauses relatives à l'arbitrage ou encore les clauses abdicatives de droit. Pour ne pas que l'auteur voit sa protection largement entamée par ces diverses stipulations, l'ordre de public doit connaître une remise en perspective.

Nous avons proposé de remplacer l'ordre public de protection, classiquement usité en matière de contrat d'édition, par un ordre public hybride favorable aux intérêts de l'auteur, partie faible à la convention. Il en découle une série de règles dont nous avons souligné la vocation auxiliaire aux dispositions issues du CPI. De façon générale, les mécanismes issues de l'ordre public *in favorem* tendent, d'une part, à conserver la substance des droits et obligations provenant du contrat d'édition et, d'autre part, à préserver l'esprit de protection de l'auteur du contrat d'édition.

854. Identité du contrat d'édition. En tant que cession à charge, le contrat d'édition se voit appliquer incidemment des règles de droit civil. En premier lieu, ces règles assurent une double fonction complétive. D'une part, elles ont pour fonction technique d'encadrer le transfert de propriété des droits au profit de l'éditeur. Il en découle notamment l'application de garanties contre l'éviction et les vices cachés et le transfert de l'action en revendication au profit de l'éditeur. D'autre part, elles ont pour fonction logique de conférer des *minima* de protection à l'auteur, par exemple par l'application des règles relatives au consentement des parties ou à la prohibition des conditions potestatives.

En second lieu, la spécificité du transfert de propriété des droits d'édition donne lieu à des spécificités de régime. Ce transfert étant marqué par une relation de confiance mutuelle, il en découle

deux occurrences : premièrement le contrat d'édition appartient à la famille des contrats fiduciaires et deuxièmement il s'inscrit dans une relation qui dépasse le simple cadre du contrat. Compte tenu de ces spécificités, plusieurs aménagements de régime ont été proposés.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le contrat d'édition est un instrument complexe car profondément ancré dans la pratique de son époque. Or le contrat d'édition connaît actuellement une période trouble entre progrès technique d'envergure et réforme progressive du droit d'auteur. L'examen étymologique et historique de la notion d'édition a rapidement montré les limites actuelles d'un tel contrat. Ce dernier connaît une crise majeure dont la source est plurifactorielle : la dématérialisation des supports des œuvres, la massification de l'industrie culturelle et la technicisation des opérations juridiques qui en découlent. Face à cette complexification, la question s'est posée de savoir si le contrat d'édition pouvait se réinventer tant conceptuellement que concrètement ou s'il était définitivement condamné par cette nouvelle crise contemporaine. Une réflexion s'imposait et le parti a été pris de contribuer au renouveau du contrat d'édition plutôt qu'à sa substitution par de nouveaux instruments.

855. Renouveau conceptuel : qu'est-ce qu'un contrat d'édition ? L'étude a consisté tout d'abord à refonder conceptuellement le contrat d'édition sans heurter son histoire, ce qui pose la question de sa qualification juridique. Assez rapidement, nous sommes convenu d'un déficit de conceptualisation du contrat d'édition qu'il a fallu résorber. Dans un premier temps, il a semblé nécessaire de déterminer, d'une part, les attentes d'antan que le législateur de 1957 avait placé dans cette institution et, d'autre part, les prospectives que l'on peut légitimement formuler aujourd'hui. L'étude a rapidement mis en lumière l'existence d'un décalage entre les espérances que le législateur a placé dans le contrat d'édition et l'usage actuel de cette institution pluriséculaire par les praticiens. Par certains aspects, le régime du contrat d'édition était dépassé. Dans un second temps, afin d'assurer sa permanence conceptuelle, nous avons tenté de restituer sa véritable identité au contrat d'édition au sens du droit civil. L'entreprise s'est avérée délicate en raison des divergences profondes qui confinent parfois au désordre doctrinal.

856. Prééminence des fonctions positives. L'industrialisation de la culture a profondément renouvelé les attentes et les interactions entre les auteurs et les éditeurs. Il a fallu déterminer les fonctions du contrat d'édition tout en conservant à l'esprit le fait que celles-ci connaissent actuellement des mutations profondes. Quatre fonctions ont alors émergé. Les deux premières s'inscrivent dans la volonté du législateur qui, par la consécration du contrat d'édition, a souhaité protéger l'auteur tout en obligeant les éditeurs à exploiter l'œuvre.

Au regard de la fonction de protection du contrat d'édition, un régime rigoureux a été consacré en 1957. Néanmoins, pour ne pas que l'auteur se voit dépouillé du régime protecteur ainsi institué, une méthode de qualification a été proposée. Plutôt que de laisser le pouvoir de qualification du contrat aux parties, permettant à l'éditeur d'user de sa puissance pour contourner la qualification de contrat d'édition, une méthode dite « logico-empirique » a été proposée. À cet égard, si l'auteur partie-faible ou son ayant droit, transfère ses droits d'édition à un exploitant, la qualification de contrat d'édition doit être présumée nonobstant la dénomination contractuelle choisie par les parties. Toutefois, le cocontractant sera en mesure de renverser cette présomption s'il prouve que le contrat ne remplit pas la fonction d'exploitation de l'œuvre. Cette seconde fonction positive repose actuellement sur trois critères dont l'un d'entre eux a fait l'objet d'une vive critique de notre part. Le premier est celui de la diffusion des exemplaires de l'œuvre auprès du public. Le deuxième est celui du caractère commercial de cette diffusion. Le troisième est celui du caractère principal de l'exploitation de l'œuvre. Ce dernier critère, qui permet de dénier la qualification de contrat d'édition lorsqu'une œuvre présente un caractère accessoire au regard de l'opération globale, doit être délaissé. En effet, il crée une rupture d'égalité sans fondement entre les auteurs pouvant bénéficier du régime protecteur du contrat d'édition et les autres auteurs.

857. Émergence de fonctions nouvelles. Au contraire, deux autres fonctions relèvent d'une pratique renouvelée de l'édition. Ces fonctions – fonction de management de l'auteur et fonction d'intermédiation de l'œuvre – traduisent un renouveau du contrat d'édition dont les incidences se manifestent sur le régime du contrat et sur son domaine d'application. Ainsi, l'éditeur est dorénavant amené à chercher des adaptations de l'œuvre qu'il est censé initialement exploiter sous forme d'exemplaires. Il participe à l'organisation des concerts et démarche des diffuseurs afin que l'œuvre soit radiodiffusée ou télédiffusée. Ces fonctions nouvelles s'inscrivent de plus en plus dans des textes juridiques ou para-juridiques. On les retrouve dans les Codes des usages ou dans les contrats-types. Pour autant, ces fonctions nouvelles ne faisant pas l'objet d'une consécration dans le CPI, elles demeurent complémentaires et accessoires. En substance, ces fonctions prises isolément ne permettent pas actuellement de qualifier un contrat d'édition et de convoquer son régime juridique. Mais lorsqu'elles sont découvertes en sus dans un contrat d'édition, la logique commande de leur appliquer les dispositions des articles L. 132-1 et s. CPI.

858. Restriction et extension du domaine d'application. Le renouveau fonctionnel implique un renouveau du domaine du contrat d'édition.

D'une part, le contrat d'édition n'est plus cantonné à la cession du droit de reproduction dans le seul objectif de réaliser des exemplaires. Il peut, à titre accessoire, emporter cession des droits dérivés et du droit de représentation. Le régime de l'exploitation s'appliquera par capillarité à ces fractions du monopole d'exploitation moyennant quelques légères modifications de régime. En outre, le domaine d'application du contrat d'édition connaît l'épreuve délicate d'Internet. D'une part, la compatibilité des textes avec l'exploitation numérique des œuvres a été éprouvée et, d'autre part, a été mis en lumière le fait que le comportement réel des intervenants sur les réseaux numériques pouvait se rapprocher d'une activité éditoriale. À l'aune d'une analyse par équivalence fonctionnelle, nous avons proposé d'étendre l'empire du contrat d'édition à l'exploitation *streaming* et à certains contrats conclus avec des hébergeurs et des fournisseurs de services de partage de contenus. En revanche, le contrat d'édition est circonscrit aux seules œuvres, ce qui exclut son recours en cas d'exploitation d'une prestation d'un interprète ou de l'image d'une personne. De prime abord, il ressort donc de l'étude *ratione materiae* un domaine d'application du contrat d'édition relativement large. Pourtant, l'étude a démontré que son champ d'application *ratione materiae* s'est considérablement rétréci au fil des réformes. De 1957 à nos jours, le domaine réel du contrat d'édition a connu la concurrence d'autres qualifications contractuelles. Qu'il s'agisse du contrat de production audiovisuelle ou du contrat de travail portant sur un logiciel ou sur une création journalistique, le législateur a promu des systèmes de transfert de droits qui réduisent d'autant le recours au contrat d'édition. De la même façon, la prolifération des licences légales du droit de reproduction au profit d'organismes de gestion collective remet en cause ce domaine d'application large. Le contrat d'édition souffre aujourd'hui des limites propres à tous « *les droits communs* », à savoir un émiettement progressif de son domaine d'application trouvant sa source dans la multiplication de mécanismes catégoriels.

D'autre part, le contrat d'édition n'a plus pour seule vocation de protéger les auteurs. En effet, sous l'empire de la loi 1957, l'esprit de protection du contrat d'édition est strictement dédié aux auteurs. Ainsi, un cessionnaire des droits qui conclut un contrat d'exploitation ne pourra pas bénéficier des articles L. 132-1 et s. Pourtant, un examen des textes et des tendances juridiques contemporaines a mis en avant le fait que les ayants droit qui cèdent à leur tour les droits d'édition doivent également jouir du régime protecteur instauré par le contrat d'édition. Alors que le paradigme qui domine la qualification juridique des contrats d'auteur peut être qualifié de microjuridique ou microcontractuel, nous lui avons substitué un paradigme macrojuridique – ou macrocontractuel. Ce changement de paradigme, plus en phase avec la nouvelle organisation de l'industrie de la culture, permet de dresser le constat suivant : alors qu'une approche restrictive du contrat d'édition conditionne l'effectivité des règles du CPI à la présence d'un auteur au contrat, une approche extensive autorise l'application du droit d'auteur alors même que la personne de l'auteur n'est pas partie au contrat d'édition. Il en résulte une extension importante du champ d'application *ratione personae* du contrat d'édition. Ainsi, le régime protecteur du contrat d'édition n'est plus cantonné aux seuls auteurs. Néanmoins, nous avons pris le

parti d'une protection raisonnée, limitée aux seules cessionnaires qui peuvent revendiquer la qualité de « partie faible ».

859. Qualification en droit civil : cession avec charge et relation fiduciaire. Refonder conceptuellement le contrat d'édition, suppose *in fine*, de lui restituer sa qualification juridique en droit civil. Or, ce contrat est un instrument complexe qui se laisse difficilement appréhender par les méthodes classiques d'analyse. Les schémas traditionnels de réflexion comme le sont la prestation caractéristique ou l'économie générale du contrat ne sont pas susceptibles de restituer efficacement la qualification adéquate du contrat. Le contrat d'édition est rebelle aux modèles scientifiques de qualification généralement admis par la doctrine. À titre d'exemple, l'application de la théorie de la prestation caractéristique peut conduire, alternativement, à la qualification civile de vente ou de contrat d'entreprise.

Il a donc semblé nécessaire d'inverser la perspective et d'avoir recours à un modèle de qualification qui se veut empirique et inductif, en recoupant les éléments de régime présents dans le droit positif, afin d'en induire des critères de qualification. Ce faisant, nous avons dressé une liste d'éléments de régime que nous avons choisi de classer de la façon suivante : les éléments qui relèvent de la maîtrise éditoriale et ceux qui relèvent du risque éditorial. Notre postulat était le suivant : plus l'éditeur exercera une maîtrise sur l'édition et portera le risque éditorial, plus son régime juridique sera proche de celui d'un propriétaire. Par conséquent, la nature du contrat d'édition se rapprochera du contrat de vente. En nous appuyant sur une analyse des données concrètes fournies par les textes applicables et la jurisprudence, nous avons proposé de rattacher le contrat d'édition à la catégorie des cessions avec charge. Cette qualification originale permet de mieux saisir la rationalité du contrat d'édition en autorisant un rattachement aux grandes qualifications du Code civil qui se signalent par leur permanence conceptuelle. Si cette qualification sied à la structure du contrat d'édition, elle implique des effets particuliers. En effet, l'association d'un transfert de propriété et d'une charge d'exploitation implique une dynamique et des synergies qui ne sont pas celles d'une cession classique. Le transfert de propriété des droits d'édition est *finalisé* à une mission particulière matérialisée par la charge d'exploitation. L'éditeur, pourtant propriétaire des différents droits, est astreint à une obligation d'exploitation. En premier lieu, le transfert des droits d'édition a une nature fiduciaire générant ainsi une relation de confiance. L'auteur doit faire confiance à l'éditeur afin que ce dernier poursuive l'édition de l'œuvre de façon à satisfaire au mieux les intérêts de chacun. Cette qualification est partagée par la doctrine et par la jurisprudence qui n'hésitent à mettre en avant la relation de confiance qui s'instaure en vertu de la cession. En second lieu, le transfert des droits est *révocable* en cas de non-respect de la charge d'exploitation. C'est l'autre spécificité de la cession avec charge qui a le mérite d'instaurer un rapport causal direct entre le transfert des droits et la rémunération – conformément à la qualification de cession – et un rapport causal indirect entre le transfert de propriété et la charge d'exploitation. En effet, compte tenu du fait que la rémunération est placée dans la dépendance de l'exploitation, il se trouve que la cause indirecte du transfert des droits réside dans l'obligation d'exploitation.

860. Renouveau pratique : quel régime pour le contrat d'édition ? Le contrat d'édition qualifié, l'étude a porté sur son régime. Le grief d'obsolescence que nous avons formulé en introduction à l'encontre du régime juridique applicable s'est en partie vérifié. Afin de proposer un régime qui sied aux nouveaux enjeux de l'édition deux axes ont été suivis : rénover les règles de droit d'auteur et appliquer le droit civil à titre complémentaire. À titre liminaire, un préalable a été posé : la législation applicable est pléthorique pour ne pas dire tentaculaire. Pléthorique au regard du phénomène d'inflation législative qui touche également le contrat d'édition. Tentaculaire dans la mesure où le régime du contrat d'édition est dorénavant divisé entre droit commun, droit spécial et droit très spécial de l'édition. Ce travail de rénovation du régime du contrat d'édition est d'autant plus fondamental qu'il a une influence sur sa qualification. En effet, rappelons que la méthode de qualification que nous avons préconisée repose sur un principe d'attraction logico-empirique. Parce que le régime du contrat d'édition est

d'ordre public, sa qualification doit s'imposer aisément. Dès lors, une rationalisation du régime conduit immanquablement à une clarification de sa qualification.

861. Droit d'auteur et partie faible. Conformément au travail de qualification mené en première partie, il a fallu, tout d'abord, poursuivre l'effort de modernisation du régime du contrat d'édition amorcé par le législateur et la pratique en 2014. Notre étude a aussi bien porté sur les règles de conclusion du contrat d'édition que sur les règles d'exécution de celui-ci. Nos diverses propositions ont toutes été gouvernées par le principe de protection de l'auteur conformément à l'esprit originel de contrat d'édition.

Tout d'abord, les règles qui encadrent l'engagement de l'auteur peuvent entretenir des effets pervers tant au regard de la capacité contractuelle de l'auteur que de la destination contractuelle de l'œuvre. Il a été proposé d'assouplir les règles de capacité pour tenir compte d'une nouvelle tendance qui est celle de la représentation des auteurs par les agents littéraires et les organismes de gestion collective. De plus, pour ne pas que le principe de destination emporte des conséquences néfastes sur les titulaires de droits, il a fallu envisager sa portée sur les droits d'exploitation numériques et sur le contenu accessoire du contrat d'édition, notamment les droits dérivés.

Ensuite, les conceptions traditionnelles de la rémunération de l'auteur et de l'obligation d'exploitation de l'éditeur doivent également être pensées à la lumière de ces nouveaux enjeux. Il en a découlé une profonde adaptation de la phase d'exécution contractuelle. Plusieurs propositions ont été formulées, à savoir la consécration d'un devoir général d'information précontractuelle sur la valeur des droits, la généralisation de la lésion – y compris en matière de rémunération proportionnelle –, l'adaptation des modalités contractuelles de rémunération et l'octroi d'un droit de résiliation du contrat pour insuffisance de produit d'exploitation.

Par ailleurs, l'obligation d'exploitation a fait l'objet d'une rénovation conceptuelle en l'adaptant à la sphère numérique et en tenant compte des spécificités de l'exploitation des droits dérivés, exploitation que nous avons qualifiée de « juridique ».

Enfin, les droits et prérogatives visant à protéger des intérêts moraux et patrimoniaux de l'auteur ont également fait l'objet d'une analyse et de plusieurs propositions. Il s'agit, d'une part, de l'ouverture d'une action directe en paiement contre les potentiels sous-cessionnaires des droits d'édition et, d'autre part, de la transformation du privilège de l'auteur en un super-privilège, le prémunissant définitivement contre le risque de procédures collectives affectant son éditeur.

862. Ordre public et partie faible. Le renouveau conceptuel du contrat d'édition se profilant vers l'inconnu des réseaux numériques et l'intensification de l'industrie culturelle, le droit doit empêcher toute hypothèse de contournement du régime *in favorem* reconnu au contrat d'édition. En effet, il ne faudrait pas que les éditeurs tirent avantage du progrès commercial et technologique pour s'affranchir des prescriptions contraignantes du droit d'auteur. À cet égard, les règles protectrices situées à l'extérieur du droit d'auteur placées sous l'égide de l'ordre public sont d'un intérêt capital. Cet ordre public artistique s'inscrirait à la fois dans l'impératif de protection des auteurs et dans l'intérêt général de protection des industries culturelles. Ainsi, est-il possible de voir en droit des contrats d'auteur, et principalement dans le domaine de l'édition, l'émergence d'un ordre public nouveau, à la fois protecteur et directeur, qui inscrirait la défense des auteurs dans l'intérêt général.

L'étude de la protection de l'auteur allouée par l'ordre public *in favorem* a laissé transparaître plusieurs perspectives. Tout d'abord, les règles visant à résoudre les conflits doivent, aussi bien en droit interne qu'en droit international, être instituées sur le paradigme de la protection de l'auteur. En droit international, le rattachement à la loi du pays de résidence de l'auteur s'avère nécessaire. En droit interne, si un conflit advient entre différentes règles, le principe de protection de l'auteur conduit à faire abstraction de l'adage *specilia generalibus derogant* afin d'appliquer la règle la plus favorable à l'auteur quand bien même celle-ci appartiendrait au droit commun.

L'élaboration d'un régime protecteur s'est poursuivie sur le terrain substantiel. Cette élaboration passe par l'infléchissement en faveur de l'auteur des règles censées encadrer le contrat d'édition. D'une part, au regard des règles contractuelles, la protection de l'auteur suppose de qualifier le formalisme en

droit d'auteur de règles *ad probationem*. De la même façon, la liberté contractuelle devrait être placée sous les auspices d'une impérativité *in favorem*, conduisant à l'annulation de clauses qui contreviendraient au sort des auteurs. D'autre part, après avoir constaté que le droit positif du contrat d'édition prohibe les clauses attributives de compétence territoriale et matérielle, un renforcement des pouvoirs du juge a pu être proposé. Ce renforcement suppose que ses pouvoirs d'office soient accentués et qu'il puisse davantage encadrer les recours à l'arbitrage.

863. Droit civil et relation fiduciaire. Par ailleurs, le contrat d'édition connaît, à titre complémentaire, l'application du droit civil corrélativement à son identité contractuelle. Ce corps de règles subsidiaires doit s'appliquer à la seule condition d'être conforme à l'esprit général du contrat d'édition. L'intérêt majeur de l'application du droit civil réside dans sa grande souplesse permettant aux parties au contrat d'édition de se rattacher à des dispositions subsidiaires lorsque le droit d'auteur connaît des difficultés d'adaptation. En l'absence de disposition particulière dans le droit d'auteur réglementant les vices du consentement, il revient donc au droit civil de s'appliquer à titre complémentaire. De la même façon, le Code civil offre un ensemble de règles qui réglemente les cas où le contenu du contrat serait illicite ou inexistant. Ensuite, lorsque les tiers portent atteinte à l'exploitation de l'œuvre, il revient au droit civil d'expliquer les règles d'attribution à l'auteur et à l'éditeur des différentes actions en cessation de trouble – action en contrefaçon et action en concurrence déloyale. Les profits issus de ces actions devront faire l'objet d'une répartition entre l'auteur et l'éditeur dans la mesure où les sommes recouvrées ont été assimilées à des produits d'exploitation contractuelle. Le recours au droit civil est donc d'un apport fondamental lorsque l'industrie éditoriale connaît des transitions, notamment technologiques.

Enfin, la spécificité du transfert de propriété des droits d'édition donnant lieu à des spécificités de régime, le contrat d'édition génère une relation fiduciaire qui structure sensiblement les rapports entre l'auteur et l'éditeur.

Le fait que le contrat d'édition soit un contrat fiduciaire conduit à découvrir une obligation de conservation lorsque l'éditeur mène l'exploitation de l'œuvre. En outre, la confiance réciproque entre les parties impose une appréhension particulière de l'exécution contractuelle. Les remèdes liés à l'exécution doivent systématiquement être précédés d'une mise en demeure sauf manquement dolosif. Enfin, les atteintes à la confiance doivent permettre d'accroître les sanctions lorsque la responsabilité est engagée. En sus du préjudice matériel, la trahison de la confiance induit un préjudice moral que les juridictions devront indemniser.

Le contrat d'édition est la conséquence d'un rapport particulier qui se crée entre l'ayant droit et l'éditeur, une « *relation intime* ». Le contrat a donc été qualifié de relationnel. À la suite de ce constat plusieurs propositions ont été formulées. En cas de différends entre les parties, le recours aux modes de règlement alternatif doit être encouragé. De plus, en vertu du contrat d'édition, la relation éditoriale doit prendre éventuellement le relai par la découverte d'obligation post-contractuelles. L'hypothèse la plus fréquente est celle qui touche à la réédition. Par ailleurs, si le droit d'auteur prohibe les cessions globales d'œuvres futures, les cessions individualisées et automatiques doivent être au contraire validées et le recours au pacte de préférence doit être généralisé. Enfin, le contrat d'édition s'inscrivant dans une relation qui lui est plus grande, la compensation intertitres des « à-valoir » doit être pleinement consacrée.

864. Point final ? À céder à la tentation du pastiche de l'historien et démographe, il serait possible de conclure cette étude en soulignant que *le progrès technique ne souffre pas l'arrêt. Tout ralentissement équivalant à un recul, le contrat d'édition est condamné au progrès à perpétuité*²⁹⁹³. Telle serait en effet l'idée générale qui gouverne toute entreprise de compréhension du phénomène éditorial au fil des siècles passés et sans doute pour les décennies à venir. Que faut-il retenir de la présente étude ? Sans doute une idée élémentaire : le droit d'auteur et le droit civil offrent conjointement les moyens d'appréhender l'Art et le Progrès technique. Pour ne pas que les auteurs ne voient dans l'édition « *l'art de salir avec de*

²⁹⁹³ A. SAUVY, *Théorie générale de la population*, Vol. 1, PUF, 1952, p. 356 : « *Le progrès technique ne souffre pas l'arrêt. Tout ralentissement équivalant à un recul, l'humanité est condamnée au progrès à perpétuité* »

l'encre chère un papier coûteux »²⁹⁹⁴, on s'est évertué à réduire au mieux le fossé pouvant exister entre la pratique de l'édition et le droit applicable au contrat d'édition. Beaucoup de choses ont été dites et beaucoup d'autres auraient vraisemblablement méritées d'être écrites. Seule certitude, la présente étude ne signe pas un point final à l'analyse juridique de l'édition. « *Si la vie avait une seconde édition, ah ! Comme je corrigerais les épreuves* » disait Oscar Wilde. Précisément, les œuvres sont vouées à l'éternel, elles dépassent notre condition. « *L'Art est long et le Temps est court* », écrivait Baudelaire²⁹⁹⁵. Le moment venu, peut-être, nous sentirons-nous dans l'obligation de procéder à une réédition de la présente étude pour rattraper le train du Progrès, tel Sisyphe et sa pierre.

²⁹⁹⁴ René JULLIARD, cité par S. BAILLY, *Le meilleur de la méchanceté*, Fayard, 2011, sous occurrence « Édition ».

²⁹⁹⁵ Ch. BAUDELAIRE, *Les Fleurs du Mal*, 1857, Le Guignon, reprenant l'un des aphorismes d'Hippocrate.

INDEX

A

Accessoire, 60-69 ; 498-500.

Accord collectif, 463 ; 565-567.

Action directe, 592-595

Action en concurrence déloyale, 365 ; 487 ; 497 ; 632.

Action en contrefaçon, 367-368 ; 769-776.

Action oblique, 778-788

Adaptation, 91 et s. (v. *Droits dérivés*)

Adaptation audiovisuelle, 92-93.

Droit d'adaptation, 120 et s.

Œuvre dérivée, 128 et s.

Affectation contractuelle, 409-413.

Agent éditorial, 475-477

Arbitrage, 681 et s.

Clause compromissoire, 687-688.

Compétence-compétence, 692-694.

Compromis d'arbitrage, 663-665.

Contrôle du juge étatique, 669-670.

Analogies

V. Artiste-interprète

V. Dessin et modèle

V. Droit subjectif

V. Droit allemand

V. Droit anglais

V. Droit de la consommation

V. Droit états-unien

Après-contrat, 845-848.

Artistes-interprètes, 140-144.

Auteur, 247 et s.

Audiovisuelle, 92-93 (v. *Contrat de production audiovisuelle*)

À-valoir, 608-610.

B

Bail, 384 et s. (v. *Licence*)
Obligation d'exploitation, 395.
Action en contrefaçon, 387.
Engagement perpétuel, 389.

Bible de Gutenberg, 5.

Bible de Jérusalem, 473.

Bien, (v. *Chose*)

Bon à tirer, 615.

Brevet d'invention, 208 ; 220 ; 347 ; 731.

C

Camus, 419 ; 804 ; 818 ; 822.

Capacité, 467 et s. ; 721 et s.
Capacité spéciale de l'auteur, 467 et s.
Groupe éditorial, 721 et s.

Cession, (V. aussi *Vente*)
Cession à titre gratuit, 40 ; 540-541 ; 710-712.
Cession automatique, 207 et s.
Cession fiduciaire, 419 et s. ; 809 et s.
Formalisme, 600-663.
Objet, 103 et s. ; 461 et s. ; 726 et s.
Œuvres futures, 729 ; 843-844.
Preuve, 662.
Salarié, 207 et s.

Cession avec charge, 401 et s.
Affectation, (v. *Affectation*)
Destination (v. *Destination*)

Chaîne d'exploitation, 293-298 ; 573.

Chose (notion), 102-103 ; 133 et s.

Clause évasive ou limitative de responsabilité, 766-767.

Code des usages, 86 et s. ; 131 ; 361 ; 461 et s. ; 510 et s.

Collaboration (v. Œuvre de collaboration)

Compensation équitable, 565-567

Condition potestative, 424 ; 766-767

Consentement, 483 et s. ; 704 et s.

Conservation, 744 ; 821-828.

Contenu du contrat, 103 et s. ; 482 et s. ; 726 et s.

Contrat à compte d'auteur, 243 ; 379-380

Contrat d'adaptation, 92 ; 130 ; 520.

Contrat de commande, 218-221 ; 720 ; 843-844.

Contrat de compte à demi, 78 ; 202 ; 243 ; 392.

Contrat d'entreprise,

Commande (v. *Commande*)

Compte d'auteur (v. *Contrat à compte d'auteur*)

Effet translatif, 218-221.

Qualification, 379-382.

Contrat de production audiovisuelle, 212-217 ; 594.

Contrat de représentation, 4 ; 102 ; 115-119 ; 156 et s.

Contrat de travail, 41-42 ; 144 ; 148 ; 207 et s. ; 381-382 ; 643 et s.

Contrat fiduciaire, (v. *Cession*)

Contrat innommé du droit d'auteur, (v. *Sui generis*)

Contrat relationnel, 832 et s.

Contrats-types, 70-71 ; 85 et s. ; 341 et s. ; 479 ; 749.

Contrefaçon (v. *Action en contrefaçon*)

Conflits de lois, 639 et s.

Consommateur, 612 ; 631 ; 672-673 ; 768 et s.

Consommation (droit de), 41 ; 612 ; 639 ; 656 ; 767 et s.

D

- Démembrement**, 311 ; 342.
- Dessins et modèles**, 145-149.
- Destination contractuelle**, 414 et s.
- Dialogue de Carmélites*, 92 ; 194.
- Diffusion**, (v. *Obligation de diffusion*)
- Domaine d'exploitation**, 101 et s.
- Dommages et intérêts confiscatoires**, 774-775.
- Dommages et intérêts punitifs**, 774 ; 802 ; 831
- Donation**, 404 ; 411 ; 447 ; 710-712.
- Droit à l'image**, (v. *Droit subjectif*)
- Droit allemand**, 109 ; 129 ; 152 ; 315 ; 566 ; 573
- Droit au retrait**, 617-618.
- Droit au respect**, 528.
- Droit britannique**, 121 ; 316 ; 624 ; 793 ; 821.
- Droit de divulgation**, 592 et s. ; 742.
- Droit d'édition**, 4 ; 106 ; 113 ; 133 et s. ; 745 et s.
- Droit de la consommation**, 660 ; 789-794.
- Droit de la personnalité**, 150-154.
- Droit de location**, 112 ; 485.
- Droit de merchandising**, 96 ; 126-127.
- Droit de paternité**, 590.
- Droit de prêt**, 112 ; 228 ; 465.
- Droit de propriété**, 330 et s. ; 395-400 : 401 et s.
- Droit de représentation 2** ; 101-105 ; 114-119 ; 156 et s.

Droit de reproduction, 2 ; 35 et s. ; 47 ; 51 ; 101-105 ; 156 et s.

Droit des pratiques anticoncurrentielles, 788.

Droit des pratiques restrictives de concurrence, 787.

Droit de suite, 101.

Droit de synchronisation, 91 et s. ; 95 ; 122.

Droit d'exploitation (notion), 2.

Droit états-unien, 109 ; 121 ; 152 ; 256 ; 364 ; 648 ; 795.

Droit international privé, 640 et s.

V. Arbitrage,

V. Lois de police

V. Ordre public européen

Droit moral, 91 et s. ; 270-272 ; 527 ; 611 et s.

E

Économie du contrat, 9 ; 800 et s.

Éditeur, 241-244 ; 279-288.

de presse, 475

Effet translatif, 218-221 ; 770-773 (v. *Cession*)

Apport, 339-343 ; 457-461.

Équivalence fonctionnelle, 11 ; 165 ; 182 et s.

Exclusivité, 353-356 ; 773 ; 788.

Exemplaire, 51-52 ; 181-182. (v. *Fichier numérique*)

Exploitation, V. *Obligation d'exploiter*

F

Fichier numérique, 158 et s.

Fiducie, 312 ; 395 ; 415 ; 809 et s.

Forfait, 444-445 ; 550-556.

Fruits, 48 ; 312 ; 774.

G

Garantie contre l'éviction, 750-758.

Garantie contre les vices cachés, 759-763.

Gestion collective, 75-82 ; 196 ; 22-227 ; 233-234 ; 339-343 ; 478-481.

Google Books, 161

Groupe éditorial, 721-725 (v. *Capacité*)

H

Histoire du contrat d'édition, 4-6 ; 105 ; 311.

I

Image, (v. *Droit à l'image*)

Impression 3D, 52 ; 135.

Incapacité, (v. *Capacité*)

Indemnisation, 527-528 ; 824-831

Internet, 7 ; 11 ; 57 ; 165 et s. ; 277 ; 279-288 ; 487-496 ; 509 et s. ; 548.

Interprétation des contrats, 648

J

Jeu vidéo, 7 ; 112 ; 136 ; 260-263.

Journal, 204 ; 210-211 ; 306 ; 243

L

Levinas, 270-272.

Licence (v. *Bail*)

Livre indisponible, 196 ; 224-225 ; 349-351.

Livre numérique (v. *Fichier numérique*).

Location (v. *Droit de location* ou *Bail*)

Logiciels, 135-136 ; 163 ; 193 ; 208-209

Louage d'ouvrage ou de services, (v. *Commande, Contrat de travail, Entreprise*)

M

Maitrise éditoriale, 331 et s. 377 et s.

Mandat, 393-394 (v. *Représentation*)

Apport-mandat (v. *Apport*)

Intérêt commun, 428 et s.

Montherlant, 419 ; 421 ; 798 ; 819.

N

Nantissement, 337.

Nemo plus juris, 338.

Non bis in idem, 501.

Nullité, 561-565.

Numérique (v. *Internet*)

O

Obligation

Obligation de conservation, 744 ; 821 et s.

Obligation de délivrance, 735 et s.

Obligation de diffusion, 512.

Obligation de fabrication, 511.

Obligation de moyens, 515-521 ; 827.

Obligation de promotion, 413.

Obligation de publication, 412.

Obligation de résultat, 515-521.

Obligation générale d'exploitation, 507 et s.

Œuvre, 134-138 ; 247 et s.

Œuvres audiovisuelles, 212-217.

Œuvres collectives, 138 ; 202-204 ; 257-259.

Œuvres de collaboration, 65 ; 250-252.

Œuvres composites, 128-131 ; 138 ; 253-256.

Œuvres dérivées (V. *Œuvres composites*)

Œuvres futures, 221 ; 729 ; 843.

Œuvre orpheline, 226-227

Œuvre transformative, 93 ; 205-206 ; 256 ; 276.

Ordre public, 34 et s. ; 621 et s.

Ordre public de direction 636.

Ordre public européen, 560 ; 670.

Ordre public *in favorem*, 629 et s.

Ordre public de protection, 626-627 ; 636.

Originalité, 247.

P

Pacte de préférence, 729 ; 797-798 ; 836 ; 844.

Partie faible, 10 ; 27 et s. ; 304 et s. ; 621 et s.

Passe (clause de), 366 ; 370 ; 460.

Peine privée

V. Dommages et intérêts punitifs

V. Dommages et intérêts confiscatoires

Perrier, 237-238 ; 273-274 ; 292 et s.

Prequel, 93.

Présomptions de cession, 132 ; 207 et s.

Presse, (v. *Journal*)

Prestation caractéristique, 322 et s. 645.

Prix du livre, 358-359.

Promotion, (v. *Obligation de promotion*)

Propriété industrielle (v. *Brevet d'invention, Dessin et modèle, Marque*)

Q

Qualité pour agir (contrefaçon), 345-348 ; 487 ; 497 ; 770-772.

R

Reddition des comptes, 142 ; 574-575

Rédition, 529-530 ; 796 et s. ; 842.

Relevé d'office, 675-680 ; 690-691.

Remake, 93

Rémunération

Juste et équitable, 557 et s.

Forfaitaire, (v. *Forfait*)

Proportionnelle, 533 et s.

Renonciation et abdication, 206 ; 519-520 ; 647

Repentir, V. *Droit de repentir et de retrait*

Représentation matérielle, 782

Représentation juridique, 783 (v. *Mandat*)

Reproduction (V. *Droit de reproduction, Contrat de reproduction*)

Reprographie, 232-233

Responsabilité civile : 506-507 ; 365 ; 821-828.

Mise en demeure préalable, 829

Perte de chance, 527,

Responsabilité fiduciaire, 824 et s.

Retrait, (V. *Droit de repentir et de retrait*)

Risque éditorial, 366 et s. ; 390 et s.

S

Salariés, (V. *Contrat de travail*)

Savoir-faire, 324 ; 364 ; 716.

Sequel, 93

Société en participation, 312 ; 391-392.

Société mère et filiale (v. *Groupe éditorial*)

Sous-cession, (v. *Sous-édition*)

Sous-édition, 333 ; 586-599.

Streaming, 171 et s.

Sui generis, 36 et s. ; 497.

T

Traduction, 94 (v. *Œuvre composite*)

Droit de traduction, 85-86 (v. *Droit dérivé*)

Uderzo, 791 ; 818 ; 830.

Trust, (v. *Cession fiduciaire*)

U

Usufruit, 267 ; 311.

V

Vente, (v. *Cession*)

Vice du consentement, 712 et s.

W

work made for hire, 193 ; 203.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, manuels

- E. ACOLLAS, *La propriété littéraire et artistique : le droit mis à la portée de tout le monde*, Édition C. Delagrave, Paris 1886
- C.-M. AUBRY et F.-C. RAU, *Cours de droit civil français* de M. C. S. Zachariae, Lagier éditeur, 1873
- J. AZÉMA, J.Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis, Dalloz 8^e éd., 2017
- J.-J. BARBIÉRI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, Masson, 1995
- H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^e éd., 1983
- J. BÉGUIN, M. MENJUCQ, T. AZZI, G. BOURDEAUX, R. DALMAU, D. MAINGUY, T. MASTRULLO, D. MOURALIS, C. NOURISSAT, CH. SERAGLINI, *Traité de droit du commerce international*, LexisNexis, 3^e éd., 2019
- M. BÉHAR-TOUCHAIS, G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ 1999
- A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Domat, 12^e éd., 2017
- L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford 2nd ed., 2001
- J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2016
- J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012
- J. BERNARDI, *Nouvelle théorie des lois civiles*, Garnery, Paris, 1801
- J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Précis du cours de législation fait à l'École centrale de l'Isère*, T. I, Grenoble, J. Allier, An XI, 1802
- A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 2^e éd., 1999
- R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. IV, par P. VOIRIN, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1938
- R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. XII, par R. RODIÈRE, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1947
- H. BOSSE-PLATIÈRE, F. COLLARD, B. GRIMONPREZ, Th. TAURAN, B. TRAVELY, *Droit rural. Entreprise agricole, espace rural, marché agricole*, LexisNexis, 2013
- M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, Paris, Recueil Sirey, 1945
- J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^e éd., 2006
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. 1, Introduction. Les personnes*, PUF, 2^e éd., 2017
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. 2, Les biens. Les obligations*, PUF, 2^e éd., 2017
- C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e éd., 2020
- Ch. CARON et H. LECUYER, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1^{re} éd. 2002

- G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, Hors collection, 2016
- F. COLLART-DUTREUIL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis, 11^e éd., 2019
- C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 9^e éd., 1999
- G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007
- M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 20^e éd., 2007
- A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, T. I, Plon Frères, 1849
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, Arthur Rousseau, 1925
R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Arthur Rousseau, 1931
- D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Économica, 2^e éd. 2012
- H. DESBOIS, *le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978
- O. DESHAYES, T. GÉNICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016
- M. DESPAX, *Droit du travail*, T. VII, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2^e éd., 1989
- P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, T. 1, Economica, 2005
- W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012
- B. EDELMAN, *Droit d'auteur, Droits voisins. Droit d'auteur et marché*, Dalloz 1993
- P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, t. XIII Vidécoq 1827
P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Vidécoq, 1836
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, vol. 1, Sirey, 16^e éd., 2014
J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, vol. 3, Sirey, 9^e éd., 2015
- J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991
- J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Économica, 6^e éd., 2022
- A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999
- P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^e éd. 2019
- F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, LGDJ, t. 3, 1925
- M. GERMAIN ET V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, vol. 2, LGDJ, 20^e éd., 2011
- J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, « Les effets du contrat »*, L.G.D.J., 3^e éd., 2001
J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3^e éd., 1993, LGDJ
- G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1989
- P. GREFFE et F. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, Litec, 2008
- L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Économica, 2004
- S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2017
S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile. Droit internet et européen du procès civil*, 33^e éd. Précis, Dalloz, 2016
- M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, LGDJ, 2010

- J. HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2^e éd., 2015
- D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987
- G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique.*, T. 1, Marchal et Billard, Paris, 1903
- J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd., 2012
- H. HULOT, *Les cinquante livres du Digeste et des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Behmer et Lamort, Metz-Paris, 1^{re}, éd. 1803
- H. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, M. de JUGLART, *Leçons de droit civil, t. III, 2e vol., Principaux contrats – Vente et échange*, Montchrestien, 6^e éd., 1984
- L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1938
- Ch. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Domat, 2^e éd., 2010
- P. KAMINA, *Droit du cinéma*, LexisNexis, 2^e éd., 2014
- H. KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit, et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Strasbourg, Imprimerie de la Faculté de Droit, 1833
- F. LABARTHE, C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008
- Ch. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 6^e éd., 2019
- D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9^e éd., 2013
- J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002
- A. LUCAS, J. DEVÈZE ET J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001
- A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017
- Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 1, Pichon et Durand-Auzias, 1916
- E. MACKAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, 2008
- M. MAILHER de CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, Paris, Édition D'Antoine Bavoux, 2^e éd., 1825
- D. MAINGUY, *Introduction générale au droit*, LexisNexis, 6^e éd., 2013
- Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 9^e éd., 2017
- Ph. MALAURIE, L. AYNÈS ET Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 2^e éd., 1980
- P. MAYER, V. HEUZÉ, B. RÉMY, *Droit international privé*, Montchrestien, 12^e éd., 2019
- A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Précis Domat, 10^e éd., 2016
- Ph.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit, qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux* Vol. 3, Remoissenet, 4^e éd., 1830
- J. MESTRE, *Les principales clauses des contrats d'affaire*, Lextenso éditions, coll. Les intégrales, 2011
- J.-J. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairie technique, 1984
- J.-B. J. PAILLIET, *Manuel de droit français*, T. I, Librairie le Normand, 9^e éd., 1837

- J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, t. 2, Paris, 3^e éd., 1825
- J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, t. 2 LGDJ, 2013
- J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^e éd., 2008
- F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels. Logiciels privatifs et logiciels libres*, PUF, 2013
- M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, Résultats généraux de la jurisprudence moderne : les assurances terrestres, les rapports entre patrons et ouvriers, l'emphytéose, le contrat d'édition* t. I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928
- F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle. Le droit d'auteur*, Economica, 2005
- R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011
- E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Marchal, Billard et C^e, 3^e éd., 1879
- C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Bruylant, 2^e éd., 2017
- J. RAYNARD et J.-S. SEUBE, *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, 10 éd., 2019
- A. -Ch. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, T. II, Paris, Jules Renouard, 1839.
- G. RIPERT et J. BOULANGER, *Droit commercial*, t. 2, 4^e éd. 1952
- J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, 2013
- J. A. ROGNON, *Les Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, 5^e éd. 1863
- H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999
- H. ROLAND, *Droit des libéralités*, Paris, Ellipses, Universités Droit, 1^{re} éd., 2000
- P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, TII, Sirey, 1954
- J. C. SAINT-PAU, *Traité de droit de la personnalité*, LexisNexis, 2013
- P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, Mémento Dalloz, 3^e éd., 2016
- B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, Litec, 6^e éd., 1998
- P. TAFFOREAU, C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Guamino, 4^e éd., 2015
- F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, *Grands arrêts de la jurisprudence civile, GAJC*, Dalloz, 13^e éd. 2015
- F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, et F. CHÉNEDÉ, *Les obligations*, Dalloz, 13^e éd., 2022
- F. TERRÉ, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11^e éd., 2019
- E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Arthur Rousseau édition, 1898
- C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, T. XVI, par DUVERGIER, Paris, éd. Jules Renouard et Cie, 1839
- G. J. TOLHURST, *The Assignment of contractual rights*, Hart Publishing, 2nd éd., 2006
- Ph. Le TOURNEAU, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Dalloz, 2000
- M. TROPLONG, *De la vente, Commentaire du titre VI, du livre III du Code civil*, vol. 1, Paris, Imprimerie de Cosson, 1845
- R.-Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, Bruxelles, 1836

A. VIANDIER et J. VALLANSAN, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, PUF 1992

M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2019

M. VIVANT (dir.), *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, GAPI, Dalloz, 3^e éd., 2019

F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008

Thèses, monographies, ouvrages spéciaux

E.-P. LIASKOS, *La gestion collective des droits d'auteur dans la perspective du droit communautaire*, th. dactyl., Nice, 1999

A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préf. M. VIVANT, LGDJ, 2008

R. AMARO, *Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles*, préf. M. BERAR-TOUCHAIS, Bruylant, 2014

M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, Économica, 2002

Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, th. dactyl., Toulouse I, 1985

C. AUSSY, *Du droit moral de l'auteur sur les œuvres de littérature et d'art*, Imprimerie J. Pigelet, Auxerre 1911

N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, 2016

H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2009

B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, L'Harmattan, 2017

H. BATTIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey 1938

M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Pref. G. CHAMPENOIS, Économica, 1988

J.-B. BELDA, *Apparence et réalité des discours de la Cour de cassation : Étude positive et critique d'un office en mutation*, th. dactyl. Montpellier, 2016

A. BENABENT, *La chance et le droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1973

N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, préf. M. GERMAIN et G. BONNET, Litec, 2009

G. BLANC-JOUVAN, *L'après-contrat. Étude à partir de la propriété littéraire et artistique*, pref. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2005

N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innomés*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009

R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Defrénois, 2008

C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2005

J. BOISSON, *les libéralités à caractère collectif*, préf. GRIMALDI, Defrénois, 2019

S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER et C. PÉRÈS (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Économica, Paris, 2010.

A. BORIES, *Le formalisme dans les contrats d'auteur, Contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*, préf. J.-M. BRUGUIÈRE, PUAM, 2010.

J. le BOURG, *La remise de la chose - essai d'analyse à partir du droit des contrats*, th. dactyl. Univ. Savoie, 2010

Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, préf. M. BOUTELET-BLOCAILLE, Bruylant, 2003

S. BRADBURN, *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, préf.

F. DEBOISSY, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2017

- C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003
- S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préf. D. TRUCHET, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001
- J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2013
- S. CARRE, *Droit d'auteur et droit du public à l'information et à la culture*, th. dactyl., Montpellier, 2004
- C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1981
- S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1995
- M. CASSIÈDE, *Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé*, th. dactyl., Univ. Bordeaux, 2018
- J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. dact., université Grenoble II, 1996
- F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, *Économica*, 2008
- Th. CLAY, *L'arbitre*, préf. Ph. FOUCHARD, Dalloz, 2000
- M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre*, préf. M. VIVANT, Larcier, 2014
- M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitu personae dans les contrats*, th. dactyl. Paris II, 1974
- M. CORNU, *Le droit culturel des biens*, Bruylant, 1996, p. 325
- M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. ROCHFELD, LGDJ 2013
- S. COUDERT, *La mise à disposition d'une chose*, th. dactyl. Montpellier, 2016
- F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *Economica*, coll. « Recherches juridiques », vol. 15, préf. L. AYNES, 2007
- D. USECHE, *Les droits de la propriété Intellectuelle et les marchés financiers dans la stratégie des firmes du logiciel en Europe et aux États-Unis*, Univ. de Bordeaux, 2014
- F. de BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2007
- M. DELMAS-MARTY, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 1986
- J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *La notion juridique d'exploitation*, Th. dact. Paris, 1955
- S. DENOIX de SAINT MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, préf. A. FRANÇON, Litec, IRPI, 1999
- C. DESCHANEL-HEBERT, *Le droit patrimonial à l'image : émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur*, Univ. d'Avignon, 2017
- Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000
- E. Dos REIS, *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, th. dact. Univ. Grenoble, 2016
- F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, th. dactyl., Paris I, 2008
- T. DOUVILLE, *Le conflit d'intérêt en droit privé*, préf. Ch. ALLEAUME, Inst. Univ. Varenne, 2015
- W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. dactyl., Nancy II, 2000
- J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel : essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, préf. B. DAUNER-LIEB & R. LIBCHABER, LGDJ, 2014

- V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, th. dactyl. Montpellier I, 2006
- B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, Paris, Le Seuil, 2004
- E. EISENMAN, *Le contrat d'édition et les autres louages d'œuvres*, th. dactyl. Paris, 1894
- A.-L. FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, préf. H. KENFACK, 2015, Presses univ. Toulouse 1, IFR, 2015.
- M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992
- B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997
- G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963
- Y. FERKANE, *L'accord collectif de travail. Étude sur la diffusion d'un modèle*, préf. M.-A. SOURIAU, Dalloz, 2017
- S. FORTICH, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, th. dactyl. Paris II Panthéon-Assas, 2016
- N. FOURNIER, *La faute lucrative*, préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, th. dact. Paris V, 2015.
- E. GALTIER, *De la constitution d'usufruit par la volonté de l'homme*, Imprimerie Firmin et Montane Montpellier, 1912
- H. GAUMONT-PRAT, *Le pacte de préférence en droit français dans le contrat d'édition*, th. dactyl. Paris-Assas, 1993
- L. GAY, *Les droits créances constitutionnels*, th. dact. Aix, 2001
- Th. GÉNICON, *La résolution du contrat*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007
- F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1954
- J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.
- C. GOLDIE-GÉNICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2009.
- G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1969
- M. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912
- C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2005
- D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, Th. dact. Lyon III, 1982
- C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherche sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, 2007
- J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et propriété intellectuelle*, Bruylant, 2012
- G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. dactyl. Amiens, 2008
- M. GUILLEMAIN, *Les chaînes de contrats de droit d'auteur*, th. dactyl, Poitiers, 2011
- G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State Univ., 1974
- S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1971

- Th. HASSLER, *Le droit à l'image des personnes : entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, LexisNexis, coll. CEIPI, 2014
- G. HENRY, *L'évaluation en droit d'auteur*, préf. P.-Y. GAUTIER, IRPI, 2007
- X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. dact. Nancy, 1992
- A. HUGUET, *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur (études sur la loi du 11 mars 1957)*, préf. R. SAVATIER, LGDJ, 1962
- H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Larcier, 2010
- S. JACQUIER, *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, th. dactyl. Paris II, 2001
- C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1991
- R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon 1909
- E. JEANSEN, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, préf. B. TEYSSIÉ, Economica, 2008
- A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, th., Paris I, 2015.
- M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique, Étude de droit comparé et de droit international privé*, Joly, 1995
- C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. LARROUMET, Défrénois, 2009
- A. KESSLER-MICHEL, *Présomptions et droit d'auteur*, thèse Paris Sud XI, 2001
- B. KHALVADJIAN, *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation. Pour l'équilibre des droits dans le temps*, préf. M. VIVANT, 2008, PUAM.
- F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994
- M. LAGELÉE, *Le contrat à forfait*, préf. L. AYNÈS, IRJS Éditions, 2016.
- T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels. Étude critique*, préf. Ph. JACQUES, Dalloz, 2016
- J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. P.-Y. GAUTIER, Dalloz, 2009
- B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, préf. A. LUCAS et F. COLLART D'UTILLEUL, PUAM 2006.
- W. LAUTERBOURG, *Du contrat d'édition et de la nature juridique des droits d'auteur*, th. dactyl. Paris, Sirey, 1915
- A. LEBOIS, *Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins*, préf. A. LUCAS
- H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, th. dactyl. Paris, 1930
- D. LEFRANC, *La renommée en droit privé*, préf. H.-J. LUCAS, Défrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 8., 2004
- D. LEFRANC, *Le droit des applications connectées, Applications – Réseau – Interfaces*, préf. A. LUCAS, LGDJ, Larcier, 2017
- P. LÉGER, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, préf. P. SIRINELLI, LGDJ, 2018
- J. LEMOINE, *La protection du droit d'exécution des auteurs et des compositeurs*, Paris, Librairie technique et économique, 1935

- J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *L'Action des Normes*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S, 2009
- S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale des contrats*, préf. C. BRENNER, *Economica*, 2010
- M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel*, préf. P. RAYNAUD, *Economica*, 1989
- R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. MEYER, LGDJ, 1992
- G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1997
- P. LOUIS-LUCAS *Volonté et cause : étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit*, Sirey, 1918
- V. MALASSIGNÉ, *Les titres représentatifs. Essai sur la représentation juridique des biens par des titres*, préf. A. GHOZI, Dalloz, 2016
- Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, préf. P. ESMEIN, Matot-Braine, 1953
- N. MARTIAL-BRAZ, *Droit des sûretés sur propriétés intellectuelles*, avant-propos M. VIVANT, préf. D. LEGEAIS, PUAM 2007
- P. MASSE, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre littéraire ou artistique*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, A. Rousseau, Paris 1906.
- N. MATHEY, *Recherche sur les personnes morales en droit privé*, th. dact. Paris II, 2001
- F. MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, th. dactyl. Essonne, 2015
- M. MEKKI *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004
- M. MINOIS, *La qualification des obligations en droit international privé*, th. dact, Paris Descartes, 2016
- I. MOINE, *Les choses hors commerce. Notion et régime*, LGDJ, 1997
- Ph. MOURON, *Liberté de création, architecture et patrimoine – Regards croisés sur la loi du 7 juillet 2016*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Droits, pouvoirs et sociétés, 2018
- S. NERISSON, *La gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne : quelle légitimité ?*, préf. F. POLLAUD-DULIAN, IRJS, 2013
- C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai d'une méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, 2002
- S. OBELLIANNE, *Les sources des obligations*, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2009
- C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, th. dactyl. Saint-Étienne, 2008
- F. OST, *Droit et intérêts, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 2002.
- R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970
- Ph. PARES, *Histoire du droit de reproduction mécanique*, Compagnie du Livre, Paris, 1953
- J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, IRPI 1997
- O. PENIN, *La distinction entre la conclusion et l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, Pref. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2006

- A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1989
- E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, Éditions du cercle de la librairie, 2015
- E. PIERRAT, *Le Droit du Livre*, Éditions du Cercle de la Librairie, 2000
- O. PIGNATARI, *Le support en droit d'auteur*, préf. Ph. GAUDRAT, Larcier, 2013
- C. POITTEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, th. dactyl. Avignon, 2011
- F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, préf. A. FRANÇON, LGDJ, Paris, 1989
- R.-A. POSNER, *Economic analysis of law*, Walters Kume, 7th ed., 2007
- J. N. POUGHON, *L'histoire doctrinale de l'échange et du contrat*, LGDJ, 1985
- X. PRÈS, *Les sources complémentaires du droit d'auteur*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM, 2004
- P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. dactyl. Paris II, 1999
- N. QUOY, *La contrefaçon par reproduction en droit d'auteur français et en droit comparé*, thèse Paris II, 1998
- J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préface de Ph. FOUCHARD, LGDJ, 1999
- S. RAIMOND, *La qualification du contrat d'auteur*, préf. Ch. CARON, INPI, 2009
- H. RAIZON, *La contractualisation du droit moral de l'auteur*, th. dact. 2014
- V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980
- J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français*, Étude de jurisprudence française, 1927
- G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, th. Aix, 1902
- G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949
- G. RIPERT, *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1998
- M. RISTICH de GROOTE, *Les personnages des œuvres de l'esprit. Approche de droit français*, th. dactyl. Paris II, 1985
- J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999
- P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, éd. 1963, réédition 2005
- G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dact. Paris, 1965
- L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, préf. G. WICKER, LGDJ, 2008
- J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, PUAM, préf. P. JOURDAIN, 2002
- J. SECHIER-DECHEVRENS, *Essai sur la notion d'immobilisation par destination*, th. dactyl., Lyon III, 2006
- V. SERFATY, *Droits dérivés et œuvres audiovisuelles*, préf. P.-Y GAUTIER, IRPI, 2014
- F. SIIRIAINEN, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, th. dactyl. Nice, 1999
- C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. C. CARON, Litec, 2010
- P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. dactyl. Paris II Assas, 1985
- J. H. SPOOR., W.R. CORNISH, and P.F. NOLAN, *Copies in Copyright*. Translated by Bernard NOBLE, Herman Cohen Jehoram, Monographs on Industrial Property and Copyright Law. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980

- Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, 2000
- A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences, étude de droit comparé*, préf. L. Van BUNNEN, LGDJ, 1993
- F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. LE BALLE, LGDJ, Anthologie du droit, 2014
- M. TIREL, *L'effet de plein droit*, préf. D. R. MARTIN, Dalloz, 2018
- A. VALETTE, *L'emprunt musical*, th. dactyl. Montpellier, 2002
- Ch. VERNIERES, *les libéralités à trois personnes*, th. dactyl., 2002, Paris II Panthéon-Assas
- J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957
- M. VIVANT, A. ROBIN, « Places commerciales virtuelles » *J.-Cl. Commercial*, n° 825
- M. WEBER, *Essai sur la théorie de la science*, Presses Pocket, 1992
- M. XIFARAS, *La propriété, Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004

Ouvrages non juridiques

- J.-Y. MOLLIER *Hachette, le géant aux ailes brisées*, Les éditions de l'atelier, 2015
- A. ABBOTT, *The system of professions. An essay on the division of expert labor*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988
- K. ARROW, *The limits of organisation*, New-York, Norton, 1974
- F. BENHAMOU, *L'économie du star-system*, Odile Jacob, 2002
- W. BENJAMIN, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique, Essais II*, Denoël, 1971
- K. BENYEKHFLEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008
- O. BLONDEAU, *Libres enfants du savoir numérique. Une anthologie du "Libre"*. Éditions de l'Éclat, 2000
- O. BOMSEL, *Protocoles éditoriaux, qu'est-ce que publier*, Armand Colin, 2013
- L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Armand Colin et Cie, éditeurs, 1896
- R. CHARTIER, H.-J. MARTIN (dir.), *Le livre triomphant, Tome II*, Fayard, 1990
- R. CHARTIER, H.-J. MARTIN (dir.), *Histoire de l'édition française, Le temps des éditeurs, Tome III*, R, Fayard, 1990
- D. DIDEROT, *Lettre sur le commerce des livres. Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses réglemens, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des points et autres objets relatifs à la police littéraire*, 1763, DPV, t. VIII
- P. DUPONT-ROUGIER, *Du contrat d'édition*, Arthur Rousseau, 1907
- J. G. FICHTE, *Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole*, 1791, reproduit in *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Quadrige/PUF, 1995
- A. FOUILLÉ, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1929
- C. GÉTAZ, *Le développement du capitalisme à travers l'Histoire*, t. IV, Éditeur indépendant, 2015

- H. M. GOLDMANN, *L'Art de vendre*, Neuchâtel/Paris, Delachaux et Niestlé, 9^e éd., 1981
- J. HAGEL III, A. G. ARMSTRONG, *Net Gain Expanding markets through virtual communities* The McKin. Quart., 1997
- A. HAYEK, *Les business models de l'Internet pour réussir*, Mines ParisTech-HEC, 2009
- A. HUET, *Capitalisme et industries culturelles*, Presses universitaires de Grenoble, 1978
- E. KANT, *De l'illégitimité de la reproduction des livres*, 1785, reproduit in *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Quadrige/PUF, 1995
- E. KANT, *Qu'est-ce qu'un livre ?* PUF, Paris, 1995
- B. LAHIRE, *Ceci n'est pas un tableau*, La Découverte, 2013
- H. MARCUSE, *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, Les Éditions de Minuit, 1969
- R. MOULIN, *De la Valeur de l'art*, Flammarion, 1995
- G. MOUQUIN, *La notion de jeu de hasard*, Droz, Genève, 1980
- B. PASCAL, *Les pensées*, préf. F. KAPLAN, Cerf, 2005
- S. PEREZ, *Un couple infernal. L'écrivain et son éditeur*, Bartillat, 2006
- R. PINDYCK, D. RUBINFELD, *Microéconomie*, Pearson, 8^e éd., 2009
- P.-J. PROUDHON, *Les majorats littéraires. Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs ou artistes, un monopole perpétuel* éd. Bruxelles, 1862
- Ph. SCHUWER, *Traité pratique d'édition*. Éditions du Cercle de la Librairie, 2002
- H. SIMON, *Models of Man : Social and Rational. Mathematical Essays on Rational Behavior in a Social Setting*, New York, Wiley, 1957
- F. TALIANO-DES GARETS, *Un siècle d'histoire culturelle en France : de 1914 à nos jours*, Armand Colin, Paris, 2019.
- J. TEBBEL, *A History of Book Publishing in the United States*, Vol. I, Xerox, 1972
- J. B. THOMPSON, *Merchants of culture. The Publishing Business in the 21st Century*, Polity Press, 2^e éd., 2012
- Ch. VANDENDORPE, *Du papyrus à l'hypertexte. Essai sur les mutations du texte et de la lecture*, La Découverte, 1999

Articles juridiques, chroniques, fascicules, actes de colloques

- A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une "protection de marché" », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, dir. M.-A. FRISON-ROCHE, A. ABELLO, LGDJ, 2005, p. 353
- M. ABELLO, G. DUBOS, « Innovation Act HR 3309. La lutte contre les Patent trolls aux États-Unis », *Prop. intell.* juill. 2014, n° 52, p. 228
- M. ABELLO, J. TASSI, « L'employé auteur de logiciel et les droits fondamentaux : une question prioritaire de constitutionnalité d'avenir ? », *Comm. com. électr.* n° 4, Avril 2011, ét. 8.
- Ch. ALBIGES, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD civ.* 2014, p. 795
- Ch. ALLEAUME, « Merchandising. Contrat de merchandising. Exploitation et contrat d'exploitation, de produits dérivés », *J.-Cl. PL4*, Fasc. 700

- Ph. ALLAEYS, O. BUSTIN, J.-H. MITRY, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Légipresse*, 2003, II, p. 117
- P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD. civ.* 1999, p. 771
- B. ANCEL, A. HARMAND-LUQUE, « Révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités (Art. 900-2 à 900-8) » *J.-Cl. Civil*, Fasc. Unique
- A. ANCIAUX, J. FARCHY, « Données personnelles et droits de propriété, quatre chantiers et un enterrement », *Rev. Int. Dr. Eco.*, n° 3/2015, p. 307
- J. ANDRES, « Négociation des droits et rémunération des auteurs dans le multimédia », *Legicom*, vol. 8, n° 2, 1995, p. 62
- O. ANSELME-MARTIN, « Le sentiment de confiance, cause génératrice et sustentatrice du contrat », in *Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross*, Press Universitaire de Nancy, 2009, p. 27
- J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité », *RTD com.* 2012, p. 35
- Ph. ASTOR, « L'économie du *streaming* en quête d'un nouveau contrat de confiance », *JAC* 2016, n° 35, p. 28
- Ch. ATIAS, « De plein droit », *D.* 2013, p. 2183
- Ch. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in *Droit et économie des contrats*, dir. Ch. JAMIN, LGDJ, 2008
- H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, 2005/3, n° 57, p. 627
- F. AUCKENTHALER, « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant », *D.* 1998, p. 53
- L.-M. AUGAGNEUR « Vers des nouveaux paradigmes du droit dans l'économie numérique », *RTD com.* 2015, p. 455
- X. AUMERAN, « Rémunérer un pigiste : salaire ou droits d'auteur ? », *JAC*, 2016, n° 37, p. 40
- Authors Guild, « Delete the non-compete », *Indust. & advoc. news*, August 27, 2015
- L. AVOUT (d^e), « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165
- L. AYNÈS, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 63
- L. AYNÈS, « Vers une déontologie du contrat ? », Conférence devant la Cour de cassation, 11 mai 2006, Cycle Droit et technique de cassation, *RDC* 2007
- L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994. 13
- T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009, p. 1621
- T. AZZI, « Comment les droits de propriété intellectuelle coexistent-ils avec l'Open Data ? », Panorama d'actualité du droit de l'économie numérique, colloque organisé par l'Association française du droit de l'informatique et de la télécommunication (AFDIT), Paris, 27 mai 2016
- T. AZZI, « L'exercice du droit d'exposition des œuvres d'art », in *Mélanges en l'honneur d'A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 1
- T. AZZI, « L'impression 3D : enjeux et perspectives, in L'impression 3D : regards de droit privé », in *Les matinales de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS) et du réseau d'avocats GESICA*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 15 oct. 2015
- T. AZZI, « L'imprimeur 3D : créateur ou contrefacteur ? », *conf. annuelle du Master 2 Droit du commerce électronique et de l'économie numérique*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 4 juin 2015.
- T. AZZI, « La balance des intérêts en droit de la propriété littéraire et artistique », in *La notion d'intérêt(s) en droit*, V. BARBÉ, C. GUILLERMINET, S. MAUCLAIR (dir.), Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020
- T. AZZI, « La cession à titre gratuit du droit d'auteur », *RIDA*, 2013/3, n° 237, p. 91

- T. AZZI, « La circulation de l'œuvre : le droit de suite », in *L'art en mouvement : regards de droit privé*, F. dir. LABARTHE et A. BENSAMOUN, Mare & Martin, 2013, p. 169
- T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2169
- T. AZZI, « La loi du 29 octobre de lutte contre la contrefaçon, présentation générale », *D.* 2008 p. 700, n° 35
- T. AZZI, « Le droit de suite », *Propr. intell.* 2011. 65
- T. AZZI, « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *D. IP/IT* 2019. 297
- T. AZZI, « Le projet de code européen du droit d'auteur : une étrange idée », *D.*, 2012, p. 1193
- T. AZZI, « Les apports de la loi en matière de droits voisins du droit d'auteur », *D. IP/IT*, 2017, p. 206
- T. AZZI, « Les contrats d'exploitation de la propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », *RIDA*, 2007/4, n° 214, p. 3
- T. AZZI, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », *JAC* 2017, n° 47, p. 26
- T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227
- T. AZZI, « *Open data* et propriété intellectuelle », *D.* 2017. 583.
- T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008. 2169
- T. AZZI, V.-L. BENABOU, A. BENSAMOUN, N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI, E. TREPPOZ, « Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur ? », *LPA*, 29 juin 2012, n° 130, p. 55
- T. AZZI, « Rapport, général : mécanismes destinés à garantir une rémunération appropriée aux créateurs et artistes-interprètes », in *Remuneration for the Use of Works : Exclusivity vs. Other Approaches*, S. von LEWINSKI (dir.), ed. De Gruyter, Allemagne, 2017, p. 72
- N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015, p. 699
- M. BANDRAC, « Nature juridique de la propriété réservée », *RTD civ.* 1990, p. 121
- H. BARBIER, « Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle », *RTD civ.* 2018, p. 379.
- H. BARBIER, « Le droit de la consommation peut-il être un droit commun ? », *RTD civ.* 2018, p. 96
- J.-J. BARBIÉRI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in *Une théorie générale des contrats spéciaux ? RDC*, 2006/02, p. 621
- S. R. BARNETT, « Le droit dit "*right of publicity*" aux États-Unis d'Amérique à la croisée des chemins », *RIDA*, n° 160, 1994/02, p. 4
- B. BARRAUD, « De l'imprimé au numérique. Le régime juridique des médias écrits à l'épreuve de leur dématérialisation », *RLDI*, n° 85, 1^{er} août 2012, p. 105
- Ch. BARRÈRE, « Les liens entre culture, industries culturelles et industries créatives », in, *Création et diversité au miroir des industries culturelles*, La documentation française, 2006.
- F. BARRIÈRE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007, p. 2053
- J. BARTHELEMY, F. PETIT, « Plaidoyer pour un droit social réunifié », *Dr. soc.* 2016, p. 717
- C. BAUER, « Les adaptations audiovisuelles de livres », *Légicom*, 2001/1, n° 24, p. 65
- G. BEAUSSONIE, « Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », *RSC* 2010, p. 525
- D. BÉCOURT, « Commentaire de la loi n° 95-4 du 3 janvier 1995 sur la reprographie », *D.* 1995. p. 59.
- D. BÉCOURT, « La Révolution française et le droit d'auteur : pour un nouvel universalisme », *RIDA*, 1990/01, n° 143, p. 255
- D. BÉCOURT, « Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins, "*1^{ère} partie*" », *LPA*, 11 oct. 1996, n° 123
- D. BÉCOURT, « Le régime des présomptions dans les textes relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins "*Suite et fin*" », *LPA*, 14 oct. 1996, n° 124.
- D. BÉCOURT, « Réflexions sur la loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins », *JCP. E.* n° 21, 22 mai 1986, 14722
- M. BÉHAR-TOUCHAIS et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et J. SÉNÉCHAL « Directive Contenu numérique - Présentation générale des propositions de directive du 9 décembre 2015 : COM (635)

- final et COM (634) final (7^e Forum annuel de Trans Europe Experts, 21 mars 2016) » *C.C.C.* n° 2, fév. 2017, doss. 2, n° 26
- F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique », *D.* 2007. 1681
- F. BÉLOT, « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *D.* 2008. 1569
- D. BÉLOT, « La stratégie Tintin », *JAC*, 2014, n° 17, p. 37
- A. BÉNABENT, « Présentation », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant*, *RDC* 2018/3, p. 503
- A. BÉNABENT, « Rapport français », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Litec, 1998, p. 291
- V.-L. BENABOU, « La directive Droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *Comm. com. électr.* 2001, chron. 23
- V.-L. BENABOU, « La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier », *JCP G.*, n° 26, 1^{er} juill. 2019, 693
- P.-J. BENGHOZI et F. BENHAMOU, « Longue traîne : levier numérique de la diversité culturelle ? », *Culture prospective*, vol. 1, n° 1, 2008, p. 1
- A. BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? » *D.*, 2013. 376
- A. BENSAMOUN, « La titularité des droits patrimoniaux sur une création salariée : du paradis artificiel à l'artifice du paradis », *RLDI*, n° 67, janv. 2011, p. 56
- A. BENSAMOUN, « Les créations salariées : véritable oxymore du droit d'auteur ? », *D.*, 2014. 2351
- L. BENTLY, J.-C. GINSBURG, « The sole right shall return to the authors : Anglo-American authors reversion rights from the statute of Ann to contemporary U.S. Copyright », *Berk. Tech. Law Journal*, June 2011, n° 25, 1475
- J. BERBERIAN, « Le numérique change tout », *JAC* 2014, n° 19, p. 6
- P. BERLIOZ, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD civ.* 2011, p. 635
- C. BERNAULT, « Édition et "code des usages" : après les livres, la musique », *Ess. dr. propr. intell.*, déc. 2017, n° 11, p. 2
- C. BERNAULT, « Licences réciproques et droit d'auteur : l'économie collaborative au service des biens communs ? », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 91
- C. BERNAULT, « Ouverture des données publiques et propriété intellectuelle », *D. IP/IT* 2018, p. 103
- C. BERNAULT, « Remake, sequel, préquel, spin off : regard sur le droit d'auteur et les exploitations "secondaires" des œuvres audiovisuelles », *Comm. com. électr.* 2014, ét. 19, p. 14
- C. BERNAULT, « La Commission publie la proposition de directive sur le marché unique numérique », *Ess. Prop. Intell.*, nov. 2016, n° 110, p. 2
- A. BERTRAND, « La loi du 3 janvier 1995 sur le droit de reprographie : une loi scélérate », *RDPI* 1997, n° 81
- J. BERTHE de la GRESSAYE, « Institution » *Répertoire de droit civil*, Dalloz
- C. BESSE-GUENNETEAU, « La musique dans les œuvres audiovisuelles », *Légicom*, janv. 1997, n° 13, p. 117
- N. BINCTIN, « La Cour de cassation et la propriété industrielle sur Internet », *Comm. com. électr.* n° 7-8, juillet 2017, ét. 13
- N. BINCTIN, « Le droit moral en France », *Cab. de propr. intell.*, 2013, vol. 25 n° 1
- N. BLANC, « Contrats nommés et innomés, un article disparu ? », *RDC* 2015, p. 810
- N. BLANC, « L'ordonnance n° 2014-1348 du 12 novembre 2014 sur le contrat d'édition numérique », *RDC*, 2015/02, p. 345
- N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », 2016/2, p. 216, n° 1
- N. BLANC, « Le juge face à la distinction des deux ordres de responsabilité », *RDC*, 2017/4, p. 122
- N. BLANC, « Les standards en droit d'auteur » *Rev. Assas*, fév. 2014, p. 80
- N. BLANC, « L'équilibre du contrat d'adhésion. Note l'article 1171 du Code civil », *RDC*, 2019/2, p. 155

- D. BLANC, « L'Union européenne devant le Parlement français : XIV^e législature (2012-2017), Sessions parlementaires 2014-2015, 2015-2016 et 2016-2017 », *Rev. Eur.* n° 11, Nov. 2017, ét. 10
- J.-P. BLATTER, « L'ordre public du statut des baux commerciaux, Portée et limites en matière de rédaction », *AJDI* 2003, p. 396
- C. BLÉRY, L. RASCHEL, « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et en droit international », *Proc.*, 2012, *actes du colloque consacré à la pensée de Motulsky*, dossier 4, p. 13
- P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD. civ.* 1988, p. 673 et s.
- S. BLOQUET, « Quand la science du droit s'est convertie au positivisme », *RTD civ.* 2015, p. 59
- Ch. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD com.* 2013, p. 1
- A. BOISSON, « Cession et licence en droit d'auteur », *Légicom* 2014/2, n° 53
- A. BOISSON, « Imprévision et édition de livres numériques : le droit commun a-t-il rattrapé le droit spécial ? » *RLDC* oct. 2016, p. 27
- A. BOISSON, « Livres indisponibles du XX^e siècle : une page se tourne », *JAC*, 2013, n° 7, p. 18
- G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 43
- G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henry Motulsky », *JCP G.*, 1993, I, 3693
- G. BOLARD, P. DRAI, « Justice hâtive, justice rapide. "Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès" », *JCP G.*, 1997, I, 4061
- M. BONNECHÈRE, « L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvrier*, 1988, p. 171
- A. BORIES, « Le formalisme dans les contrats d'auteur », *Comm. com. électr.* n° 9, septembre 2008, ét. 18
- O. BOSKOVIC, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2175
- V. BOUCHARD, « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », *LPA* 24 juill. 2002, n° 147, p. 4.
- S. BOUHERAOUA, Sh. MOHAMAD, N. S. KASRI, S. ABDULLAH, « Shariah issues in intangible assets », *Shariab Journal*, Vol. 23, n° 2, 2015, p. 287
- É. BOULAYE (de la). « Le contrat d'édition en ligne », *Legicom*, vol. 24, n° 1, 2001, p. 13
- Ph. BOURE, « L'édition du disque : la fin d'un monde », *LPA*, 21 sept. 2004, n° 189
- M. BOUTET, « Considérations générales », *RIDA*, 1958/04, n° 19, p. 17
- H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RID éco.*, 2001/3, t. XV, 3, p. 339
- S. BRACONNIER, « Étendue de la responsabilité contractuelle dans les contrats d'étude », *RDI* 2010, p. 380
- S. BROCA, Ph. EYNAUD, « Biens communs et outils numériques : le cas des logiciels libres », *Jur. Ass.*, 2014, n° 501, p. 33
- E. BROUSSEAU, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 43
- J.-M. BRUGUIÈRE, « Les droits de l'image dans le livre », *Légicom*, 2001/1, n° 24, p. 123
- J.-M. BRUGUIÈRE, « "Droits patrimoniaux" de la personnalité », *RTD civ.* 2016, p. 1
- J.-M. BRUGUIÈRE et A. BRÉGOU, « L'image, entre droit civil et droit d'auteur », *D.* 2008, p. 2985
- J.-M. BRUGUIÈRE et P. DEPPEZ, « Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique », *Légicom*, n° 51, 2013/3, p. 7

- J.-M. BRUGUIÈRE, « L'exploitation de l'image des biens », *Legicom*, vol. 34, n° 2, 2005, p. 13
- J.-M. BRUGUIÈRE, « Le droit voisin des éditeurs de presse dans la directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique sa transposition en droit français », *Légipresse*, 4 juin 2019, n° 371
- J.-M. BRUGUIÈRE, « Les adaptations contractuelles », *JAC* 2017, n° 47, p. 30
- J.-M. BRUGUIÈRE, A. BRÉGOU, L'image, entre droit civil et droit d'auteur, D. 2008, p. 2985
- J.-M. BRUGUIÈRE, L'infléchissement du formalisme des mentions dans les contrats d'auteur, in *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2013, p. 27
- J.-M. BRUGUIÈRE, « La loi du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle est constitutionnelle », *Comm. com. électr.*, n° 4, avril 2014, ét. 6.
- J.-M. BRUGUIÈRE, P. DEPREZ, « Les sept nouveaux chapitres du droit du livre numérique », *Legicom* 2013/3, n° 51, p. 5
- Ph. BRUN, « L'avant-contrat dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation », in *Les mélanges Dutilleul*, Dalloz, 2017, n° 7, p. 198.
- J. BRUNET, « Netflix et le marché français : entre tradition et modernité », *JAC*, 2014, n° 15, p. 35
- C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783
- R. BUEB, « Les auteurs, le droit et la loi : épopée législative du droit d'auteur », *LPA*, 6 déc. 2007, n° 244, p. 4
- X. BUFFET DELMAS d'AUTANE et J. FABRE, « Nouveautés, clarifications, carences et incertitudes du dispositif de lutte contre la contrefaçon tel que renforcé par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 », *Prop. Ind.* mai 2014, n° 5, ét. 12
- Y. BUFFELAN-LANORE, « Condition », *Répertoire droit civil*, Dalloz
- D. BUREAU, « le gage-espèce », *Dr. et pat.*, 1999, n° 27, p. 22
- C. BURKHART, « Conditions de la vente à distance des livres », *JCP E* n° 30, 24 Juillet 2014, act. 547
- C. BURKHART, « Une réforme sous l'angle du numérique », *JAC*, 2016, n° 34, p. 44
- O. BUSTIN, « La liberté contractuelle existe-t-elle en droit d'auteur ? », *Légipresse*, n° 205, oct. 2003
- M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz, 1983, p. 107
- J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 171
- J. le CALONNEC, « Le progrès technique et la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens » *Rev. Jud. de l'Ouest*, 1986-2, p. 186
- S. le CAM, « Artistes-interprètes du secteur de la musique : de la reconnaissance d'une titularité initiale à l'évolution du formalisme contractuel », *JAC*, 2017, n° 43, p. 24
- P. CANDÉ (de), « Stratégie de protection des entreprises », *JAC*, 2016, n° 31, p. 30
- M. CANTIN-CUMYIN, « Le pouvoir juridique », *Rev. dr. McGill*, vol. 52, 2007, p. 217
- J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. philo. Dr.* 1963, 55, p. 25
- J. CARBONNIER, « L'évolution contemporaine du droit des contrats. Introduction », in *Journées René Savatier*, PUF 1986, p. 29
- J. CARBONNIER, « Propos introductifs », in *La transparence*, coll. de Deauville 19-20 juin 1993, *RJ Com.*, spécial nov. 1993. 9
- O. CARNET, « Statut de la SACEM », *RIDA.*, n° 140, 1989/02, p. 19
- Ch. CARON « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Propr. intell.* 2003, n° 7, p. 127
- Ch. CARON et A. LUCAS, « Demogue au pays merveilleux de l'édition musicale : à propos des obligations de moyens et de résultat », *Comm. com. électr.* n° 6, juin 2002, comm. 82

- Ch. CARON, « Brèves observations sur l'usufruit en droit de la propriété intellectuelle », *Dr. et Pat.*, mai 2005, n° 137, p. 90
- Ch. CARON, « Ce que dit la loi sur les livres indisponibles », *Comm. com. électr.* n° 11, nov. 2012, comm. 120
- Ch. CARON, « De la gratuité inopportune dans le contrat d'édition », *Comm. com. électr.*, 1999, comm. n° 87
- Ch. CARON, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP. G.*, 2004, I, 162
- Ch. CARON, « L'article 1135 du Code civil au pays du droit d'auteur : boîte à merveilles ou boîte de Pandore ? », *Comm. com. électr.*, n° 7-8, juillet 2002, comm. 94
- Ch. CARON, « La nouvelle directive du 9 avril sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *Comm. com. électr.* 2001, chron. 13
- Ch. CARON, « Le contrat d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image. Journées nationales*, Dalloz, p. 95
- Ch. CARON, « Le droit d'auteur selon le Conseil économique et social », *Comm. com. électr.* n° 11, nov. 2004, comm. 135
- Ch. CARON, « Le droit d'auteur de l'an 2440. Cauchemar s'il en fût jamais », in *Droit et technique : études à la mémoire de Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 105
- Ch. CARON, « Le nouveau prêt public des œuvres en droit d'auteur », *Comm. com. électr.* 2003, chron. 10,
- Ch. CARON, « Les droits de la personnalité de l'incapable : pour ou contre la représentation ? », *D.* 2001, p. 2077
- Ch. CARON, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », in *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union Européenne*, dir. A. LUCAS, P. SIRINELLI, A. BENSAMOUN, Dalloz, 2012, p. 20
- Ch. CARON, « Les licences de logiciels dits "libres" à l'épreuve du droit d'auteur français », *D.*, 2003, p. 1556
- Ch. CARON, « Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur », *Propr. intell.*, avril 2003, n° 7, p. 127
- Ch. CARON, « Lettre au Professeur Georges B**** sur le droit d'auteur économique », in *Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum Georges Bonnet*, IRPI, 2014 p. 127
- Ch. CARON, « Un nouveau contrat nommé : Le contrat d'exploitation d'une œuvre sur internet », in *Les deuxièmes journées du droit du commerce électronique*, Litec, 2005, p. 259
- Ch. CARON, « Vingt ans après : le contrat d'édition passe officiellement au numérique. Corégulation, un corpus de règles créé par les auteurs et les éditeurs », *JCP G.*, n° 7, 16 fév. 2015, 177
- Ch. CARON, M. BERGUIG, P. GALINIER, S. MADELEINE, « Table ronde n° 3. Propriété intellectuelle : les tablettes : révolution des usages, (r)évolution des droits de propriété... », *RLDI*, n° 71, mai 2011
- C. CARREAU, « L'œuvre de l'esprit, indifférence du genre et du mérite ? », in *L'œuvre de l'esprit en question(s). Un exercice de qualification*, A. BESAMON, F. LABARTHE et A. TRICOIRE (dir.), Mare Martin, 2015, p. 125
- L. CARVALHO (de), « Le contrat d'édition à l'heure du numérique : Les 10 points de l'accord du 21 mars 2013 », *Légicom*, 2013/3, n° 51
- D. CASTEL, « Activité créatrice – Salarié et auteur : une situation empoisonnée ? », *JAC*, 2015, n° 25, p. 41
- J. CASTELAIN, « Les usages dans l'édition musicale », *RLDI*, n° 37, avr. 2008, p. 49
- R. CASTELAIN, *La protection des titres*, *RIDA* 1956/01, p. 3
- C. CASTETS-RENARD, « "Marché unique numérique" : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur », *D.*, 2016, p. 388
- C. CASTETS-RENARD, « La réforme du droit d'auteur en Europe : vers un code européen ? », *D.*, 2012, p. 955
- P. CATALA, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Drat*, Dalloz 2000, p. 512
- O. CAYLA, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », in « *La qualification* », *Droits*, n° 18, 1993, p. 3
- N. CAYROL, « Office du juge d'appel lorsque les conclusions de l'intimé sont irrecevables », *RTD civ.* 2016, p. 928
- M. CHAGNY, « Difficulté de qualification : contrats complexes, hybrides, ensemble contractuel », *Lamy Droit économique*, n° 3323
- M. CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaires », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BENABOU, M. CHAGNY, Dalloz, p. 36
- M. CHAGNY, « La refonte du Titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme ? », *RTD com.* 2019, p. 353

- C. CHAMAGNE, « L'utilisation de musiques préexistantes dans une œuvre audiovisuelle : les limites au droit exclusif d'autorisation préalable des producteurs et éditeurs de musique (1) », *Légipresse*, janv. 1999, n° 158
- G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009/3, p. 1233
- M. CHANTEUX-BUI, « La révocation des libéralités pour inexécution des charges », *D.* 1979, chron. p. 263
- V. CHARDIN, « La rémunération des auteurs de l'œuvre audiovisuelle. Dix ans de jurisprudence », *Legicom*, vol. 12, no. 2, 1996, p. 139
- J. CHARMONT, « La socialisation du droit, (leçon d'introduction d'un cours de droit civil) », *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 380
- S. CHATRY, « Adaptation du contrat d'édition au livre numérique », *Ess. Propr. Intell.*, janv. 2015, n° 01, p. 4
- P. CHAUVIRE, « Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété », *RDC* 2015/3, p. 773
- P. CHAUVIRE, « Faut-il supprimer la garantie contre l'éviction du fait personnel ? », *RDC*, 2006/3, p. 549
- A. CHAVAGNON, « Le transfert du contrat d'édition », *Légipresse*, 2008, n° 249, II, p. 27
- J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD. civ.* 2000, p. 477
- J.-P. CHAZAL, « L'autonomie de la volonté et la "libre recherche scientifique" », *RDC*, 2004/03, p. 621
- J.-P. CHAZAL, « La nécessaire protection de la partie faible et la tentative de maintenir l'ordre républicain », in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, W. DROSS, Th. FAVARIO (dir), Mare & Martin, coll. Droit privé & sciences criminelles, Lyon, 2014, p. 227
- J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Rev. Inter. Etu. Jur.*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 85.
- J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique, ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD. civ.* 2014, p. 763
- F. CHÉNEDÉ, « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel », *D.* 2008. p. 2555.
- F. CHÉNEDÉ, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles 1 », *RDC*, 2011/2, p. 709
- E. CHEVRIER, « Pour ou contre le droit de copier des fichiers protégés sur l'internet ? », *D.*, 2001, p. 459.
- A.-S. CHONE-GRIMALDI, J. DARMON, J.-P. GRANDJEAN, « Aménager le droit des contrats », *JCP. E* n° 25, 23 Juin 2016, p. 1374
- S. CLAVEL, « La confiance dans les instruments internationaux et européens uniformes », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY, Dalloz, p. 16.
- M. CLÉMENT-FONTAINE, « L'œuvre libre », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1975
- F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.* 1996. p. 819
- F. COLLART-DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC*, 2/2006, p. 604
- C. COLOMBET, « Contrat de travail ou contrat d'édition, nullité des clauses non conformes au Code de la propriété intellectuelle », *D.* 1999, p. 68.
- M. CONTAMINE-RAYNAUD, « De l'existence du droit moral des artistes mariés sous le régime de la communauté », *D.* 1971, Chron. p. 251.
- G. CORDIER, « Les contrats-types en droit de la propriété intellectuelle : du bon usage des usages », *Cab. Dr. de l'Entr.*, n° 4 juill. 2008, p. 35
- G. CORNU, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *RTD. civ.* 1992, p. 342.
- G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, p. 351

- G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », in *Journées de la société de législation comparée*, 1979, p. 447
- Ph. COSSALTER, « La concession à durée endogène », *Dr. Adm.* n° 5, mai 2006, ét. 9
- L. COSTES et A. BENSAMOUN « Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne » *D. IP/IT* 2016. 182
- L. COSTES et M. TRÉZÉGUET, « Contrat d'édition à l'ère du numérique : échec des négociations entre auteurs et éditeurs », *RLDI*, n° 84, juill. 2012, p. 43.
- C. COULON, « L'influence de la durée des contrats dans les sanctions contractuelles », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, dir. F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON, *Économica*, 2007, p. 22
- A.-S. COURDIER-CUISINIER, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005. p. 521
- G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme » : *Defrénois*, 2000, art. n° 37209, p. 881
- P. CRÉTOIS, « La propriété repensée par l'accès », *Rev. Inter. Dr. Eco.*, 2014/3 (t. XXVIII), p. 319
- H. CROZE et Y. BISMUTH, « Le contrat dit de licence de logiciel », *JCP E.*, 1986, II, n° 14659
- P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts », *RTD com.* 2005. p. 1
- J. DABIN, « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », *Rev. crit. de lég. et de jur.* 1939, p. 413
- J. DALEAU, « Naissance officielle du contrat d'édition numérique », *D. act.*, 14 nov. 2014
- J. DALEAU, « Teneur de l'obligation de l'éditeur d'œuvres musicales », *D. Act.*, 5 juill. 2006
- J. DALEAU, « Vers une modification du contrat d'édition », *D. Act.*, 29 nov. 2011
- J. DANIEL, « L'ordre public légal ou la tentation du chamane », *JCP. S.*, n° 16, 25 avr. 2017, p. 1127
- F. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC*, 2016/01, p. 158
- X. DAVERAT, « Propriété littéraire et artistique et patrimoine culturel immatériel : convergence, disjonctions, interstices », in *Le patrimoine culturel immatériel et les collectivités informatiques*, dir. L. LANKARANI & F. BANDARIN, éd. A. Pedone, 2013, p. 199
- X. DAYERAT, « L'impuissance et la gloire. Remarques sur l'évolution contemporaine du droit des artistes-interprètes », *D.* 1991, 1, p. 93
- F. DEFFERRARD, « Publier ou périr, et le lieutenant Columbo », *D. IP/IT*, 2016, p. 376
- V. DELAPORTE, « La liberté contractuelle et le statut des baux commerciaux », *JCP N.* 1978, p. 169
- A. DELGADO, « *La nueva ley española* » *RIDA* n° 138, 1988/04, p. 238
- J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Infractions contre l'État, la Nation et la paix publique », *RSC*, 2006, p. 607
- C. DELZANNO, « La foule au secours du financement », *Dr. et patr.*, avr. 2014, p. 6
- Ch. DENIZOT, « La fraude dans les baux commerciaux », *AJDI*, 2005, p. 727
- E. DERIEUX, « Restriction des droits d'auteurs des journalistes », *RLDI*, juill. 2009, p. 96
- H. DESBOIS, « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », *D.* 1957, L., p. 350
- H. DESBOIS, « L'obligation de publication et de diffusion des éditeurs de musique », *RIDA*, 1968, n° 58, p. 163
- H. DESBOIS, « La protection des titres de publications », *RIPLA*, déc. 1973, p. 293
- H. DESBOIS, « Le droit moral », *RIDA*, 1958/2, p. 121
- O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles » *RDC* 2011/2, p. 726

- X. DESJEUX, « Le droit de reproduction dans la Convention de Berne révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 », *Dr. auteur* 1968, p. 248
- M. DESPAX, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982. 11
- Th. DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, 1987/3, n° 133, p. 21
- Th. DESURMONT, « Qualification juridique de la transmission numérique », *RIDA*, n° 170, 1996/04, p. 5
- D. DESURVIRE « Multipropriété. Les applications fiduciaires du " temps partagé " en droit anglo-américain », *AJDI*, 1996, 111
- D. DESURVIRE, « Quand la multipropriété se marie au temps partagé », *AJDI* 1993, p. 80
- P. DEUMIER, « Le principe "appliquer ou expliquer", appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.* 2013 p. 79
- P. DEUMIER, « Les règles de droit obsolètes et le juge », *RTD civ.* 2005. p. 78
- P. DEUMIER, « Modulation de la jurisprudence : balance avantages inconvénients ou règle de conflit cachée ? », *RTD civ.* 2017, p. 77
- P. DEUMIER, « Rapport sur la lutte contre l'inflation législative : enjeux et portée ? », *D.* 2013, p. 1264
- A. DIETZ, « Principaux aspects de la législation et de la jurisprudence récente du droit des contrats d'auteur en Allemagne », *RIDA* 2003/4, n° 198, p. 147
- C. DILLANGE, « La "théorie de l'accessoire" en droit d'auteur : une limite aux contours incertains depuis l'adoption de la loi dite DADVSI du 1^{er} août 2006 », *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2009, al. 63
- N. DISSAUX, « Le droit : une comédie humaine », *RTD civ.*, 2011, p. 287
- E. DREYER, « Lésion et rémunération forfaitaire de l'auteur », *RDPI* 1997 n° 76 p. 44
- J.-D. DREYFUS, « Marché public et contrat administratif vont-ils nécessairement de pair ? », *AJCT*, 2015, p. 623
- W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, p. 701
- W. DROSS, « L'obligation réelle peut-elle se concevoir indépendamment du service d'un droit réel démembré ? », *RTD civ.* 2014, p. 684
- M. DUBUY, « La fraude à la loi », *RIDA* 2009, p. 243
- J.-M. DUCOMTE, « La Révolution française et la propriété littéraire et artistique », in *Propriété et Révolution*, dir. G. KOUBI, Toulouse, CNRS, p. 109
- Ph. DUPICHOT, « Les principes directeurs du français des contrats », *RDC*, 2013/01, p. 387
- Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP. E*, 2007, n° 12, act. 134
- C. DUREZ, « Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011, relative au prix du livre numérique. Un prix de vente unique », *JAC* 2013, n° 7, p. 23
- S. DUSOLLIER, « Le droit de destination : une espèce franco-belge vouée à la disparition », *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 281
- S. DUSSOLIER, « Le jeu du copyleft entre contrat et propriété », *Cah. dr. entr.*, nov. 2015, p. 49
- B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, p. 2315
- B. EDELMAN, « Histoires de bandes dessinées : à qui appartient un personnage et son nom ? », *D.* 1998, p. 80
- B. EDELMAN, « L'intuitus personae versus Internet », *D.*, 1998, p. 597
- B. EDELMAN, « L'œuvre collective : une définition introuvable », *D.* 1998. p. 141
- B. EDELMAN, « La validité de la directive « droit de location et de prêt » », *D.* 1999, p. 353
- B. EDELMAN, « Le recyclage d'une œuvre collective », *D.*, 2008, p. 2643
- B. EDELMAN, « Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique. Esquisse d'une théorie du sujet », *D.*, 1970, chron., p. 197
- B. EDELMAN « Nature du droit d'auteur. Principes généraux », *J.-Cl.*, PLA Fasc. n° 1112

- Z. EFRONI, J. GEBERT, « The Google Books decision: The Authors Guild v. Google Inc », *Europ. Intell. Prop. Rev.*, 2011, 33 (8), p. 351.
- M. A. EISENBERG, « Why there is no law of relational contracts », *Northwestern University Law Rev.*, vol. 94, n° 3, p. 807
- Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC*, 2009-1, p. 49
- E. ÉMILE-ZOLA-PLACE, « Livre numérique : un nouveau contrat d'édition pour de nouveaux équilibres », *Légitresse* 2015, 10 mars 2015, n° 148.
- A. ENTRAYGUES, J. CROUZET, « Le big bang du livre numérique », *RLDI*, n° 112, fév. 2015, p. 46
- N. ERÉSÉO, « La clause d'exclusivité », *J.-Cl. Conc. Conso.*, Fasc. n° 635
- J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 120
- P. ESMEIN, « Étude sur le régime juridique des titres à ordre et au porteur et en particulier l'inopposabilité des exceptions », *RTD. civ.* 1921, p. 13
- P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933, p. 627
- A. ETIENNEY-de SAINTE MARIE, « L'objet des cessions de droits d'auteur : l'interprétation des contrats entre droit commun et droit spécial », *RTD com.* 2013, p. 669
- M. FABIANI, « Le droit de reproduction et la révision de la Convention de Berne », *Dr. auteur*, 1964, p. 286
- M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996. 85
- M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD. civ.* 1997, p. 583
- J. FARCHY, « La gratuité n'est plus ce qu'elle était... », *JAC*, 2016, n° 35, p. 23
- J.-M BRUGUIÈRE, V. FAUCHOUX, « le livre numérique. Quel statut juridique ? » *RLDI.*, n° 73, juill. 2011, n° 24
- R. FABRE, L. SERSIRON, « réservation du savoir-faire », *J.-Cl. Commercial.* Fasc. n° 4200
- M. FAURE-ABBAD, « L'impact de la réforme des contrats spéciaux sur le contrat d'entreprise », *RDI*, 2017, p. 570
- F. FAVRO, « La recherche de l'intérêt du public à la lecture du Code de la propriété intellectuelle... », *Legicom* 2014/2, n° 53, p. 83
- R. FERNAY, « La cession et le contrat d'édition », *RIDA*, 1958. 257
- F. FERRARI, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I » in *Droit international privé*, travaux du Comité français de droit international privé, 18^e année, 2006-2008. 2009, p. 127
- R. FIEVET, « La culture, terreau du crowdfunding », *JAC*, 2014, n° 16, p. 29
- R. FIEVET, « Œuvre collective. Ne pas confondre auteur et titulaire des droits ! », *JAC*, 2015, n° 22, p. 13
- M. FILIOL de RAIMOND, « Un 105^e Congrès des notaires sous le signe de l'audace et de la simplicité », *RLDA*, juill. 2009, n° 40
- L. FIN-LANGER, « Les statuts de salarié et d'auteur sont-ils compatibles ? », *Dr. et Pat.*, avril 2006, n° 147
- C. FLUET, « La rupture efficace du contrat », in *Droit et Économie des contrats*, dir. C. JAMIN, LGDJ, 2008

- M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), Paris, L.G.D.C., 1996, p. 616.
- D. FOREST, « Le contrat d'enregistrement, un Janus Bifrons », *RDC*, 2006/02, p. 569
- V. FORTI, « Le fondement de l'obligation de non-concurrence dans les contrats relatifs à une clientèle : pour le remplacement de la garantie d'éviction par le droit commun des contrats », *RDC* 2016/3, p. 556
- P. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 381
- F. FOUILLAND, « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de la personnalité artistique », *Comm. com. électr.* 2008, ét. 24.
- F. FOUILLAND, « L'apport en droit d'auteur à une société de gestion collective », *JCP. E*, 2007, 48, p. 2464
- Ph. FRANCESKAKIS « Quelques précisions sur “ les lois d'application immédiate ” et sur leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966
- A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron. p. 55.
- A. FRANÇON, « La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats en droit français », *Travaux Ass. H. Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 121
- P. FRECHETTE, « La qualification des contrats : aspects théoriques » *Cab. de Dr.*, 2010/1, 51, 117
- P. FRÉMOND, « La lésion en matière de droit d'auteur », *Cab. dr. Aut.*, 1989 n° 12, p. 4
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique » in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, dir. M.-A. FRISON-ROCHE, coll. Thèmes et Commentaires, Paris, Dalloz, 2004, p. 7
- M.-A. FRISON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité », *Arch. phil. Dr.*, 1999, 43, p. 139
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre des propriétés », in *Études offertes à Pierre Catala, Le droit français à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 759
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *Arch. phil. Dr.*, t. 40, 1995, p. 286
- M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Jean Foyer, Auteur et législateur*, Mélanges en l'honneur de Jean Foyer, PUF, 1997, p. 476
- A.-V. le FUR, « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD civ.* 2004, p. 429
- A. GALLIMARD, « Le droit d'auteur pour notre temps », *Le Débat*, vol. 188, n° 1, 2016, p. 4
- J.-Ch. GALLOUX, « Conclusion prospective », in *Contrefaçon sur internet. Les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, IRPI, Litec, 2009, p. 133
- P. GARÇON, « Dans le panorama, l'auteur serait-il en trop ? », *JAC* 2015, n° 30, p. 14
- R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961. Chron. p. 91
- Y. GAUBIAC, « La cession des droits d'auteur », *JA* 2007, n° 364, p. 18
- Y. GAUBIAC, « Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur », *RIDA*, 1984, n° 22, p. 23
- Ph. GAUDRAT, « Exploitation des droits » *Répertoire PL.A.*, Dalloz
- Ph. GAUDRAT, « Brèves observations sur le régime de l'œuvre multimédia », *RTD. Com.* 2000, p. 99
- Ph. GAUDRAT, « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition », *RTD com.* 2006, p. 814
- Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com.* 2009, p. 323
- Ph. GAUDRAT, « Prêt public & droit de location : l'art et la manière ? », *RTD com.* 2008. p. 752
- Ph. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD com.*, 2003, p. 285
- Ph. GAUDRAT, « Sombre actualité du droit d'auteur », *RTD com.*, 2006, p. 386
- Ph. GAUDRAT, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com.* 2009, p. 323
- P.-Y. GAUTIER « Les nouvelles forces créatrices du droit », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, coll. IRPI, LexisNexis, t. 43, 2014, p. 133

- P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien d'affiliation ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BENABOU, M. CHAGNY (dir), Dalloz, 2008, p. 111
- P.-Y. GAUTIER, « Invitation au voyage : les cessions de droit d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », *D.* 1995, chron. 262
- P.-Y. GAUTIER, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *D.* 1990, chron. p. 130
- P.-Y. GAUTIER, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », in *Une théorie générale des contrats spéciaux ? RDC*, 2006/02, p. 610
- P.-Y. GAUTIER, « Vers le déclin du droit de la propriété intellectuelle », *Propri. intell.*, janv. 2015, n° 54, p. 10
- V. GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Thémis, Montréal, mai 2012
- Ch. GEIBER, « Pour un véritable droit européen de la propriété intellectuelle », *Cab. dr. l'Entr.*, janv. 2012, n° 1, doss. 2.
- Ch. GEIGER, « 1710-2010 : Quel bilan pour le droit d'auteur ? L'influence de la loi britannique de la Reine Anne en France », *RIDC*, janv. 2011, p. 53
- Y. GENDREAU, « le critère de fixation en droit d'auteur », *RIDA*, n° 159, 1994/01, p. 111
- Y. GENDREAU, « Le droit de reproduction et l'Internet », *RIDA*, n° 178, 1998/04, p. 3
- T. GÉNICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015, p. 1551
- N. GEORGES, « La genèse du nouveau régime et l'encadrement administratif et législatif » in *Le nouveau contrat d'édition à l'ère numérique*, colloque à la Maison de la poésie, 5 févr. 2015, coll. Les rencontres de la SOFIA, éd. SOFIA, p. 11
- N. GEORGES, « La réforme des règles du contrat d'édition dans le secteur du livre à l'ère du numérique : vers un meilleur équilibre dans la relation auteur/éditeur », *Comm. com. électr.*, 2014, entret. n° 10
- D. GERAUD, « Le copyleft : un ver dans le verger des titulaires de droit », *Réseaux*, 2001/6, n° 110, p. 156
- J. GHESTIN, « Existe-t-il en droit français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges D. Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 250
- J. GHESTIN, « Existence de la cause et périmètre contractuel », *D.* 2007, p. 277
- J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 415
- E. GICQUIAUD, « Le consommateur-vendeur », *D.* 2014, p. 559
- J. GINSBURG, « A Tale of two copyrights : literary property in Revolutionary France and America », *Tul. Law Rev.*, 64 (5), May 1990, p. 991
- J. GINSBURG, « Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international », *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 245
- J. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *Comm. com. électr.* 2009, ét. 10
- J. GINSBURG, P. SIRINELLI, « *Google Book Search*. Les enjeux internationaux pour le droit d'auteur », *JCP G*, n° 17, 26 avr. 2010, p. 486
- J. C. GINSBURG et P. SIRINELLI, « *Private International Law Aspects of Authors Contracts : the Dutch and French Examples Forthcoming* », *Columbia Journ. of Law & the Arts*, 2015, n° 39, p. 171
- T. GIRAUD, « L'heure est au *streaming* », *JAC*, 2017, n° 50, p. 8
- T. GIRAUD, « La *blockchain* est-elle l'avenir de la culture ? », *JAC*, 2017, n° 51, p. 35
- A. GITTON, « La copie privée en perspective », *Gaz. Pal.*, 22 janvier 2002, n° 22, p. 3
- B. GOLDMAN, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », *Arch. phil. Dr.*, 1964, p. 177
- R. W. GORDON, « *The Death of Contract* », *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 1-1-1974, p. 1218
- J.-L. GOUTAL, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.* 1997, p. 357
- J.-L. GOUTAL, « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », *RIDA*, n° 187, 2001/01, p. 67

- L. GRYNBAUM, « Une illustration de la faute lucrative : le “piratage” de logiciel », *D.* 2006, p. 655
- L. GRYNBAUM, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », *RDC* 2008, n° 4, p. 1383
- Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539
- M. GUILLEMAIN, « La réforme du droit des contrats et le droit d'auteur », *JCP. E.* n° 24, 16 Juin 2016, p. 1368
- M. GUILLEMAIN, « Les groupes de contrats en droit d'auteur : étude de clauses », *D. IP/IT*, 2016, p. 133
- O. GUILLON, « Livre numérique et création de valeur : une analyse économique », *Legicom*, vol. 51, n° 3, 2013, p. 73
- J.-M. GUILLOUX, « Le contrat d'édition musicale est assurément négociable » *RLDI*, n° 62, juill. 2010
- D. GUTMAN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », in *Les sources du langage juridique*, *Arch. phil. Dr.* 1999, p. 65
- H. HANSMANN, M. SANTILLI, « Authors' and Artists' Moral Rights : A Comparative Legal and Economic Analysis », *Journ. legal stud. Yale Law School*, 1997, Faculty Scholarship Series, 5065, p. 95
- Th. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581
- Th. HASSLER, « Le contrat d'image, creuset de la schizophrénie du contrat d'image », *RLDI*, ° 56, janv. 2010, p. 67
- J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire droit civil*, Dalloz
- P. HENAFF, « L'œuvre transformative. Sécuriser l'œuvre transformative sans remettre en cause le monopole de l'auteur de l'œuvre préexistante ? », *Comm. com. électr.*, n° 4, avr. 2016, ét. 8.
- G. HENRY, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Comm. com. électr.*, 2009, ét. 2.
- M. HERR, « The Rights Provisions of a Book Publishing Contract », *Journ. Liabr. and Sch. Comm.*, 30 oct. 2018, 6, p. 2273
- R.-M. HILTY, « Reflections on a European Copyright Codification », in *Codification of European copyright law : challenges and perspectives*, dir. T.-E. SYNODINOU, Kluwer Law International, 2012, p. 355
- D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'intuitu personae », *RTD. civ.* 2003, p. 3
- J. HUET et A. LUCAS, « La protection des logiciels », in *Droit d'auteur et droits voisins : la loi du 3 juillet 1985*, J. LANG (dir.), Colloque de l'IRPI, Paris, 21 et 22 novembre 1985, Paris, 1986, p. 30
- J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 426
- J. HUET, « Le beurre et l'argent du beurre », *D.*, 2009, p. 2939
- J. HUET, « Plaidoyer pour le maintien de la garantie d'éviction dans le Code civil », *RDC*, 2016/3, p. 564
- Ch. HUGON, « Prêt en bibliothèque. L'arlésienne du droit d'auteur : le droit de prêt en bibliothèque est de droit positif » *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2003, act. 129
- L. IDOT, « La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européenne (1^{er} juill. 2010 – 1^{er} mai 2012) », *RSC*, 2012, n° 2, p. 315
- J. ISORNI, « Le vote de la loi », *RIDA*, 1958/04, n° 19, p. 23
- Th. IVAINER, « Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts des personnes" », *JCP. G.* 1977, I. 2876
- M.-L. IZORCHE, « À propos du “mandat sans représentation” » *D.* 1999, p. 369

- H. JACQUEMIN, « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel », *ADL*, 2010/1, p. 9
- S. D. JAMAR, « The protection of intellectual property under islamic law », 21 cap. *U. L. Rev.* 1992, p. 1079
- D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.* 2000, p. 331
- Ch. JAMIN, « Le droit de la régulation : un laboratoire expérimental du droit des contrats », *Rev Lamy Conc.*, 2005, févr.-avr. 2005, n° 2, p. 132
- Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux » in *Repenser le contrat*, G. LEWKOWICZ, M. XIFARAS, Dalloz, 2009, p. 175
- Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441
- A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt *Labbane* », *Dr. soc.*, 2003, p. 465
- Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier*, p. 117
- Ph. JESTAZ, « La qualification en droit civil », in *La qualification, Rev. Droits* n° 18, 1994, p. 47
- L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD. civ.* 1937, p. 30
- L. JOSSERAND, « Le contrat forcé et le contrat légal », *D.* 1940, chron., p. 5
- L. JOSSERAND, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH*, 1937, p. 1
- P. JOURDAIN, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP. G.* 2016, n° 36, p. 909
- L. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845
- A.-E. KAHN, « Création d'enfant et droit d'auteur », *JAC*, 2017, n° 50, p. 20
- A.-E. KAHN, « Dialogues des Carmélites : atteinte disproportionnée au droit moral », *JAC* 2016, n° 39, p. 32
- P. KAMINA, « De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles », *RRJ* 1998, p. 888
- P. KAMINA, « Droit d'auteur et article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. À propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe », *Légicom*, 2001/2, n° 25, p. 7
- M. BEURSKENS, P. KAMOOCKI, E. KETZMAN, P. KAMOOCKI, « Les autorisations tacites – une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique, perspective étasunienne, allemande et française », *RIDA*, 2014/01, p. 3
- J.-P. KARAQUILLO, « Redonner vigueur aux mécanismes de lutte contre la fraude », *JS* 2017, n° 176, p. 3
- P. KATZENBERGER, « Protection of the author as the weaker party to a contract under international copyright contract law », *Int. Rev. Indus. Prop. & Copyright*, n° 19, 1988, p. 731
- P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971, p. 483
- R. KELLER, « La portée des lois d'habilitation », *RFDA*, 2006, p. 678
- A. KÉRÉVER, « Le GATT et le droit d'auteur international », *RTD com.* 1994, p. 631
- B. KERJEAN « Pratique contractuelle. Gestion des stocks et contrat d'édition : une liberté sous contrôle », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2011, prat. 13
- B. KERJEAN, « Commentaire de l'ordonnance du 12 novembre 2014 », *Comm. com. électr.* n° 3, Mars 2015, et. 5
- B. KERJEAN, « Contrat d'édition et RGPD », *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2019, prat. 12.
- B. KERJEAN, « L'obligation d'exploitation dans le contrat d'édition littéraire à l'épreuve du numérique », *Comm. com. électr.* n° 9, sept. 2012, prat. 15
- B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. Contrats de l'édition. Les nouveaux (?) usages de l'édition numérique » *Comm. com. électr.* n° 9, septembre 2014, prat. 15

- B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. Gestion des stocks et contrat d'édition : une liberté sous contrôle », *Comm. Com. Électr.*, n° 9, sept. 2011, prat. 13
- B. KERJEAN, « Pratique contractuelle. La compensation d'à-valoir, évolution des pratiques dans les contrats d'édition. Accord interprofessionnel du 29 juin 2017 », *Comm. com. électr.*, 9, sept. 2018, prat. 13
- J. KERNOCHAN, « Practical limitations on authors' rights », in *Mélanges Gunnar Karnell*, Stockholm 1999, p. 323
- M. KESSLER, « Un droit de protection économique : le droit d'auteur », *Expertises*, 1989, n° 118, p. 215
- G. KESSLER, « Le téléchargement illicite d'émissions de télévision », *JCP G* n° 51, 21 déc. 2005, doct. 196
- G. KOUMANTOS, « Faut-il avoir peur du droit moral ? », *RIDA*, 1999/2, n° 180, p. 87
- G. KOUMANTOS, « Le droit de reproduction et l'évolution de la technique », *RIDA*, 1978, n° 98
- P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991, p. 287
- X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD. civ.* 1997, p. 25
- R. LAHER, « Mandat et confiance », *RTD civ.* 2017, p. 541
- P. LECLERCQ, « Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique
- Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003
- W. M. LANDES and R. A. POSNER, « An economic analysis of copyright law », *Jour. Leg. Stud.* 1989, vol. 18, 2, p. 325
- B. LANG, « Orphan Works and the Google Books Search Settlement : An International Perspective », *New York Law Sch. Rev.* 2010, 11, vol. 55, p. 111
- B. LANG, *Œuvres orphelines : intérêt patrimonial contre droit moral, Numérisation du patrimoine des bibliothèques*, Actes de Journées d'étude à la Bibliothèque nationale de France, Éditions Hermann, 7 déc. 2009
- P.-C. LANGLAIS, Ph. EYNAUD, « Wikipédia et les communs », *Jur. Ass.* 2014, n° 501, p. 77
- M.-E. LAPORTE-LEGEAIS, « Le contrat d'achat de droits de diffusion télévisuelle » *JCP G*, 1991, n° 49, p. 3540
- M. LAROCHE, « Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens », *Défrénois*, 2007, n° 252
- F.-G. LASSEMBLÉE-LÉON, A. MARIE, « La contrefaçon sur internet : nouvelles difficultés, nouveaux enjeux », *AJ pénal*, 2012, p. 263
- V. LASSERRE-KIESOW, « L'aléa », *JCP G*, n° 31, 27 juill. 2009, ét. n° 182
- A. LATIL, « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *JAC* 2016, n° 39, p. 18
- A. LATIL, *Le merchandising des musées*, *JAC* n° 15/2014, p. 32
- A. LATREILLE, « La notion d'œuvre collective ou l'entonnoir sur la tête » *Comm. com. électr.* n° 5, Mai 2000, chron. 10
- A. LUCAS, « Contrat d'édition (CPI, art. L. 132-1 à L. 132-17-7) », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1320
- S. le GAC-PECH, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA*, 16 août 2016, n° 119, p. 6
- JURILIB (Collectif d'avocats), « Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats "360°". Part. 1. », *RLDI* août 2012, ét. n° 2873 p. 96
- JURILIB (Collectif d'avocats), « Interrogations sur la validité juridique des actuels contrats de production phonographique, dits contrats "360°". Part. 2 », sept. 2012, ét. n° 2902, p. 73

- J. LÉAUTÉ, « Les contrats-types », *RTD civ.*, 1953, p. 430
- A. LEBOIS, « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *D.* 2002, p. 2322
- A. LEBOIS, « Droit d'auteur et corps humain : le corps comme support d'une œuvre de l'esprit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 530
- H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en l'honneur de François Terré, L'avenir du droit*, PUF, 1999, p. 643
- F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? » *RTD. civ.* 1995, p. 307
- D. LEFRANC, « Brèves réflexions sur l'édition musicale », *D.* 2001. p. 1082
- D. LEFRANC, « Financement de la création sur Internet - Contraindre à la gestion collective ou encourager l'exploitation individuelle ? », *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2009, n° 325, p. 6
- D. LEFRANC, « Fragments sonores et création musicale », *D.* 2000, p. 497.
- D. LEFRANC, « L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », *D.* 2002, p. 1926
- D. LEFRANC, « Le nouveau public », *D.* 2001, p. 107
- D. LEGEAIS, « *Crowdfunding* », *RTD com.* 2014, p. 672
- J.-M. LELOUP, « La création des contrats par la pratique commerciale », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1985, p. 167
- S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157
- S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *RTD. civ.*, 2018, p. 541
- S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.* 2016, p. 1148.
- Y. LEQUETTE « Y aura-t-il en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC*, 2015/3 p. 616
- Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », *Mélanges offerts à Paul Didier*, *Economica*, 2008, p. 247
- Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2018, t. 387, p. 105
- Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », *D.*, 2002, p. 2202
- Y. LEQUETTE, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 898
- Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC*, 2015, n° 3, p. 616
- A.-M. LEROYER, « Personnes protégées – Qualification des actes de gestion du patrimoine », *RTD civ.* 2009, p. 180
- J.-L. LESQUINS, « Politiques de concurrence et analyse économique », *Rev. Lamy Conc.*, juill. 2013, n° 36.
- P. N. LEVAL, « Toward a Fair Use Standard », *Harv. Law. Rev.* 1105, 1107 (1990)
- E. LÉVY « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910, p. 717
- E. LÉVY « Les droits sont des croyances », *RTD civ.* 1924, p. 59
- E. LÉVY, « Responsabilité et contrat », *Rev. crit.* 1899, p. 361
- R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Défrénois* 2007, p. 1094
- R. LIBCHABER, « Réflexion sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Soc.* 1995, p. 437
- R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211
- R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Défrénois*, sept. 2008, n° 15, p. 1656
- R. LIBCHABER, « Une fiducie française inutile et incertaine... », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Malaurie*, Défrénois, 2005, p. 303
- X. LINANT DE BELLEFONDS, « Jeux vidéo : le logiciel gagne des points », *Comm. com. électr.* sept. 2003, p. 9

- P. LOCKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321
- G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BÉNABOU, M. CHAGNY, Dalloz, p. 104
- G. LOISEAU, « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *Mac Gill Law Journal*, 1997, p. 319
- G. LOISEAU, « La puissance du contractant en droit commun des contrats », *AJCA*, 2015, p. 496
- G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du *commerce* », *RTD civ.* 2000, p. 47
- M. LOS SANTOS (de), « Succession et droits d'auteur, particularités civiles et fiscales », *JCP. N*, n° 21, 23 mai 2014, p. 1204
- A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP. G*, 9 juin 1993, I p. 3681
- A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002 », *Propri. intell.*, 2005, n° 17, p. 403
- A. LUCAS-SCHLOETTER, « Qu'y a-t-il dans la "deuxième corbeille" ? La loi allemande du 26 octobre 2007 relative au droit d'auteur dans la société de l'information », *Propri. intell.*, juill. 2008, n° 28, p. 368
- A. LUCAS, « L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur », *D.* 1992, p. 269
- A. LUCAS, « Le contrat de mise à disposition d'une œuvre de l'esprit », *Mélanges en l'honneur de Fr. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 497
- A. LUCAS, « *Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks* », WIPO, *Group of consultants on the private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through global digital networks*, Geneva, december 16, 1998
- A. LUCAS et J. GINSBURG, « Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen) », *RIDA*, n° 249, 2016/03, p. 249
- G. LYON-CAEN, « Le droit du travail au futur antérieur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 367
- G. LYON-CAEN, « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89
- S. MACAULAY, « Non Contractual Relations in Business : A Preliminary Study », *Amer. Soc. Rev.* 1963, p. 55
- E. MACKAAY, « Le marché du progiciel : licence ou vente ? », *Cab. Propri. Intell.* 1995, n° 3, p. 410
- I. MACNEIL, « Contracts : adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law », *Northwestern University Law Rev.*, 1978, vol. 72, p. 854
- F. MACREZ, « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.*, 2012, p. 749
- A. MAFFRE-BAUGE, « Le formalisme contractuel en droit d'auteur », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, dir. M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, PUAM 2007, p. 265
- V. MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G.* 2004. I. 106
- D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC* 2006, p. 615
- V. MALABAT, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Mélanges en l'honneur de Lapoyade-Deschamps*, PU Bordeaux, 2004, p. 439
- M. MALAURIE, « L'agence de publicité, l'éditeur et l'imprimeur », *D.* 1993, p. 215
- Ph. MALAURIE, « Le déclin du droit », *JCP G* 2010, p. 1292
- P. MALINVAUD, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.*, 2002, p. 2542
- B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP. E*, 2010, n° 8, 1191

- B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Économica, 2010, p. 297
- B. MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination. Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, 2014, n° 48, p. 537
- G. MARAIN. « Choses hors commerce et notions voisines », *Droits*, vol. 62, n° 2, 2015, p. 205.
- C. MARÉCHAL, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », *Comm. com. électr.* n° 6, juin 2016, ét. 11
- L. MARINO, « La rémunération du contributeur d'une œuvre collective est libre », *RLDI*, janv. 2007, n° 761
- L. MARINO, « Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise », *Défrénois* 15 août 2001, n° 15-16, p. 907
- L. MARQUET DE VASSELOT ET A. MARTINON, « L'ordre public conventionnel », *JCP S.* n° 16, 25 avr. 2017, p. 1128
- N. MARTIAL-BRAZ, « De quoi l'"ubérisation" est-elle le nom ? », *D. IP/IT* 2017. 133.
- N. MARTIAL-BRAZ, « Contrats de propriété intellectuelle et entreprises en difficulté », *Bull. Joly Entrep. diff.*, janv. 2019, p. 68
- N. MARTIAL-BRAZ et Ph. DIDIER, « Certitudes et incertitudes en matière de *crowdfunding* », *D.*, 2016, p. 267
- M. MARTIN, « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », *JCP G.* 1983, I 3100
- R. MARTIN, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.*, 1990, chron., p. 67
- R. MARTIN, « Loi économique et règle de droit », *D.* 1990, p. 259
- M. G. MARTON, « Obligations de résultat et obligation de moyens », *RTD civ.*, 1935, p. 499
- S. MARY, « Transmission de plein droit des obligations réelles aux acquéreurs successifs d'un fonds », *D.* 2005, p. 934
- N. MATHEY, « La rupture de relations commerciales établies en période de crise. Difficultés d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en période de crise économique », *C.C.C.*, 2010, ét. n° 3
- N. MATHEY, « Poursuite d'une relation commerciale après cession », *C.C.C.*, n° 8-9, août 2014, comm. 193.
- R. MATHIS, « Wikipédia. Une somme originale de copies », *Médium*, vol. 32 - 33, n° 3, 2012, p. 356
- J. MATTHYSSENS, « Les auteurs devant la commission ESCARRA », *RIDA*, n° 201, 2004/03, p. 77
- J. MATTHYSSENS, « Sanction de la lésion dans les contrats relatifs aux droits d'auteur », *RIDA* 1959/1, n° 25 p. 73
- S. MAUCLAIR, « La densification normative d'une pratique. L'exemple des garanties autonomes », in *La densification normative*, dir. C. THIBIERGE, 2013, Mare et Martin, p. 707
- F. MAYAUX, « Financement - Financement participatif - Pourquoi choisir une plateforme privative ? », *JAC*, 2018, n° 573, p. 43
- D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.* 1998, p. 95
- D. MAZEAUD, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in *Mélanges en l'honneur de J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 905
- D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges Terré*, Dalloz, 1999, p. 629
- D. MAZEAUD, « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution », *D.* 2013. p. 2617
- A. MBOTANGAR, « Bail commercial - Ordre public du statut », *J.-Cl., Commercial*, Fasc. n° 1265
- E. MEILLER, « Distinction du formalisme et de la formalité. Réflexion sur les prescriptions imposées au mandat de l'agent immobilier », *D.* 2012, p. 160

- M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 494
- M. MEKKI, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe *comply or explain* », *Garç. Pal.* 5 janv. 2016, p. 18
- M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, dir. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2008, p. 323
- M. MEKKI, « Obligation d'information, devoir de mise en garde et devoir de conseil du banquier dispensateur de crédit », *RDBF*, déc. 2007, n° 6, p. 79
- M. MEKKI, « Observations sur le livre III, titre III, sous-titre I, chapitre II du projet de la Chancellerie sur les principes directeurs (articles 15 à 18) », *LPA*, 12 fév. 2009, n° 31, p. 103
- M. MEKKI, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie), *RDC*, 2006/4, p. 1051
- E. MELLA, « Le prix du service public de la culture », *AJDA*, 2010, p. 2037
- J. MESTRE, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *RTD civ.* 1998, p. 670
- J. MESTRE, « De quelques nouvelles avancées de l'obligation de renseignement », *RTD civ.* 1990, p. 46
- J. MESTRE, « L'ordre public dans l'économie du contrat, Rapport français », in *Journ. Libanaïses, Trav. assoc. H. Capitant*, LGDJ, 1998, p. 125
- J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, T. REVET (dir.), Dalloz, coll. *thèmes et commentaires*, 1996, p. 33
- J. MESTRE, B. FAGES, « Variations autour de l'ordre public », *RTD civ.* 2003, p. 85
- F. MEURIS, « Est-il nécessaire de protéger le domaine public ? », *Comm. com. électr.* n° 12, Déc. 2013, al. 77
- F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce » *JCP* 2004, I. 116
- N. MOLFESSIS, « Renouvellement des sources normatives. Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155
- N. MOLFESSIS, « Sur les trois facettes de la jurisprudence constitutionnelle » *Now. Cab. Dr. Const.*, 2011, p. 75
- M. MOLLER, « À propos du Livre vert sur le droit d'auteur et le déficit technologique (1988) », *RIDA*, n° 141, 1989/03, p. 23
- B. MONTEL, « La protection du professionnel par le droit spécial des contrats d'auteur : l'exemple des contrats de représentation des œuvres audiovisuelles », *Comm. comm. électr.* n° 6, juin 2001, chron. 17
- B. MONTELS, CH. PASCAL, « La médiation et l'arbitrage entre auteurs et producteurs audiovisuels », *Comm. com. électr.* févr. 2003, p. 42
- M. MORALES, « Le prix négatif dans les marchés publics », *AJDA*, 2015, p. 1527
- M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ.* 1993, p. 757
- E. MOREAU, « La "servitude de non-concurrence", étude critique », *D.* 1994, p. 331
- J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011, p. 1100
- J. MORET-BAILLY, « Esquisse d'une théorie pragmatiste du droit », *Droits*, vol. 55, n° 1, 2012, p. 177
- R. MORTIER, « L'instrumentalisation de la personnalité morale », in *La personnalité morale, Journées nationales de l'association, Henri Capitant*, La Rochelle, Dalloz, 2001, p. 3
- M. MOSSÉ, « Logiciels et propriété intellectuelle : des relations originales et enrichies de dynamiques croisées », *RLDI*, mai 2009, n° 49
- H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964. Chron. p. 235
- H. MOTULSKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Écrits et notes de procédure civile*, préf. G. CORNU, J. FOYER, Dalloz, 1973, p. 38

- Ph. MOURON, La nature juridique des « *Pieds Nickelés* » : pluralité d'auteurs et pluralité de qualifications, *RLDI*, mai 2008, n° 38
- J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481
- Y. MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance », *RSC*, 2006, p. 809
- I. NAJJAR, « La potestativité », *RTD civ.* 2012, p. 601
- F. NAMMOUR, « Arbitrage et propriétés intellectuelles en droit libanais : éléments de comparaison avec le droit français », *Comm. com. électr.*, n° 1, janv. 2006, ét. 1, p. 14,
- P. NEHROT, « Le fait du droit », *Arch. phil. Droit, in Le système juridique*, t. 31, 1986, p. 265
- R. NEMEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD com.* 2008, p. 241
- L. NEMSCHOFF, « Authorship and employment : life in the entertainment industry after *CCNV versus Reid* », *Enter. Law Rev.*, mai 1993, 3, p. 80
- E. NICOLAS, « Le modèle-type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier », *LPA*, 23 oct. 2012, n° 212, p. 3
- G. NICOLAU, « L'équivoque entre vice et vertu », *RTD civ.* 1996, p. 57
- P. NOUAL, « Des œuvres aux produits dérivés : quels droits d'exploitation ? » *JAC* 2017, n° 52, p. 29
- P. NOUAL, « Relations tumultueuses entre auteurs et éditeurs », *JAC*, 2015, n° 24, p. 10
- H. OBERDORFF, « Quelle intervention du droit ? », *in Le droit au contact de l'innovation technologique : colloque de mai 1987*, Univ. Jean Monnet, Saint-Etienne, C.E.R.C.R.I.D., C.N.R.S., p. 9
- J.-P. OBERTHUR, « La révision du prix de cession des droits d'auteur en publicité », *RIDA* 1985/2, n° 126 p. 45
- D. OTTAVI, « L'enfant, créateur et/ou artiste ? », *JAC* 2017, n° 50, p. 21
- C. P. RIGAMONTI, « Deconstructing Moral Rights », 2006, vol. 47 *Harv. Int. Law. Journ.* p. 353
- R. P. MERGES, « The law and economics of employee inventions », *Harv. Journ. Law. Tech.*, V. 13, 1, sept. 1999, p. 1
- A. PANDO, « Earn out : la pratique de l'administration en question », *LPA*, 2 oct. 2015, p. 4
- M. PARIENTE, « Les groupes de sociétés et la loi de 1966 », *Rev. Soc.* 1996, p. 465
- J. PATARIN, « Droits transmissibles successoralement : le droit de monnayer l'exploitation commerciale de l'image d'une personne se transmet-il à ses héritiers ? », *RTD civ.* 1990, p. 126
- O. PENIN, « La justice et la liberté dans la réforme du droit des contrats », *CCC*, n° 8-9, août 2017, ét. 9
- A. PENNEAU, « La réforme de la normalisation : quel "système" pour quel "intérêt public" ? – À propos du décret n°2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation », *JCP E.* 2009, n° 44, p. 2038
- H. PERINET-MARQUET, Les aspects économiques du contrat de construction, *RD imm.* 2002, p. 1
- V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Bail à nourriture », *Répertoire droit civil*, Dalloz
- L. PFISTER, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n° 4, 2012, p. 13.
- L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *J.-Cl., P.L.A.*, Fasc. 1110
- M.-Ch. PIATTI « De la main au doigt de l'artiste. Quel impact sur le droit de la propriété intellectuelle ? », *RTD com.* 2016, p. 253
- M.-Ch. PIATTI, « Commerce électronique et propriétés intellectuelles », *RTD com.* 2006, p. 1

- E. PIERRAT, « 6. Les mécanismes contractuels », in *Droit d'auteur et bibliothèques*, Y. ALIX, Éditions du Cercle de la Librairie, 2012, p. 69
- G. PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* : pour une relecture de quelques articles du code civil » *RTD. Civ.* 2001, p. 41
- G. PIGNARRE, « Les frontières du consentement 1 : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », *RDC*, 2011/02, p. 611.
- S. PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD. civ.* 2009, p. 417
- L. PINTO. « La construction sociale d'une fiction juridique : le consommateur, 1973-1993 », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 199, n° 4, 2013, p. 4
- F.-M. PIRIOU, « La numérisation des livres sans autorisation constitue un délit de contrefaçon (aff. « Google recherche de livres ») », *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2010, étude 11, p. 15
- A. PIROVANO, « Justice étatique, support de l'activité économique ? Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Justices*, 1995, n° 1, p. 26
- R. PLAISANT, « Bienvenue à la loi », *RIDA*, 1958/04, n° 19, p. 9
- R. PLAISANT, « La protection des titres », *RIDA*, 1964/2, p. 89
- R. PLAISANT, « Les obligations de l'éditeur de musique », *RIDA*, 1969, n° 55, p. 77
- S. PLANA, « La recherche de la nature juridique du logiciel : la quête du Graal », *RIDA*, n° 213, 2007/03, p. 213
- D. PLANTAMP, « La clause attributive de compétence matérielle et le demandeur non commerçant dans le contentieux des actes mixtes », *RTD com.* 2013, p. 429, n° 2
- F. POLLAUD-DULIAN, « Contrat d'édition musicale. Pacte de préférence. Indivisibilité », *RTD com.* 2016, p. 108.
- F. POLLAUD-DULIAN, « Détruire, dit-elle : le rapport Reda de la commission juridique du Parlement européen sur le droit d'auteur », *D.*, 2015, p. 639
- F. POLLAUD-DULIAN, « Dispositions intéressant la propriété intellectuelle de la loi "liberté de la création, architecture et patrimoine" », *RTD com.* 2016, p. 481
- F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droit de la personnalité », *JCP G*, 1994, I, 3780
- F. POLLAUD-DULIAN, « L'ordre public, la dignité humaine et les bonnes mœurs dans le droit de la propriété intellectuelle », *Legicom*, 2014/2, n° 53, p. 45
- F. POLLAUD-DULIAN, « La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans : bilan et perspectives », *RIDA*, n° 213, 2007/03, p. 2.
- F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit de destination et la location des exemplaires de reproduction », *RTD com.* 2004, p. 484
- F. POLLAUD-DULIAN, « Livres indisponibles. Licence légale. Œuvres orphelines. Numérisation. Bibliothèque », *RTD. com.* 2012 p. 137
- F. POLLAUD-DULIAN, « Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique », *RTD com.* 2011, p. 556
- F. POLLAUD-DULIAN, « Qualité d'auteur. Droit moral. Œuvre dérivée. Traduction. Adaptation. Contrat. Pourparlers », *RTD. com.* 2004, p. 267
- F. POLLAUD-DULIAN, « Quo vadis lex ? », *RTD com.*, 2016, p. 641
- F. POLLAUD-DULIAN, « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *RTD com.* 2016, p. 503
- F. POLLAUD-DULIAN, « Société de gestion collective. Action en contrefaçon. Cession fiduciaire. Contrats d'auteur. Formes », *RTD com.* 2015 p. 291
- F. POLLAUD-DULIAN, Le droit de prêt, une revendication légitime des auteurs, *JCP G.*, 2000, p. 891.
- F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur d'Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925
- D. PONTON-GRILLET, « La spéculation en droit privé », *D.* 1990. 157
- Ch. POULIQUEN, « Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats », *Rev. jur. de l'Ouest*, 2000, n° 4, p. 409

- R. PRADES, « Suite de film : œuvre dérivée ou autonome ? Réflexions sur la nature juridique des droits dits de “sequel” », *Comm. com. électr.* n° 12, déc. 2004, ét. 41.
- X. PRES, « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ contrat* 2018, p. 112.
- X. PRES, « Le nouveau contrat d'édition (numérique) », *RLDI*, n° 113, 1er mars 2015, p. 39
- P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patr.*, juin 2008, p. 68, n° 17
- P. PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 825
- J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *Rev. inter. dr. éco.*, vol. t. xxiv, 1, n° 1, 2010, p. 61
- L. RAPP, « Numérique et concurrence », *RFDA* 2014, p. 896
- J. RAVANAS, « Le plein exercice du droit au respect de la vie privée », *D.* 1998, p. 474
- G. RAYMOND, « Bienvenue au code de la consommation », *C.C.C.*, 1993, chr. 8, p. 1
- 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.*, n° 7, Octobre 2002, chron. 8
- J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement » *RDC*, 2011/2, p. 695
- J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2006/02, p. 597
- P. RECHT, « Faut-il introduire une définition du droit de reproduction dans la Convention de Berne ? », *Dr. auteur* 1965, p. 86
- S. REGOURD, « Exception culturelle », *J.-Cl. Communication*, Fasc. n° 7100
- J. R. REIDENBERG « Les États et la régulation d'Internet », *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2004, n° 11
- B. REMICHE, « La propriété intellectuelle au cœur d'une nouvelle stratégie », in *Technologie et concurrence. Mélanges en l'honneur de Hanns Ulbrich*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 275
- B. REMICHE, « Propriété intellectuelle : "intérêts d'entreprises intérêt général" », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXème siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud.*, Paris, Dalloz, 1997, p. 525
- T. REVET, « La clause légale », in *Mélanges en l'honneur de Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277
- T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Dr. et patr.* 2004, n° 124, p. 20
- S. RICHARD, « Copyright : le public doit avoir le dernier mot », in *Libres enfants du savoir numérique. Une anthologie du « Libre »*, Éditions de l'Éclat, 2000, p. 243
- F. RIEM, « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », *RLDC*, oct. 2009, n° 21
- J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, dir. N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Economica*, 2012, p. 93
- A. RIVARD, La notion du « droit commun », *Rev. du Dr.*, vol. 3, n° 6, fev. 1925
- J.-H. ROBERT, « De la nécessité d'un ministère public », in *Office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle*, LGDJ, 2002, p. 14
- J. ROCHFELD, « Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la “relation” contractuelle ? », *RDC*, 2006/4, p. 1033
- J. ROCHFELD, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC*, 2004/04, p. 915
- J. ROCHFELD, « Du statut contractuel “de protection de la partie faible”. Les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'Homme », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835
- J. ROCHFELD, « L'actualité des sources du droit des contrats », *RDC*, 2009/3, p. 985
- J. ROCHFELD, « La rupture efficace », in *Droit et Économie des contrats*, dir. C. JAMIN, LGDJ, 2008, p. 169

- J. ROCHFELD, « Modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*, 1/2004, p. 47
- J. ROCHFELD, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001, p. 671
- 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
- N. ROQUEFEUIL (de), « Remous juridiques autour de l'édition électronique », *Gaz. Pal.* 17 juill. 2001, p. 7
- N. ROUART, Le droit de reproduction, in *La Conférence diplomatique de Stockholm*, *RIDA*, n° spécial /1967/4 et 1968/1, p. 285
- P. ROUBIER, « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 251
- P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, t. 1, 1950, p. 9
- P. ROUBIER, « Licences et exclusivités », *Ann. dt commercial*, 1936, p. 289
- P. ROUBIER, Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale, *RTD civ.* 1952, p. 161
- P. ROUBIER, Les prérogatives juridiques, *Arch. phil. Dr.*, 1960, p. 76
- C. ROUGEAU-MAUGER, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence » *RTD com.* 2010, p. 653
- M.-A. ROUX, « La pratique du contrat ou pacte de préférence éditoriale », *Légipresse*, n° 233, 2006, II, p. 84
- B. RUDDEN, P. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *RIDC*, 1986, p. 1015
- M. RUSHTON « *The moral rights of artists : droit moral ou droit pécuniaire ?* », *Journ. of Cult. Eco.*, mars 1998, Vol. 22, Issue 1, p. 15
- N. RZEPECKI, « Le code de la consommation, un code du consommateur ? » in *Mélanges en l'honneur de G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 711.
- F. SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé », *Rev. Québ. Dr. inter.*, vol. 19-2, 2006. p. 35.
- L. SAENKO, « Retour sur le bail à nourriture », *D.* 2009, p. 276
- F. SAFI, « La détermination du prix dans une clause d'earn out », *Dr. et Patr.*, n° 223, mars 2013, p. 30
- A. SAINT-MARTIN, « Les spécificités de l'action en contrefaçon au regard du droit commun », in *Propriété intellectuelle et droit commun*, dir. J.-M. BRUGUIÈRE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, préf. M. VIVANT, PUAM, 2007, p. 57.
- A. SAINT-MARTIN, « Radioblog. Peine privée pour contrefaçon », *RLDI* 2009/53
- F. SARDAIN, « La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia - à propos de l'arrêt *Midway* », *JCP E* 2001. ét. 312
- R. SARRAUTE, « La défense du titre banal », *Gaz. Pal.* 1971. Doctr. 183
- B. SAUTIER « Développement des Non-Practicing Entities, vers la création d'une bulle spéculative ? », *Prop. intell.* juill. 2012, n° 44, p. 306
- R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD. civ.*, 1958, n° 43, p. 355
- J. SAVATIER, « La vieille dame en tutelle et sa fidèle servante ou la novation d'un contrat de travail en service gratuit », *Dr. soc.* 1992, p. 661
- R. SAVATIER, « Loi du 1^{er} mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », *JCP* 1957, I, 1398, n° 68
- E. SCARAMOZZINO, « Livres - Édition et vente - Ventes à distance et contrat d'édition », *JAC*, 2014, n° 16, p. 7
- J. SCHMIDT SZALEWSKI, « savoir-faire », *Répertoire commercial*, Dalloz
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD com.* 1994, p. 455.

- D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, 3793
- R. SCHULZE, « The New Challenges in Contract Law », in *New features in Contract Law*, dir. R. SCHULZE, Sellier, 2007, p. 3
- H.-P. SCHWINTOWSKI, « Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : conceptions et limites », *RRJ*, 1993, p. 757
- V. SERFATY, « La protection de l'auteur par le droit commun réformé des contrats, entre complémentarité et conflit avec le droit spécial », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, dir. L. ANDREU et L. MIGNOT, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 149
- A. SÉRIAUX, « Donations et testaments - dispositions générales – cause, conditions et charges » *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique
- Y.-M. SERINET, « La qualité du défendeur », *RTD civ.* 2003, p. 203
- R. SERMIER ET A. EMRICH, « Les enjeux juridiques du *streaming* », *LPA*, 14 mai 2002, n° 96, p. 6
- Y. SERRA, « Article 1131 du Code civil, droit de la concurrence, même combat », *D.* 2000, p. 312
- S. SHAVELL, « Foundation of economic analysis of law », *Harv. Univ. press*, 2004, p. 335
- C. SIFFREIN-BLANC & G. GIL, « Usufruit – Prérogatives de l'usufruitier – Pouvoir de l'usufruitier » *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. n° 20
- F. SIIRIAINEN, *J.-Cl. PLA*, « Gestion des droits d'auteur et des droits voisins par un organisme », *J.-Cl. PLA*, Fasc. n° 1550
- F. SIIRIAINEN, « Des “démembrements” du droit d'auteur : de la théorie à la théorie, par le détour de la pratique », *Rev. intern. dr. éco.*, vol. t. xxviii, n° 3, 2014, p. 387
- F. SIIRIANIEN, « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel : le point de vue d'un juriste », in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, dir. M. VIVANT, LGDJ, 2014, p. 37
- Ph. SIMLER « Obligation de donner et transfert de propriété. Contribution à la question de la classification des obligations », *R.J.T.* 2011, n° 45, p. 187
- Ph. SIMLER, « Opérations sur obligation – Novation – Modes particuliers – Novation par changement de l'obligation », *J.-Cl., Régime général des obligations*, Fasc. 20
- V. SIMONENKO, « Les créations salariées en droit d'auteur russe : quel bénéficiaire et pour qui ? » *Comm. com. électr.* n° 10, Octobre 2010, ét. 20
- P. SIRINELLI et C. NGUYEN DUC LONG, « La théorie du droit de synchronisation », *Lamy droit des médias et de la communication*, 2003
- P. SIRINELLI et L. de CARVALHO, « Réforme du contrat d'édition », *D.* 2015, p. 498
- P. SIRINELLI et S. PREVOST, Nouveaux équilibres, *D. IP/IT* 2019, p. 129
- P. SIRINELLI, « L'évolution juridique du droit d'auteur », *Réseaux* 2001/6, n° 110, p. 42
- P. SIRINELLI, « L'auteur face à l'intégration de son œuvre dans une base de données », *D.* 1993, p. 323
- P. SIRINELLI, « La directive société de l'information : apport réel ou fictif au droit d'auteur », in *Commerce Électronique et propriétés intellectuelles*, Colloque de l'IRPI, Litec, 2001, p. 79.
- P. SIRINELLI, « Le droit d'auteur à l'aube du 3^e millénaire », *JCP G.* n° 1, 5 janv. 2000, doct. 194
- P. SIRINELLI, « Premières vues sur la directive droit d'auteur dans le marché unique numérique », *D. IP/IT* 2019, p. 279
- P. SIRINELLI, « Propos introductif », Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne, A. LUCAS, P. SIRINELLI et A. BENSAMOUN (dir), Dalloz, 2012, p. 9
- P. SIRINELLI, « Flux économiques et droit du Web 2.0 », *D. IP/IT*, 2016, p. 167
- P. SIRINELLI, « Les droits des journalistes et les nouveaux médias », *D. Aff.* 1999 suppl. n° 152
- P. SIRINELLI, « Les instruments classiques de la propriété intellectuelle face aux autoroutes de l'information », *RIPLA*. 1/1996, n° 183.
- P. SIRINELLI, « Conclusion » in *La Galaxie Internet, l'impératif de la conquête*, Paris, Unicom/CREMOC, 1999.
- P. SIRINELLI, « L'avenir du droit d'auteur » in *Réseaux, communication, technologies société, Droit d'auteur et numérique*, Hermès, Mars 2002 p. 41
- P. SIRINELLI, « Copie numérique, État des questions », *Nouv. doss. audio.*, n° 1, sept.-oct. 2004, *Piratage, arme de destruction massive de la culture ?*, INA.

- P. SIRINELLI, C. CRAMPES, « *Peer to peer* : droit d'auteur et droit de la concurrence », actes du séminaire DGTPE 2 mai 2006, *RLC* juin 2007, n° 810, p. 175
- P. SIRINELLI, « L'apport de la future loi dans la confiance dans l'économie numérique et le contrôle de l'utilisation des œuvres sur les réseaux », *RIPLA*, 2005
- P. SIRINELLI, « La place du droit d'auteur dans la société de l'information », *Cab. de la PI*, 2005, Vol. 17, n° 2
- P. SIRINELLI, « Numérique et interopérabilité : une nouvelle donne ? », *RLDI* suppl. n° 23, janv. 2007
- P. SIRINELLI, « Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne » *D. IP/IT* 2019, p. 288
- P. SIRINELLI, « L'équilibre dans le contenu du contrat », *D. IP/IT* 2016. 240
- P. SIRINELLI, S. PREVOST, « Réforme du droit des contrats : une attente et des attentes », *D. IP/IT* 2016. 105
- P. SIRINELLI, S. PREVOST, « Inflation législative : pas d'inversion de la courbe en 2016 », *D. IP/IT* 2016. 57
- P. SIRINELLI, « De quelques observations sur le temps en droit d'auteur à propos de la réforme du contrat d'édition », *Mélanges André Lucas*, LexisNexis, 2013, p. 683
- P. SIRINELLI, « Directive sur le droit d'auteur : les auteurs ont des droits sur internet », *D.* 2019. p. 936
- P. SIRINELLI, « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur. Le point de vue du juriste », *Prop. Intell.*, 2007, n° 25, p. 397
- P. SIRINELLI, Droits d'auteur des créateurs salariés. Suite et à suivre ? *Prop. intell.* 2003, n° 3, p. 40
- C. SOULIÉ, « Les droits nécessaires à l'édition vidéo », *Lamy droit des médias et de la communication*, fasc.- 345
- J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP G.* 1982, I, 3058
- J.-F. SPITZ, « “*Qui dit contractuel dit juste*” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD. civ.* 2007, p. 281
- Ch. le STANC, « Mise à disposition de logiciel : les droits des uns et des autres », *Comm. com. électr.*, n° 4, avr. 2001, comm. 37
- B. STARCK, « À propos des “Accords de Grenelle”, réflexions sur une source informelle du droit », *JCP*, 1970, I, p. 2363
- Ph. STOFFEL-MUCK, « L'après contrat », *RDC*, 2004/01, p. 159
- M. N. STOJANOVIC, « Du contrat d'édition », *RIDA*, n° 52, 1967/01, p. 79.
- J. STRAUS, « *Ordre public and morality issues in patent eligibility* », in *Intellectual Property in Common Law and Civil Law*, dir. de T. TAKENAKA, Elgar Publishing 2013
- M. STORCK, « Représentation dans les actes juridiques », *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique
- Y. STRICKLER, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 oct. 2004, n° 213, p. 6
- A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », in *Université de tous les savoirs – Qu'est-ce que l'homme ?*, vol. 2, Odile Jacob, 2000, p. 51
- J. SWINSON, « Copyright, or patent or both : an algorithmic approach for computer software protection », *Harv. Journ. Law & Tech.* Volume 5, Fall, 1991, p. 145
- H. SYNDET, « le nantissement de biens incorporels », *Dr. et pat.*, 2005, n° 140, p. 65
- G. TABI, « Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel : du volontarisme au solidarisme ? », *Rev. dr. Univ. Sherb.*, 2014, n° 44, p. 71
- P. TAFFOREAU, « L'adaptation du contrat d'édition à l'ère numérique », *LPA* 20 oct. 2015, n° 209, p. 7
- P. TAFFOREAU, « Le droit d'artiste-interprète, un droit de plus en plus voisin du droit d'auteur », *D.* 2015, p. 2328.
- D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD. civ.* 1994, p. 223
- I. A. TASSOPOULOS : « La fonction sociale et économique du contrat », in *Repenser le contrat*, sous la dir. G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, Dalloz, 2009, p. 60

- F. TERRÉ « Être ou ne pas être... responsable. À propos des prestataires de service par Internet », *JCP. G*, 24 oct. 2011, n° 43-44, p. 1175.
- F. TERRÉ, « La crise de la loi », *Arch. phil. Droit*, 25, 1980, p. 17
- F. TERRÉ, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, dir. Th. REVET, Dalloz, 1996, p. 5
- Ph. THERY, « De l'intérêt pour agir en général, et par la voie oblique en particulier », *RTD civ.* 2008, p. 714
- C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD. civ.* 1997, p. 357
- C. THIÉRACHE, V. FAUCHOUX, I. RAMONDBAILLY, I. ELKAIM, « Table ronde n° 3 : Propriété intellectuelle : la rémunération des auteurs d'œuvres publiées sur internet – l'intérêt privé des auteurs sacrifié sur l'autel de la démocratisation de la culture ? », *RLDI*, n° 58, 1^{er} mars 2010.
- C. THOMAS-RAQUIN et M. LE GUERER, « Pratique contentieuse. Le contrôle de proportionnalité en droit d'auteur devant la Cour de cassation », *Comm. com. électr.* n° 1, 2018, p. 50
- L. THOUMYRE, « Les notions d'éditeur et d'hébergeur dans l'économie numérique » *D.* 2010, p. 837
- P. TIFINE, « À propos des rapports entre l'usage, la coutume et la loi », *RFDA*, 2002, p. 496
- H. TILLIET, « L'exclusivité de la cession », *Lamy droit média et communication*
- A. TINEL, « Qu'est-ce que l'exception culturelle ? », *RMCUE* 2000, p. 78
- Ph. le TOURNEAU, « Mandat », *Répertoire droit civil*, Dalloz
- A. TOURNIER, « Le bilan de la loi », *RIDA*, 1958/04, n° 19, p. 73
- É. TREPPOZ, « En attendant Netflix ! », *JAC*, 2014, n° 11, p. 3
- É. TREPPOZ, « La détermination du propriétaire du support d'une œuvre », *Comm. com. électr.*, n° 7-8, Juill. 2006, ét. 17
- É. TREPPOZ, « La propriété du support d'une œuvre. D'une propriété limitée vers une propriété flottante », *Cab. Dr. de l'Entr.*, n° 6, nov. 2015, doss. 51
- É. TREPPOZ, « La qualification logicielle d'un jeu vidéo : un modèle pour les œuvres multimédia », *LPA* 1999, 10
- É. TREPPOZ, « La résiliation des contrats d'édition », *JCP. G.* 2004, n° 41, II, 10149
- É. TREPPOZ, « Premiers regards sur la directive droit d'auteur dans le marché numérique », *JCP. E.*, n° 27, 4 juillet 2019, 1343
- A. TRICOIRE, « Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur », *D.* 2014, p. 2007
- J.-J. URVOAS, « L'aggiornamento nécessaire de la Cour de cassation », *D.* 2018, p. 1087
- M. VAREILLES-SOMMIÈRES (de), « La définition et la notion juridique de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 443
- V. VARNEROT, « La fictionnalisation de la vie privée », *Rev. Interd. Et. Jur.*, vol. 64, n° 1, 2010, p. 183
- V. VARNEROT, « La propriété littéraire et artistique en réseau », *Comm. com. électr.* n° 3, mars 2013, n° 4
- R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », *RTD. civ.* 1987, p. 274
- G. VERCKEN, « L'originalité vue par la pratique : vers une reconnaissance de présomptions généralisées d'originalité ? », *LPA* 2007, n° 244, p. 17.
- P.-Y. VERKINDT, « Quelques remarques conclusives sur la physionomie de l'accord après la loi du 14 juin 2013 », *JCP S.* 2014, 1193
- L. VEYSSIERE et A. VIBERT. « La publicité sur Internet : Peut-on "surfer" sans risques ? », *Legicom*, vol. 12, n° 2, 1996, p. 19
- S. VIARIS de LESEGNO, « Les contrats de diffusion-distribution », *Légicom*, 2001/1, n° 24, p. 29
- C. VIGUIE, « La démocratisation des imprimantes 3D et le droit d'auteur », *RIDA*, 2014/4, p. 242

- J. VILBOIS, « Historique de la loi du 11 mars 1957 », *RIDA* 1958, p. 37
- M. VILLEY, « Préface historique » in *Les biens et les choses*, *Arch. phil. Dr.* 1979, p. 2.
- J. VINCENT, « Social - Loi LCAP : un nouveau cadre des relations contractuelles entre un artiste-interprète et un producteur de phonogrammes », *JAC*, 2017, n° 51, p. 38
- G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *La concurrence déloyale : permanence et devenir*, dir. Y. SERRA, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, p. 132
- M. VIVANT, « L'informatique dans la théorie générale du contrat », *D.* 1994. 117,
M. VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet » *JCP. G.* 10 Nov. 1999, n° 45, doct. 180
M. VIVANT, « L'immatériel en sûretés », *Mélanges en l'honneur de Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 405
- L. VOGEL, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJCA* 2016, p. 309
- M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Théorie générale du droit, Sirey, 1963, p. 359
- M. WASMEIER, N. THWAITES, "The Development of *Ne Bis In Idem* into a Transnational Fundamental Right in EU Law : Comments on Recent Developments", *E.L. Rev.*, 2006, 31(4), p. 565
- Ch. WILLMANN, « Le service gratuit, à la recherche de son contrat », *RDSS* 1999, p. 350
- G. WILMS, « La société de l'information et le droit d'auteur », *RMCUE* 199, p. 260
- C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de La Haye relative au trust », *D.* 2007, p. 1369
- F. XAVIER-LUCAS, « Théorie des bénéfices et des pertes – Bénéfices, économies et pertes » *J.-Cl. Société Traité*, Fasc. 15-10
- M. XIFARAS, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, vol. 41, no. 2, 2010, p. 50
- O. YACOU, « l'aménagement contractuel de la création », *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2003, n° 343, p. 9
- Ch. YUEGO, « Louage d'ouvrage et d'industrie – Garantie de paiement de l'entrepreneur » *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Unique
- M. ZAVARO, « Les règles de l'art », *Gaz. Pal.* 2000. Doctr., p. 1879
- F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445
F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305
F. ZENATI, Nature juridique de la mitoyenneté, *RTD civ.* 1990, p. 686.

Autres articles, extraits d'ouvrages généraux

- ARISTOTE, *La politique*, trad. en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éd. principales par J. BARTHELEMY-SAINT-HILAIRE, Paris, Ladrance, 3^e éd., 1874
- C. ANDERSON, « "The long trail", Wired », *Issue*, 12. n° 10, oct. 2004
- D. ATTIAS, « Quel modèle économique pour la presse sur Internet ? », *Rev. Le Temps des Méd.*, 2006, n° 1, p. 143
- B. AUERBACH, « Production universitaire et sanctions éditoriales. Les sciences sociales, l'édition et l'évaluation », *Sociétés contemporaines*, vol. 74, n° 2, 2009, p. 12
- P.-J. BENGHOZI, F. BENHAMOU, « Longue traîne : levier numérique de la diversité culturelle ? », *Culture prospective*, vol. 1, n° 1, 2008, p. 3

- P.-J. BENGHOZI et Ph. CHANTEPIE. « Chapitre I. Une industrie numérique culturelle », in *Jeux vidéo : l'industrie culturelle du XXI^e siècle ?*, Ministère de la Culture - DEPS, 2017, p. 35
- P.-J. BENGHOZI, Ph. CHANTEPIE, « Pourquoi le jeu vidéo est l'industrie culturelle du xxi^e siècle », *Nectart*, 2019/1 (n° 8), p. 46
- P. J. BENGHOZI & T. PARIS, « Rapport final », in *Inciter, protéger, rémunérer... : quels droits pour quels auteurs ?*, éd. École Polytechnique, 1997
- A. BLOCH, « Comment la 3D et la réalité augmentée bouleversent la distribution ? », *Harv. Bus. Rev.*, juin 2014,
- J.-F. BONHOURE, « Le commerce du passé. Éditeurs et historiens en France, de l'entre-deux-guerres à l'après-guerre », *Hypothèses*, 2017/1, n° 20, p. 143
- B. BRU, M.-F. BRU, K. L. CHUNG, « Borel et la martingale de Saint-Pétersbourg », *Rev. d'hist. Math.*, 1999/5, p. 181
- C. BRUNET, *Art et poésie*, in *Notions de philosophie* T. III, sous la dir. de D. KAMBOUCHNER, éd. Gallimard, p. 371
- V. CARDON, M. GRÉGOIRE, « Les syndicats du spectacle et le placement dans l'entre-deux-guerres », *Le Mouvement Social*, 2013/2, n° 243, p. 19
- D. CASALI, F. TESSON, « Auguste RENOIR », in *Ils ont fait la France : chefs d'État, écrivains, inventeurs, musiciens...*, Omnibus, Paris.
- Ph. CHANTEPIE et A. Le DIBERDER, « IV. L'exploitation numérique : tout change », Ph. CHANTEPIE éd., *Économie des industries culturelles*. La Découverte, 2019, p. 56
- A. CHATRIOT, « Protéger le consommateur contre lui-même. La régulation du crédit à la consommation », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 91, 2006, n° 3, p. 95
- L. CHÉRY, « Jeux vidéo : ce qu'il faut retenir des chiffres impressionnants de 2017 », *Le Point.fr*, 27 fév. 2018
- J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation », in *La contractualisation de la production normative*, acte de coll. Lille, oct. 2007
- D. COHEN, « La gratuité et ses ennemis. À propos de *La gratuité, c'est le vol* par Denis Olivennes et *Gratuit !* par Olivier Bomsel », *Le Débat*, 2007/4 (n° 146), p. 171
- D. COHEN, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, éd. 7 avr. 2001
- J. CUISENIER, « Risque, incertitude et choix économique », *Esprit*, 1965, 1-3, p. 34
- R. d'AVENI, « The 3-D printing revolution », *Harv. Bus. Rev.*, may 2015, p. 40.
- A. DAVID-GUILLOU, « L'organisation des musiciens dans la Grande-Bretagne du XIX^e siècle : vers une nouvelle définition de la profession », *Le Mouvement social*, 2013/2, n° 243, p. 9
- D. DOHERTY, « Downloading infringement : patent law as a roadblock to the 3D printing revolution », *Harv. Jour. Law & Tech.*, V. 26, n° 1 Fall 2012.
Colloque « *La valeur de l'œuvre littéraire* », http://www.fabula.org/actualites/la-valeur-de-l-oeuvre-litteraire_61967.php ; C. TALON-HUGON,
- J. FARCHY, « The Internet : Culture for Free », in *Handbook of Cultural Economics*, dir. R. TOWSE, Edward Elgar, 201
- L. FRANÇOIS et Y MÉNIÈRE, « IV. Analyse économique du droit d'auteur. Contrat d'édition et partage du risque », in *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003, p. 68
- P.-Y. GAUTIER, « La propriété intellectuelle, un sous-droit », *Libération*, 1 juill. 2009
- F. GÈZE, « Où va l'édition française ? », *Esprit*, sept. 1989, n° 9

- Ch. GOETHALS, A. VINCENT, M. WUNDERLE. « Le pouvoir économique », *Dossiers du CRISP*, vol. 82, n° 2, 2013, p. 11
- J. HAGEL III, A. G. ARMSTRONG, *Net Gain Expanding markets through virtual communities* The McKin. Quart., 1997 n° 1, p. 140
- J. E. S. HAYWARD, « The Official Social Philosophy of the Third Republic : L. BOURGEOIS and Solidarism », *Int. Rev. of Soc. Hist.*, vol. VI, 1961, p. 19
- M. C. JENSEN & W. H. MECKLING, « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », *Journ. of Fin. Eco.* Jul. 1996, n° 3, p. 305
- R. KARAYAN, « La copie privée, une licence globale déguisée ? », *L'express – L'expansion*, 22 mai 2005,
- E. KESSOUS, K. MELLET, M. ZOUINAR, « L'économie de l'attention : Entre protection des ressources cognitives et extraction de la valeur », *Sociologie du travail*, 3/2010, n° 52, p. 359
- S. LACHAUSSÉE, « Le droit de l'édition face aux évolutions du numérique », *Les Échos*, 9 juill. 2013
- F. LATRIVE, « Les Barbares du Bazar. Une introduction aux faubourgs de la nouvelle économie », in *Libres enfants du savoir numérique*, dir. O. BLONDEAU, Éditions de l'Éclat « Hors collection », 2000, p. 11
- G. Le BLANC, « Innovations numériques, distribution et différenciation : le cas de la projection numérique dans le cinéma », *Entreprises et histoire*, vol. 43, n° 2, 2006, p. 82
- E. MACKAAY, « Le marché du progiciel : licence ou vente ? », *Cab. Propr. Intell.* 1995, n° 3, p. 410
- H.-J. MARTIN, « Renouveau et concurrence », in *Histoire de l'édition française*, in *Le livre conquérant, Tome I*, dir. R. CHARTIER, H.-J. MARTIN, Fayard, 1990
- M. MAUSS, « Essai sur le don. Forme et raison dans les sociétés archaïques », *Ann. soc.*, 1923-1924, p. 30
- C. MÉADEL, N. SONNAC, « L'auteur au temps du numérique », *Esprit* 2012/5, mai, p. 102
- E. MORIN, « L'industrie culturelle », *Communications*, 1, 1961. p. 38
- Th. MORISSET, « De quoi le jeu vidéo est-il l'art ? », *Nectart*, vol. 8, no. 1, 2019, p. 38
- N. MOUREAU, « Société de l'information et modèles de star-system », *Hermès, La Revue*, vol. 44, n° 1, 2006, p. 183.
- S. NOËL, « La petite édition indépendante face à la globalisation du marché du livre : le cas des éditeurs d'essais "critiques" », in *Les contradictions de la globalisation éditoriale*, dir. G. SAPIRO, Nouveau monde édition, 2009.
- F. POLLAUD-DULIAN, « Balzac et la propriété littéraire », *L'Année balzacienne*, 2003/1 (n° 4), p. 197
- G. PONCET, « Derrière votre écran, comment fonctionne Netflix ? », *Le Point*, 3 avr. 2017
- L. QUERE, « La structure cognitive et normative de la confiance », *Réseaux*, vol. n° 108, n°. 4, 2001, p. 125
- D. M. ROUSSEAU, S. B. STIKIN, R. S. BURT, C. CAMERER, « Not so different after all : a cross-discipline view of trust », *Academy of Man. Rev.*, 1988, vol. 23, p. 393
- C. SABEL, « Studied trust : building new forms of cooperation », in *A volatile economy*, Human Rel., vol. 46, n° 9, 1993, p. 1133
- D. SAGOT-DUVAUROUX & S. WRIGHT, Dossier « Valeurs de l'art » in *Rev. Mouvement*, 4/2001, n° 17
- M. SAKO, S. HELPER, « Determinants of trust in supplier relations: Evidence from the automotive industry in Japan and the United States », *Joun. Eco. Behav. & Organ.*, V. 34, mars 1998, p. 38

G. SAPIRO, « Droit et histoire de la littérature : la construction de la notion d'auteur », *Rev. Hist.* XIXe, n° 48, 2014, p. 107

I. SAYERS « Une nouvelle façon d'élaborer une stratégie d'exportation : Mettre à profit la chaîne de valeur », *Rev. OCDE*, vol. n° 4, 2003, p. 87

J. SCHNERF, « I. La diffusion commerciale », *Publier la littérature française & étrangère*. Dir. J. SCHNERF, Éditions du Cercle de la Librairie, 2016, p. 63

O. SNAIJE « French Literary Agents Stage a Quiet Revolution », *Publishing Perspectives.com*, 15 déc. 2009

R. M. STALLMAN, « The GNU Manifesto », in *Free Software, Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*, 2004, p. 33

A. SUPIOT, « La contractualisation de la Société », in *Université de tous les savoirs - Qu'est-ce que l'homme ?*, vol. 2, Odile Jacob, 2000

J. B. THOMPSON, « L'édition savante à la croisée des chemins », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. n° 164, no. 4, 2006, p. 93

A. TIRAN. « Confiance sociale, confiance primordiale en partant de Georg Simmel : la construction sociale de la confiance », in *La construction sociale de la confiance*, dir. Ph. BERNOUX, J.-M. SERVET, Montchrestien, 1997, p. 329

P. VALERY, « La conquête de l'ubiquité » in *Pièces sur l'art*, T.2, Gallimard, 1960, p. 1284

J. VINCENT, « L'économie morale du consommateur britannique en 1900 », in *Au nom du consommateur*, A. CHATRIOT (dir.), La Découverte « Espace de l'histoire », 2005, p. 231

Rapports, avis, études, documents divers

H. BALZAC, *Lettre adressée aux écrivains français du XIX^e siècle*, *Revue de Paris*, Bruxelles, H. Dumont, novembre 1834, tome 11

F. BENHAMOU et D. SAGOT-DUVAUROUX, « Économies des droits d'auteur. Place et rôle de la propriété littéraire et artistique dans le fonctionnement économique des filières d'industrie culturelle. Synthèse », DEPS - culture études, déc. 2007-8

D. BERNHEIM, « La main de l'artiste et le droit », *Lett. de l'Académie des Beaux-Arts*, n° 64, 2011

A. BUSSON Y. ÉVRARD, *Les industries culturelles et créatives Économie et stratégie*, oct. 2013

J. CEDRAS, *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation*, 2003, La Documentation française 2004, p. 215

Ph. CHARRIER, A. BASCOULERGUE, J.-P. BONAFE-SCHMITT, G. FOLIOT, *Rapport sur La prescription de la médiation judiciaire. Analyse sociojuridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation*, 2017

CNC, *Rapport le marché de la vidéo*, 2012, dossier n° 325

CNC, *Étude sur les coûts de production des films*, 2017

A. COCQUEBERT, *Rapport Le financement de l'industrie du disque*, ministère de la Culture, 2004

F. COLLARD, Ch. GOETHALS et M. WUNDERLE. « Le livre », *Dossiers du CRISP*, vol. 84, n° 1, 2015

N. COLIN, « "Économie numérique", Notes du conseil d'analyse économique », vol. 26, n° 7, 2015

Conseil d'État *Rapport Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998

Conseil d'État, *Rapport, réflexion sur l'intérêt général*, 1999

CSPLA, avis n° 2005-1, 7 déc. 2005

CSPLA, *Rapport de mission sur Les licences libres dans le secteur culturel*, Déc. 2017

CSPLA, *Rapport Commission sur les aspects juridiques des œuvres multimédias*, 7 déc. 2005

- CSPLA, *Rapport de la commission spécialisée portant sur la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique*, 2003
- CSPLA, *Rapport de la Mission du sur les « Œuvres transformatives »*, oct. 2014
- CSPLA, *Rapport sur l'interopérabilité des contenus numériques*, avr. 2017
- CSPLA, *Rapport sur la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, juin 2007
- CSPLA, *Rapport sur le peer to peer*, 2006.
- C. CUNY, *Rapport Ernst and Young, Création sous tension 2^e Panorama de l'économie de la culture et de la création en France*, oct. 2015
- M. DELABARRE, *Rapport sur la proposition de loi n° 866 tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon du 30 septembre 2013*, n° 133, 13 nov. 2013, fait au nom de la commission de lois du Sénat
- Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), *Rapport final, Contrat d'étude prospective pour la branche professionnelle de l'édition phonographique*, mars 2010.
- Département des études de la prospective et des statistiques (DEPS), *Aperçu statistique des industries culturelles*, janv. 2006.
- 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*, Étude réalisée à la demande de la Commission de la Communauté Européenne, 1976
- A. DIETZ, *Rapport général. Principes légaux du droit moral dans les pays de droit civil*, ALAI (Association littéraire et artistique internationale), Congrès d'Anvers, sept. 1993 « The artist's right of integrity under copyright law - a comparative approach », IIC 1994
- L. ENGEL, *Rapport d'activité sur le médiateur du livre*, 2015
- Étude d'impact relative au projet de loi relatif à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*, 7 juillet 2015
- I. FALQUE PIERROTIN, J.-F. THERY, *Rapport du Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques*, 2 juillet 1998, La Documentation française
- H. GAYMARD, B. KHIARI, *Rapport sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*, n° 326, du 13 fév. 2012, au nom de la commission mixte paritaire (1) chargée de proposer un texte
- H. GAYMARD, *Rapport sur la proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle*, n° 4189, Ass. Nat., 2012
- C. GILLET, *L'emploi dans le disque : Réussir la mutation*, 30 nov. 2010
- M. GIULIANO et P. LAGARDE, *Rapport commentant le règlement Rome I*, JOUE, 31.10.80
- M. de GOTTES, Premier avocat général, Avis 11072, AP. 21 déc. 2007
- HADOPI, *Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites*, 15 fév. 2013
- E. HAMELIN, *Rapport relatif à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs*, n° 703, 19 mars 2003
- S. HUBAC, *Lettre de mission CSPLA relative au contrat d'édition à l'ère numérique*
- V. HUGO, *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, 7 juin 1878
- M. HUYGENS, C. BADEN-FULLER, F. A.J. VAN DEN BOSCH, H. W. VOLBERDA, « Coevolution of Firm Capabilities and Industry Competition : Investigating the Music Industry 1877-1997 », ERIM Report Series Reference, feb. 2001
- IFPI, *Musique Connexion : Panorama 2017 de la consommation de musique dans le monde*, 19 sept. 2017
- INPI, *Rapport Vers une protection des logiciels informatiques : situation actuelle et propositions*, remis au Ministère de l'Industrie et de la Recherche, juin 1984, p. 32 ; *Prop. Ind.*, OMPI, n° 100, Oct. 1984, p. 387.

Inspection générale des affaires culturelles, *Rapport d'activité 2016*

L. JAQUINOT et E. HUGUES, Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, AN séance 9 juin 1954, n° 8612

O. JAPIOT & B. LIGNEREUX, *Rapport L'impression 3D et le droit d'auteur : des menaces à prévenir, des opportunités à saisir*, juin 2016

J. JOSTE, *L'agent littéraire en France réalités et perspectives*, étude pour le MOTif, juin 2010

M. KRETSCHMER, E. DERCLAYE, M. FAVALE, R. WATT, *Relationship between copyright and contract law*, Review commissioned by SABIP 2010

A. de LAMARTINE, *Discours sur la propriété littéraire et artistique*, 1841

B. LEGENDRE et C. ABENSOUR. « Quelles préconisations ? », Regards sur l'édition, volume 1. Les petits éditeurs. Situations et perspectives, Ministère de la Culture - DEPS, 2007

B. LEGENDRE, « Regard sur les petits éditeurs », Ét. Cult., avr. 2007

J. -P. LELEUX et F. FÉRAT, *Rapport Sénat n° 340 (2015-2016)* fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, 27 janvier 2016

P. LESCURE, *Rapport Acte II de l'exception culturelle*

PORTALIS, Chambre des pairs, séance du 27 mai 1839, Archives parlementaires, t. 124

Livre vert, Com. (2001), 427/3, *Sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne - Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles*

D. MANDELKERN, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, 1^{er} mars 2002

J. MARTIN et J. LIEBER, *Rapport de la Commission sur les œuvres orphelines*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 2008

P. MARTIN-LALANDE, *Rapport mission parlementaire sur le régime juridique du jeu vidéo en droit d'auteur*, 21 déc. 2011.

D. OLIVENNES, *Rapport sur Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, 23 nov. 2007

Ch. PHÉLINE, *Rapport musique en ligne et partage de la valeur. État des lieux. Voies de négociation et rôles de la loi*, Nov. 2013

PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801

J. REDA, *Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE 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*

A. RICHARD, C. METZINGER, *Rapport n° 2235, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de Législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif aux droits d'auteur et aux droits des artistes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes*, 26 juin 1984

F. ROUET, « La création dans l'industrie du jeu vidéo », Et. Cult. CE, 2009-1

SCAM, 5^e baromètre des relations auteurs/éditeurs : le changement c'est maintenant, 2016

SCAM, 7^e Baromètre des relations auteurs/éditeurs : un monde perfectible, 2018

M. SERRES, *Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive*, « Conférence à L'Institut national de recherche en informatique et en automatique », 11 déc. 2007

SGDL, *le droit d'auteur en usage en Europe : Allemagne* (octobre 2010), Motif,

P. SIRINELLI, L. VOGEL et Ph. CHANTEPIE, *Rapport sur La propriété intellectuelle et le droit de la concurrence*, mars 2004.

SNE, Poids et évolution des circuits de vente, <http://www.sne.fr/editeurs/vendre-un-livre/poids-et-evolution-des-circuits-de-vente.html>.

F. STRASSE *Rapport sur l'obsolescence des supports numériques*

M. TRESSIER, *Rapport sur la numérisation du patrimoine de l'écrit*, remis au Ministre de la Culture le 12 janvier 2010

J. VALLÉE, *Les enjeux du millénaire : le capital-risque et innovation*, Hachette, 1998.

P. ZELNIK, J. TOUBON et G. CERUTTI, *Rapport Création et internet*, janv. 2010

Jurisprudences

Juridictions suprêmes

- Cour de cassation

Cass. Ass. plén., 4 mars 1983, *D.* 1983. 381, concl. J. Cabannes

Cass. Ass. plén., 4 avr. 2008, n° 07-14523

Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 04-10672

Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, *Dauvin c/ Sté. Carteret automobiles*, n° 06-11.343 ; *D.* 2008. AJ. 228, obs. L. Dargent ; *JCP G.* 2008. II. 10006, note L. Weiller ; *RDI* 2008, p. 102, comm. Ph. Malinvaud

Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *JurisData* n° 2006-034519

Cass. Ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10477 *Babolat c/ Pachot*, Bull. Ass. plén., n° 3, p. 5, *RTD com.*, 1986, p. 399, obs. A. Françon ; *RIDA*, n° 129, 1986/03, p. 136, obs. A. Lucas ; *D.*, 1986. 405, obs. B. Edelman

Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, *Aff. Chronopost*, *D.* 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi, *RTD civ.* 2005, p. 604, obs. P. Jourdain, *RTD civ.* 2005, p. 779, obs. J. Mestre

Cass., ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25.651, *RTD civ.* 2017. 872, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 882, obs. P.-Y. Gautier ; *D.* 2017, p. 1800, communiqué C. cass. et note M. Bacache ; *JCP G.* 2017, p. 926, note C. Quézel-Ambrunaz ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 34, p. 30, note N. Blanc ; *RTD civ.* 2017, p. 829, L. Usunier

Cass. ch. réunies, 27 mai 1842, *DP* 1842, 1, p. 297

Cass. req., 3 mai 1886, *DP* 1887, I, p. 61

Cass. req., 1^{er} mai 1907, *S.* 1908, 1, 88

Cass. req., 6 janv. 1873, *DP* 1873, 1, 116

Cass. req., 24 févr. 1875, *DP* 1875, 1, p. 464

Cass. req., 25 oct. 1909, *DP* 1, p. 423, 1911

Cass. req., 27 févr. 1918 : *S.* 1918, 1, p. 19

Cass. req., 3 juin 1863, *DP* 1863, 1, p. 429.

Cass. req., 31 oct. 1922, *Journ. not.* 1923, art. 33646

Cass. req., 28 déc. 1938 : *DH* 1938, p. 132

Cass. req., 6 nov. 1888, *S.* 1890, 1, p. 241

Cass. req., 16 nov. 1841, *S.* 1842. 1. 128

Cass. req., 25 juillet 1887, *S.* 1887, I, p. 17

Cass. req., 5 mai 1905, *DP* 1906, 1, 360

Cass. 1^{re} civ. 14 juin 1984, *Bull. civ.* I n° 197

Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896, *Sté Nord-Ouest et a. c/ Sté Dailymotion*, *JurisData* n° 2011-001684

Cass 1^{re} civ., 9 déc. 2015, n° 14-24.183

Cass. 1^{re} civ. 15 oct. 2006, *JCP. G.*, 2007, II, 10070, G. Wiederkehr

Cass 1^{re} civ., 13 juin 2006, *RIDA*, n° 210, 2006/04, p. 339 ; *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 20, note C. Caron ; *D.* 2006, p. 2999, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2006, p. 593, obs. F. Pollaud-Dulian.

Cass civ. 1^e, 25 mai 2005, 02-17305

Cass. 1^{re} civ. 1, 9 fév. 1994, n° 91-20.525.

Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, F-P+B, *Sté Kapagama c/ Poulet*, *JurisData* n° 2006-034001 *Comm. com. électr.*, n° 2, fév. 2007, n° 20, C. Caron ; *RTD com.* 2006, p. 593, F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2006, AJ p. 1819, obs. J. Daleau ; *RLDI* n° 19, sept. 2006, p. 30, A. Valette

Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 2004, n° 01-02020

Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1966, *D.* 1967, p. 159.

Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2006, 03-20960

Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012, n° 11-21.276, *JurisData* n° 2012-026222 ; *Propr. intell.* 2013, n° 46, p. 65, obs. A. Lucas, *Comm. com. électr.*, 2013, chron. 6, n° 3, obs. B. Montels ; *RTD com.*, 2013, p. 782, obs. F. Pollaud-Dulian

Cass. 1^{re} civ., 19 juin 1990 n° 89-10.162, *Bull. civ. I*, n° 177

Cass. 1^{re} Civ., 21 nov. 2006 n° 05-14.850, *Bull. civ. I*, 2006, n° 507 ; *D.*, 2007, p. 26, obs. J. Daleau ; *JCP G* 2006, IV, 3486 et I, 101, n° 8, obs. Ch. Caron ; *Propr. intell.* 2007, n° 22, p. 97, obs. A. Lucas

Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 05-19.294 Inédit

Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2017, n° 16-13087

Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, n° 98-17.034, *JurisData* n° 2001-008999, *JCP E* 2001, p. 975 ; *RIDA*, n° 190, 2001/10, p. 395, obs. A. Kéréver ; *RLDA*, juill. 2001, jurispr. n° 2544, p. 44, obs. Simon ; *Légipresse* 2001, n° 182, I, p. 72 ; *RJDA*, 2001, n° 1050

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, *Klasen*, *D.* 2015. 1094, obs. T. Azzi ; *D.* 2015, p. 1672 note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; *RTD com.* 2015. 509, obs. F. Pollaud-Dulian

Cass. 1^{re} civ., 19 avril 1988, n° 86-14.684

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1971, *Société Éditions Musicales Comtesse, Société Nouvelle Eddie Barclay, Chambre syndicale des Éditeurs de musique c/ Christian Sainturat dit Christian Sarrel et SNEP*, *RIDA*, 1971/4, n° 70, p. 136

Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2001, n° 98-18.411, *JurisData* n° 2001-011977, *Bull. civ. I*, n° 307, *D.* 2002, p. 646 ; *RTD civ.* 2002, p. 507, obs. J. Mestre et B. Fages.

Cass. 1^{re} civ. 27 mai 1986, *Marcello Danon c./ Jean Poiret*, n° 84-14.154, *Bull. I*, n° 144, p. 144, *RIDA*, n° 132, 1987/04, p. 59

Cass. 1^{re} civ. 1, 7 nov. 2006, n° 04-13.454, *B.* 2006 I, n° 462 p. 398

Cass. 1^{re} civ. 10 avr. 2013, *D.* 2013. 1392

Cass. 1^{re} civ. 12 avr. 1976, n° 74-12.149, *Bull. civ. I*, n° 123, p. 98 et s., *D.* 1976, I.R., p. 195, *RTD com.* 1978, p. 103, *RIDA*, 1976/4, n° 90, p. 164

Cass. 1^{re} civ. 12 juillet 2006, *Mussotte*, *JCP. E* 2007, n° 2065, obs. M-E. Laporte-Legeais

Cass. 1^{re} Civ. 13 oct. 1993, *JurisData* n° 1993-002380

Cass. 1^{re} civ. 14 fév. 1995, *D.* 1995. 74

Cass. 1^{re} civ. 15 mai 2002, *Comm. com. électr.* 2002, comm. 94, note C. Caron ; *D.* 2002 p. 1908, comm. J. Daleau ; *Propr. intell.* juill. 2002, p. 58, note P. Sirinelli

Cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, *Affaire Place des Terreaux*, n° 03-14820, *Bull. civ I* 2005, n° 134, p. 115, *RIDA*, 2005/3, p. 459

Cass. 1^{re} civ. 19 déc. 1983, *Bull. civ. I*, n° 304 ;

Cass. 1^{re} civ. 4 oct. 1988, *D.* 1989, 482, note P-Y. Gautier ; *D.* 1989, somm. comm. 50 obs. Colombet.

Cass. 1^{re} civ. 19, fév. 1991, *Bull. civ. I*, n° 67 ; *Prop. Intell.* 1991, n° 37, p. 93

Cass. 1^{re} civ. 26 janv. 1994 *Glénat c/Bourgeon*, *Gaz. Pal.* 1994. 1. Panor ; *RIDA*, n° 161, 1994/03, p. 309, A. Kéréver.

Cass. 1^{re} civ. 28 janv. 2003, n° 00-20294, *Casaril c./ Havas Interactive*, FS+P+B, *Bull. I.* 2003, n° 84, *D.* 2003, p. 1688, F. Sardain.

Cass. 1^{re} civ. 29 mai 2013, n° 12-14.041, *Bull. I* 2013, n° 544, *D.* 2013. 1810, A. Etienne-de Sainte Marie.

Cass. 1^{re} civ. 3 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n° 252

Cass. 1^{re} civ. 30 avr. 2014, 13-10.560

Cass. 1^{re} civ. 4 févr. 1986, *Brossard Communications c/ RVI*, *RIDA*, n° 129, 1986/03, p. 128 ; *JCP. G* 1987, II, 20872, note Plaisant ; *RTD. com.* 1987, p. 198, obs. Françon.

Cass. 1^{re} civ. 5 déc. 1910, *American Trading Co, Les grands arrêt du droit international privé*, B. ANCEL, Y. LEQUETTE (dir.), Dalloz, 5^e éd. 2006, n° 11

Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 1973, *D.* 1973, *Jur. p.* 173, note B. Edelman

Cass. 1^{re} civ. 7 juin 1995, *SA Éditions Glénat c/ Bourgeon*, *JCP G*, n° 6, 1996, II 22581, note A. Françon

Cass. 1^{re} civ. 9 oct. 1984, *Bull. civ. I*, 1984, n° 252 ; *RIDA*. 1985/3, n° 125, p. 144 ; *D.* 1985. IR, p. 316, obs. C. Colombet

Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1999, n° 96-18.699, *Affaire Gondrée*, *Bull. civ. I*, n° 87, p. 58 ; *RTD civ.* 1999, p. 859, note F. Zenati ; *RTD com.* 1999, p. 397, note A. Françon ; *RIDA* 1999, n° 182, p. 149, note M. Cornu ; *D.* 1999, 319, note E. Agostini et concl. J. Sainte-Rose ; *JCP G.* 1999, II. 10078, note P.-Y. Gautier ; *Comm. com. électr.* 1999, comm. 4, obs. Y. Gaubiac.

Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2018, n° 15-14.023

Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2008, n° 07-19494, F-P+B, *B.-M. c/ SA Photoalto*, *JurisData* n° 2008-046194, *RDC*, 2009/02, p. 477, comm. Y.-M. Laithier ; *Comm. com. électr.*, n° 2, Février 2009, comm. 12 C. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2000, n° 97-13.903, *JurisData* n° 2000-000084, *JCP. G.* 2000, IV, 1321.

Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1983, *RIDA*, 1/1984, p. 196.

Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1989, n° 88-14220, *JurisData* n° 1989-003081, Bull. civ. I, n° 313, p. 209

Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-17.794, *SPEDIDAM c/ Sté iTunes et a.*, *JurisData* n° 2013-018957, *Légipresse* 2013, n° 310, p. 604, note P. Tafforeau

Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 1976, Bull. civ. I, n° 23, *D.* 1976, IR, 195 ; *RTD com.*, 1978, p. 103 ; *RIDA*, 1976/03, p. 164.

Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 1976, *JurisData* n° 1976-000123, Bull. civ., I, n° 123, *D.* 1976, IR, p. 195 ; *RTD com.* 1978, p. 103 ; *RIDA* oct. 1976, p. 164.

Cass. 1^{re} civ., 12 avril 1976, Bull. civ. I, p. 123 ; *D.* 1976, inf. rap. p. 195 ; *RIDA* 1976, n° 90, 164.

Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, no 03-19.086, F-D

Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n° 08-20.651, FS P.B. R. + I., *JurisData* n° 2011-008403, *JCP G.* 2011, n° 814, note M. Vivant ; *Comm. com. électr.* n° 7-8, juillet 2011, comm. 62, note Ch. Caron

Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2011, n° 10-15.667, *JurisData* n° 2011-008330, *JCP. G.* 2011, p. 899, note A. Lucas ; *Comm. com. électr.* 2011, comm. n° 82, note C. Caron ; *Dr. fam.*, 2011, comm. 112, note B. Beignier ; *Propr. intell.* 2011, p. 287, obs. J.-M. Bruguière.

Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2018, 17-19.490.

Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, F-P+B, *JurisData* n° 2006-034001, comm, *Comm. com. électr.*, n° 2, fév. 2007, n° 20, C. Caron ; *RTD com.* 2006. 593, F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2006, AJ p. 1819, obs. J. Daleau ; *RLDI* n° 19, sept. 2006, p. 30, A. Valette

Cass. 1^{re} civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, F-P+B, *Sté Kapagama c/ Poulet*, *JurisData* n° 2006-034001, *Comm. com. électr.*, n° 2, fév. 2007, n° 20, C. Caron ; *RTD com.* 2006, p. 593, F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2006, AJ p. 1819, obs. J. Daleau ; *RLDI* n° 19, sept. 2006, p. 30, A. Valette.

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*, *JurisData* n° 2008-043125_C. Caron, *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2008, comm. 64

Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1973, *Guino*, 71-14.469, B

Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, n° 01-11.930, *JurisData* n° 2003-020902 ; *JCP G* 2003, act. 573 ; *Légipresse* 2004, n° 208, I, p. 6

Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-22.401, FS-P+B, *Chapman et Mpondo c/ TF1*, *JurisData* n° 2014-027265, *D.* 2015, p. 410, note A. Etienney De Sainte Marie, *Comm. com. électr.* 2015, comm. 2, Ch. Caron, *Comm. com. électr.* n° 4, avril 2015, chron. 4, n° 3, note X. Daverat

Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1993, n° 91-11.241, *Sté Sogec Marketing c/ Sté générale des grandes sources d'eaux minérales françaises*, *JurisData* n° 1993-002380 ; *D.* 1994, p. 166, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1994, p. 272, obs. A. Françon ; *GAPI*, n° 24, p. 344.

Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1993, n° 91-11241

Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, *D.* 2000, Jur. p. 372, note B. Beignier, Somm. p. 266, obs. C. Caron ; *RTD civ.* 2000, p. 291, obs. J. Hauser ; *JCP* 2000, II, n° 10241, concl. C. Petit ; *Com., com. élect.*, 2000, n° 39, note A. Lepage ; *LPA*, 22 mai 2000, note S. Prieur

Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2003, n° 00-19.086, *Archange international et a. c/ SA Emi publishing France*, *JurisData* n° 2003-017789, *D.* 2003, p. 1088, note S. Becquet ; *Légipresse* 2003, n° 203, III, p. 117, note A. Singh et G. Corman ; *Comm. com. électr.* 2003, comm. 36, obs. Ch. Caron ; *RIDA* 2003/04, p. 279, obs. A. Kéréver.

Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, n° 06-18.855, *D.* 2010, p. 260, obs. C. Manara ; *RTD com.* 2010, p. 307, obs. F. Pollaud-Dulian.

Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, n° 97-21.603, *RIDA*, 2001/01, p. 265 et p. 221, obs. A. Kéréver

Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, n° 90-12.360, *Éd. Rivages c/ Sté Hachette*, *JurisData* n° 1991-001485, *JCP G* 1991, II, 21760, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RIDA*, 1992/1, p. 272, P. Sirinelli.

Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1900, *Whistler*, *DP* 1900, 1, p. 497, rapp. Rau, concl. Desjardins et note Planiol, S. 1900, 1, p. 489, obs. Esmein ; *D.* 1900. I. p. 497, obs. Planiol.

Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2015, n° 14-19.214, *JurisData*, n° 2015-022770 B. 2016, n° 837, Bull. 1^{re} civ., n° 315 *Comm. com. électr.* 2015, comm. 96, note C. Caron ; *RTD com.* 2016, p. 108, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2016, p. 61, obs. J.-M. Bruguière ; *D. IP/IT* 2016, p. 36, obs. J. Daleau ; *JCP E.*, 2016, p. 1481, n° 5, obs. M. Guillemain.

Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2005, n° 01-16.297, n° 01-16.500, n° 01-17.255, *JurisData* n° 2005-026971, *RIDA*, 2005/3, n° 205, p. 415 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 61, note Ch. Caron ; *RTD com.* 2005, p. 495, note F. Pollaud-Dulian.

Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1974, *D.* 1974, p. 267

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090, *SNC Hachette Filipacchi c/ Sté Sygma*, *JurisData* n° 2002, *Comm. com. électr.* 2002, comm. 94 note C. Caron ; *Propr. intell.* 2002, n° 4, p. 58, obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2002, n° 194, III, p. 139, note Ch. Bigot ; *RIDA* 2003, n° 195, p. 333, obs. A. Kéréver ; *JCP E* 2004, p. 615, n° 5, obs. M.-E. Laporte-Legeais.

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 12-12.356 et n° 12-20.507

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-15.957, *Propr. intell.* 2015, p. 297, obs. C. Bernault

Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 1996, n° 94-18.016, *JCP G.* 1996, IV, 2398, *RIDA*, 1997/01, n° 171, p. 321 ; *JCP G* 1996, IV, p. 2398

Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2013, n° 12-14.439, *JurisData* n° 2013-000265 ; *JCP G* 2013, act. 98, obs. H. Slim ; *JCP G* 2013, doct. 1291, n° 1, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 108, F. Leduc ; *D.* 2013, p. 619, note M. Bacache ; *Gaz. Pal.* 23 avr. 2013, p. 14, A. Guégan-Lécuyer ; *RTD civ.* 2013, p. 380, obs. P. Jourdain.

Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997, n° 95-13.197 et n° 95-13.334, *Sté Nickel Odéon Productions*, *JurisData* n° 1997-003341 ; *Bull. civ.*, I, n° 248 ; *D.*, 1997, inf. rap., p. 183 ; *RIDA*, n° 175, p. 311 1998/01, A. Kéréver ; *JCP E* 1999, p. 317, n° 1, obs. D. Bougerol.

Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1998, 96-10.123 *Bull. civ.* 1998, I, n° 256, *RIDA* 1998/3, p. 241 ; *D.* 1999, p. 306, note E. Dreyer ; *D. aff.* 1998, p. 1911 ; *JCP E.* 2000, p. 77, note M.-E. Laporte-Legeais

Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2018, n° 15-14.023, *Ess. Prop. Intell.*, oct. 2018, n° 9, p. 3, S. Carre

Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-13.202, *M. c/ Sté Bloobox-net (site Fuzx)*, *JurisData* n° 2011-001674

Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-15.857, *Sté Agence des médias numériques (Amen) c/ K.*, *JurisData* n° 2011-001675,

Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896, *D.* 2011. 668, obs. C. Manara, 1113, note L. Grynbaum, 2164, obs. P. Sirinelli, et 2363, obs. J. Larrieu ; *RTD com.* 2011. 351, obs. F. Pollaud-Dulian

Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1978, *D.*, 1978, jurispr. p. 661, obs. H. Desbois

Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1986, *Bull. civ. I*, n° 31, *D.* 1987, somm. p. 157, obs. C. Colombet

Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1992, n° 90-17.627, *JurisData* n° 1992-000480,

Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, n° 92-15.112, *Bull. civ. I*, n° 292, *RIDA*, n° 164, 1995/02, p. 267, A. Kéréver *RIDA*, n° 166, 1995/01, p. 271 ; *D.* 1994, inf. rap. p. 249 ; *JCP. G.* 1994, IV, 2564 ; *Bull. civ.* 1994, I, n° 296

Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1983, 82-14.597, *Bull. I*, n° 304

Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2013, n° 12-28.912, inédit, *RTD com.* 2014, p. 118, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Ess. Dr. Prop. Intell.*, 1^{er} mars 2014, n° 3, p. 4, obs. C. Bernault : *Propr. intell.* 2014, p. 172, obs. A. Lucas.

Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 1968, *Bull. civ.* 1968, I, n° 69.

Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1976, *Bull. civ. I*, p. 195, *RIDA*, n° 91, 1977/01, p. 104 ; *RTD. com.* 1977, p. 326, obs. Desbois

Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1996, n° 94-14.644 : *JurisData* n° 1996-001008, *Bull. civ. I*, n° 137, p. 97 ; *JCP G* 1996, IV, 1131

Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2004, *Prop. Intell.* janv. 2005, p. 68, note A. Lucas

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2011, n° 09-15779, *Propr. intell.* n° 42, p. 33, note J.-M. Bruguière.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1970, *Cours de navigation des Glénans*, *D.*, 1970, *Jur.* p. 769, note B. Edelman ; *D.*, 1970, chron. p. 197, B. Edelman

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988 et 22 mars 1988, *JCP G* 1998, II, 21120, note A. Françon ; *RIDA*, n° 138, 1988/04, p. 295 ; *RTD com.* 1988, p. 444, obs. A. Françon ; *D.* 1989, somm. p. 47, obs. C. Colombet

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988, n° 85-18.813, *Rev. proc. coll.* 1988, p. 422, obs. Dureuil, *D.* 1989, somm., p. 50, note Colombet, *Rev. proc. coll.* 1989, p. 376, obs. Soinne

Cass. 1^{re} Civ., 2 Déc. 1997, n° 95-19.576

Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2014, n° 13-14.845, *F-D, Zorab M. c/ Sté In libro Reverbere*, *JurisData* n° 2014-015187, *C.C.C.* n° 11, nov. 2014, comm. n° 257, comm. G. Raymond

Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2014, n° 13-24.359, *Propr. intell.* 2014, n° 53, p. 397, comm. J.-M. Bruguière ; *Comm. com. électr.* 2015, ét. n° 5 ; *L'Épître* 2014, n° 321, p. 617, note V. Varet ; *JAC.* 2014, n° 18, p. 12

Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1966, *D.* 1967, p. 159

Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007, 05-14.372, *JurisData* n° 2007-042037 Inédit

Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1995, n° 91-19.715, *Bull. civ. I*, n° 268, *RIDA*, n° 167, 1996/01, p. 235.

Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2001, n° 97-22.428, *JurisData* n° 2001-008772 ; *Bull. civ.* 2001, I, n° 79 ; *Propr. intell.* 2001, n° 1, p. 69, note A. Lucas.

Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1985, n° 84-13.940, *JurisData* n° 1985-003097 *Bull. civ. I*, n° 252, *RTD civ.* 1986, p. 622, obs. J. Patarin

Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2006, n° 03-20.960, *Colucci c/ Sté Maroko*, *JurisData* n° 2006-032792 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 95, obs. C. Caron ; *RLDI* 18/2006, n° 521, p. 6, note L. Marino ; *JCP G* 2006, IV, 1882

Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1995, *Aupois et a.c/ Faget*, *JCP G* 1996, IV, p. 84 ; *Bull. civ. I*, n° 420

Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 05-16922

Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 04-16.612, *RLDI* 2006/22, n° 683, obs. J.-B. Auroux.

Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1968, *D.* 1968, jurispr. p. 82

Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 2000, n° 97-21.098.

Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, n° 07-21.498, *Affaire des Trois cavaliers de Kandinsky*, *JurisData* n° 2009-046658

Cass. 1^{re} civ., 22 juin 1959, *D.* 1960, p. 129, note Desbois

Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, FS-P+B+I, n° 06-17.863

Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, n° 98-19.990, *Société Éditions Cercle d'Art/Pierrel*, affaire *Picasso*, *JurisData* n° 2001-007865 ; *Bull. civ.* 2001, I, n° 13 ; *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 34 ; *RIDA*, 2001/3, n° 189, p. 327 ; *JCP G.* 2001, IV, 1485.

Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 1998, n° 95-22.282, Bull. civ. I, n° 75 ; *D.* 1998. 471, note A. Françon, et 1999. 64, obs. C. Colombet

Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2015, n° 14-18.706, inédit, *Rev. arb.* 2016, P. 219, note L.-C. Delanoy.

Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2017, n° 16-10.898, *Sté Comotion musicale c/ Bitan*, *JurisData* n° 2017-010355, *Légipresse* 2017, p. 636, § 7, obs. C. Alleaume ; *Comm. com. électr.* 2017, comm. 60, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2017, n° 65, p. 66, obs. A. Lucas.

Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2017, n° 16-13.087, *JurisData* n° 2017-010354, *Comm. com. électr.* n° 3, Mars 2018, chron. 5, M. Ranouille

Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, n° 91-16.193 *JCP E* 1993, pan., n° 300, obs. Ph. Delebecque.

Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, *Sté Aréo c/Syndicat d'initiative de l'office de tourisme de Villeneuve-Loubet et autres*, *RIDA*, n° 158, 1993/04, p. 200 et obs. Kéréver, p. 9, *JCP G* 1993, II, 22085, note Greffe ; *RTD com.* 1995. 418, obs. Françon.

Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, *Sté Bézéault c/ Sté Michallon et Prat*, *RIDA*, n° 158, 1993/04, n° 158. p. 203, chron. A. Kéréver.

Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1993, *RIDA*, n° 160, 1994/02, p. 216, A. Kéréver

Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2009, *JCP G* 2009, n° 401

Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, n° 09-11.537

Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 1970, *JCP G* 1970, II, 16273, note *D. L.* ; *D.* 1970, p. 281, note A. Breton ; *RTD com.* 1970, p. 699, obs. H. Desbois

Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, *JurisData* n° 2005-026632 ; *RIDA* 2/2005, p. 265 ; *D.* 2005, p. 956, note Ph. Allacys ; Bull. civ. 2005, I, n° 44 ; *Propr. intell.* 2005, p. 164, obs. A. Lucas

Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, n° 07-20.387, FS-P+B+R+I, *Le franc c/ Sté SESAM, Affaire Cryo* *JurisData* n° 2009-048920, *D.* 2009. 1819, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2009. 710, obs. F. Pollaud-Dulian ; *ibid.* 2010. 319, chron. P. Gaudrat ; *JCP* 2009, n° 42, 328, note E. Treppoz ; *RIDA*, n° 221, 2009/03. 305, note P. Sirinelli

Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, *D.* 2004. 1893, note N. Bouche, *D.* 2005. 2462, obs. Y. Auguet

Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2005, *Colette*, *RIDA*, n° 207, 2006/01, p. 349 ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 109, note C. Caron ; *D.* 2006, p. 661, B. Edelman

Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2005, n° 03-20.072, *D.* 2005, AJ p. 1698, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2005, p. 727, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* 2005, Comm. n° 108, obs. C. Caron

Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010, n° 09-65.515, FS-P+B+R+I, 006 *JCP G* 2010, 439, note Ch. Caron ; *D.* 2010, p. 1599, note B. Edelman, *RLDI* 2010/60, n° 1574 obs. L. C. ; *JCPE* 2010, 1602, note M.-E. Laporte-Legeais, *Dr. et Pat.* 2010, juill., 196. D. Velardocchio

Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1994, *RIDA* 3/1994, p. 309

Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 2004, n° 99-18.464, *JurisData* n° 2004-023436, Bull. civ. I n° 117, p. 96, *RTD com.*, 2004, p. 484 note F. Pollaud-Dulian ; *PI* n° 12, 2004, p. 770 note P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.* juil./août 2004, p. 23, note Ch. Caron ; *Propr. Ind.* Sept. 2004, p. 27, note P. Kamina ; *L.P.A.* 17 janv. 2005 jurispr., pp. 5-17, note X. Daverat ; *Légipresse* avr. 2005, p. 63 note F. Sardain.

Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006, 05-14588

Cass. 1^{re} civ., 27 mars 1985 : Bull. I civ. 1985, n° 111

Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2008, n° 07-12.109, F-P+B, *Petrucciani c/ SA Francis Dreyfus Music*, *JurisData* n° 2008-045980

Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2012, n° 831/2010

Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, n° 05-15.824, *Mulbolland Drive*, *JurisData* n° 2006-032368 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 56, note Ch. Caron ; *Comm. com. électr.* 2006, chron. 3, n° 8 et 14, obs. X. Daverat ; *JCP G* 2006, II, 10084, note A. Lucas ; *Propr. intell.* 2006, p. 179, obs. A. Lucas

Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2003, *On va slunber*, n° 00-20.014, *Didier Barbelivien et Gilbert Montagné c/ Sté Agence Business et a*, *JurisData* n° 2003-017443, *D.* 2003, p. 559, obs. J. Daleau ; *D.* 2003, p. 1688, note F. Sardain ; *JCPE* 2004, 561, obs. A. Ratovo ; *Comm. com. électr.*, 2003, comm. 21, note C. Caron ; *Légipresse* mai 2003, n° 201, III, p. 61, note A. Maffre-Bauge ; *Légipresse* 2003, n° 202, III, p. 79, note M.-A. Gallot Le Lorier et V. Varet ; *Propr. intell.* avr. 2003, p. 165, obs. P. Sirinelli ; *RIDA* avr. 2003, p. 281, obs. A. Kéréver.

Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n° 11-13.875, *Ess. Prop. Intell.* n° 8, sept. 2012, obs. C. Bernault

Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2015, n° 14-15114

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1971, Bull. civ. I, n° 219, *RIDA* 1971/4, p. 136 ; *D.* 1971, somm. p. 190 ; *JCP G* 1971, IV, p. 216

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1982, *D.* 1983, jur., p. 33, note B. Edelman

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994, n° 92-16.057, *RIDA*, n° 163, 1995/01, p. 197, A. Kéréver

Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001, n° 99-15.284

Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1973, *JCP G* 1974, II, 17617, note M. A. ; *D.* 1973, p. 693, note R. Lindon

Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1989, *Rutman*, *RIDA*, n° 141, 1989/03, p. 262

Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 1974, *RIDA*, n° 80, 1974/03, p. 124

Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2001, *Les nouvelles éditions Méridian c/ Dabadie et Polnareff*, *Comm. com. électr.* n° 6, Juin 2001, comm. 58, C. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *JurisData* n° 2002-013787 ; Bull. civ. I, n° 109 ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 80, note C. Caron ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 89, note Ph. Stoffel-Munck ; *RTD* civ. 2002, p. 502, note J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et patr.* oct. 2002, p. 26, note G. Loiseau ; *RIDA* oct. 2002, p. 287 et 221, obs. A. Kéréver ; *RIDA* janv. 2003, p. 239, obs. A. Françon. D. 2002. 1860, et les obs., note J.-P. Gridel, note J.-P. Chazal ; *ibid.* 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD* civ. 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et patr.* sept. 2002. 26, note G. Loiseau ; *RTD* com. 2003. 86, obs. A. Françon

Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2007, n° 06-13.342, *JurisData* n° 2007-038325

Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 2011 n° 08-14.402, n° 109 FS-PBRI, *Association UFC de l'Isère - Que Choisir c/ Association Clévacances Isère départementale des locations de vacances de l'Isère*, D. 2011, act., p. 510 ; *JCP G* 2011, 414, G. Paissant ; *JCP E* 2011, 1285, N. Dupont ; *NLEDC* mars 2011, p. 1, n° 39, Sauphanor-Brouillaud ; *LPA* 11 mai 2011, p. 3, M. Falaise

Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, *Y. c/ SA Librairie Arthème Fayard* n° 01-02.020 FS-P, *Juris-Data* n° 2004-022094, *JCP. G.* n° 41, 6 oct. 2004, II 10149, É. Treppoz ; *JCP G* 2004, IV, 1626 ; *RD propr. intell.* avr. 2004, p. 642, obs. A. Lucas

Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996 pourvoi *Guédy c/Harmand*, 92-18.627, *Bull. civ.*, 1996, I, n° 294 ; *D.*, 1997, p. 328, note A. Françon ; *D. aff.*, 1996, p. 1137

Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1982, *D.* 1983 somm. 98 obs. Colombet

Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, 13-10.560, Inédit

Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1985, *Bull. civ.* 1985, I, n° 45

Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, *les Misérables*, n° 04-15.543, *JurisData* n° 2007-037150 ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 34, C. Caron ; *JCP G* 2007, II, 10025, note C. Caron ; *Propr. intell.* avr. 2007, p. 207, obs. A. Lucas ; *RIDA* avr. 2007, p. 249, obs. P. Sirinelli ; *D.* 2007, p. 497, obs. F. Pollaud-Dulian

Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, n° 05-19.352, *Larue et a. c/ Emi Music Publishing France*, *JurisData* n° 2007-037263 ; *Propr. Intell.* 2007, n° 23, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.*, n° 4, Avril 2008, chron. 4 X. Daverat

Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2012, 10-17.780, *Bull.* 2012, I, n° 116, FS-P+B+I, *SARL Corbis Sygma c/A.*, *JurisData* n° 2012-011572, *Comm. com. électr.* n° 9, sept. 2012, comm. 89, Ch. Caron

Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1967, *D.* 1968. Somm. 25

Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 1991, 89-20.232, *Bull. civ.* 1991, I, n° 115 ; *D.* 1992, p. 261, note P.-Y. Gautier

Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 2006, *Sté Colmax c/ Sté Archange International*, n° 01-03.328, *Bull. civ. I*, n° 192, *Comm. com. électr.*, juin 2006, comm. n° 88, obs. C. Caron

Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2001, n° 98-18.411, *Castets c/ Sté Lacoste*, *JurisData* n° 2001-011977, *JCP G.* 2002, IV, 1104 ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 19, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2002, n° 3, p. 61, obs. A. Lucas

Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1975, *Bull. civ.* 1975, I, n° 47, *RIDA*, 1975/3, n° 85, p. 180 ; *D.* 1975, IR. p. 94

Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1986, *JurisData* n° 1986-000375, *Bull. civ. I*, n° 12, *RTD* com. 1987, p. 198, obs. A. Françon ; *RIDA*, 1986/3, n° 129, p. 128, *JCP. G.* 1987, I, 3312, n° 26, obs. B. Edelman ; *JCP. G.* 1987, II, 20872, note R. Plaisant.

Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1983, *RIDA*, 1983/3, n° 118, p. 241 ; *Bull. civ. I*, n° 6

Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1971, *D.* 1971, p. 585

Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, 11-11.044, *Bull. I*, n° 410

Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, 11-14.788, Inédit

Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1995, n° 93-13.559, *JurisData* n° 1995-003517, *Bull. civ.* 1995, I, n° 450.

Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2006, n° 05-11.789, *JurisData* n° 2006-036361 ; *Propr. Intell.* 2007, n° 23, p. 205, obs. J.-M. Bruguère ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 18, note C. Caron ; *Légipresse* 2007, n° 241, III, p. 112, note F. Corone et C. Barassi ; *Comm. com. électr.* 2007, chron. 4, obs. X. Daverat ; *Comm. com. électr.* 2007, chron. 7, obs. E. Dreyer ; *RTD* com. 2007, p. 95, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2007, n° 25, p. 6, note A. Singh

Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, *M. Zanzǎ, ès qualités c/ M. de Coninck et autres*, *RTD. com.* 1999, p. 380, obs. E. Loquin ; *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 546, *D. Bureau*

Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993, *de Villiers c/ Soton*, n° 91-13.664, *RIDA*, n° 158, 1993/04, p. 205

Cass. 1^{re} civ., 5 mars 1968, *JurisData* n° 1968-000087

Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1999, n° 96-43.749, *JurisData* n° 1999-003057, *Comm. com. électr.* 1999, comm. 42, note C. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, *Vidéo Adapt c/ SNAC*, *JurisData* n° 2003-018905, *Bull. civ. I*, n° 110, p. 86, *RIDA* juill. 2003, p. 193 et obs. A. Kéréver, p. 211, *Comm. comm. électr.*, n° 6, juin 2003, comm. 56, Ch. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-15.502, *JurisData* n° 2001-008562 ; *Comm. com. électr.* 2001, comm. 44, Ch. Caron ; *JCP G* 2002, II, 10014, F. Pollaud-Dulian ; *Bull. civ.* 2001, I, n° 58 ; *D.* 2001, p. 1868, note B. Edelman

Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1979, *D.* 1980, IR, p. 207

Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995, *SA Éditions Glénat c/Bourgeon*, n° 93-15.485, *JurisData*, n° 1995-001524, *JCP. G.*, 1995, IV, 1898.

Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1984, 82-17.016, *Ranougraphie*, *JurisData*, n° 1984-700385 ; *JCP G* 1985, II, 20351, note R. Plaisant ; *RIDA*, n° 121, 1984/03, p. 151 ; *RTD com.* 1984, p. 677, obs. A. Françon

Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, n° 04-13454

Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1997, *RCA* 1997. 367

Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1984, Bull. civ. I, n° 173 ; 30 oct. 1997, *D.* 2007. AJ. 3005

Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1980, n° 78-12.998, *Dubuffet*, *JurisData* n° 1980-700017 ; Bull. civ. 1980, n° 17, *JCP G.* 1980, II, 19336, note Lindon ; *D.* 1980, juris. p. 83, note B. Edelman ; *RIDA* 2/1980, p. 154, note A. Françon.

Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, n° 96-22.536, *Sté Colorado c/ Sté Lee Cooper International*, *Comm. com. électr.* 1999, comm. 8, C. Caron.

Cass. 1^{re} civ., 9 avr. 2014, n° 12-19.427, *Sté Carthago c/ M. Y. et a.*, *RLDI* mai 2014, n° 3455 ; *Propr. intell.* 2014, p. 282, J.-M. Bruguière.

Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1994, *RIDA*, 1994/4, n° 162, p. 245

Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2006, n° 05-15.472, *JurisData* n° 2006-034564 ; *D.* 2006, p. 2313, note J. Daleau ; *Propr. intell.* 2006, n° 21, p. 446, obs. A. Lucas ; *RIDA*, 2006/4, n° 210, p. 253, obs. P. Sirinelli et p. 367

Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, 92-19.080, 92-20.436, 92-20.489, *RIDA*, 1996/3, n° 169, p. 331, *Pactec c/ Masson*, Bull. 1996 I n° 27 p. 17

Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 27 ; *JCP G* 1996, II, 22643, obs. Daverat ; *RIDA*. 1996/3, n° 169, p. 331

Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1991, *JurisData* n° 1991-002927, Bull. civ. 1991, I, n° 253 ; *D.* 1993, somm. p. 92, obs. C. Colombet

Cass. 1^{re} civ., du 15 mai 2001, 99-12.498, Bull. civ. I, n° 139, *D.* 2001, AJ, p. 1880 ; obs. A. Lienhard

Cass. 1^{re} civ., 1^{re}, 17 mai 1978, *D.* 1978, 661, note Desbois

Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 1979 : *Bull. civ.*, I, n° 272, p. 220 ; *D.*, 1980, Inf. rap. 85, obs. C. Colombet

Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2013, n° 12-28.912, Inédit

Cass. 1^{re} civ., 19 février 1991, n° 89-14402.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1970, *D.*, 1970, p. 769, note B. E., ; *RTD. com.* 1971, 333, note Desbois

Cass. 1^{re} civ. 1^{re}, 6 mai 1997, Bull. civ. 1997, I, n° 149, *D.* 1997, jurispr. p. 483, rapp. J. Thierry ; *RTD civ.* 1998, p. 171, obs. J. Patarin

Cass. civ. 1^{re}, 8 oct. 1980, *D.* 1981. Inf. rap. 85, obs. C. Colombet

Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, *JCP E* 1991, 220, note J. Ginsburg et P. Sirinelli ; *JCP* 1991 II 2131 note A. Françon ; *RIDA* oct. 1991 n° 150, p. 3. note J. Ginsburg et P. Sirinelli ; *JDI* 1992, p. 133, note B. Edelman ; *D.* 1993, 197. note J. Raynard

Cass. 1^{re} civ. 9 oct. 1991, *Robert c/ Joker*, *RIDA*, n° 151, 1992/01 p. 292

Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 1977, Bull. civ. I, n° 363 ; *D.* 1978. IR 68 ; *Gaz. Pal.* 1977. 2. Somm. 359

Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2017, n° 16-17.738, FS-P+B, *S^e SIREGE c/ SOFLA*, *D.* 2017, p. 1910 ; *RTD com.*, 2017, p. 903, chron. Pollaud-Dulian

Cass. 1^{re} cass., 22 janv. 2009, n°07-21.498, Bull. I n° 44

Cass. 1^{re} cass., 22 juin 2017, n° 15-28.467, *D.* 2017. 1955, note P. Malaurie ; *D.* IP/IT 2017. 536, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2017. 891, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2017, n° 890, note X. Daverat ; *Propr. intell.* 2017, n° 65, p. 60, obs. A. Lucas

Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 75, *RIDA* juill. 1998. 213

Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1996, n° 94-16.702, Bull. civ. I, n° 274 ; *D.* 1996. 188 ; *RTD com.* 1997. 309, obs. B. Bouloc

Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 1976, *Bull. civ.* I, n° 111

Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 117 ; *D.* 2004. AJ. 1528, obs. J. Daleau ; *RTD. com.* 2004. 484, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. Ind.* 2004, n° 9, comm. 74, P. Kamina ; *Comm. com. électr.* 2004. comm. 84, C. Caron ; *Légipresse* avr. 2005, n° 220, p. 62, note Sardain

Civ. 1^{re}, 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 173, P.-Y. Gautier, *RTD. civ.* 2000, p. 852

Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, n° 07-20.387, *Affaire Cryo*, *D.* 2009. 1819, Gaudrat, obs. J. Daleau ; *RTD. com.* 2009. 710, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP* 2009, n° 42, 328, note É. Treppoz ; *RIDA*, n° 221, 2009/03, p. 305, note P. Sirinelli.

Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2005, n° 02-17.305, Bull. civ. I, n° 230, *D.* 2006. 661, obs. J. Daleau, note B. Edelman ; *RTD. com.* 2005. 494, Pollaud-Dulian ; *Propr. intell.* 2005, p. 345, obs. A. Lucas ; *Légipresse*, nov. 2005, n° 226, A. Maffre-Bauge

Cass. 1^{re} civ., 27 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 117, *D.* 2004. AJ. 1528, obs. J. Daleau ; *RTD. Com.* 2004. 484, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Propr. Ind.* 2004, n° 9, comm. 74, par P. Kamina ; *Comm. com. électr.* 2004. comm. 84, par C. Caron ; *Légipresse* avr. 2005, n° 220, p. 62, note Sardain.

Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000, *C.C.C.*, 2000, Comm. n° 140, obs. L. Leveneur ; *Deffrénois* 2000. 1110, obs. P. Delebecque et D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. J. Mestre et B. Fages

Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2007, n° 04-15543, Bull. I, n° 47, p. 41, *JCP G.* 2007, II, 10025, note C. Caron

Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2000, n° 98-12.825

Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, n° 01-02.237, *RTD civ.* 2003. 696, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2004. 267, obs. F. Pollaud-Dulian

Cass. 1^{re} civ., 8 févr. 1960, *RTD civ.* 1960, p. 297, obs. J. Carbonnier.

Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 1989, n° 87-12.293

Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1965, Bull. civ. I, n° 694 ; 6 mai 2003, n° 00-17.383

Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2014, n° 13-10.710, inédit, *RDC* 2015, 321, obs. C. Goldie-Génicon

Civ. 2^e, 11 mars 1964, *D.* 1964. Somm. 102 ; iv. 2^e, 20 nov. 1968, Bull. civ. II, n° 277 ; *RTD* civ. 1969. 335, obs. Durry
Cass. 2^e civ., 14 février 2006, *JCP. G* 2006, IV, 2491 ; Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2007, *D.* 2007, act. p. 1280, F. Chatelain ; *RIDA*, n° 213, 2007/03 obs., p. 341, P. Sirinelli ; *Prop. Intell.*, 2007, obs. p. 332, J.-M. Bruigière ; *RTD* com. 2007, p. 544, obs. F. Pollaud-Dulian
Cass. 2^e civ., 15 avr. 2010, n°09-14730, *RLDI*, 2010, n° 60, obs. F.-D.
Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.459
Cass. 2^e civ., 20 nov. 2014, n° 13-22.826
Cass. 2^e civ., 30 juin 2004, n°02-19.599
Cass. 2^e civ., 30 juin 2004, n° 2004-024365
Cass. 2^e civ., 20 nov. 2014, 13-22.826, Inédit

Cass. 3^e civ., 11 janv. 2006, Bull. III civ. 2006, n° 10, *Défrénois* 2006, 721, obs. Savaux
Cass. 3^e civ., 16 juillet 1997, 96-10223, Inédit
Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 1992, *D.* 1993, somm. p. 35, obs. Robert.
Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 2009, n° 07-21833, *RDC*, 2009/04, p. 1317, C. Pérès
Cass. 3^e civ., 20 févr. 1985, Bull. civ. 1985, III, n° 39
Cass. 3^e civ., 20 janv. 2010, n° 08-70.206, *JurisData* n° 2010-051181
Cass. 3^e civ., 22 mars 2017, n° 16-13.060, *JurisData* n° 2017-005623.
Cass. 3^e civ., 27 mars 2002, n° 00-20.732, *JurisData* n° 2002-013715 ; *D.* 2002, J. 2400, note H. Kenfack ; *D.* 2002, somm. comm. 3006, obs. D. Ferrier ; *AJDI* 2002, p. 376, obs. J.-P. Blatter ; *JCP G* 2002, II, 10112, note F. Auque.
Cass. 3^e civ., 3 nov. 1947, II, 4009.
Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, Bull. civ. III, n° 87, p. 80 ; *JCP G.* 2004, II, n° 10031, note Ch. Jamin ; *JCP G.* 2003, I, 170, n° 15, obs. A. Constantin ; *RTD.* civ. 2003, p. 501, obs. J. Mestre et B. Fages
Cass. 3^e civ., 4 mai 2006, *AJDI*, 2006, p. 736, J.-P. Blatter, *AJDA*, 2006, p. 689, note Denizot.
Cass. 3^e civ., 6 fév. 2007, n° 06-10312, Inédit
Cass. 3^e civ., 6 nov. 1991, n° 90-15.605, *JurisData* n° 1991-004086 ; *Loyers et copr.* 1992, comm. 302, note Ph-H. Brault
Cass. 3^e civ., 9 déc. 1986, n° 85-13.373, *JurisData* n° 1986-002598 ; Bull. civ. 1986, III, n° 177
Cass. 3^e civ., 9 déc. 2009, n° 04-19923 : *D.* 2010, p. 476, note Billemont, p. 1103, obs. C. Monge et F. Nési ; *Dr. et pat.* 2010, n° 194, p. 104, *JCP N* 2010, I, 1311, note J.-P. Garçon.
Cass. 3^e civ. 24 mars 1993 *Bull. civ.* III, n° 45 ; *Deffrénois* 1993.771, obs. Defrénois-Souleau ; *RTD civ.* 1993.853, obs. F. Zénati.
Cass. 3^e civ., 14 avr. 2010, n° 08-21.346, *JurisData* n° 2010-003856, FS-P+B, n° 08-21346, *D. Act.*, 10 mai 2010, obs. D. Chenu ; *C.C.C.*, n° 7, juill. 2010, comm. 173, L. Leveneur.
Cass. 3^e civ., 17 fév. 2015, 13-27.479, Inédit, *RDC*, 2015/4, p. 945, A. Tadros
Cass. 3^e civ., 14 janv. 2004, *RDC* 2004/2, p. 708, obs. J.-B. Seube.
Cass. 3^e civ., 9 nov. 2004, *RDC* 2005/1, p. 363, J.-B. Seube
Cass. 3^e civ., 26 janv. 2017, n° 15-27.580, *D.* 2017, p. 388, note V. Pezzella ; *ibid.* 1149, obs. N. Damas
Cass. 3^e civ., 7 juill. 1975, Bull. civ. III, n° 238

Cass. civ., 13 mai 1885, *DP* 1885, I, 350,
Cass. civ., 18 avril 1891, affaire *Ceccaldi*, *DP* 1891, I, 329, M. Planiol ; *GAJC* n° 176
Cass. civ., 25 juill. 1887, *DP* 1888, 1, 5, note Sarrut, rapp. Lepelletier ; *S.* 1888, 1, 17, note Lyon-Caen.
Cass. civ., 25 mars 1901, *S.*, 1901, 1, p. 305
Cass. civ., 6 mars 1876, *Commune de Pélissanne c./ Marquis de Galliffet, Affaire Canal de Craponne*, *GAJC*, p. 183.
Cass. civ., 8 nov. 1875, *DP* 1876, 1, p. 438 ; *S.* 1876, 1, p. 102.
Cass. civ., 10 nov. 1930, *Halévy*, *DP* 1931, 1, p. 29, M. Nast ; *S.* 1931, 1, p. 169, Largarde
Cass. civ., 11 fév. 1891, *DP*, 1891, 1, 197
Cass. civ., 17 juill. 1883, *DP* 1884, 1, p. 305
Cass. civ., 1^{er} août 1950, *S.* 1951. 1. 100, *RTD.* civ., 1951. 388, obs. J. Carbonnier
Cass. civ., 2 janv. 1946, *D.* 1946, p. 133
Cass. civ., 26 févr. 1918, *DP*, 1923, 1, p. 215
Cass. civ., 5 juill. 1886, *DP* 1886, 1, p. 465 ; *S.* 1890, 1, p. 241, note J.-E. L. [abbé]
Cass. civ., 7 juill. 1868, *DP* 1868, 1, p. 446
Cass. civ., 4 mai 1825., 1825, *S.* p. 120
Cass. civ., 24 juin 1902, *S.*, 1902, I, p. 305.

Cass. com. 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71, *D.* 1998, somm. 334, obs. D. Ferrier ; *D. Aff.* 1998. 375, obs. E. P. ; *JCP. E* 1998, n° 23, p. 894, note L. Leveneur ; *Défrénois* 1998. 733, obs. Ph. Delebecque

Cass. com. 13 juill. 2010, n° 06-20.230, *D.* 2010, p. 1966, obs. P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2011, p. 908, obs. S. Durrand ; *D.* 2011, p. 1374 obs. F. Jault-Seseke, *D.* 2011, p. 2363, obs. J. Larrieu

Cass. com. 15 juill. 1987, Bull. civ. IV, n° 184 ; *D.* 1988. Somm. 177, obs. Y. Serra ; *RD imm.* 1988. 81, obs. J. -L. Bergel ; *D.* 1988.360, note C. Atias et C. Mouly ; *RTD civ.* 1989, p. 351, obs. F. Zénati.

Cass. com. 19 juin 1990, *D.* 1991, p. 436, note Gautier.

Cass. com. 19 oct. 1982, affaire *Mécarex*, Bull. civ. IV, n° 321, *D.* 1983. IR 482, obs. Audit, *RTD. civ.* 1984. 515, obs. Huet

Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; *D.* 1997, 121, obs. A. Sériaux ; *D.* 1997, Somm. 175, obs. Ph. Delebecque ; *JCP.*, 1997, I. 4025, obs. G. Viney ; *JCP.*, 1997, I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; *JCP.* 1997. II. 22881, note *D. Cohen* ; *JCP* 1998. I. 152, chron. J.-P. Chazal ; *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC.* 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; *Défrénois* 1997, 333, note *D. Mazeaud*.

Cass. com. 26 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 178, *Comm. com. électr.* 2004, comm. 20, note Decocq ; *JCP. G.* 2004, I, 113, n° 2, obs., C. Caron.

Cass. com. 28 sept. 2004, *D.* 2005. 2462, obs. Y. Auguet

Cass. com. 29 mars 2017, n° 15-10.885, *D. IP/IT* 2017 p. 400, Obs. A. E. Kahn

Cass. com. 30 mars 2005, inédit, n° 02-18259

Cass. com. 31 janv. 2018, n° 16-13.262 (n° 149 FS-P+B), *D.*, 2018, p. 707

Cass. com. 4 juill. 2018, n° 17-15.038, Bull. IV n° 599.

Cass. com. 5 avr. 2018, Affaire *St Exupéry*, n° 16-15813.

Cass. com., 10 déc. 1996, *Cora*, n° 94-16192, *Bull.* 1996, IV, n° 310, p. 263.

Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14768, Bull. civ. 2007, IV, n° 188 ; *RDC* 2007/4, p. 1107, obs. L. Aynès, p. 1110, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2007, p. 2839, note P. Stoffel-Munck, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2007, p. 786, obs. P. Le Cannu et B. Dondéro, *JCP G* 2007, II, 10154, note *D. Houtcieff*

Cass. com., 13 mai 1970, *JCP* 1971.II.16891, note A. Sayag

Cass. com., 14 avr. 1992, n° 89-21182, Bull. civ. IV, n° 160

Cass. com., 16 déc. 2008, *St. Concurrence c. Sony*, n° 08-13423

Cass. com., 16 fév. 2010, n°09-12.262, *JurisData* n° 2010-051631, *Comm. com. électr.* 2010, comm. 33, C. Caron.

Cass. com., 18 oct. 1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 301

Cass. com., 1^{er} avr. 1997, Bull. civ. 1997, IV n° 87 p. 77

Cass. com., 2 avr. 1996, Bull. civ. 1996, IV, n° 113 ; *JCP G.*, 1997, II, 22803, note Chazal.

Cass. com., 2 juill. 2002, *JurisData* n° 2002-015113 ; Bull. civ. IV, n° 133

Cass. com., 2 oct. 1985, Bull. civ. IV, n° 227

Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18-32 : Bull. civ. 2007, IV, n° 49

Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-15.891

Cass. com., 24 nov. 1959, Bull. civ. 1959, III, n° 396

Cass. com., 25 nov. 1997, *D.* 1999. 16, note, O. Tournafond

Cass. com., 26 fév. 1958, *D.* 1958, Jur., p. 541, note J. Vidal

Cass. com., 27 sept. 2017, n° 14-25.100, F-D

Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12.118, *Roth c/ Reynaud*, *JurisData* n° 1986-701264 ; Bull. civ. 1986, IV, n° 116

Cass. com., 3 mars 2004 *Bull. civ.* 2004, IV, n° 44

Cass. com., 4 juill. 1989, *D.* 1990, G. Virassamy juris., 246, n° 15

Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956, *JurisData* n° 2011-021604, *D.* 2011, p. 3042, note N. Dissaux ; *D.* 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *D.* 2012, p. 577, obs. D. Ferrier ; *JCP G* 2012, 135, J. Ghestin ; *RDC* 2012/2, p. 535, obs. C. Grimaldi.

Cass. com., 5 nov. 1985, n° 83-10.481, *SACEM c/Mme Hérault*, *JurisData* n° 1985-702930, *RIDA*, 1986/3, p. 125

Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-16.577, *JurisData* n° 2016-029647 ; *Dr. soc.* 2017, comm. 57 ; *JCP E* 2017, 1214, n° 1, chron. B.-O. Becker, M. Buchberger et M. Caffin-Moi

Cass. com., 6 mai 1997, n° 95-10.252 et n° 94-16.335, *JurisData* n° 1997-002065 et n° 1997-002064, Bull. civ. 1997, IV, n° 118, *JCP E* 2012, 1447. 7

Cass. com., 6 mai 2003, *D.* 2003, p. 2228, comm. G. Loiseau ; *D.* 2003, AJ p. 1565, obs. J. Daleau ; *JCP G.* 2003, IV, n° 2169

Cass. com., 7 mars 2018, n° 16-18.060, *JurisData* n° 2018-003525

Cass. com., 9 nov. 1970, *JurisData* n° 1970-097298, Bull. civ. IV, n° 298 *D.* 1970, 734, B. Edelman

Cass. com., 3 avril 2013, n° 11-13.874 et 11-14.233, Inédit.

Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-24.501, *D.*, 2015, 432 ; *RTD com.*, 2015, p. 341, obs. D. Legeais, et p. 348, obs. B. Bouloc

Cass. com., 18 déc. 1972, Bull. civ. IV, n° 335, *D.* 1973, 662

Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-17.093, *D.* 2006. 2788, obs. X. Delpech

Cass. com., 22 nov. 1988, Bull. civ. IV, n° 316 ; *RTD. civ.* 1989. 328, obs. Jourdain

Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, Bull. civ. IV, n° 277 ; *D.* 1999. 9 ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre, et 646, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP* 1999. II. 10210, note Y. Picod, et I. 143, obs. C. Jamin ; *Defrénois* 1999. 371, obs. D. Mazeaud.

Cass. com., 28 mai 1996, *RTD civ.* 1996. 920,

Cass. com., 16 juin 2004, n° 02-20.480

Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-10.867 ; *RJDA* janv. 2006, note Ph. Delmotte.

Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338 ; *D.* 1995. 85, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 1993. p. 124, obs. J. Mestre ; *JCP* 1993. II. 22164, note G. Virassamy

Cass. com., 30 mai 2000, P.-Y. Gautier, *RTD civ.* 2000, p. 852

Cass. com. 7 oct. 1997, *JCP G* 1998. II. 10085, note J.-P. Chazal ; *D.* 1998. 413, note Ch. Jamin et Somm. 333, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 1998. 130, obs. P.-Y. Gautier et 370, obs. J. Mestre

Cass. com. 8 févr. 2017, n° 15-23.050, *D.* 2017, p. 404

Cass. com., 29 juin 2010, *Aff. Faurecia II*, n° 09-11841, *RDC*, 2010/04 p. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; *RDC*, 2010/4, p. 1253, obs. O. Deshayes ; *D.* 2010, p. 1832, obs. D. Mazeaud ; *JCP G.*, 2010, n° 787, note D. Houtcief ; *JCP E.*, 2010, n° 1790, note Ph. Stoffel-Munck ; *CCC* 2010, n° 220, obs. L. Leveneur.

Cass. crim., 7 prairial an II, S. 1807, 2, p. 875

Cass. crim., 12 mai 1960, *JCP* 1960. II. 11765

Cass. crim., 21 juin 2000, *Comm. com. électr.* sept. 2001. 17, note C. Caron

Cass. crim. 29 oct. 1985, Bull. crim. n° 335

Cass. crim., 12 mars 2013, n° 12-85163, *M. Alexis et les Éditions du Cerf c/ M. X*, *Comm. com. électr.* 2013, comm. 74, note C. Caron

Cass. crim., 12 sept. 2007, n° 06-86.763, *JurisData* n° 2007-040914

Cass. crim., 16 sept. 1985, *Juris-soc.* 1985, F 93

Cass. crim., 1^{er} juin 2016, n° 15-80667

Cass. crim., 23 nov. 1999, n° 98-81719

Cass. crim., 24 sept. 1997, n° 95-81.954, *JurisData* n° 1997-005582 ; *Bull. crim.* 1997, n° 310

Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-86.634, *Hubert X. c/ Sté Sud Réalisations*, *JurisData* n° 2006-034827

Cass. crim., 29 oct. 1985, Bull. crim. 1985, n° 335 ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 9, note J.-P. Doucet.

Cass. crim., 30 mai 2006, n° 05-83.335, *SEV et a. c/ A. D.*, *JurisData* n° 2006-033837, *D.* 2006, p. 2676, note E. Dreyer ; *RIDA*, 2006/04, p. 327 P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 118, note Ch. Caron ; *RLDI* 2006/18, n° 554, note A. Singh et Th. Debiesse ; *RLDI* 2006/18, n° 555, note A. Bensamoun.

Cass. crim., 31 janv. 2018, n° 17-80.049, *JurisData*, n° 2018-000974

Cass. crim., 6 juin 1990, 89-83.703, Bull. crim. 1990 n° 224 p. 573

Cass. crim. 21 juin 2000, *Mortal Kombat*, *Comm. com. électr.* sept. 2001. 17, note C. Caron

Cass. soc. 13 nov. 1996, *Affaire Société Générale*, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386 ; *RJS* 12/1996, n° 1320.

Cass. soc. 13 nov. 2001, Bull. civ. V n° 340.

Cass. soc. 1^{er} juill. 2009 *Rongiconi / SARL AGFB* Rejet n° 08-40.597, 08-40.604, n° *JurisData*, 2009-049287

Cass. soc. 22 avr. 1986, Bull. civ. V, n° 316

Cass. Soc. 5 mars 1986, Bull. civ. V, n° 56

Cass. soc. 27 oct. 1993, *Dr. soc.* 1993.960

Cass. soc. 30 oct. 2002, *Gay c/ S^{ie} Cotra et autres*, *Dr. soc.* 2003, p. 465

Cass. soc. 9 mai 1995, 91-44047, Inédit

Cass. soc., 10 février 1998, n° 95-43.510

Cass. soc., 10 oct. 2012, n° 11-22.893, *JurisData* n° 2012-022893 ; *RTD com.* 2012, p. 782, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* 2013, chron. 6, B. Montels ; *Comm. com. électr.* 2013, chron. 9, P. Tafforeau

Cass. soc., 13 juin 2007, n° 05-45377, *Société Emi Music France c. Mme S. dite Larusso*, comm. F.-J. Pansier

Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 07-40.055, *JurisData* n° 2008-042459 ; *D.* 2008, act. juris. p. 477

Cass. soc., 16 mars 1961, *Pathé-Marconi*, Bull. civ. IV, n° 361, *Gaz. Pal.* 1961, 2, p. 370 ; *JCP G* 1961, IV, p. 66 ; *Dr. soc.* 1961, p. 349, concl. Lindon

Cass. soc., 22 juill. 1954, Bull. civ. 1954, IV, n° 476

Cass. soc., 22 sept. 2015, n° 13-18.803

Cass. soc., 26 sept. 2007, n° 06-44.863, *JurisData* n° 2007-040579 ; *C.C.C.*, 2007, comm. 301, obs. M. Malaurie-Vignal

Cass. soc., 3 nov. 2011, *rev. arb.* 2012, p. 333, note M. Boucaron-Nardetto ; *Procédure*, 2012, n° 2, 42, obs. L. Weiller

Cass. soc., 8 févr. 2006, n° 04-45.203, FS P+B+R+I, *Tenenbaum (dit Ferrat) c/ SA Universal Music et a.*, *JurisData* n° 2006-032093

- Conseil d'État

CE, 1977, Bull, § 2.1.20, p. 34 ; *PIBD* 1977, III, p. 187
CE, 23 janv. 1974, *Sieurs Viot, Garaud et Roche*, Rec. Lebon 52
CE, 10^e et 9^e sous-sect. réuni., 6 mai 2015, n° 368208, *D.* 2015. 1427, note S. Nérisson
CE, 22 nov. 1991, n° 68121-68218
CE, 6 nov. 2009, n° 297877, *Société Prest'action*, Lebon ; *AJDA* 2009. 2401, note M. Lascombe et X. Vandendriessche ; *Contrats Marchés publ.* 2009. Comm. 384, G. Eckert
CE 10 févr. 2010, n° 301116, *Société Prest'action*, Lebon ; *AJDA* 2010, p. 293 ; *RDI* 2010, p. 265, obs. R. Noguellou ; *Contrats Marchés publ.* 2010. Comm. 133, G. Eckert
CE, 19 décembre 2013, n° 368208, Inédi
CE, 6 mai 2015, n° 368208, Inédit, *D.* 2015, p. 1427

- Conseil constitutionnel

Cons. const., 21 nov. 2014, n° 2014-430-QPC, *D.* 2015. 306, Franck Laffaille ; *RTD com.* 2015. 276, obs. F. Pollaud-Dulian

Cons. const., 29 juill. 2004, déc. n° 2004-499 DC

Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, *AJDA* 2009. 1132 ; *D.* 2009. 1770, point de vue J.-M. Bruguière ; *ibid.* 2045, point de vue L. Marino ; *ibid.* 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *Dr. soc.* 2010. 267, chron. J.-E. Ray ; *RFD A* 2009. 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; *Constitutions* 2010. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; *ibid.* 293, obs. D. de Bellescize ; *RSC* 2009. 609, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2010. 209, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 415, étude A. Cappello ; *civ.* 2009. 754, obs. T. Revet ; *ibid.* 756, obs. T. Revet ; *RTD com.* 2009. 730, ét. F. Pollaud-Dulian

Cons. const. 9 avr. 1996, déc. n° 96. 373 DC, *Autonomie de la Polynésie française*, *RDP*, 1996, 953, note Luchaire ; *RTD const.* 1996, 584, note Trémeau ; *D.* 1996, 153, obs. Renoux ; *AJDA* 1996, 371, obs. Schrameck.

Cons. const. 27 juill. 2006, 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *JO* 3 août 2006, p. 11541 ; *D.* 2006.2157, C. Castets-Renard ; *Légipresse* 2006.129, L. Thoumyre, *RTD Civ.* 2006, p. 791, T. Revet ; *D.* 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid.* 2878, chron. X. Magnon ; *ibid.* 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; *RTD civ.* 2006. 791, obs. T. Revet ; *ibid.* 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri ; *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 240, chron. V.-L. Benabou ; *ibid.* 2007, n° 23, p. 193, obs. M. Vivant ; *Comm. com. électr.* 2006. Comm. 140, obs. C. Caron ; *GAPI, op. cit.*, n° 3, note D. Rousseau

Cons. const., 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, *D.*, 2014. 542 ; *Comm. com. électr.* 2014. Ét. 6, J.-M. Bruguière ; *RLDI* 2014/103, n° 3424, obs. E. Derieux

Cons. const., 9 nov. 1999, DC, n° 99-419, *RTD civ.* 2000, p. 109, obs. J. Mestre et B. Fages

- Tribunal des conflits

T C, 7 avril 2014, *Société Services d'édition et de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet et société Axiom-Graphic*, n° C3949, Rec. CE, n° 3949, Lebon ; *AJDA* 2014, p. 766 ; *AJCT* 2014, p. 394, obs. E. Royer ; *RJEP* 2014, n° 725, comm. 51, C. Maugué.

Cours d'appel et tribunaux de premier instance

- Cours d'appel

Aix en Provence, ch. comm. 2, 3 février 2004, *JurisData* n° 2004-234905
Aix-en-Provence, 18 janv. 2018, n° 14/23028.
Aix-en-Provence, 21 déc. 1894, *Gaz. Pal.* 1895, 1, p. 276

Aix-en-Provence, 2^e ch., 12 sept. 2013, SAS. *Sodiplan/SARL AEC. - Agence européenne de communication Ageco Agec*, n° 11/14856, n° 2013/ 287, n° *JurisData*, 2013-022066

Aix-en-Provence, 2^e ch., 20 déc. 2012, *S.A.R.L. Éditions Productions Caracal c./Mme. Marie Hélène Mack*, n° 11/13829, *JurisData*, n° 2012/ 498

Aix-en-Provence, 4 mai 1980, *RIDA*, 1981, p. 161

Aix-en-Provence, 2^e ch. 13 nov. 2008, *Foussard c/ France Europe*, *JurisData* n° 004619

Amiens, 17 avr. 1978, *D.* 1978, p. 557, note Desbois

Angers 13 Juin 1990 *Henry/SARL Herault*, *JurisData* n° 1990-043526

Angers, 22 oct. 1938, *Gaz. Pal.*, Rec. 1939, 1, p. 44

Angers, 3 mai 1950, *D.* 1950, p. 584

Besançon, 21 mai 1902, *DP*, 1904, 2, p. 9, note Pouillet.

Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., section A, 27 Janvier 2014, n° 12/03054.

Bordeaux, 1^{ère} ch., sect. A, 17 Octobre 2000, *JurisData*, n° 2000-153065

Bordeaux, 21 janv. 1986, *LPA* 1987, n° 8, p. 6, obs. M. Gérintet

Caen, 19 déc. 1997, *LPA* 18 nov. 1999. 11

Caen, 1^{ère} ch. civ., 11 juill. 2017, n° 15/02263

Colmar, 15 sept. 1998, affaire « *le Figaro* » *JurisData* n° 1998-973422

Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 27 juin 2013, n° 12/05867

Limoges, Ch. civ. sect. 1, 15 mai 1997 *Chambroux/Borzeix*, *JurisData* n° 1997-042444

Limoges, 13 mai 1924, *Journ. not.* 1925, art. 34338

Lyon, 17 mai 1935, *DH* 1935, 4, p. 53.

Lyon, 20 oct. 1958, *D.* 1959, 2, p. 111, note Nerson

Lyon, 28 nov. 1991, *JurisData* n° 1991-603538 ; *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 275, note Forgeron

Montpellier 12 avril 2005, *JurisData* 2005-291863

Montpellier, 10 mars 2005, *Comm. com. électr.* n° 5, Mai 2005, comm. 77, C. Caron.

Nîmes, 1^{ère} ch., 8 oct. 1991, *JurisData* n° 1991-030041

Orléans, 17 mars 1965, *JCP* 1965, II, 14186, note H. Boursigot.

Orléans, ch. civ., 11 janv. 2016, n° 14/03012, *Monsieur Guy Roulier /SARL DG Diffusion, SAS Espaces Loisir*

Paris, 9 mai 2005, *SPEDIDAM et SNAM c/ Epithete Films, France 3 et Canal Plus*, inédit, RTD com. 2006, p. 376, obs. F. Pollaud-Dulian

Paris, 12 janv. 1994 : *RIDA*, 1995/2, n° 164, p. 210

Paris, 17 févr. 1992, *D.* 1992. IR. 138 et 12 mai 1995, *ibid.* 1997, *Somm.* 53, obs. D. Ferrier

Paris 18 déc. 1985, *RIDA*, n° 132, 1987/02, p. 71 ; *D.* 1988. *Somm. comm.* 204, obs. C. Colombet

Paris 4^e ch. A 14 mars 2001, *D.* 2001, p. 2556, comm. P. Sirinelli

Paris 4^e ch. B, 5 mai 2006, n° 04/17870, *De Naunw c/ Éditions Gallimard et autres*, *JurisData* n° 2006-308733

Prop. intell. oct. 2006, p. 447, note A. Lucas

Paris, pôle 5, ch. 1, 23 sept. 2009, n° 07/20549, *SEDO GMBH c/ INPI*, *JurisData* n° 2009-016310

Paris, 25 mai 1994, *Cora*, *BOCCRF* 24 juin 1994

Paris, 4^e ch., 2 juin 1999, *RIDA*, janv. 2000, p. 302

Paris, 16 mai 1991, *JurisData* n° 1991-022288

Paris, 18 nov. 2016, *Shalimar*, *Comm. com. électr.*, n° 9, sept. 2017, chron. 10, n° 15, A-E. Kahn

Paris, 1^{ère} ch. 31 mai 1988 *Bruckberger c/ Agostini*, *D.* 1988 IR, p. 199

Paris, 1^{ère} ch. B, 19 déc. 1997, *JurisData* n° 1997-024726, *Aff. Antonin*, *RIDA*, 2/1998, 433, note C. Caron

Paris, 1^{ère} ch., 21 nov. 2000, *JurisData* n° 2000-132566

Paris, 1^{ère} ch., 29 oct. 2001, *RIDA*, 2002/2, p. 441

Paris, 20 nov. 1991, *Desforges et Editions Ramsay c/ Trust company bank et consorts Mitchell*

Paris, 24 mai 2000, *Légipresse* 2000 n° 173, I, p. 88

Paris, 26 juin 1991, *Gaz. Pal. Rec.* 1992, 2, p. 566, note P. Frémond

Paris, 4^e ch. 25 juin 1997, *CFC c/ Reprint*, *D. Aff.*, 1997 n° 29 chron. 936

Paris, 4^e ch. 5 mars 1987, *SARL Masci informatique c/ Apple Computer Inc*, JCP. E., 1987, II, 14931, p. 261, A. L. Vincent

Paris, 4^e ch. 8 oct. 1982, *RIDA*, n° 115, 1983/01, p. 138

Paris, 4^e ch. A 10 sept. 2008, *D.* 2008, p. 2985

Paris, 4^e ch. A 14 mars 2001, *D.* 2001, p. 2556, P. Sirinelli

Paris 4^e ch. A, 2 avril 2003, *A. Martinelli et R. Meazza c/ Éditions Gallimard et autres*, *Prop. intell.* 2003/4, p. 392, A. Lucas

Paris 4^e ch. B, 12 déc. 1997, *JurisData* n° 024818

Paris 4^e ch. B, 5 mai 2006, n° 04/17870, *De Naum c/ Éditions Gallimard et autres*, *Prop. Intell.* oct. 2006, p. 447, note A. Lucas

Paris 4^e ch. sect. A, 28 fév. 2007, n° 06/01188

Paris 4^e ch., 14 fév. 1990, RG 88-015841, inédit

Paris 4^e ch., sect. A, 11 juin 1997, 1997-023239

Paris, 6 juin 1997, *D.* 1998, p. 193

Paris 2 février 1993, *D.* 1994, p. 93

Paris, 7 mars 1951, *D.* 1951, p. 759 ; *RTD com.* 1953, 115, obs. H. Desbois ; *Gaz. Pal.* 1952, 1, 80

Paris Ch. 4 sect. A, 15 nov. 2000, *Societe Video Adapt / Syndicat National des Auteurs et Compositeurs*, *JurisData* n° 2000-134688

Paris Pôle 5, 1^{re} ch., 13 oct. 2010 *Yared c/ Sacem et Sté Gargo Films* inédit A. Lucas

Paris Pôle 01 ch. 01 26 mars 2013 n° 11/09601

Paris Pôle 5 ch. 2, 5 nov. 2010 n° 09/09918

Paris Pôle 5, 1^{re} ch., 12 janv. 2011 *Sté Films sans frontières et Sté International Media Films c/ Sté Éditrice du Monde*, *Prop. intell.*, avril 2011, n° 39, p. 192, A. Lucas

Paris Pôle 5, 1^{re} ch., 17 oct. 2012, n° 10.20895

Paris Pôle 5, 2^e ch., 28 mai 2010, n° 08/22927

Paris Pôle 5, ch. 2, 17 déc. 2010, n°06/15835

Paris Pôle 5, ch. 2, 17 déc. 2010 n°06/15843

Paris pôle 5, ch. 2, 3 sept. 2010, RG, 09/03200, *M. R c/ La Martinière Groupe*, *JurisData*, n° 2010-019213, *Prop. intell.* janv. 2011, n° 38, p. 97

Paris pôle 5, ch. 5, 30 mai 2013, n° 10/19666

Paris Pôle 5, ch. 2, 28 mai 2010, n° 08/22927

Paris, 7 avr. 2006, *Au théâtre ce soir*, *D.* 2006. Pan. 2994, obs. Sirinelli, *JCP* 2006. I. 162, obs. Caron

Paris 1 ch. G, 9 sept. 1998, *D. aff.*, 1998, p. 1647

Paris, 10 déc. 1908, *DP* 1911, II, p. 399

Paris, 10 mai 1973, *Romain Rolland*, *JCP. G.*, 1973 II 17475, Cabannes

Paris, 11 avril 1856, *Brisson c/ Leduc, API*, 1856, p. 115

Paris, 11 juin 1980, *La grande aventure du Concorde*, *Ann. Propr. Ind.* 1981. 168

Paris, 11 juin 1997, *D.* 1998. 193, obs. C. Colombet

Paris, 11 mai 2007, n° 06/07068

Paris, 12 fév. 1980, *Crigny / Editions Jules Tallandier*, *JurisData* n° 1980-763182, *D.*, 1982, IR, 47, obs. C. Colombet, *RIDA*, 1981/1, n° 107 p. 152

Paris, 12 nov. 2003, *Universal Music c/ Spearman et Salaam-Clarke*, inédit, *Prop. intell.* 2004, p. 561, note A. Lucas

Paris, 13 févr. 1995, *JurisData* n° 1995-021606 ; *RIDA*, 1995/4, p. 241, obs. A. Kéréver ; *D.* 1995, somm. p. 288, obs. C. Colombet

Paris, 13 mars 2002, 4^e ch. sec. A, *H. Aufray/Kohler*, *JurisData* n° 2002-174174, *D.* 2002, p. 2054

Paris, 13 mars 2002, *RIDA* 2002, n° 194, p. 217 obs. Kéréver

Paris, 13^e ch., 20 janv. 2000, n° 99/03854, *JurisData* n° 2000-111542, *Comm. com. électr.* 2000, comm. 87, note C. Caron

Paris, 14 avr. 1976, *RIDA*, 1977/03, p. 152 ; *Gaz. Pal.* 1976, 2, jur., p. 706

Paris, 14 mai 1997, *D.* 1998. Somm. 194, obs. C. Colombet

Paris, 14^e ch. B, 10 févr. 1989, *JurisData* n° 1989-020500

Paris, 14^e ch., 13 févr. 1991, *D.* 1991, IR. p. 84

Paris, 1^{re} ch., 7 mai 1991, *Légipresse* 1991, III, p. 89

Paris, 14^e ch., sect. A, 6 févr. 2008, n° 07/15562, *Sté Levaux SAS c/ Sté Clinique St Louis SA*, *JurisData* n° 2008-356875

Paris, 14^e ch. A, 27 nov. 1991, *D.* 1992, p. 63

Paris, 15 déc. 2004, n° 03/03275, *JurisData* n° 2004-258942 ; *JCP E* 2006, 1654, note C. Alleaume ; *JCP G* 2006, II, 10078, note T. Azzi ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 28, note C. Caron ; *D.* 2005, p. 2886, note B. Edelman ; *RLDI* 2006, n° 16, p. 13, note S. Pessina-Dassonville ; *Légipresse* 2006, n° 232, III, p. 101, note P. Tafforeau ; *RTD com.* 2006, p. 90, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2005, p. 2886, note P. Sirinelli

Paris, 15 nov. 1990, *Perrier*, *JurisData* n° 1990-024805

Paris 15^e ch., 6 mars 1981, *D.* 1982, inf. rap. p. 46, obs. C. Colombet ; *RTD com.* 1982, p. 429, obs. A. Françon

Paris, 16 févr. 2005, *D.* 2006, *AJ* p. 2523, obs. P. Allaeys ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. n° 169, obs. C. Caron ; *RIDA*, n° 203, 2005/03, p. 323, obs. A. Kéréver, et p. 473

Paris, 16 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-234796 ; *Propr. Intell.* 2005, p. 63, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. n° 38, p. 23, note Ch. Caron ; *Légipresse*, 2004, n° 217, III, p. 219, note C.-E. Renault.

Paris, 16 mai 1994, *Ram-Dam*, *JCP G* 1995, II, 22375, note X. Linant de Bellefonds ; *RIDA* n° 162, 1994/04, p. 474, chron. A. Kéréver

Paris, 17 janv. 1995, *Système TV c/ F. Verrecchia*, *RIDA*, 1995/03, n° 165, p. 332, chron. A. Kéréver

Paris, 17 janv. 1874, *DP*. 1875, 2, p. 43

Paris, 17 juin 1976, *RTD com.* 1978, p. 105, obs. H. Desbois

Paris, 17 juin 1993, *RIDA* oct. 1993, p. 252

Paris, 17 mai 1989, *JurisData* n° 1989-022336, *D.* 1989. IR 183

Paris, 17 oct. 2012, *JurisData*, n° 2012-029860, *Propr. intell.* 2013, n° 46, p. 63, obs. A. Lucas

Paris, 18 janv. 2008, *RG* n° 07/10797

Paris, 18 mai 2011, *Propr. Intell.*, 2011, p. 191, obs. J.-M. Bruguière

Paris, 1^{er} ch. G, 9 sept. 1998, 97/00867 *Sté Dargand éditeur SA c/ Uderzo et a*,

Paris, 1^{er} juill. 1998, *RIDA* n° 179, 1999/01, p. 390

Paris, 1^{er} mai 1925, *DH* 1925, 2, p. 98, note Roger

Paris, 1^{er} mars 1984, « *La cage aux folles* », *D.* 1986. IR 184, obs. Colombet

Paris, 1^{re} ch, 19 juin 1996, *Expertises* 1997, p. 396

Paris, 1^{re} ch. 25 sept. 1989, *JurisData* n° 1989-024624

Paris, 1^{re} ch. A, 29 mai 1990, *JurisData* n° 1990-022971

Paris, 1^{re} ch. B, 16 mai 1991, *JurisData* n° 1991-022288

Paris, 1^{re} ch. G, 9 sept. 1998, 97/00867, *Sté Dargand éditeur SA c/ Uderzo*, *JCP G.* n° 42, 20 oct. 1999, II 10181, A. Lucas

Paris, 1^{re} ch., 10 mars 1970, *D.* 1971, p. 114

Paris, 1^{re} ch., 18 avr. 1956, *D.* 1957, p. 108, note H. Desbois

Paris, 1^{re} ch., 18 oct. 1966, *Ann. propr. ind.* 1967, p. 93.

Paris, 1^{re} ch., 19 déc. 1962, *D.* 1963, p. 609, note A. Françon

Paris, 1^{re} ch., 19 févr. 1991, *Légipresse* 1991, I, p. 98

Paris, 1^{re} ch., 1^{er} juill. 1964, *Ann. propr. ind.* 1965, p. 223

Paris, 1^{re} ch., 23 mars 1992, *RIDA*, n° 155, 1993/01, p. 181, obs. Kéréver

Paris, 1^{re} ch., 25 avr. 1989, *RIDA*, 1990, n° 143, p. 314 ; *D.*, 1990, somm. p. 58, obs.

Paris, 1^{re} ch., 3 mars 1971, *RIDA*, 1972/2, n° 76, p. 155 ; *D.* 1972.109

Paris, 1^{re} ch., 5 avr. 1993, *D.* 1993, IR. p. 157.

Paris, 1^{re} ch., 5 avr. 1993, *LPA* 20 mars 1995, p. 14, 2^e esp., note H. Gaumont-Prat.

Paris, 1^{re} ch., 6 sept. 1999, *RIDA*. 2000/02, n° 184, p. 344.

Paris, 1^{re} ch., 7 janv. 1982, *D.* 1983, IR., p. 97, obs. C. Colombet ; Paris, 4^e ch. B, 10 oct. 1997, *JurisData* n° 1997-024405.

Paris, 1^{re} ch., 8 juill. 1982, *S.A. Les presses de la cite c/ Chenevier*, *JurisData* n° 1982-026703.

Paris, 1^{re} ch., sect. A, 10 mai 2000, n° 1999/14473, *Le Figaro c/ SNJ et a*, *JurisData* n° 2000-112151 ; *JCP E* 2000, p. 923 ; *Comm. com. électr.* 2000, comm. 73, 1^{re} esp., note Ch. Caron ; *JCP E* 2001, p. 328, note Brochard ; *RIDA*, n° 187, 2001/01, p. 314, chron. A. Kéréver.

Paris, 1^{re} ch., sect. A, 2 nov. 1999, *Stéphanie Morato c/ S.A. F.D.M. Francis Dreyfus Music Gaz. Pal.*, n° 225, 12/08/2000, p. 24

Paris, 15^e ch., 14 avr. 1977, *RIDA* 1977, p. 152

Paris, 2 févr. 1993, *D.* 1994, Somm. p. 93, obs. C. Colombet

Paris, 21 fév. 1990, *Cab. dr. aut.*, janv. 1991, p. 22.

Paris, 15 janv. 2004, n° S02/35049, *JurisData*, n° 2004-239012

Paris, 22 janv. 1992, *D.* 1993. Somm. 93, obs. Colombet ; *D.* 1995. 128, note Gaumont-Prat.

Paris, 22 janv. 1992, *LPA*, 20 mars 1995, n° 34, p. 13, obs. H. Gaumont-Prat.

Paris, 22 juill. 1981, *D.*, 1983, inf. rap. p. 94, obs. C. Colombet

Paris, 22 mars 1990, *D.* 1990, IR., p. 98.

Paris, 22 oct. 1992, *D.* 1993, somm. p. 246, obs. Hassler

Paris, 23 févr. 1989, *JurisData*, n° 020403.

Paris, 23 oct. 2013, n° 12/04583, *Ess. prop. intell.*, janv. 2014, n° 1, p. 3 A. Lebois

Paris, 23 sept. 2010, pôle. 5 ch. 2, *RG* n° 09/03200, *M. R c/ La Martinière Groupe*

Paris, 24 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1983. 1. Somm. 133

Paris, 24 mars 2004, n° 2002/20558, *Centre français d'exploitation du droit de copie c/ Sté Prisma Presse et autres*, *JurisData*, n° 237119, *Légipresse* 2004, n° 213, III, 129, note G. Vercken.

Paris, 24 nov. 1992, *RIDA*, n° 155, 1993/01, p. 191.

Paris, 24 nov. 2015, n° 14/14720, *Ess. prop. intell.*, mars 2016, n° 03, p. 3, S. Chatry.

Paris, 25 avr. 1975, *Ann. Propr. Ind.* 1976, p. 113.

Paris, 25 nov. 2005, *SNAC et SGDL c/ SA librairie éd. Harmattan*, *JurisData* n° 2005-292625.

Paris, 26 sept. 1978, *D.* 1980, jur., p. 146, note Plaisant.

Paris, 27 févr. 1968, *D.* 1968, p. 375.

Paris, 27 mai 1997

Paris, 27 nov. 1976, *D.* 1977, IR, n° 280.

Paris, 27 nov. 1991, 14^e ch. sect. A, 27 nov. 1991, *D.* 1992, p. 63.

Paris, 27 nov. 2009, n° 08/07454,

Paris, 28 juin 2000, n° 1997/24943, *Didier Barbelivien et Gilbert Montagné c/ Sté Agence Business*, *JurisData* n° 2000-123537 ; *Comm. com. électr.* 2000, comm. 110, note C. Caron ; *LPA* 2001, n° 161, p. 6, obs. X. Daverat ; *Propr. intell.* 2001, n° 1, p. 62, note A. Lucas ; *RIDA*, n° 187, 2001/01, p. 326.

Paris, 28 sept. 1988 *JurisData*, n° 025669

Paris, 3 déc. 1996, *JurisData* n° 1996-024321

Paris, 3 mai 1878, *Hellbronner c./ Clésinger et syndic Moseler*, *D.* 79. 2. 11 ; *S.* 78. 2. 204

Paris, 31 mai 1989, *D.* 1989, I.R. p. 227

Paris, 3^e ch., 25 juin 2003, *RIDA*. 2004/1, n° 199, p. 181, obs. A. Kéréver et p. 246

Paris, 4 déc. 1989, *D.* 1990. IR. 8

Paris, 4 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1980. 2, p. 536

Paris, 4^e ch. 23 févr. 1989, *JurisData* n° 1989-020403

Paris, 4^e ch., 4 juin 1999, n° 1998/19978, *JurisData* n° 1999-024163

Paris, 4^e ch. 9 juin 2004, *SA Éditions VM c. M. Bachelier*, *Gaz. Pal.* 06 janv. 2005, n° 6 p. 28, note A. Le Tarnec

Paris, 4^e ch. A. 3 déc. 1997, *D.* 1999. 66

Paris, 4^e ch. A, 11 juin 1990, *JurisData* n° 1990-022641

Paris, 4^e ch. A, 12 déc. 1989, *Légipresse* 1991, I, p. 4

Paris, 4^e ch. A, 12 févr. 2003, n° 2001/08191

Paris, 4^e ch. A, 12 févr. 2003, *SA Éd. Sand c/ Jean Boissonnat*, *Juris-Data* n° 2003-206175 ; *Comm. com. électr.* 2003, comm. 57, note C. Caron

Paris, 4^e ch., 28 févr. 2003, *Comm. com. électr.* 2003, comm. 68, note Ch. Caron

Paris, 4^e ch. A, 12 mai 2004, *Propr. intell.* 2004, n° 13, p. 913, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 1, obs. Ch. Caron ; *JCP E* 2004, 1478, note A. Singh

Paris, 4^e ch. A, 19 févr. 2003, n° 2000/06206, *JurisData* n° 2003-207696

Paris, 4^e ch. A, 25 oct. 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 2, somm. p. 492

Paris, 4^e ch. A, 26 avr. 2006, *Perquin c/ Sté Elan management*, *JurisData* n° 2006-299029, *Comm. com. électr.* n° 9, Sept. 2006, comm. 125, C. Caron

Paris, 4^e ch. A, 29 mai 2002, *JurisData* n° 2002-191048

Paris, 4^e ch. A, 6 mai 1987, *JurisData* n° 1987-023970

Paris, 4^e ch. A, 7 févr. 1994, *Halimi / Ste Éditions de la Découverte SA*, *JurisData* n° 1994-020596

Paris, 4^e ch. A, 8 sept. 2004, *D.* 2004, p. 2574

Paris, 4^e ch. A, 9 juin 2004, n° RG 2003/04094, *Mocquery c/ Exacod SA et L'Inventoriste SA*, *PIBD* 801/2005, III, p. 95 ; *Propr. Ind.* n° 4, avril 2005, comm. n° 34. J. Schmidt-Szalewski

Paris, 4^e ch. A, 9 mai 1990, *JurisData* n° 1990-022455

Paris, 4^e ch. A., 12 sept. 1990, *D.* 1991, p. 97, C. Colombet

Paris, 4^e ch. B, 10 mai 2002, *SARL BEAC c/ SA Productions La Forêt*

Paris, 4^e ch. B, 10 oct. 1997, *JurisData* n° 1997-024405

Paris, 4^e ch. B, 13 nov. 1997, *JurisData* n° 1997-024491

Paris, 4^e ch. B, 16 sept. 2005, *Agence BJP Productions, Axelle Laffont et alii c/ Azoulay*, inédit

Paris, 4^e ch. B, 18 avr. 1991, *RJDA* 1991, n° 671

Paris, 4^e ch. B, 23 mai 1997, *JurisData* n° 1997-022974

Paris, 4^e ch. B, 23 sept. 1993, *JurisData* n° 1993-023123

Paris, 4^e ch. B, 28 mars 2008, n°06-15233, *Poulet c/ Kapagama*, inédit

Paris, 4^e ch. B, 30 nov. 2007, *Fayard c/ Hermant*, *Propr. intell.* avr. 2008. 225, obs. A. Lucas

Paris, 4^e ch. B, 4 avr. 1997, *JurisData* n° 1997-022820

Paris, 4^e ch. B, 7 mai 1998, n° 95/16906, *JurisData* n° 1998-021851

Paris, 4^e ch. B, 7 oct. 2005, *Sté Nice Matin c/ Melle E. R.*, n° 04/18442, *JurisData*, n° 283915, *RLDI*, avril 2006, n° 15, S. Carré

Paris, 4^e ch. sect. A 6 nov. 1991, *D.* 1992, p. 63

Paris, 4^e ch. sect. A, 6 avr. 2005, *Éditions Cercle d'Art et M. Salinas c/ Danner, Lévy et Picasso*, inédit, *RTD com.* 2005, p. 489, note F. Pollaud-Dulian

Paris, 4^e ch., 10 déc. 2004, *Propr. intell.* 2005, n° 15, p. 175, note A. Lucas ; *RIDA* 2005/2, n° 204 p. 286.

Paris, 4^e ch., 10 juin 1993, *RIDA*, 1993/4, n° 158 p. 242

Paris, 4^e ch., 12 févr. 1980, *Crigny / Éditions Jules Tallandier*, *JurisData*, n° 1980-763182, *D.* 1982, IR. p. 47, obs. crit. C. Colombet,

Paris, 4^e ch., 12 févr. 1980, *RIDA*, janv. 1981, p. 152.

Paris, 4^e ch., 13 févr. 1995, *JurisData* n° 1995-021606 ; *RIDA*, 1995/4, 164 p. 241, obs. A. Kéréver ; *D.* 1995, somm. p. 288, obs. C. Colombet

Paris, 4^e ch., 16 juin 2000 *Digisoft music/Frederic s.*, *JurisData* n° 2000-124085, *Expertises* 2000 n° 241 p. 319, note V. Lagorce

Paris, 4^e ch., 17 nov. 2006, *JurisData* n° 1986-02817

Paris, 4^e ch., 18 nov. 2005, *Tamari c/ Université Paris X*, *Comm. com. électr.* 2006, comm. 40, Ch Caron.

Paris, 4^e ch., 19 déc. 1991, *D.* 1992, IR. p. 87

Paris, 4^e ch., 19 sept. 2001, *RIDA* n° 187, 2001/01, p. 303.

Paris, 4^e ch., 1^{er} déc. 2006, *Propr. intell.* 2007, n° 22, p. 94, obs. J.-M. Bruguière

Paris, 4^e ch., 2 juill. 1992, *RIDA*, 1992/4, n° 154, p. 166 ; *RTD com.* 1993, p. 95, obs. Françon ; *D.* 1985, IR. p. 316, C. Colombet.

Paris, 4^e ch., 22 nov. 1990, *Affaire Boréades*, *JCP G* 1991, II, 21736, note M. Gautreau

Paris, 4^e ch., 23 févr. 1989, *JurisData* n° 1989-020403

Paris, 4^e ch., 24 nov. 1987, *RIDA*, 1988/1, n° 135 p. 96

Paris, 4^e ch., 25 mars 1998, *RIDA*, 1998/4 n° 176, p. 254

Paris, 4^e ch., 26 juin 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 566, note P. Frémond

Paris, 4^e ch., 27 nov. 1976, *D.* 1977, IR. p. 280

Paris, 4^e ch., 27 oct. 1995, *D.* 1995, IR. p. 260

Paris, 4^e ch., 28 avr. 2000, *Havas Interactive c./ Casaril*, *Com. com. électr.* sept. 2000, p. 14, obs. Ch. Caron.

Paris, 4^e ch., 28 févr. 1997, *JurisData* n° 1997-020854

Paris, 4^e ch., 28 févr. 2003, n° 2000/06207, *SARL Antefilms production c/ Alex Sanders et al.*, *JurisData* n° 2003-206143, *Comm. com. électr.* 2003, comm. 68, note C. Caron

Paris, 4^e ch., 28 juin 2000, *Barbelivien et Montagné c/ Sté Agence Business et al.*, *Juris-Data* n° 2000-123537, *JCP E* n° 7, 13 fév. 2003, p. 278, H.-J. Lucas

Paris, 4^e ch., 28 nov. 1985, *D.* 1986, inf. rap. p. 188, obs. C. Colombet

Paris, 4^e ch., 31 janv. 1995

Paris, 4^e ch. A, 27 mars 1990, *JurisData* n° 1990-021185

Paris, 4^e ch., 5 oct. 1995, *RIDA*, n° 168, 1996/02, 303 obs. Kéréver

Paris, 4^e ch., 9 févr. 2007, *Propr. intell.* 2007, n° 24, p. 326, obs. A. Lucas

Paris, 4^e ch., 9 mai 1990, *JurisData* n° 1990-022455

Paris, 4^e ch., A, 12 sept. 2001, *Société Productions et Éditions musicales Charles Talar et autre c/ Société Pierre Lannier et autres*, *JurisData* n° 2001-159285 *Comm. com. électr.* n° 3, Mars 2002, comm. 40, Ch. le Stanc

Paris, 4^e ch., sect. A, 11 mars 1998, n° 96/08291, *Perrot c/ Sté Le matériel scolaire*, *JurisData* n° 1998-022155

Paris, 4^e ch., sect. A, 12 févr. 2003, *SA Éd. Sand c/ M. Jean Boissonnat*, *Com, comm, électr.* n° 6, juin 2003, comm. 57, n° 3.

Paris, 4^e ch., sect. A, 12 janv. 2000, n° 1999/09794, *JurisData* n° 2000-107201, *JCP. G.* 2000, II, 10433, note P. Pierre ; *D.* 2001, p. 2067, note P. Fadeuilhe ; *Comm. com. électr.* 2000, comm. 43, note crit. C. Caron ; *RTD civ.* 2002, p. 502, note J. Mestre et B. Fages ; *Dr. et pat.* oct. 2002, p. 26, note G. Loiseau ; *RIDA* oct. 2002, p. 287 et 221, obs. A. Kéréver ; *RIDA* janv. 2003, p. 239, obs. A. Françon.

Paris, 4^e ch., sect. A, 12 sept. 2001, *Sté Productions et Éditions musicales Charles Talar et al. c/ Sté Pierre Lannier*, *Juris-Data* n° 2001-159285

Paris, 4^e ch., sect. A, 13 févr. 1995, *Sté Editions du Rouergue / Bondier*, *JurisData*, n° 1995-021606.

Paris, 4^e ch., sect. A, 22 oct. 2003, n° 200121836, *JurisData* n° 2003-228430 ; *Propr. intell.* 2004, n° 10, p. 556, note A. Lucas.

Paris, 4^e ch., sect. A, 25 octobre 2006, n° 05/16650, *Paul-Marc Heudre c/Monsieur Léo Joumiaux, Association française de généalogie*

Paris, 4^e ch., sect. A, 28 mai 2008, n° 06/17505.

Paris, 4^e ch., sect. A, 4 févr. 1998, n° 95/05552, n° 95/08227, *JurisData* n° 1998-021982

Paris, 4^e ch., sect. A, 5 mars 1986, *JurisData*, n° 1986-021412

Paris, 4^e ch., sect. A, 9 févr. 2005, n° 03/18405, *JurisData* n° 2005-269781, *Comm. com. électr.* 2005, comm. 99, note Ch. Caron.

Paris, 4^e ch., sect. B, 12 sept. 2008, *JurisData* n° 2008-370395 ; *JCP* 2009, doct. 30, § 9, chron. Ch. Caron ; *Propr. Intell.* 2009, n° 30, p. 53, note A. Lucas et J.-M. Bruguière ; *RIDA* 2009, n° 219, p. 384, note P. Sirinelli ; *RTD com.* 2009, p. 137, note F. Pollaud-Dulian ; P.-Y. Gautier, « Le triomphe de l'arrière-plan », *Comm. com. électr.* 2008, étude 23

Paris, 4^e ch., sect. B, 16 juin 2000, *Sté Digisoft Music c/ Socha*, *JurisData* n° 124085, *Com. Comm. Électr.* 2000, comm. n° 126, note C. Caron

Paris, 4^e ch., sect. B, 18 janv. 2008, n° 07/10797

Paris, 4^e ch., sect. B, 28 avr. 2000, *Havas Interactive c/ Césaril*

Paris, 4^e ch., sect. B, 30 avr. 2009, n° 07/18235

Paris, 4^e ch., sect. B, 7 avr. 2006, n° 04/22132, *S.A. Les Muses, les Kharites et les Heures/SARL société des fondateurs de génération (SFG)*

Paris, 4^e ch., sect. B, 8 avr. 2005, *Ageron c/ SA SACEM*, *JurisData* n° 2005-277280.

Paris, 4^e ch., sect. C, 23 mai 2008, n° 07/04843, *JurisData* n° 2008-367399.

Paris, 4^e ch., sect. C, 25 nov. 2005, n° 04/02005, *JurisData* n° 2005-292625 ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 40, note Ch. Caron

Paris, 4^e ch., 25 juin 2003, *RIDA* 2004/1, n° 199, p. 246

Paris, 4^e ch., sect. C, 4 mars 2005, n° 03/06652, *JurisData* n° 2005-267876 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 82, note Ch. Caron.

Paris, 5 mai 2006, *De Naw c/ Gallimard*, n° 04/17870, *JurisData* n° 2006-308733

Paris, 6 fév. 1981, *D.* 1982, IR, p. 280, obs. C. Colombet.

Paris, 6 mars 1933, *Hugo et P. Meurice c/ Platrier*, *Gaz. Pal.* 1933, 1, jurispr. p. 260 ; S. 1935, I, p. 193, note Gény

Paris, 6 mars 1981, *D.* 1982, inf. rap. p. 46, obs. C. Colombet ; *RTD com.* 1982, p. 429, obs. A. Françon

Paris, 7 juin 1995, *AT Productions c/ Ayache*, *RIDA*, n° 167, 1996/01, p. 270, chron. A. Kéréver

Paris, 7 juin 1995, *RIDA*, n° 167, 1996/01, p. 270, A. Kéréver

Paris, 7 mai 1985, *RIDA*, 1985/3, n° 125, p. 166

Paris, 7 nov. 1951, *Henry de Montherlant c/ Éditions Bernard Grasset*, *Rev. inter. dr. aut.*, 1952, p. 86

Paris, 8 janvier 2010, *Propr. Intell.* 2010, p. 711, obs. A. Lucas

Paris, 8 juill. 1953, *Henry de Montherlant c/ Éditions Bernard Grasset*, *Rev. inter. dr. aut.*, 1954, p. 104.

Paris, 8 juin 1999, *RIDA*, n° 183, 2000/01, p. 311.

Paris, 8 sept. 2006, *l'École des loisirs c/ Serge Hochain*, *JurisData* n° 2006- 312805 ; *JCP G.* 2007. I. 101, obs. C. Caron.

Paris, 4^e ch., 12 déc. 2001, *D.* 2002, p. 721 ; *Propr. intell.*, 2002, n° 3, p. 54, note A. Lucas ; *Légipresse* 2002, n° 191, I, p. 54 ; *JCP E.* 2002, I, 888, n° 5, obs. J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol et M. Vivant

Paris, 8^e ch. 2 nov. 1993, *JurisData* n°003137

Paris, 9 avr. 2014, n° 12/15905

Paris, 9 févr. 2005, *Boudet c/ SARL Nouvelles éd. Université*, *JurisData* n° 2005-269781 *Comm. com. électr.*, juin 2005, n° 6, comm. n° 99, C. Caron

Paris, 9 oct. 1995, *D.*, 1995, IR, p. 267

Paris, 9 sept. 1998, *RIDA* n° 179, 1999/01, p. 396, *JCP. G* 1999, II, no 10181, note A. Lucas, *JCP. E* 1999, II, 320, obs. H.-J. Lucas

Paris, 9 sept. 2011, *Agnès Arnau c/ Bourcier et a.*, n° 10/04678

Paris, ch. 1 sect. B, 30 juin 1983, *Payen / Sarl Lamore*, *JurisData* n° 1983-027725

Paris, ch. 1, sect. A, 13 févr. 1990, *Légipresse* 1990, I, p. 59

Paris, ch. 13, sect. A, 17 oct. 1995, n° 95-2019, *JurisData* n° 1995-023409

Paris, ch. 4, 16 juin 2000 *Digisoft Music / Frederic S.*, *JurisData* n° 2000-124085

Paris, ch. 4, sect. b, 14 nov. 1997, *JurisData* n° 1997-024491

Paris, ch. 4, sect. B, 23 mai 1997, *Journiaux / S.A. Librairie Flammarion*, *JurisData* n° 1997-022974

Paris, ch. 4, 23 sept. 1980, *S.A.R.L. Éditions Pygmalion / Pessar*, n° *JurisData* : 1980-098354.

Paris, 16 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-234796, *Propr. intell.* 2005, p. 63, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. n° 38, p. 23, note Ch. Caron ; *Légipresse* 2004, n° 217, III, p. 219, note C.-E. Renault

Paris, pôle 1 ch. 3, 10 juin 2014, n° 13/18189

Paris, pôle 1, 3^e ch., 28 nov. 2018, n° 18/07188

Paris, pôle 5 ch. 1, 3 nov. 2015 n° 14/12756

Paris, pôle 5 ch. 2, 5 nov. 2010 n° 09/09918

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 19 févr. 2014, *Propr. intell.* 2014, p. 266, obs. A. Lucas ; *RLDI*, 2014/102, 3380, obs. L.C.

Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 23 janv. 2013, n° 11/11333

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 24 nov. 2015, n° 14/14720, *JurisData* n° 2015-026395

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 25 nov. 2014, RG n° 12/21950

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 28 mai 2014, n° 12/21371, *JurisData* n° 2014-012529.

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 3 sept. 2010, n° 09/03200, *M. R c/ La Martinière Groupe*, *JurisData*, n° 2010-019213, *Propr. intell.* 2011, p. 97, obs. J.-M. Bruguière

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 30 juin 2010, n° 09/01005, *JurisData* n° 2010-016817

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 7 mars 2012, n° 10/01369, *SPEDIDAM c/ FNAC Direct*, *Comm. com. électr.* 2013, chron. 4, n° 10, obs. X. Daverat ; *Comm. com. électr.* 2012, chron. 9, n° 4, obs. P. Tafforeau ; *RLDI* mai 2012, n° 2734, obs. J. Vincent

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 9 juin 2010, n° 08/24573, *JurisData* n° 2010-015810

Paris, pôle 5, 2^e ch., 10 déc. 2010, n° 09/16757, *G. Guery c/ SA Lextenso Editions*, *JurisData* n° 2010-024931

Paris, pôle 5, 2^e ch., 12 juin 2009, n° 07/20454, *JurisData* n° 2009-009774, *JCP E.*, 2011, p. 1230, n° 4, obs. M. Guillemain

Paris, pôle 5, 2^e ch., 14 janv. 2011, n° 09/11729

Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 mars 2012, *EURL Hypetraxx Records c/ F. H.*, inédit, *Com. comm. électr.*, n° 6, juin 2012, chron. 6, B. Montels

Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 oct. 2009, n° 08/02791, *SA Canal + c/ Ch. syndicale de l'édition musicale et a.*, *JurisData* n° 2009-021052

Paris, pôle 5, 2^e ch., 23 oct. 2009, n° 08/13934, *JurisData* n° 2009-015692

Paris, pôle 5, 2^e ch., 28 mai 2010, n° 08/22927

Paris, pôle 5, 2^e ch., 3 sept. 2010, n° 09/03200, *JurisData* n° 2010-019213

Paris, pôle 5, 2^e ch., 30 oct. 2009, n° 0807715, *SA La Martinière Group c/ L. et A. V.*, *JurisData* n° 2009-

Paris, pôle 5, 2^e ch., 9 avr. 2010, n° 08/09558, *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2011, prat. 5, A. Neri

Paris, pôle 5, 2^e ch., 9 mars 2012, *SARL Carthago Films et al. c/ Ph. Clair et al.*, inédit chron. B. Montels, *Com. Com. Électr.*, n° 6, 2012, chron. n° 6, n° 10

Paris, pôle 5, 6 juin 2012, n° 09/2087, *Propr. intell.* 2012, p. 406, obs. A. Lucas

Paris, pôle 5, ch. 01, 31 mars 2015 n° 13/23894

Paris, pôle 5, ch. 1, 10 févr. 2010, *Éditions Robert Laffont c/ Bauby et de La Rochefoucaud*, *Propr. intell.* avr. 2010, p. 717,

Paris, pôle 5, Ch. 1, 14 nov. 2012, n° 11 07473

Paris, pôle 5, ch. 1, 23 janv. 2013, n° 11/11333

Paris, pôle 5, ch. 1, 23 mars 2011, n° 09/16801, *JurisData* n° 2011-005293

Paris, pôle 5, ch. 1, 24 mai 2016, n° 14/03154

Paris, pôle 5, ch. 1, 27 juin 2012, n° 11/00651

Paris, pôle 5, ch. 1, 29 mai 2013, n° 10/24790, *M. Aston Barrettdir Aston « Familyman » Barret et a. c/ SAS Universal Music*

Paris, pôle 5, ch. 1, 30 janv. 2013, RG n° 11/10574

Paris, pôle 5, ch. 1, 31 mars 2015, n° 13/23894

Paris, pôle 5, ch. 1, 7 mars 2012, n° 10/01369, *SPEDIDAM c/ FNAC Direct et a.*, *Comm. com. électr.* 2012, chron. 9, n° 5, P. Tafforeau ; *Comm. com. électr.* 2013, chron. 4, n° 10, X. Daverat ; *RLDI* mai 2012, n° 2734, obs. J. Vincent

Paris, pôle 5, ch. 2, 19 juin 2009, n° 08/08339, *Fiori Khayat c/ Studyrama.*

Paris, pôle 5, ch. 2, 2 sept. 2011, n° 09/17372

Paris, pôle 5, ch. 2, 25 juin 2010, n° 09/01136

Paris, pôle 5, ch. 2, 27 nov. 2009, n° 08/07454

Paris, pôle 5, ch. 2, 27 sept. 2013, n° 12/15276, *JAC*, 2014, n° 9, p. 10, J. Berberian.

Paris, pôle 5, ch. 2, 8 janv. 2010, n° 08/07122

Paris, pôle 5, ch. 2, 9 avr. 2010, *JurisData* n° 08/09558

Paris, pôle 5, ch. 5, 24 oct. 2013, n° 12/17506

Paris, pôle 6, ch. 10, 6 nov. 2012, n° 10/02095, *Benga c/ Meimoun*, *Comm. com. électr.* 2013, oct., chron., 9, P. Tafforeau.

Paris. ch. 1, sect. A, 2 nov. 1999, *Morato / Sa Fdm Francis Dreyfus Music*, *JurisData* n° 1999-12687

Pau, 1^{re} ch. civ., 9 sept. 2008, 06/03694

Pau, 1^{re} ch., 10 oct. 2005, n° 02/02632, *JurisData* n° 2005-285092 ; *Propr. Intell.* 2006, p. 177, obs. A. Lucas

Rennes, 1^{re} ch., 29 mars 2016, n° 15/01651, *Propr. intell.* 2016, p. 336, obs.

Rennes, 1^{re} ch., 3 mars 2015, n° 14/00557, *JurisData* n° 2015-004991, *LEPI*, 2015, 85, obs. A. Lucas-Schloetter

Rennes, 1^{re} ch., 3 mars 2015, n° 98, 14/00557, *Yann Sznec c/ Éditions ENI*, *RTD. com.* 2015, p. 287, note F. Poullaud-Dulian

Rennes, 2^e ch., 23 févr. 2018, n° 15/00394

Rennes, 3^e ch. comm., 18 juin 2013, n° 12/02250

Rennes, 9 avr. 2013, n° 11/04866

Riom, 1^{re} ch., 24 mai 2007 *SARL de Borée diffusion distribution c / SARL Pastre et fils*, *JurisData* n° 2007-345481, *JCP G* 2008, IV, 1615

Rouen, 2^e ch., 28 mai 2009, n°07/00628

Rouen, ch. civ. et comm., 6 sept. 2012, n° 11/04365M

Toulouse, 2^e ch., 1^{re} sect., 1^{er} juill. 2015, n° 13/02690

Versailles, 1^{re} Ch., sect. 1, 4 avr. 2013, n° 11/03051

Versailles, 13^e ch., 18 nov. 1999, *M. Vincent c/ Cuc Software International*, *Comm. com. électr.* févr. 2000, p. 13, obs. Ch. Caron ; *D.* 2000. 205, T. Hassler, V. Lapp.

Versailles, 15 juin 1992, *Expertises* 1992, p. 350 et 342, note Benaroudj

Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect. 07 janv. 2016, n° 20160107 13/09456.

Versailles, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 8 avr. 2010, n° 09/00546

Versailles, 1^{re} ch., 15 mars 1988, *D.* 1988, somm. p. 49, obs. C. Colombet ; *RTD civ.* 1989, p. 295, obs. J. Mestre.

Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 mai 2008, *TPS Sport c/ Mirvais*

Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 16 mars 2018, n° 15/06029, *D. IP/IT*, 2018, p. 300, note V.-L. Benabou.

Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 18 janv. 2007, n° 05/08487
 Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 3 juill. 2014, n° 12/04006, *JurisData* n° 2014-016904I 2016, 40, obs. S. Chatry
 Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 7 janv. 2016, n° 13/09456, *JurisData*, n° 2016-000760
 Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 7 juill. 2016, n° 14/02968
 Versailles, 1^{re} ch., 27 janv. 1988, *D.* 1998, somm. p. 223, obs. T. Hassler
 Versailles, 1^{re} ch., 3 juill. 2014, n° 12/04006, *JurisData* n° 2014-016904
 Versailles, 1^{re} ch., 7 janv. 2016, n° 13/09456, *JurisData* n° 2016-000760
 Versailles, 22 sept. 2005, *JurisData*, n° 288693, *D.* 2006. Pan. 2702, obs. A. Lepage, L. Marino et C. Bigot ; *Comm. com. électr.*, 2006, n° 4, p. 29, obs. C. Caron ; *Légipresse*, juin 2006, p. 109, note J.-M. Bruguière.
 Versailles, 25 mars 2004, *RTD com.* 2004, p. 722, obs. F. Pollaud-Dulian
 Versailles, 30 nov. 2018, n° 17/08754, *D.* IP/IT, 2019, p. 101, P.-Y. Gautier.
 Versailles, 3^e ch., 21 déc. 1990, *JurisData* n° 1990-049139
 Versailles, 3^e ch., 7 oct. 2010, *S.A. DAUM Monsieur François DEMOOR c/ Monsieur Christian KERANGALL* 09/05204, *JurisData*, 2010-030077
 Versailles, 7 juill. 2016, n° 14/02968

- Tribunaux de première instance

Trib. Com. Nanterre, 9^e ch., 27 janvier 1998, n° 97F04548, *Édirom c/ Sté. Global Market Network*, www.legalisnet/legalnet/judiciaire/ord-0198.htm ; *D. Aff.* 1998, p. 584, obs. J.P.-S. ; *Expertises*, mai 1998, p. 157 s ; *D. P.*, n° 67, janv. 1999, obs. E. Caprioli.

TGI Bayonne, 15 nov. 2005, *JCPE* 2006, 1977, note A. Singh ; *Propr. intell.* 2006, n° 19, p. 178, obs. A. Lucas ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 93, obs. J. Faucillon

TGI Créteil, 14 janv. 1992, *RIDA* 1992/3, n° 153, p. 197
 TGI Créteil, 1^{er} Ch., 4 mai 1999, *RIDA*, n° 188, 2001/02, p. 3

TGI Lyon, 21 juill. 1999, affaire du « Progrès de Lyon », *JurisData*, n° 1999-10520204.
 TGI Lyon, 3^e ch., 8 sept. 2016, n° 05/08070, *Alone in the dark*, *D.* IP/IT, 2017, p. 651, obs., J. Groffe

TGI Montpellier, 24 sept. 1999, n° 3411/99, *JurisData* n° 1999-117108 ; *Comm. com. électr.* 2000, comm. 19, note C. Caron

TGI Nanterre, 11 janv. 2007, n° 03-03728, *M. J.-J. Beineix et a. c/ Sté Studio Canal Image*, inédit. *JCP. E*, n° 5, 31 janv. 2008, 1144, chron M-E. Laporte-Legeais.
 TGI Nanterre, 13 déc. 2000, *Comm. com. électr.* 2001, comm. 13, note Ch. Caron ; *Légipresse*, 2001, III, p. 41, B. Montels.
 TGI Nanterre, 24 juin 2003, *D.* 2003, Somm. p. 2823, obs. C. Le Stanc ; *C.C.C.* 2003, n° 191, obs. G. Raymond ; *Comm. com. électr.* 2003, comm. n° 86, par P. Stoffel-Munck, confirmé par Versailles, 30 sept. 2004, *Juriscom.net* ; TGI Nanterre, 15 décembre 2006, RG n° 05/03574, *D. act.* 5 fév. 2007, A. Lienhard.
 TGI Nanterre, 2 sept. 2003, *Propr. intell.* 2003, n° 9, p. 464, obs. J.-M. Bruguière et M. Vivant,

TGI Paris, 10 nov. 1983, *D.* 1985, IR, 315, obs. Colombet.
 TGI Paris, 25 mars 2008, n° 06/01062.
 TGI Paris, 30 nov. 1994, inédit, *D.* 1998, p. 193
 TGI Paris, 16 juin 993, *RIDA* avr. 1994. 267.
 TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 11 mars 2003, *R (Janick) c/ Écran Total SA, Saint-Exupéry (François de), MASS média SA*
 TGI Paris, 1^{re} ch., 29 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 1, somm. p. 186
 TGI Paris, 25 sept. 1986, *Le Père Noël est une ordure*, *RDPI*, 1986, 101
 TGI Paris, 3^e ch. 2^e sect. 15 janv. 2010, n° 06-04.534, *SPEDIDAM c/ Fnac et a., Propr. intell.* avr. 2010, n° 35, obs. J.-M. Bruguière, p. 719 ; *RLDI*, 2010, n° 57, obs. L. Costes, pp. 33-34 ; *Comm. com. électr.* n° 4, avr. 2010, chron. 4, X. Daverat
 TGI Paris, 3^e ch. 5 févr. 1988 *Grimont c/ SMT, Cab. dr. Auteur* 1988 n° 9 p. 5.
 TGI Paris, 3^e ch., 14 avr. 1999, *G. Malaussenac/Millencetautres*, inédit
 TGI Paris, 3^e sect., 2 juin 1988, *RIDA*, 1989/1, n° 139, p. 194
 TGI Paris, 8 mars 1968, *Le Saint*, *D.* 1968. 742
 TGI Paris, 26 mars 2008, n° 07/15543
 TGI Paris, 10 févr. 2004, *E. Bataille et A. Chaufour c/ Stés ARP, J.-P. Denis et M. Halberstadt*, inédit), *RTD. com.* 2005 p. 501, F. Pollaud-Dulian
 TGI Paris, 10 janv. 1990, *D.* 1991, 2, p. 206, note B. Edelman ; *D.* 1991, somm. p. 99, obs. C. Colombet ;

RIDA, n° 145, 1990/03, n° 145, p. 318
TGI Paris, 11 mai 1998, D. 1999, somm. 120, obs. Th. Hassler et Lapp
TGI Paris, 11 oct. 2000, ADAGP c/ Sté Éditions Alternative, Légipresse 2001, n° 181, I, p. 54
TGI Paris, 12 avr. 1974, RTD. com, 1976, p. 96, obs. H. Desbois ; RIDA, 1975/03, p. 189
TGI Paris, 12 avr. 2002, PIBD 2002, n° 753, III, 537
TGI Paris, 12 juill. 1990, RIDA, n° 147, 1991/01, p. 359
TGI Paris, 14 août 1996, Brel et Sardou, JurisData n° 1996-602001 ; JCP G 1996, II. 22727 ; D. 1996, jurispr. p. 490, note P.-Y. Gautier ; RTD com. 1997, p. 97, note A. Françon ; Expertises 1996, p. 292 ; RIDA, n° 171, 1997/01, p. 361, note C. Caron ; JCP 1996. II. 22727, obs. Olivier et Barbry
TGI Paris, 14 août 1996, RIDA, n° 171, 1997, p. 379, note C. Caron
TGI Paris, 15 janv. 2010, n° 06/15891, SPEDIDAM c/ FNAC Direct, Propr. intell. 2010, n° 35, p. 719, obs. J.-M. Bruguière ; Comm. com. électr. n° 4, avr. 2010, chron. 4, obs. X. Daverat ; Comm. com. électr. 2010, chron. 9, § 2, obs. P. Tafforeau.
TGI Paris, 16 mai 1968, D. 1968, p. 72
TGI Paris, 16 oct. 1970, Porte y Roma c/ Sté Éd. Max Eschig, RIDA 1971/1, n° 77, p. 184
TGI Paris, 18 déc. 2008, RDPI, janv. 2000, p. 40, note A. Singh et S. Michaud.
TGI Paris, 19 mai 2009 06/08159
TGI Paris, 1^{re} ch., 14 avr. 1999, D. 1999, inf. rap. p. 131 ; JCP E 1999, p. 1481, obs. S. Grégoire ; Expertises 1999, p. 195 ; Gaz. Pal. 23 juill. 1999, p. 38, note C. Rojinski.
TGI Paris, 1^{re} ch., 15 févr. 1984, Aff. Camus RIDA, 1984/2, n° 120, p. 178 ; D. 1984, IR. p. 291, obs. C. Colombet
TGI Paris, 1^{re} ch., 1^{er} avr. 1987, JurisData n° 1987-051721
TGI Paris, 1^{re} ch., 20 sept. 2005, Syndicat national des journalistes et autres c/ Sté Journaux La Dépêche du Midi et le Petit Toulousain, n° 05/05682, RLDI, janv. 2006, n° 12, S. Carré
TGI Paris, 1^{re} ch., 25 nov. 1987, JCP G 1988, II, 21062, note B. Edelman ; D. 1989, somm. p. 46, obs. C. Colombet
TGI Paris, 1^{re} ch., 28 mai 1986, RTD. civ. 1987, p. 552, obs. J. Huet
TGI Paris, 1^{re} ch., sect. 1, 23 mai 2001, Serge P. et autres c/ Joseph P. et autres
TGI Paris, 2 juin 1993, Baiser de l'Hôtel de Ville, Gaz. Pal., 13-15 fév. 1994, p. 18, note P. Frémond
TGI Paris, 25 fév. 1988, Légipresse, juin 1988, n° 152, I, 66. Ch. Ferrand
TGI Paris, 2 oct. 2003, Comm. com. électr. 2003, comm. n° 120, par L. Grynbaum
TGI Paris, 20 déc. 2006, JCP E., 2008, 1144, § 4, note A. Ratovo ; RLDI avr. 2007, n° 838, note A. Defaux et Z. Azzabi ; RIDA 2008, n° 215, p. 370, note P. Sirinelli
TGI Paris, 20 nov. 1991, RIDA, n° 151, 1992/01, p. 340, note Kéréver
TGI Paris, 24 juin 1992, RIDA, n° 155, 1993/01, p. 199
TGI Paris, 25 mars 1972, RIDA 1972, p. 232
TGI Paris, 28 fév. 1973, RTD. com, 1975, p. 99, obs. H. Desbois
TGI Paris, 29 avr. 1988, RIDA 1988, p. 324
TGI Paris, 29 mai 2002, SPPI et a. c/ Fox Média : Légipresse 2002, n° 195, I, p. 120
TGI Paris, 30 nov. 1999, RIDA, n° 185, 2000/03, p. 435, Comm. com. électr. 2001 n° 87, note C. Caron
TGI Paris, 3^e ch., 11 mars 2010, Propr. Ind. 2010, comm. 68, note P. Greffe
TGI Paris, 3^e ch., 14 janv. 1998, RIDA, n° 189, 1999/02, n° 180, p. 389, note A. Kéréver
TGI Paris, 3^e ch., 1^{er} juill. 1971, RIDA, 1972/01, n° 71, p. 147 ; Gaz. Pal., 1971, 2, p. 703 ; RTD com. 1971, p. 95, obs. H. Desbois. Paris, 1^{re} ch., 30 juin 1975, RTD com. 1976, p. 511, obs. H. Desbois
TGI Paris, 3^e ch., 3 janv. 1979, RIDA. 1979/03, p. 153
TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 15 déc. 2009, RG n° 08/00908, inédit, RTD com. 2010, p. 101, chron. J.-C. Galloux.
TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 16 déc. 2008, n° 07/04013, SARL VDDT Architecte et a. c/ SARL Brion Immo France
TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 22 sept. 2009, RG n° 08/04603, Eurofiltrator c/ Rey, inédit
TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 26 janv. 2017, E. R. c/ SA Futurikon, n° 15/12723, inédit
TGI Paris, 3^e ch., 20 déc. 1989, RIDA 1991, n° 147, p. 350
TGI Paris, 3^e ch., 20 mars 1974, RIDA, 1974/3 n° 81, p. 138
TGI Paris, 3^e ch., 22 sept. 1988, JurisData n° 1988-084532
TGI Paris, 3^e ch., 28 nov. 2001, Propr. intell. 2002, n° 5, p. 51, obs. A. Lucas.
TGI Paris, 3^e ch., 29 avr. 1988, RIDA oct. 1988, p. 324
TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 13 juill. 2007, Carion c/ Dailymotion, JurisData n° 344340
TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 18 oct. 2009, Sté Éditions du Seuil c/ Sté Google Inc., JurisData n° 2009-016553, JCP 2010. 247, note A. Lucas ; RLDI 2010/ 57, p. 6, note A. Singh et S. Israël
TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 5 sept. 2003, SA Éditions Grasset et Fasquelle c/ SA Éditions Albin Michel et Mademoiselle Ni Yan dite Shan SA
TGI Paris, 3^e ch., 3 sept. 1997, RIDA 1/1998, p. 343
TGI Paris, 3^e ch., 30 janv. 2002, Légipresse 2002, n° 192, III, p. 96, note F. Sardain

TGI Paris, 3^e ch., 30 nov. 1999, *RIDA* 2000/3, n° 185, p. 435 ; *Comm. com. électr.* 2001, comm. 87, note Ch. Caron

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 16 janv. 2015, n° 12/0379, *JAC*, 2015, n° 24, p. 11, note C. Burkhardt

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 3 juin 2011, *N. B. c/ DaihiMotion et al.*,

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 30 nov. 1999, *Benhaddou et al. c/ L'Harmattan SA*

TGI Paris, 3^e ch., 5 févr. 1977, *RIDA*, 1978, p. 190

TGI Paris, 3^e ch., 5 juin 1987, *Cab. dr. auteur*, janv. 1988, p. 14

TGI Paris, 3^e ch., 6 déc. 2002, *Légipresse*, 2003, n° 202, III, p. 89, note C. Alleaume

TGI Paris, 3^e ch., 7 mai 1996, *RIDA* 1996/4, p. 308 A. Kéréver

TGI Paris, 3^e ch., 7 mars 1991, *PIBD* 1991, III, p. 467

TGI Paris, 3^e ch., 8 oct. 1976, *RIDA*, 3/1977, p. 171

TGI Paris, 3^e ch., 9 mai 1990, *Bernadette Bonnet c/ Société Sur la piste du mercure et Alain Léonard-Matta*, *RIDA*, 1991/1, n° 147, p. 355

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 5 juin 2014, n° 12/02156, *JurisData* n° 2014-026064

TGI Paris, 5 janv. 1996, n° 137

TGI Paris, 6 déc. 1968, *D.* 1969, p. 595 ; *RTD.* civ. 1970, p. 163, obs. Y. Loussouarn

TGI Paris, 6 déc. 2002, *Légipresse*, 2003, n° 202, III, p. 88, note Alleaume.

TGI Paris, 7 mars 1986, *Presses de La Cité c/ Alain Prost, Sté Carrère Éditions*, *RIDA*, 1987/1, n° 131, p. 252 ; *D.* 1988, somm. Comm., p. 208

TGI Paris, 8 avr. 1987, *Cab. dr. auteur*, mars 1988, p. 20

TGI Paris, 9 juill. 2008, RG, 06/17664

TGI Paris, 9 mai 1990, *RIDA* 1991/01, n° 147, p. 335

TGI Paris, 4 nov. 1986, *Alain Moreau, Suicide-Mode d'emploi*, *JurisData* n° 1986-028764

TGI Paris, ord. réf., 14 août 1996, *D.* 1996, jurispr. p. 490, note P.-Y. Gautier ; *RIDA* 1997, n° 171, p. 361, C. Caron

TGI Paris, 5 mai 1997, *Queneau*, *JurisData* n° 1997-612665, *JCP G* 1997, II, n° 22906, note F. Olivier ; *JCP E* 1998, p. 1253, note Laporte-Legeais ; *RTD com.* 1997, p. 457, note A. Françon ; *RIDA*, n° 174, 1997/04, p. 265 ; *Expertises* juin/juill. 1997, p. 219, note A. Lucas

TGI Paris, 14 août 1996, *D.* 1996, jurispr. p. 490, note P.-Y. Gautier ; *RIDA*, n° 171, 1997/01, p. 361, note C. Caron

TGI, Paris, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 15 fév. 1984, *Sté Éd. Gallimard et autres c/ Sté de Droit Britannique Hamish Hamilton*, *JCP. G.* n° 10, 6 mars 1985, 100742

TGI, Paris, 3^e ch., 10 janv. 2001, *M. Patrick, dit Mathias / Carrefour et FCB*

TGI, Paris, 3^e ch., 3^e sect., 17 Mars 2010, n°08/10966.

TGI, Paris, 3^e ch., 4 juill. 1997, *Catherine, épouse Lefèvre, dite Katherine R / SAML SA*

TGI, Paris, 3^e ch., 8 oct. 1976, *RIDA* juill. 1977, p. 171.

TGI, Paris, 6^e sect., du 6 nov. 2001.

TGI Seine, 27 mai 1959, *affaire, les mémoires de Mistinguette*, *RIDA*, 1959/3, n° 24, p. 148

TGI Seine, 3^e ch., 7 mai 1963, *Gaz. Pal.*, 1963, 2, p. 298 , *Ann. propr. ind.* 1950, p. 213

TGI Seine, 3^e ch., 16 mai 1969, *D.* 1969, jurispr. p. 630, *RIDA*, 1970/1, n° 63, p. 213, note A. Schmidt.

TGI Seine, 7 mai 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, p. 298

Trib. Seine, 12 mars 1834, aff. *Alibert c/ Corby*, *Gaz des Trib.*, 14 mars 1834

Trib. Seine 4 déc. 1911, affaire *Anatole France c/ Lemerre*, *API* 1912, p. 98 art. 4989, *L'Art & le Droit*, 1911, p. 283, *DA* 15 juill. 1912, p. 102

Trib. civ., Seine, 16 déc. 1953, *Rev. Bur. l'Union inter. Prot. Œuv. Litt. Art.* 1955, p. 25

T. civ. Seine, 26 juill. 1933, *Dr. aut.* 1933, p. 105

T. civ. Seine, 30 déc. 1859, *API*, 1860 p. 69

Trib. com. Paris 20 oct. 1980 *Ranou-Graphie c/ Bordas*, *D.* 1982 somm. 42

Trib. com. Paris, 1^{re} ch., 9 février 1998, *Cyblion c/ Qualisteam, Expertises*, juill. 1998, p. 236, s., obs. Bertrand, *Bull.* n° 102, A, avr. 1998, p. 4 ; *DP.* n° 67, janv. 1999, obs. E. Caprioli

Trib. com. Paris, 3 mars 1997, *Ordinateur Express*, *D.* 1997. 118, et 176, chron. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 1997, 457, obs. A. Françon

Trib. com. Paris, 8^e ch., 20 févr. 2008, *Sté Flach Film et a. c/ Sté Google France et a.*, n° 2006080166, *RLDI*, 2007, n° 2494 et 2720

Trib. com. Seine, 4 juin 1896, *DP* 1989, 2, 73, obs. J. Valéry ; *S.* 1899, 2, 217, obs. P. Esmein

Trib. com. Paris, 15^e ch., 8 janv. 1999, *SA Magnard c/ SA Larousse Bordas*, *JurisData* n° 1999-042543

Trib. com. Paris Ch. 15, 23 Mars 2010, n° 2007-053677

Trib. com. Paris, 8^e ch., 20 février 2008, RG n° 2006080166

Trib. com. Seine 4 juin 1896, *DP* 1989, 2, 73, obs. J. Valéry ; *S.* 1899, 2, 217, obs. P. Esmein

Trib. com. Seine 21 juin 1937 *Gaz. Pal.* 1937, 2, 583

Trib. corr. Paris, 25 juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, p. 507

Trib. corr. Paris, 5 janvier 1850, *Clesinger c/ Gauvain, D.* 1850. 3. p. 14

Trib. corr. Paris, 11 avr. 1995, *Alain Moreau, Suicide-Mode d'emploi, JurisData* n° 1995-604147

TGI Strasbourg, ord. du 3 février 1998, affaire des « *Dernières nouvelles d'Alsace* », *JurisData* n° 1998-970225

TGI Strasbourg, 2^e ch., 16 nov. 2001, *JurisData* n° 2001-159070, *Comm. com. électr.* 2002, comm. 2, obs. Ch. Caron ; *RIDA*, 2002/02, p. 463

TGI Toulouse, 1^{re} ch., 15 juin 2000, n° 1997/01522 : *JurisData* n° 2000-177795 *Comm. com. électr.* 2002, comm. 96, note C. Caron

TGI Vannes, 29 avr. 2004 ; *Propr. intell.* 2004, n° 12, p. 779, note P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 86, note C. Caron

- Autres juridictions

Cons. Prud'h, Paris, 2 fév. 2007, *Andrieu c/ AFP*, 04/08987, *JCP. E.*, n° 37, 13 septembre 2007, 2065, n° 5, chron. A. Lallement

Aut. Conc., avis n° 09-A-56 du 18 déc. 2009

Cons. conc., 99-D-85, 22 déc. 1999, *Comm. com. électr.*, 2000, comm. n° 69

Cons. conc., 8 juin 1993, affaire *Cora*, *BOCCRF* 25 juill. 1993, p. 197 ; *CCC* 1993, n° 153

Jurisprudences étrangères

Denise Jones v Spire Healthcare Ltd ; C.C.Liverpool (11.5.16)

Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c/. Wise, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68

BCE Inc. c/ Détenteurs de déventures de 1976, 2008 CSC 69.

New York, *Mirone v. MacMillan*, 894 F., 2d. 579, 585, 2d Cir. 1990

Wisconsin, *Hagen v. Dahmer*, 24 Media L. rep. (BNA) 1131, E.D. Wis. 1995

Tribunal fédéral Suisse, 1943, *Rev. Bur. l'Union inter. Prot. Œuv. Litt. Art.*, 1944, p. 30

US Court of appeals Federal circuit, *Street Bank v/ Signature Financial Group*, 149 F.3d 1368, 23 juillet 1998,

Dresde, Oberlandesgericht, 12 fév. 1942, *Rev. Dr. d'aut. wipo*, 1944, p. 126

Enron Coal Services Ltd (In Liquidation) v. English Welsh & Scottish Railway Ltd [2011] EWCA Civ 2.

Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)

Court Chancery, Eng. And Wales, 30 oct. 1986, 1 Ch 21) *Griffith v Tower Publishing Company Ltd and Montrieff*,

Haclan Laboratoires, Inc. v/ Topps Chewing Gum, Inc, 202 F. 2d 866 (2d Civ. 1953), cert. denied, 348 US 812 (1953)

Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 566 (1985).

Cour suprême Canada, 28 mars 2002, *Propr. Intell.* 2002, n° 4, p. 53, obs. A. Lucas.

Mazer c/ Stein, 347 US 201, 100 USPQ 325, 1954 et art. 101, Copyright Act, 1976.

Patrick Cariou v./ Richard Prince, n° 11-1197 (2d Cir. 2013), 714 F.3d 694, § 53

Random House, Inc. v. Rosetta Books LLC | 150 F Supp 2d 613 | July 11, 2001

State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell, 7 avril 2003, 538 US 408, 123 S Ct. 1513

Sup. Court, 25 juin 2014, aff. n° 13-461, *American broadcasting cos., inc., et al. v. Aereo, inc., fka bamboom labs, inc.*

Sup. Court. Op. Bound Vol., Oct. term, 2013, p. 1, *JAC* 2014, n° 16, p. 6, E. Scaramozzino

Sup. Jud. Cour, *Harvard College and Massachusetts General v. Francis Amory*, (1830) 26 Mass (9 Pick) 446, *Reports of Cases Argued and Determined in the Supreme Judicial Court of Massachusetts*, Vol. IX. Boston : Hilliard, Gray, Little and Wilkins, pp. 446-465

Sup. Court *Bilski et Al v/ Kappos* n°08-964, 28 juin 2010, *Prop. Ind.*, n° 10, oct. 2010 *Chron.* 8, n° 3, P. Kamina. 26 mars 2008 *Siegel v. Warner Bros Entertainment* (Case n° CV-04-8400-SGL), *Comm. com. électr.* 2008, *chron.* 5, n° 1

Authors Guild v. Google, Inc., case n° 05 CV 8136 (DC), 20 sept. 2005 District Court, Southern District of New York, *Authors' Guild v. Google Inc.*, Unreported, 22 mars 2011 (D (US), *Gaz. Pal.* 23 juin 2011, p. 23, note L. Marino ; *Comm. com. électr.* n° 5, Mai 2011, *chron.* 5, p. Kamina

Authors Guild, Inc. v. Google Inc., Case 13-4829, 16 oct. 2015, *Comm. com. électr.* n° 2, fév. 2016, *chron.* 3., P. Kamina

Authors Guild, Inc. v. Google Inc., S.D.N.Y., Nov. 14, 2013 *Comm. com. électr.* n° 2, fév. 2014, *chron.* 2, P. Kamina

Bruxelles, 12 nov. 1998, A § M 1999, 361, appel de Rh. Bruxelles, 7 nov. 1995, *Ing. Cons.*, 1996, 23.

Bruxelles, 9^e ch., 28 oct. 1997, *D.* 1998, *jurispr.* p. 597, note B. Edelman.

TPI Bruxelles, 16 oct. 1996 : *RIDA*, n° 172, 1997/02, p. 238, A. Kéréver ; *D.* 1997, *jurispr.* p. 322, note B. Edelman

Siegel v. Warner Bros Entertainment, 26 mars 2008 (Case CV-04-8400-SGL), *Comm. com. électr.* 2008, *chron.* 5, n° 1

28 juill. 2011, *Marvel v. Kirby*, 10 civ. 141 (CM) (KNF).

WIPO Arbitration and Mediation Center, D2010-0282 (WIPO June 3, 2010) *POEX Ltd. v. Zoran Stary / Who Is Privacy Protection Service Inc*, Case No. D2010-0282

Jurisprudences communautaires, européennes

CJCE, 9 nov. 2000, C-381/98, *Ingmar L. Idot in Rev. crit. DIP*, 2001. 112.

CJCE, 7 déc. 2006, *SGAE*, C-306/05

CJCE, 15 juin 1976, aff. 51/75, *Rec. CJCE* 1976, p. 811.

CJCE, 15 oct. 2002, « PVC III », C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P A C-252/99 P et C-254/99

CJCE, 17 déc. 2009, *Eva Martín Martín c/ EDP Editoriales SL*, aff. C-227/08, *JCP E*, 2010, n° 12, 1290, note L. Idot.

CJCE, 27 juin 2000, C-240/98 à C-244-98, *Océano Grupo Editorial SA c./ Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA c./ José M. Sanchez-Alcon Prades et al.* *RTD civ.* 2000, p. 939, J. Raynard

CJCE, 28 avr. 1998, n° C-200/96, *D.* 1999, p. 353

CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-241/91 et C-242/91, *Radio Telefis Eireann*, *Rec. CJCE* 1995, I, p. 743, concl. C. Gulmann ; *D. Aff.* 1996, p. 127, obs. G. Bonnet ; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. Françon ; *JCP G* 1995, I, n° 3883, obs. M. Vivant ; *JDI* 1996, p. 530, obs. M.-A. Hermitte ; *Europe*, juill. 1995, p. 1, C. Carreau ; *RJDA*, août 1995, n° 8, p. 735, L. de Gaulle ; *EIPR*, août 1995, n° 8, p. 361 T. Vinje ; *D.* 1996, *chron.* p. 119 B. Edelman

CJCE, 6 oct. 2009, *Asturcom*, C-40/08

CJCE, 9 avr. 1987, aff. 402/85, *G. Basset c./ SACEM*, *RIDA* 1987/03, p. 168, obs. Delmoly ; *RTD com.* 1987, p. 391, obs. A. Françon

CJUE 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *D*. 2011, p. 1965, obs. C. Manara ; p. 2054, point de vue P.-Y. Gautier ; p. 2363, obs. P. Tréfigny-Goy ; *D*. 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon, et 2836, obs. P. Sirinelli ; *RTD eur.* 2011. 847, obs. E. Treppoz

CJUE 23 mars 2010, aff. C-236/08, *Google France SARL c/ Louis Vuitton Malletier*, *D*. 2010, p. 885, obs. C. Manara, 1966, obs. P. Tréfigny-Goy, et 2011. 908, obs. S. Durrande ; *RTD eur.* 2010. 939, chron. E. Treppoz
CJUE 3 oct. 2013, aff. C-170/12, *Pinckney c/ Sté KDG Mediatech AG*, *D*. 2014. 411, note T. Azzi ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2078, obs. P. Sirinelli ; *ibid.* 2317, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *Rev. crit. DIP* 2014. 189, note L. Usunier ; *RTD com.* 2013. 731, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2013. 897, obs. E. Treppoz ; *ibid.* 2014. 453, obs. A. Quiquerez ; *Propr. intell.* 2014. 93, obs. A. Lucas ; *Comm. com. électr.* 2014. Chron. 1, n^{os} 3 s., obs. M.-E. Ancel ; *GAPI*, 2^e éd., Dalloz, 2015, dir. M. Vivant, n^o 14, note T. Azzi

CJUE 7 mars 2013, C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd.e.a. c/ TVCatchup Ltd*, *JAC* n^o 01/2013, p. 11, E. Scaramozzino

CJUE, 12 nov. 2015, aff. C-572/13, *Hewlett-Packard Belgium SPRL c/ Reprobel SCRL*, *RTD com.* 2016., p. 114, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D*. IP/IT 2016. 30, note V.-L. Benabou ; *Propr. intell.* 2016. 52, obs. C. Bernault ; *Comm. com. électr.* 2016, ét. 9, par N. Binctin, et comm. 10, obs. C. Caron

CJUE, 15 mars 2012, n^o C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited (Sté) c/ Irlande*, *D*. 2012, p. 810 ; *RTD com.* 2012, p. 322, F. Pollaud-Dulian

CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Marc Soulier et Sara Doke c/ Premier ministre et ministre de la Culture et de la Communication*, *Rev. UE*, 2017, p. 78 ; *D*. 2017. 84, L. el Badawi

CJUE, 22 janv. 2015, aff. C-419/13, *Art & All Posters International BV*, *JurisData* n^o 2015-000844 ; *Comm. com. électr.* 2015, comm. 18, obs. C. Caron ; *D*. 2015, p. 776, note C. Maréchal

CJUE, 27 janv. 2011, n^o C-168/09, *Flos spa c/ Semraro Casa e Famiglia spa*, *D*. 2011. 440 ; *RTD com.* 2011 p. 341 note F. Pollaud-Dulian

CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft c/ Oracle International Corp. (Sté)*, *JAC* 2013, n^o 7, p. 34, obs. É. Treppoz ; *D*. 2012. p. 2142, obs. J. Daleau ; *ibid.* 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *RTD com.* 2012. 542, obs. F. Pollaud-Dulian ; *ibid.* 790, chron. P. Gaudrat ; *RTD eur.* 2012. 947, obs. E. Treppoz ; *Rev. UE* 2015. 442, ét. J. Sénéchal

CJUE, 4 oct. 2011, n^o C-403/08, *Football Premier League Association*, *AJDA*. 2011, p. 2339, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *D*. 2011, p. 2474 ; *D*. 2012, p. 704 ; *RTD com.* 2011. 744, F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2011, p. 855, obs. E. Treppoz ; *ibid.* 2012. 229, obs. A.-L. Sibony ; *Comm. com. électr.* 2011, comm. 110, note Ch. Caron ; *JCP G* 2012, 978 n^o 3, obs. Ch. Caron ; *Propr. intell.* 2012, n^o 42, p. 51, note V.-L. Benabou
CJUE, 9 févr. 2012, aff. C-277/10, *Martin Luksan*, *D*. 2012. 2841, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2012. 318, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2012. 964, obs. E. Treppoz ; *Propr. intell.* 2012. 425 et 434, obs. V.-L. Benabou ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 37, obs. C. Caron

TPICE, 10 juillet 1991, aff. T-69/89 : Rec. II-485, *RTD eur.* 1993, p. 525 G. Bonnet ; *RIDA*. n^o 151, 1992/01, p. 216 T. Desurmont ; *RTD com.* 1992, p. 372, A. Françon

Déc. Comm. 21 déc. 1988, JOCE 21 mars 1989, n^oL-078, p. 43

CEDH, 18 mai 2004 n^o 58148/00, *D*. 2004. 1838.

CEDH, 20 mai 2001, *Franz Fischer c/ Autriche*, req. n^o 37950/97

CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, Série A n^o 18 ; *AFDI*, 1975, 330, note Pelloux

CEDH, 10 janv. 2013, *Asbby Donald c/ France*, *RTD com.* 2013. 274, F. Pollaud-Dulian. ; *Comm. com. électr.*, 2013

INTRODUCTION.....	9
PREMIERE PARTIE LA QUALIFICATION DU CONTRAT D'ÉDITION.....	24
Titre I L'IDENTIFICATION DU CONTRAT D'ÉDITION.....	26
Chapitre 1 ^{er} LES FONCTIONS DU CONTRAT D'ÉDITION.....	27
Section I LES FONCTIONS POSITIVES.....	28
§1. LA FONCTION DE PROTECTION DE L'AUTEUR.....	29
A. LE PRINCIPE DE PROTECTION DE L'AUTEUR.....	29
B. LES MODALITÉS DE LA PROTECTION DE L'AUTEUR.....	31
1. L'inclinaison du régime contractuel in favorem auctoris.....	31
2. L'inclinaison de la qualification contractuelle in favorem auctoris.....	32
a. <i>Le rejet des qualifications exclusivement scientifiques fondées sur un principe de neutralité.....</i>	<i>32</i>
i. La présentation des qualifications exclusivement scientifiques.....	32
ii. La réfutation des qualifications exclusivement scientifiques.....	34
b. <i>La nécessité d'une qualification scientifico-empirique fondée sur un principe d'attraction juridique.....</i>	<i>37</i>
§2. LA FONCTION D'EXPLOITATION DE L'ŒUVRE.....	40
A. LE PRINCIPE DE L'EXPLOITATION ÉDITORIALE.....	41
B. LES MODALITÉS DE L'EXPLOITATION ÉDITORIALE.....	44
1. Le caractère public de l'exploitation.....	44
a. <i>La réalisation d'exemplaires en nombre.....</i>	<i>44</i>
b. <i>La diffusion publique.....</i>	<i>46</i>
2. Le caractère commercial de l'exploitation.....	47
a. <i>L'intention lucrative.....</i>	<i>47</i>
b. <i>Le modèle économique.....</i>	<i>49</i>
3. Le caractère principal de l'exploitation	51
a. <i>La présentation du caractère principal.....</i>	<i>51</i>
b. <i>La critique du caractère principal.....</i>	<i>53</i>
Section II LES FONCTIONS ÉMERGENTES	54
§1. LA FONCTION DE GESTION DE L'AUTEUR	57
A. LE PRINCIPE DE LA GESTION.....	57
B. LES MODALITÉS DE LA GESTION.....	59
§2. LA FONCTION D'INTERMÉDIATION DE L'ŒUVRE.....	62
A. LE PRINCIPE DE LA FONCTION D'INTERMÉDIATION.....	62
B. LES MODALITÉS DE L'INTERMÉDIATION	64
1. L'intermédiation par représentation.....	65
2. L'intermédiation par création	66
Chapitre 2 nd LA CARACTÉRISATION DU CONTRAT D'ÉDITION.....	71
Section I LE DOMAINE RATIONE MATERIAE DU	
CONTRAT D'ÉDITION.....	71
§1. LE DOMAINE D'APPLICATION ÉTENDU RATIONE MATERIAE	
DU CONTRAT D'ÉDITION.....	72
A. LA DÉTERMINATION JURIDIQUE DU CONTENU CARACTÉRISTIQUE.....	72
1. Le droit soumis au contrat d'édition.....	73
a. <i>Le domaine certain : le droit de reproduction.....</i>	<i>74</i>
i. Le droit de reproduction <i>stricto sensu</i>	74
ii. Le droit de reproduction <i>lato sensu</i> : les droits de prêt et de location.....	76
b. <i>Le domaine incertain : les droits limitrophes</i>	<i>77</i>
i. Le droit de représentation	77
ii. Les droits dérivés.....	80

2. Les objets soumis au droit d'édition	87
a. <i>Le domaine certain : l'œuvre</i>	87
i. La nature formelle de l'œuvre.....	87
ii. La nature juridique de l'œuvre.....	89
b. <i>Le domaine incertain : les autres « biens immatériels »</i>	90
i. Les prestations d'artistes-interprètes.....	90
ii. Les dessins et modèles.....	94
iii. Les droits de la personnalité : l'exemple de l'image des personnes.....	98
B. L'ADAPTATION NUMÉRIQUE DU CONTENU CARACTÉRISTIQUE	102
1. L'adaptation du contrat d'édition aux fichiers numériques	103
a. <i>L'inadaptation du contrat d'édition avant la réforme du 12 novembre 2014</i>	103
i. Une terminologie légale incertaine.....	104
ii. Une réponse jurisprudentielle inadaptée.....	105
b. <i>L'adaptation du contrat d'édition à la réforme du 12 novembre 2014</i>	108
2. L'adaptabilité du contrat d'édition au streaming	111
a. <i>L'absence de rattachement de l'exploitation streaming aux contrats d'auteur</i>	111
b. <i>La proposition de rattachement de l'exploitation streaming au contrat d'édition</i>	113
i. La détermination des critères.....	113
ii. L'application des critères.....	116
§ 2. LA RESTRICTION DU DOMAINE D'APPLICATION RATIONE MATERIAE	
DU CONTRAT D'ÉDITION	117
A. LES RAISONS POLITIQUES DE LA RESTRICTION	117
1. Le paradigme classique : l'approche synthétique et individualiste	117
2. L'émergence d'un paradigme nouveau : l'approche analytique et socialisante	118
a. <i>La désincarnation du droit d'auteur au nom de l'intérêt des investisseurs</i>	118
b. <i>La socialisation du droit d'auteur au nom de l'intérêt du public</i>	121
B. L'EXPRESSION JURIDIQUE DE L'AFFAIBLISSEMENT RATIONE MATERIAE	
DU CONTRAT D'ÉDITION	129
1. L'affaiblissement a priori du contrat d'édition	129
a. <i>L'inanité de fait fondée sur les règles d'attribution primaire du droit de reproduction</i>	130
i. L'œuvre collective.....	130
ii. L'œuvre transformative.....	133
b. <i>La concurrence de droit fondée sur les règles d'attribution contractuelle du droit de reproduction</i>	136
i. La cession du droit de reproduction consécutive à la conclusion d'un contrat de travail portant sur un logiciel.....	136
ii. La cession du droit de reproduction consécutive à la conclusion d'un contrat de travail journalistique.....	138
iii. La présomption de cession des droits d'exploitation consécutive à la conclusion d'un contrat de production audiovisuelle.....	140
iv. Les incertitudes quant au principe général de contrats de création à effet translatif.....	143
2. L'affaiblissement a posteriori du contrat d'édition	146
a. <i>Le dessaisissement pour insuffisance d'exploitation</i>	146
i. La gestion collective des livres indisponibles.....	146
ii. L'exception au droit d'auteur en matière d'œuvre orpheline.....	148
b. <i>Le dessaisissement de jure du droit d'exploitation quant aux modalités d'exploitation</i>	149
i. Licence légale en matière de prêt en bibliothèque.....	149
ii. L'exception « open data » à la faveur de l'auteur.....	150
iii. Le droit de reprographie.....	151
Section II LE DOMAINE RATIONE PERSONAE	
DU CONTRAT D'ÉDITION	152
§ 1. LE DOMAINE D'APPLICATION RESTREINT RATIONE PERSONAE	
DU CONTRAT D'ÉDITION	153
A. LA DÉTERMINATION DE LA QUALITÉ DES PARTIES	153
1. L'influence résiduelle de la qualité de l'éditeur	153
2. L'influence déterminante de la qualité d'auteur	156
a. <i>L'identification de l'auteur cédant</i>	156

i. La qualité d'auteur.....	156
ii. La pluralité d'auteurs.....	157
iii. Les héritiers de l'auteur.....	165
<i>b. La portée attachée à la qualité d'auteur cédant</i>	168
B. L'ADAPTATION NUMÉRIQUE DE LA QUALITÉ DES PARTIES.....	169
1. L'influence résiduelle sur la qualification d'auteur	170
2. L'influence potentielle sur la qualification d'éditeur	171
<i>a. Méthode de qualification du contrat d'édition numérique au regard du comportement du cocontractant de l'auteur</i>	172
<i>b. L'application de la méthode de qualification</i>	174
i. Les plateformes d'autoédition	175
ii. Les plateformes de <i>crowdfunding</i>	176
§2. L'EXTENSION DU DOMAINE D'APPLICATION RATIONE PERSONAE	
DU CONTRAT D'ÉDITION	176
A. LES ÉVOLUTIONS SOCIO-ÉCONOMIQUES.....	177
1. Le paradigme constaté : l'approche microcontractuelle	177
2. Le paradigme émergent : l'approche macrocontractuelle	177
<i>a. Des professionnels de moins en moins avertis</i>	178
<i>b. Des chaînes contractuelles de plus en plus denses</i>	180
B. L'EXPRESSION JURIDIQUE.	181
1. L'extension de lege lata aux ayants droit	182
<i>a. L'extension aux sociétés gestionnaires</i>	182
<i>b. L'extension aux personnes publiques cessionnaires</i>	182
2. L'extension de lege ferenda aux ayants droit professionnel-partie faible	183
Titre 2 L'IDENTITÉ DU CONTRAT D'ÉDITION	187
Chapitre 1 ^{er} LA DÉTERMINATION DU MODE DE QUALIFICATION	193
Section I L'INSUFFISANCE DES MÉTHODES CONCEPTUELLES :	
L'EXEMPLE DE LA PRESTATION CARACTERISTIQUE	193
§ 1 LA THESE ADMISE : L'EXPLOITATION DE L'ŒUVRE	194
§ 2 LA THESE ALTERNATIVE : LA TRANSMISSION DES DROITS D'ÉDITION	195
Section II LE RECOURS AUX DONNÉES EMPIRIQUES	197
§ 1 LA MAITRISE ÉDITORIALE	198
A. LA MAITRISE DES DROITS D'ÉDITION	199
1. Le transfert des droits d'édition	199
<i>a. La disposition des droits d'édition</i>	199
<i>b. L'apport réalisé au profit d'organismes de gestion collective</i>	201
2. L'opposabilité de la « titularité » du droit de reproduction	205
<i>a. La titularité de l'action en contrefaçon « patrimoniale »</i>	205
<i>b. La faculté d'opposition à l'exploitation collective des droits en matière de livres indisponibles</i>	208
B. LA MAITRISE DE L'ACTIVITÉ ÉDITORIALE.....	210
1. L'indifférence de l'exclusivité de l'éditeur	210
2 La maîtrise de la politique commerciale	213
<i>a. La fixation unilatérale du prix des exemplaires</i>	213
<i>b. La fixation unilatérale des modalités de distribution des exemplaires</i>	214
3. La maîtrise de la ligne éditoriale	216
§2. LE RISQUE ÉDITORIAL	218
A. LE RISQUE RELATIF AUX DROITS D'ÉDITION.....	219
B. LE RISQUE RELATIF À L'ACTIVITÉ ÉDITORIALE.....	221
Chapitre 2 nd L'APPLICATION DU MODE DE QUALIFICATION	
AU CONTRAT D'ÉDITION	224
Section I ES QUALIFICATIONS REJETÉES	224
§1. LES QUALIFICATIONS REJETÉES POUR	

INSUFFISANCE DE MAÎTRISE ÉDITORIALE	224
A. LES LOUAGES D'INDUSTRIE.....	224
1. <i>Le louage d'ouvrage</i>	224
2. <i>Le contrat de travail</i>	227
B. LES CONTRATS DE MISE À DISPOSITION.....	227
§2. L'INSUFFISANCE DE RISQUE ÉDITORIAL	230
A. LA RÉPARTITION DU RISQUE : LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ.....	230
B. L'INVERSION DU RISQUE : LE MANDAT.....	232
C. LA DISPARITION DU RISQUE : LA CESSION SIMPLE.....	233
Section II LA QUALIFICATION RETENUE : LA CESSION AVEC CHARGE	236
§ 1. LE PRINCIPE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ POUR LES BESOINS DE LA CHARGE	237
A. LA FAUSSE DIFFICULTÉ CONCEPTUELLE : LE CARACTÈRE COMPOSITE DE LA CESSION AVEC CHARGE	238
B. LA VRAIE DIFFICULTÉ CONCEPTUELLE : L'INTERACTION ENTRE LA CHARGE ET LA CESSION.....	240
1. <i>L'affectation des droits d'édition transférés</i>	241
2. <i>La destination des droits d'édition transférés</i>	243
§2. LA PORTÉE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ POUR LES BESOINS DE LA CHARGE	246
A. LE CARACTÈRE FIDUCIAIRE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ POUR LES BESOINS DE LA CHARGE.....	247
1. <i>Le risque généré par la gestion des intérêts de l'auteur</i>	249
2. <i>L'intérêt commun entre l'auteur et l'éditeur</i>	251
a. <i>Présentation du concept « d'intérêt commun » en dehors du contrat d'édition</i>	252
b. <i>Application du concept « d'intérêt commun » au contrat d'édition</i>	253
i. La poursuite d'un intérêt commun à l'exécution du contrat.....	253
ii. La poursuite d'intérêts antagonistes à la conclusion du contrat.....	256
B. LE CARACTÈRE RÉVOCABLE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ FINALISÉ POUR INEXÉCUTION DE LA CHARGE.....	258
1. <i>Les raisons de la révocation</i>	258
a. <i>La causalité entre le transfert des droits d'édition et la rémunération</i>	258
b. <i>La condition entre la charge et la rémunération</i>	259
i. Le paiement proportionnel.....	260
ii. Le paiement forfaitaire.....	260
2. <i>La mise en œuvre de la révocation</i>	261
 CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE	264
 PARTIE SECONDE LE RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRAT D'ÉDITION	266
 TITRE I LE RÉGIME TIRÉ DE L'IDENTIFICATION DU CONTRAT D'ÉDITION	268
 Chapitre 1 ^{er} LA PROTECTION PRINCIPALE DE L'AUTEUR ASSURÉE PAR LES DISPOSITIONS DU CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	270
 Section I LE RENOUELEMENT DU CONTENU IMPÉRATIF DU CONTRAT D'ÉDITION	277
§ 1. LA PROTECTION DE L'AUTEUR AU STADE DE L'ENGAGEMENT CONTRACTUEL	277
A. LA CAPACITÉ DE L'AUTEUR.....	278
1. <i>La protection assurée par la rigueur des règles de capacité de l'auteur</i>	278
a. <i>Le principe de capacité spéciale de l'auteur</i>	278

<i>b. Les limites de la capacité spéciale de l'auteur</i>	281
2. La protection assurée par l'assouplissement des règles de capacité spéciale de l'auteur	282
<i>a. Les agents éditoriaux</i>	282
<i>b. Les organismes de gestion collective</i>	284
B. L'ÉTENDUE DES DROITS D'ÉDITION CÉDÉS	287
1. La protection assurée par la destination du droit de reproduction	287
<i>a. Le principe de destination</i>	287
<i>b. Le problème de l'édition numérique</i>	289
i. Les droits numériques.....	291
ii. Les publications numériques.....	294
2. La protection souhaitée par l'encadrement du transfert des « accessoires » du droit de reproduction	297
<i>a. Les hypothèses de transfert rejetées</i>	297
<i>b. Les hypothèses de transfert retenues</i>	298
§ 2. LA PROTECTION DE L'AUTEUR AU STADE DE L'EXÉCUTION CONTRACTUELLE	299
A. L'OBLIGATION D'EXPLOITATION DE L'ŒUVRE	302
1. La dualité de l'obligation d'exploitation	302
<i>a. L'obligation d'exploitation par l'usage du droit de reproduction</i>	302
i. Analyse de l'obligation d'exploitation par l'usage du droit de reproduction.....	302
ii. La nature de l'obligation d'exploitation par l'usage du droit de reproduction.....	307
<i>b. L'obligation d'exploitation des droits dérivés</i>	314
2. La dualité des conséquences de l'exploitation	316
<i>a. Les sanctions en cas de manquement à l'obligation d'exploitation</i>	316
i. La résolution.....	316
ii. La responsabilité de l'éditeur.....	320
<i>b. La faculté de réédition en cas d'accomplissement de l'obligation d'exploitation</i>	324
B. L'OBLIGATION DE RÉMUNÉRATION	326
1. La protection limitée par le principe de la rémunération proportionnelle	326
<i>a. Un principe en déclin</i>	326
i. L'obsolescence au regard du modèle économique classique.....	327
ii. L'obsolescence au regard des modèles économiques nouveaux.....	334
<i>b. Une protection relative</i>	335
i. Le recours à la rémunération forfaitaire.....	335
ii. Les paradoxes de la rémunération forfaitaire.....	336
2. La protection renforcée par le principe de la rémunération juste et équitable	338
<i>a. Un principe général</i>	338
<i>b. La protection potentielle</i>	341
i. La protection à la conclusion du contrat.....	341
ii. La protection en cours d'exécution du contrat.....	345
Section II L'OPTIMISATION DES DROITS ET PRÉROGATIVES CONFÉRÉES À L'AUTEUR	352
§1 LA PROTECTION DES INTÉRÊTS MATÉRIELS	353
A. LES OPÉRATIONS DE SOUS-ÉDITION	353
1. L'opposition à la cession illicite du bénéfice du contrat d'édition	353
<i>a. La solution de principe : la nullité relative</i>	353
<i>b. L'ouverture d'une action directe</i>	355
2. L'opposition à la cession licite du bénéfice du contrat d'édition	357
B. LE DÉFAUT DE PAIEMENT	359
1. Le privilège de l'auteur	359
2. La procédure collective de l'éditeur	360
<i>a. La sauvegarde et le redressement : le droit au maintien des obligations de l'éditeur</i>	361
<i>b. La liquidation et la cessation supérieure à trois mois : la faculté de résiliation reconnue à l'auteur</i>	361
3. La prévention des difficultés par l'octroi d'un à-valoir	362
§ 2. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS MORAUX DE L'AUTEUR	363
A. LA REMISE EN CAUSE A PRIORI DU CONTRAT D'ÉDITION	

PAR L'EXERCICE NÉGATIF DU DROIT DE DIVULGATION.....	364
B. LA REMISE EN CAUSE <i>A POSTERIORI</i> DU CONTRAT D'ÉDITION PAR L'EXERCICE POSITIF DU DROIT DE RETRAIT.....	366
CHAPITRE 2nd LA PROTECTION AUXILIAIRE DE L'AUTEUR ASSUREE PAR L'ORDRE PUBLIC IN FAVOREM.....	369
SECTION I LA DÉTERMINATION DE L'ORDRE PUBLIC IN FAVOREM.....	370
§ 1. <i>DE LEGE LATA</i> : L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION.....	372
§ 2. <i>DE LEGE FERANDA</i> : L'ORDRE PUBLIC IN FAVOREM.....	374
A. LE TROPISME CONSTATÉ.....	374
1. <i>Le tropisme en droit interne</i>	374
2. <i>Le tropisme en droit européen</i>	377
B. L'ORDRE PUBLIC RENOUVELÉ.....	378
SECTION II LES MANIFESTATIONS DE L'ORDRE PUBLIC IN FAVOREM.....	380
§1 LES RÈGLES CONFLICTUELLES.....	380
A. LES CONFLITS DE LOIS EN DROIT INTERNATIONAL.....	380
1. <i>La détermination du droit applicable</i>	381
a. <i>Le rattachement en présence d'un choix</i>	381
b. <i>Le rattachement à défaut de choix</i>	382
2. <i>Les facteurs de correction du rattachement en cas d'éviction du droit d'auteur français</i>	385
a. <i>Les facteurs de correction commun à tous les rattachements</i>	385
b. <i>Les facteurs de correction propres au choix de lois</i>	387
B. LES CONFLITS DE LOIS EN DROIT INTERNE.....	389
§2. LES RÈGLES SUBSTANTIELLES.....	392
A. LES MANIFESTATIONS CONTRACTUELLES DE L'ORDRE PUBLIC IN FAVOREM.....	392
1. <i>De lege lata : le formalisme in favorem</i>	392
2. <i>De lege feranda : l'impérativité in favorem</i>	395
B. LES MANIFESTATIONS JUDICIAIRES DE L'ORDRE PUBLIC IN FAVOREM.....	399
1. <i>De lege lata : la compétence judiciaire in favorem</i>	399
2. <i>De lege feranda : l'autorité judiciaire in favorem</i>	400
a. <i>Le renforcement de l'office du juge</i>	401
i. Les raisons du renforcement.....	401
ii. La teneur du renforcement.....	403
b. <i>L'encadrement du recours à l'arbitre</i>	404
i. L'effectivité limitée des conventions d'arbitrage.....	405
ii. L'efficacité limitée des prérogatives arbitrales.....	408
TITRE II LE RÉGIME COMPLÉMENTAIRE FONDÉ SUR L'IDENTITÉ DU CONTRAT D'ÉDITION.....	412
CHAPITRE 1^{er} LA FONCTION COMPLÉTIVE DU DROIT CIVIL EN GÉNÉRAL.....	413
SECTION I LE RATTACHEMENT EXCLUSIF AU DROIT CIVIL.....	413
§1 LES RÈGLES RELATIVES À LA CONCLUSION DU CONTRAT D'ÉDITION.....	416
A. LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DES PARTIES.....	416
1. <i>Le renforcement souhaité des règles protégeant le consentement</i>	416
a. Le renforcement de l'information précontractuelle.....	417
i. Le renforcement des obligations précontractuelles d'information.....	417
ii. Le rejet des règles solennelles des donations en cas de contrat d'édition sans rémunération.....	419
b. Le renforcement des vices du consentement.....	421

i. L'erreur.....	422
ii. Le dol.....	425
iii. La violence.....	425
2. L'atténuation souhaitée du droit des incapacités	
<i>pour les groupes éditoriaux.....</i>	427
B. LA PROTECTION DU CONTENU CONTRACTUEL.....	429
1. <i>Le contenu illicite.....</i>	429
2. <i>Le contenu impossible.....</i>	433
§ 2 LES RÈGLES RELATIVES À L'EXÉCUTION	
DU CONTRAT D'ÉDITION.....	435
A. LA PROTECTION DE L'EXPLOITATION	
DE L'ŒUVRE À L'ÉGARD DES PARTIES.....	435
1. <i>La protection de l'exploitation à l'égard du cédant.....</i>	435
a. <i>La transposition des obligations de délivrance.....</i>	435
i. L'obligation de délivrance de l'objet de l'édition.....	436
ii. L'obligation de délivrance des droits d'édition.....	441
b. <i>La transposition des obligations de garantie.....</i>	443
i. La garantie d'éviction.....	444
ii. Transposition de la garantie des vices cachés.....	449
2. <i>La protection de l'exploitation à l'égard de l'éditeur.....</i>	451
B. LA PROTECTION DE L'EXPLOITATION CONTRE	
LES INTERFÉRENCES EXTÉRIEURES AUX PARTIES.....	453
1. <i>Le renforcement de la protection contre</i>	
<i>les troubles de l'exploitation causés par des tiers.....</i>	453
a. De lege lata : <i>les actions en contrefaçon menées par l'éditeur.....</i>	453
i. Une action en revendication.....	453
ii. Une action en valorisation.....	455
b. de lege ferenda : <i>les actions en contrefaçon menées</i>	
<i>par l'auteur par la voie oblique.....</i>	457
2. <i>Le rejet de la protection contre</i>	
<i>les changements de circonstances économiques.....</i>	459
SECTION II L'EXCLUSION DU RATTACHEMENT AU DROIT ÉCONOMIQUE.....	462
§1. L'EXCLUSION PARTIELLE DU DROIT DE LA CONCURRENCE.....	462
§2. L'EXCLUSION TOTALE DU DROIT DE LA CONSOMMATION.....	465
A. LES INCERTITUDES QUANT À L'APPLICABILITÉ	
DU DROIT DE LA CONSOMMATION.....	465
B. LES RÉSERVES QUANT À L'APPLICABILITÉ	
DU DROIT DE LA CONSOMMATION.....	468
CHAPITRE 2nd LA FONCTION EXPLICATIVE DU DROIT FIDUCIAIRE	
EN PARTICULIER.....	471
SECTION I LE RISQUE DE LA RELATION FIDUCIAIRE	
DANS LE CONTRAT D'ÉDITION.....	472
§1. LE RISQUE « D'AGENCE »	474
§2. L'ALEA MORAL.....	475
SECTION II L'EXPRESSION DE LA RELATION FIDUCIAIRE	
DANS LE CONTRAT D'ÉDITION.....	477
§1 LE CARACTÈRE FIDUCIAIRE.....	477
A. L'EXISTENCE DU CARACTÈRE FIDUCIAIRE.....	479
1. <i>Les considérations de la personne à la conclusion du contrat.....</i>	479
2. <i>La confiance en l'éditeur au stade de l'exécution.....</i>	482
B. LA SYSTÉMATISATION DU CARACTÈRE FIDUCIAIRE.....	486
1. <i>L'obligation de conservation fiduciaire.....</i>	486
2. <i>La responsabilité fiduciaire.....</i>	489

<i>a. Les conditions de la responsabilité fiduciaire</i>	489
i. La constatation du manquement à l'obligation de conservation.....	489
ii. La nécessité d'une mise en demeure préalable.....	492
<i>b. La sanction de la responsabilité fiduciaire</i>	495
§2 LE CARACTÈRE RELATIONNEL	495
A. L'EXISTENCE DU CARACTÈRE RELATIONNEL.....	496
B. LA SYSTÉMATISATION DU CARACTÈRE RELATIONNEL.....	499
1. <i>Le maintien de la relation éditoriale</i>	499
2. <i>L'extension de la relation éditoriale</i>	501
3. <i>L'adaptation de la relation éditoriale</i>	504
CONCLUSION DE PARTIE	506
CONCLUSION GÉNÉRALE	508
INDEX	514
BIBLIOGRAPHIE	524