



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit de la propriété littéraire, artistique et
intellectuelle**

**Dirigé par Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier
2020**

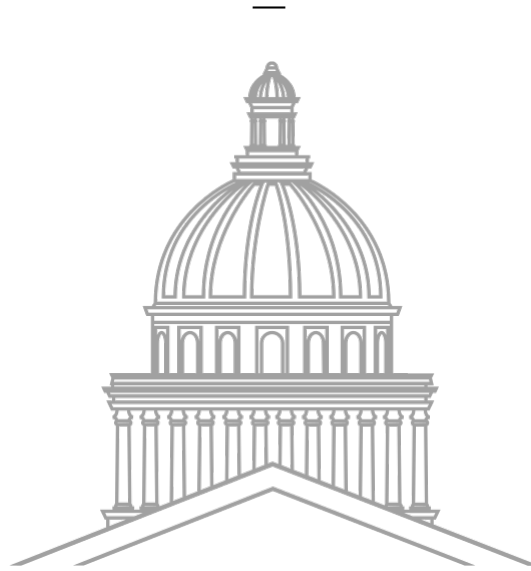
***La probatio diabolica en propriété
intellectuelle***

Violeta Ploquin

Sous la direction de Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier

Université Paris II Panthéon-Assas

Master 2 Droit de la propriété littéraire, artistique et intellectuelle



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

La probatio diabolica en propriété intellectuelle

Mémoire présenté et soutenu par

Violeta Ploquin

Sous la direction de Monsieur le Professeur **Pierre-Yves Gautier**

Année universitaire 2019-2020

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je tiens à remercier Madame Murielle Szac, directrice de collection, sans qui je n'aurais pas perçu les finalités et la richesse de sa profession.

Je remercie Monsieur Jérôme Laissus, Directeur général des Editions Fayard pour son aide et ses réponses apportées à mes questions.

Je remercie de même Monsieur Julien Chouraqui à la direction juridique du Syndicat national de l'édition pour ses précieuses informations.

Enfin, je remercie Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier pour son aide dans le choix du sujet et ses conseils dans la réalisation de ce mémoire.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Aff.</i>	<i>Affaire</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique droit administratif</i>
<i>al.</i>	<i>Alinéa</i>
<i>Art.</i>	<i>Article</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation</i>
<i>C. trav.</i>	<i>Code du travail</i>
<i>c/</i>	<i>Contre</i>
<i>Cass. Ch. mixte</i>	<i>Cour de cassation, chambre mixte</i>
<i>Cass. Ch. réunies</i>	<i>Cour de cassation, chambres réunies</i>
<i>Cass. Civ. 1^{re}, 2^e, 3^e</i>	<i>Cour de cassation, première, deuxième ou troisième chambre civile</i>
<i>Cass. Com.</i>	<i>Cour de cassation, chambre commerciale</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'Etat</i>
<i>CE Ch. réunies</i>	<i>Conseil d'Etat, chambres réunies</i>
<i>Ch.</i>	<i>Chambre</i>
<i>chron.</i>	<i>Chronique</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cour de justice des Communautés européennes</i>
<i>CJUE</i>	<i>Cour de justice de l'Union européenne (anciennement CJCE)</i>
<i>Conv. EDH</i>	<i>Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales</i>
<i>comm.</i>	<i>Commentaire</i>
<i>Cons. UE</i>	<i>Conseil de l'Union européenne</i>
<i>CPC</i>	<i>Code de procédure civile</i>
<i>CPI</i>	<i>Code de la propriété intellectuelle</i>
<i>CSS</i>	<i>Code de la sécurité sociale</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
<i>dir.</i>	<i>Sous la direction de</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droits et patrimoine</i>
<i>Droits</i>	<i>Revue Droits</i>
<i>éd.</i>	<i>Edition</i>
<i>JCP E</i>	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition entreprise et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition notariale et immobilière</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>

<i>In</i>	Dans
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IRPI	Institut de recherche en propriété intellectuelle
<i>Lamy droit de l'immat.</i>	<i>Lamy droit de l'immatériel</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Paris	Cour d'appel de Paris
PE	Parlement européen
<i>PI</i>	<i>Propriétés intellectuelles</i>
<i>PIBD</i>	Propriété intellectuelle, bulletin documentaire (INPI)
préf.	Préface
<i>Propr. ind.</i>	<i>Revue Propriété Industrielle</i>
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
<i>Rec.</i>	<i>Recueil de la jurisprudence de l'Union européenne</i>
<i>Rec. Lebon</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil d'Etat, statuant au contentieux</i>
<i>Rev. Droit et litt.</i>	<i>Revue Droit et littérature</i>
<i>Rev. Sociétés</i>	<i>Revue Sociétés</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RD imm.</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale de droit d'auteur</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD europ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
s.	Suivant(s)
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TA Paris	Tribunal administratif de Paris
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
UE	Union européenne
v.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PARTIE I - La renaissance de la <i>probatio diabolica</i>	3
CHAPITRE I - L’histoire de la <i>probatio diabolica</i>.....	3
Section I - La formation et l’essor du concept.....	3
I. L’origine de la <i>probatio diabolica</i>	3
II. Du fait négatif à l’élément psychologique	5
Section II - Le juge face à la <i>probatio diabolica</i>	8
I. Le rôle du juge face à la preuve	8
II. Le recours aux présomptions	10
CHAPITRE II - La consécration de nouvelles <i>probatio diabolica</i>	11
Section I - La preuve du droit d’auteur	12
I. Le directeur de collection, un créateur.....	12
II. La preuve du droit d’auteur du directeur de collection, une <i>probatio diabolica</i> ?	14
Section II - La preuve de la distinctivité de la marque.....	16
I. La distinctivité, pilier de la marque	16
II. La preuve de la distinctivité de la marque, une <i>probatio diabolica</i> ?.....	18
PARTIE II - L’irrégularité de la <i>probatio diabolica</i>	21
CHAPITRE I - L’illicéité de la <i>probatio diabolica</i>	21
Section I - L’illégalité de la <i>probatio diabolica</i>.....	21
I. Le droit substantiel de la propriété intellectuelle	21
II. Le droit processuel de la propriété intellectuelle	23
Section II - La non-conventionalité de la <i>probatio diabolica</i>	25
I. Le droit fondamental à un procès équitable	25
II. Le « droit à la preuve »	27
CHAPITRE II - Une illicéité source d’insécurité juridique.....	28
Section I - A l’origine des <i>probatio diabolica</i>, la politique juridique	29
I. Le droit d’auteur face à un régime de sécurité sociale lacunaire.....	29
II. Le droit des marques face à la libre concurrence.....	30
Section II - La conséquence des <i>probatio diabolica</i>, une insécurité juridique	31
I. L’avenir de l’activité de directeur de collection	32
II. L’avenir des droits sur une marque déposée.....	33
CONCLUSION	35
BIBLIOGRAPHIE.....	36

INTRODUCTION

Selon le philosophe Georges Braque, « les preuves fatiguent la vérité ». Le droit ne prétend pas être porteur de « la vérité », concept philosophique qui se situe au-delà de toute considération juridique. Pourtant, « la vérité » est ce vers quoi la preuve en justice tend, « la découverte de la vérité apparaît ainsi comme la dimension téléologique de la preuve »¹. En justice c'est « une vérité » que l'application du droit apporte, « sans prétendre à la plénitude »². L'autorité de la chose jugée est en l'illustration parfaite. D'un fait, le juge va dire le droit. Pour ce faire, le justiciable doit apporter des preuves. La preuve est ainsi une condition *sine qua non* de la vérité juridique et son enjeu est celui de l'effectivité même des droits³.

Le terme de « preuve » nous vient du latin *probare*, qui correspond à « l'acte de vérifier, approuver ou encore prouver ». La preuve en droit est en premier lieu la « démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi », mais aussi le « moyen employé pour faire la preuve », c'est-à-dire le mode de preuve⁴. Selon le Professeur Jean Larguier, la notion de preuve « domine en fait tous les problèmes juridiques »⁵. Le mécanisme probatoire est, dans son ensemble, l'objet de nombreuses études menées par les historiens et la doctrine. Pourtant, un de ses aspects semble délaissé, tenant historiquement à l'impossibilité même d'apporter une preuve : la *probatio diabolica*.

La *probatio diabolica*, dite preuve « diabolique » ou « impossible », est un concept « flou » pour de nombreux juristes. Elle recouvre « des réalités très diverses » et « ne possède pas de régime juridique uniforme »⁶. L'acception contemporaine de la *probatio diabolica* permet d'englober toute preuve qui est en principe possible mais dont la réalisation concrète est d'une difficulté telle qu'elle en devient illusoire.

Dans le cadre d'une contestation litigieuse ou de la revendication d'un droit de propriété, le prétendu propriétaire se doit d'apporter la preuve de son droit. Cependant, à ce « droit réel le plus parfait »⁷ ne correspond aucune preuve parfaite. La *probatio diabolica* naît au cœur de cette faille au sein du régime juridique de la preuve des droits subjectifs. Toutefois, dans

¹ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 1^{re} éd., 2015, §5.

² P. Théry, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* 1992, n°23, p. 41, p.46.

³ H. Barbier, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Lamy Droit civil*, mai 2010.

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020, p. 795.

⁵ J. Larguier, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.*, 1953, 1, §63.

⁶ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §175.

⁷ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, t. II, vol. 2, Ed. Montchrestien, 8^e éd., 1994, §1294.

l'histoire récente, la preuve diabolique tend à faire écho bien au-delà : elle peut se manifester concernant la preuve de tout acte ou fait juridique. Son influence et son importance n'en sont qu'accrues.

L'existence d'une *probatio diabolica* dans un procès est systématiquement un échec du droit de la preuve aussi bien que du « droit à la preuve ». Une preuve impossible à apporter semble revenir à condamner d'avance la partie sur laquelle pèse la charge de cette preuve. Exiger d'un justiciable la production d'une preuve que « seul le diable peut apporter »¹ est illégal aussi bien que non-conventionnel. En cela, le concept de *probatio diabolica* permet de faire valoir le respect des droits fondamentaux du procès².

Dans l'histoire récente, on constate la consécration de nouvelles preuves diaboliques dans le champ du droit de la propriété intellectuelle. Cette consécration tend à affaiblir un droit par nature fragile, de par son objet incorporel. Il est nécessaire de retracer l'histoire du concept de la preuve impossible et d'en restituer les principales occurrences dans la matière qui nous préoccupe (Partie I) afin d'appréhender l'irrégularité intrinsèque d'une telle preuve diabolique ; ce qui nécessite de mettre en lumière les différents enjeux sous-jacents (Partie II).

¹ V. M. Cohen-Branche, « Comment la Cour de cassation remédie à l'exigence de la preuve diabolique », in *Mélanges D.-R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 161, p. 162.

² E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §176.

PARTIE I - La renaissance de la *probatio diabolica*

Le concept de la *probatio diabolica* traverse l'histoire du droit (Chapitre I). Les manifestations de preuves impossibles sont diverses. Elles sont liées au cadre juridique et plus globalement, à la conjoncture sociale et politique de chaque période concernée. Dans le champ de la propriété intellectuelle, on assiste à la naissance de nouvelles *probatio diabolica* (Chapitre II).

CHAPITRE I - L'histoire de la *probatio diabolica*

L'étude de la *probatio diabolica* nécessite d'envisager l'histoire romaine, médiévale et contemporaine du droit de la preuve (Section 1). Historiquement, il s'avère que le juge est la figure phare de la résolution des problématiques posées par la preuve impossible (Section 2).

Section I - La formation et l'essor du concept

Il est fondamental de retracer l'origine du concept, dont l'influence est croissante (I) ainsi que de restituer ses principales occurrences dans l'histoire contemporaine (II).

I. L'origine de la *probatio diabolica*

La *probatio diabolica* est connue du droit romain. Il en est fait diversement mention dans le *Corpus Juris Civilis*, compilations réalisées à la demande de l'empereur d'Orient Justinien, promulguées par lui entre 529 et 534 et comportant plusieurs œuvres. On y trouve une compilation législative, avec le Code et les Nouvelles, un répertoire doctrinal, au sein du Digeste ou Pandectes et des écrits à visée pédagogique avec les Institutes. Au cœur de ce corpus, plusieurs éléments nous permettent d'attester que les jurisconsultes romains s'attellent à la problématique de la preuve apportée en justice. On y trouve les prémices de notre droit contemporain de la preuve, avec la consécration de l'adage *actori incumbit probatio*, « la charge de la preuve incombe au demandeur », formulé par le juriste Macien et recueilli dans le Livre

XXII du Digeste. Recueillie dans le Code¹, une constitution de l'empereur Dioclétien proclame que « la preuve de l'inexistence d'un fait serait contraire à la nature des choses »².

Dès le début du XIIe siècle, le Corpus Juris Civilis connaît une renaissance et fait l'objet de l'enseignement des glossateurs. Le droit romain influence aussi sensiblement le droit canonique. C'est ainsi que l'on retrouve, au sein des décrétales pontificales de Grégoire IX, dans son Livre II, la « condamnation de la preuve négative, “cette peste contraire à tout droit”, »³ *pestis contraria omni iuri*, citation attribuée à Honorius III, pape de 1216 à 1227.

La preuve négative, archétype de la preuve impossible, était celle des ordalies, pratiquées au Haut Moyen-Âge : il appartenait à l'accusé de prouver son innocence, donc ce qu'il n'avait pas fait, en se soumettant aux épreuves du feu ou au duel judiciaire. Ces ordalies, de l'allemand *Gottesurteil*, le jugement de Dieu, sont des preuves irrationnelles à caractère religieux. Le juge est dès lors « interprète de la divinité auprès du peuple »⁴. En se fondant sur le droit romain, les glossateurs et leurs successeurs condamnent la preuve négative et élaborent un système rationnel de preuves, le système « dit de preuves légales »⁵. Une hiérarchie des preuves est établie, appliquée de façon arithmétique.

Le système des preuves légales est abandonné à la Révolution française. Dès lors, la preuve est libre en matière criminelle et une réglementation codifiée de la preuve est développée en matière civile⁶. Cette réglementation codifiée engendre des difficultés, notamment celle d'apporter une preuve littérale du droit de propriété. En effet, la réglementation contemporaine de la preuve en droit civil envisage uniquement les « actes ou les faits juridiques d'où résulte l'existence des droits »⁷. Le Code civil de 1804 reste « muet au sujet de la preuve de son droit par le propriétaire »⁸. De plus, la France ne dispose d'aucune procédure de vérification publique des droits⁹. La preuve de ce droit peut être apportée par un acte juridique, tel qu'un acte de vente, mais outre le fait que la propriété puisse exister en l'absence d'un tel acte, la preuve parfaite de la propriété, opposable *erga omnes*, est impossible¹⁰. La preuve de la propriété originaire ne peut être apportée, tout comme le serait la preuve de l'existence du diable.

¹ Code, 4, 19, 23.

² J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2e éd., 2010, §580.

³ *Ibid.*

⁴ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 7e éd., 2018, §200.

⁵ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, §579.

⁶ *Ibid.*

⁷ F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 10e éd., 2018, §518.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ P. Simler, *Les biens*, PUG, 4e éd., 2018, §140.

De fait, selon la règle que « nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même »¹, le propriétaire se devrait de prouver son droit par la preuve qu'il le tient du précédent auteur, et la chaîne de preuves de remonter à l'infini, *regressum ad infinitum*, « jusqu'à Adam et Eve, qui tenaient de Dieu leur titre »². Dieu ou diable, une preuve impossible. Prouver la propriété c'est « établir l'existence, entre celui qui se prétend propriétaire et la chose qu'il prétend être sienne, d'un lien juridique conférant au premier un pouvoir exclusif à l'égard de la seconde »³. La preuve de la propriété se fait « par sa cause », c'est-à-dire par la « preuve de l'acquisition »⁴. Le Professeur Thierry Revet formule l'idée de « propriété diabolique » en ces termes : « sauf à démontrer la qualité de propriétaire de tous les maîtres successifs du bien (...) la preuve de l'acquisition par acte translatif n'offre aucune certitude à qui la fournit »⁵.

C'est ainsi que la Cour de cassation a usé de son pouvoir de création du droit et a posé pour principe la liberté de la preuve du droit de propriété, aussi bien immobilière⁶ que mobilière⁷. Malgré cela, la *probatio diabolica* n'a de cesse d'être convoquée face à de nouvelles difficultés probatoires.

Dans notre histoire contemporaine, au-delà de la preuve du droit de propriété corporelle, le concept de *probatio diabolica* s'applique à une pluralité de faits, objets de preuve en justice (II).

II. Du fait négatif à l'élément psychologique

La *probatio diabolica* envisagée dans cette étude concerne principalement la preuve non pas en tant que mode de preuve mais en tant qu'objet⁸. La doctrine conclut à une preuve diabolique lorsque la preuve est impossible à apporter mais elle voit aussi une *probatio diabolica* dans « tout objet dont la preuve est difficile à rapporter »⁹.

¹ J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2^e éd., 2017, §180.

² *Ibid.*

³ T. Revet, « Preuve du droit de propriété », *RTD civ.* 2002, p. 121 s., p. 121.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 123.

⁶ Cass. Civ. 3^e, 20 juillet 1988, n° 87-10.998, *Bull. civ.* III, n°136 ; *Defrénois* 1989, art. 34470, p. 359, obs. H. Souleau ; *RTD civ.* 1989, p. 776, obs. F. Zenati.

⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 11 janv. 2000, n° 97-15.406, *Bull. civ.* I, n° 5 ; *D.* 2001, 890 ; *RD imm.* 2000, p. 145, obs. M. Bruschi ; *JCP G* 2000, I, 265, obs. H. Périnet-Marquet ; *Defrénois* 2000, art. 37196, obs. C. Atias ; *D.* 2001, p. 890, note J.-B. Donnier ; *RTD civ.* 2002, p. 121 s., obs. T. Revet.

⁸ G. Cornu, *op. cit.*, p. 795

⁹ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §176.

Parmi les acceptions contemporaines les plus répandues du concept de preuve diabolique, la preuve d'un fait négatif se doit d'être mise en lumière. Elle est « l'illustration parfaite » de la gestion par les juristes et les juges des « nécessités pratiques ou morales qui régissent le procès et auxquelles ils se trouvent confrontés. »¹

En 1953, le Professeur Jean Larguier publie une étude de référence sur le sujet, intitulée « La preuve d'un fait négatif » et éditée au sein de la Revue trimestrielle de droit civil. Le terme de « fait négatif » y recouvre différentes réalités. Tout d'abord, il peut prendre la forme d'une « négative génératrice », qui n'a de négatif que la construction grammaticale. Elle comporte une antithèse immédiate et il est possible d'apporter la preuve positive de l'affirmation contraire. A titre d'exemple, la preuve « qu'on ne roulait *pas* vite au moment où l'accident s'est produit », peut « se retourner sous la forme de la preuve positive, d'une allure lente ou modérée »². Selon le Professeur Yves Mausen, « établir la négative c'est prouver qu'un état de fait existe (ou a existé) qui rend impossible ce qui est nié ». Cette analyse est issue du « principe de contradiction aristotélicien » selon lequel « il n'est pas possible qu'en même temps des contraires appartiennent au même sujet »³. *A contrario*, la « proposition négative infinie » ne comporte pas d'antithèse et constitue la véritable preuve impossible. Il en est ainsi de la situation où l'on prétend qu'on ne doit rien à telle ou telle personne car aucun contrat n'a été passé. L'analyse théorique permet de souligner que l'impossibilité tient davantage au caractère indéfini de la proposition, une proposition affirmative infinie étant de même impossible à prouver⁴. Cependant, la proposition négative indéfinie est envisagée de façon autonome du fait de son impact considérable. C'est celle-ci qui a suscité l'intérêt des glossateurs et qui préoccupe aujourd'hui législateurs et juges.

La *probatio diabolica* est invoquée eu égard à d'autres types de preuves et ce dans tous les pans du droit. Cela desservirait le propos de les énumérer dans leur intégralité. Néanmoins, outre le fait négatif, il semble important de faire état de la « preuve psychologique », qui suscite un important débat.

Aubry et Rau affirment que l'ignorance « constitue un fait négatif dont la preuve directe et absolue est impossible »⁵. Lorsqu'est demandée en justice la preuve d'une erreur qui prend la forme de l'ignorance, il n'est pas envisageable de ramener cette preuve à celle d'un fait positif

¹ Y. Mausen, « *Per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*. Le problème de la preuve négative chez les Glossateurs » in *Mélanges A. Levebvre-Teillard*, 2009, p. 695.

² J. Larguier, *art. cit.*, §3.

³ Y. Mausen, *art. cit.*, p. 704.

⁴ J. Larguier, *art. cit.*, §5.

⁵ Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902, §329, note 5.

car « la présence du fait négatif ajoute alors à l'incertitude résultant de la nature des faits à prouver »¹. Cette incertitude est propre à tout élément qui a trait à la psychologie d'un individu. Il en est ainsi pour la preuve de la mauvaise foi d'un tiers-acquéreur qui conclut un contrat en violation d'un pacte de préférence. Selon l'article 1123 du Code civil, le pacte de préférence est « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ». Dans le cadre d'une vente, c'est un avant-contrat par le biais duquel un propriétaire s'engage à proposer son bien au bénéficiaire, dans le cas où il se déciderait à le vendre. Après quelques détours conspués de la jurisprudence², un arrêt en chambre mixte de la Cour de cassation en date du 26 mai 2006³ admet la possibilité pour le bénéficiaire d'annuler le contrat conclu ou de se substituer au tiers-acquéreur si la mauvaise foi de ce dernier est prouvée. Ce dernier élément, qualifié par le Professeur Pierre-Yves Gautier de *probatio diabolica*, exige d'apporter deux preuves psychologiques : celle de l'intention du bénéficiaire de profiter de son droit et celle de la connaissance du tiers de cette volonté⁴. Cette preuve est en effet d'une difficulté inhérente à la nature de la pensée humaine, imprévisible et insaisissable en l'absence d'une transposition claire et précise. Bien qu'un arrêt de la Cour de cassation rendu le 14 février 2007⁵ établisse la mauvaise foi du tiers-acquéreur et admette la substitution, le régime de preuve n'en semble pas être avancé. En l'espèce, « les parties à l'apport n'avaient cessé de manifester leur volonté de maintenir leurs obligations et droits contenus dans le contrat de bail initial », ce qui en fait une hypothèse bien particulière.

Par la suite, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁶ vient consacrer la solution de l'arrêt du 26 mai 2006 de la Cour de cassation, au sein de l'article 1123 du Code civil, en son deuxième alinéa : « lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. » Cet article met en place un système procédural dit « interrogatoire »

¹ J. Larguier, *art. cit.*, §61.

² D. Mazeaud, « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », *D.* 1997, p.475 ; C. Atias, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998, p. 203.

³ Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *Bull. civ.* 2006, n°4 ; *D.* 2006.1861, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; *RDC* 2006. 1080, obs. D. Mazeaud ; *RDC* 2006. 1131, note F. Collart Dutilleul ; *JCP* 2006. II. 10142, obs. L. Leveneur ; *JCP N* 206. 1256, obs. Thullier ; *RTD civ.* 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Deffrénois* 2006. 1206, note E. Savaux ; *Dr. et patr.* oct. 2006. 93, chron. P. Stoffel-Munck ; *Rev. sociétés*, 2006. 808, note J.-F. Barbiéri.

⁴ P.-Y. Gautier, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006, p. 1861, §8.

⁵ Cass. Civ. 3^e, 14 févr. 2007, n°05-21.814, *Bull. civ.* III, n°25 ; *RTD civ.* 2007, p. 366, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2007, p. 768, obs. B. Fages.

⁶ Ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035, 11 fév. 2016, texte n° 26

dans l'hypothèse où le tiers soupçonne l'existence d'un pacte de préférence. Dès lors, il peut interroger le bénéficiaire putatif par écrit et lui demander d'explicitier, dans un certain délai, sa volonté ou non de se prévaloir du pacte de préférence. En l'absence de réponse, le bénéficiaire perd son droit d'agir contre le tiers acquéreur du bien objet du pacte¹. Ce dispositif reste réservé à l'hypothèse du soupçon ou de la connaissance par le tiers de l'existence d'un pacte de préférence, ce qui est loin d'être systématique en pratique.

Nonobstant le fait qu'elle puisse être le fruit de sa propre création, une preuve diabolique a vocation à revenir devant le juge (Section II).

Section II - Le juge face à la *probatio diabolica*

Face à une *probatio diabolica*, le rôle du juge est crucial (I). Celui-ci peut s'appuyer sur un certain nombre de présomptions, selon le domaine juridique concerné (II).

I. Le rôle du juge face à la preuve

Selon une acception descriptive de la preuve, « la vérité constitue l'horizon de la preuve en justice et la conviction du juge en est le moyen concret. »² Afin d'emporter la conviction du juge, le demandeur en justice doit lui apporter tout élément de fait « nécessaire au succès de sa prétention. »³ Ces éléments comprennent les actes, les faits, ainsi que les situations juridiques.⁴

Idem est non esse et non probari, « ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est un tout ». De cet adage fondateur, il découle que « toute prétention juridique passe, pour les besoins de sa consécration, par une exigence de justification »⁵. Ou l'éloge du syllogisme et de la nécessité d'apporter la preuve de l'applicabilité de la règle de droit à un fait. C'est effectivement « dans la déduction que s'imprime la marque du droit »⁶. L'applicabilité de la règle est laissée à l'appréciation du juge et la principale exigence pour celui qui revendique un droit est de prouver le fait ou l'acte juridique duquel il découle. « L'objet de la preuve est de convaincre le juge en établissant un fait et non la règle de droit, alors même qu'elle aurait une influence déterminante »⁷ car selon l'adage *jura novit curia*, le juge connaît le droit. Le rôle du juge est

¹ P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2018, §146.

² E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §5.

³ CPC, art. 9.

⁴ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §164.

⁵ L. Cadier (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1^{re} édition, 2004, p. 1033.

⁶ *Ibid.*

⁷ P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, §220.

mis en lumière par la lettre de l'article 12 du Code de procédure civile, en son premier aliéna : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. » Sous peine de déni de justice, celui-ci se doit d'apprécier les preuves apportées par les parties et de trancher le litige, ainsi que l'énonce article 4 du Code civil, « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

Face à une preuve diabolique, l'office du juge est complexe. Il arrive que le juge lui-même procède à la consécration d'une preuve impossible ou quasi-impossible. Un paradoxe relevé par Mme Marielle Cohen-Branche en ces termes : « ironie de l'histoire ou plutôt du droit (...), la Cour de cassation, en certaines occasions, remédie elle-même à l'exigence d'une preuve diabolique qu'elle vient paradoxalement de poser. »¹ De même, le juge a un rôle clé lorsque l'on est en présence d'une *probatio diabolica* établie directement par la loi.

L'enjeu auquel le juge doit faire face concerne ce qu'on appelle en doctrine « le risque de la preuve » ou encore « le fardeau de la preuve »², l'*onus probandi*. Conformément au célèbre adage romain précité³, la charge de la preuve incombe au demandeur. Dès lors, si le demandeur ne peut apporter la preuve de ce qu'il avance, il perd le procès et même son droit⁴. *A contrario*, le défendeur qui soulève une exception doit alors supporter la charge de la preuve relativement à cette exception, *reus in excipiendo fit actor*⁵. L'article 1353 du Code civil rappelle ces règles procédurales. Cet article et les suivants, fruits du nouveau titre IV bis issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ont vocation à régir les problématiques probatoires de l'intégralité du droit civil, peu important qu'une obligation soit ou non en cause.

Le problème « se pose dans toute son acuité » lorsque le jeu de la charge de la preuve impose à l'une des parties au litige d'apporter une preuve impossible ou quasi-impossible⁶, « le risque de la preuve est à son paroxysme »⁷. La preuve, qui relève selon la doctrine aussi bien du droit processuel que substantiel, est dès lors « un puissant instrument de politique judiciaire »⁸ (II).

¹ V. M. Cohen-Branche, *art. cit.*, p. 164.

² P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, §210 ; M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, 1^{re} éd., 2017, §271.

³ v. *supra* P1, C1, S1, I, p. 4 s.

⁴ J. Carbonnier, *op. cit.*, §175.

⁵ P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, §213.

⁶ J. Languier, *art. cit.*, §10.

⁷ H. Barbier, *art. cit.*

⁸ J. Languier, *art. cit.*, §13.

II. Le recours aux présomptions

L'intérêt d'exposer la présence d'une *probatio diabolica* se trouve dans sa transposition en une règle de procédure. D'un problème qui tient à la nature même des choses, le juge envisage des solutions procédurales. Du fait de l'importance de l'incidence de la preuve sur le fond du droit, on ne peut s'abandonner à « la logique pure de la détermination de l'*onus probandi* »¹. Le juge peut envisager un rééquilibrage du rapport de forces préexistant.

Ex eo quod plerumque fit ducuntur praesumptiones, plus communément rencontré tel que *plerumque fit*, signifie littéralement « ce qui se produit le plus souvent ». Cet adage désigne « le rapport de fréquence, source de vraisemblance, sur lequel s'appuie la présomption pour admettre la preuve d'un fait inconnu à partir de celle d'un fait connu », selon le Professeur Gérard Cornu². Le terme de « présomption » nous vient du latin *praesumptio*, de *praesumere* qui correspond au fait de « prendre d'avance, conjecturer ou encore présumer ». La présomption est envisagée telle que la « conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier, procédé technique qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu, difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu (d'où un déplacement de l'objet de la preuve) mais sous réserve, lorsque la présomption est réfragable, de la preuve, par son adversaire, de l'inexistence du fait inconnu présumé (d'où en ce cas un renversement de la charge de la preuve).³»

Ainsi, le concept de la présomption permet d'envisager deux des principaux aspects de la résolution d'une preuve impossible : établir un fait qui implique le fait impossible à démontrer, par un déplacement de l'objet de la preuve, ou renverser la charge de la preuve et imposer à l'adversaire d'apporter la preuve du fait positif symétrique.

Il est certes remarquable que, dans de nombreuses hypothèses, le législateur lui-même anticipe les difficultés issues d'une preuve impossible par la création de présomptions légales⁴. Nonobstant, le problème demeure dès lors que cette présomption tend à charger une partie d'apporter une preuve impossible ou bien en l'absence d'une telle présomption⁵. C'est ainsi que le nouvel article 1382 du Code civil indique que « les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge ».

¹ J. Carbonnier, *op. cit.*, §181.

² G. Cornu, *op. cit.*, p. 765.

³ *Ibid.*, p. 791.

⁴ J. Laruier, *art. cit.*, §9.

⁵ *Ibid.*, §10.

Les présomptions, qu'elles soient légales, sur le fondement de l'article 1353 du Code civil, ou judiciaires, qualifiées en doctrine de « quasi-légales », fondées sur l'article 1382 précité, sont toutes deux des présomptions de droit. Chacune, dans leur mesure, permet de contourner des preuves impossibles à apporter. La présomption peut être de différentes natures : simple, supportant la preuve contraire ; mixte, lorsque les moyens de renversement de la preuve sont limitativement énumérés ; ou irréfragable, dans l'hypothèse où elle ne peut être renversée. La présomption judiciaire est toujours simple et « se traduit ordinairement par un renversement de la charge de la preuve »¹. Les illustrations en jurisprudence sont légion. Ainsi, eu égard au non-respect de l'obligation de mise en garde du banquier en matière d'endettement, c'est ce dernier qui doit apporter la preuve du respect de son obligation, et non l'emprunteur². Lorsque la présomption déplace l'objet de la preuve, elle ne dispense pas de toute preuve mais « dispense de prouver les actes ou les faits tenus pour certains »³. Toutefois, dès lors que la présomption renverse purement et simplement la charge de la preuve, elle emporte une « dispense complète de prouver »⁴. L'article 2276 du Code civil est en une illustration : la preuve d'une possession de bonne foi d'un meuble fait présumer que le possesseur a un titre de propriété sur la chose.

Quant aux présomptions dites « de l'homme », elles sont « abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat », ainsi que le disait l'ancien article 1353 du Code civil. Elles ne sont possibles que dans le cas où la loi envisage la preuve par tout moyen. Leur admissibilité dépend de différents critères : elles doivent être graves, précises et concordantes, selon le nouvel article 1382 du Code civil. Ainsi, le juge peut contourner les difficultés posées par une preuve diabolique en s'appuyant sur la probabilité et la vraisemblance.

Malgré l'impact des *probatio diabolica* aussi bien pour le justiciable que pour le juge dans son entreprise, de nouvelles preuves impossibles continuent d'être consacrées (Chapitre II).

CHAPITRE II - La consécration de nouvelles *probatio diabolica*

Le juge n'a de cesse d'exiger de nouvelles preuves impossibles à rapporter. Le droit de la propriété intellectuelle est concerné. Ce phénomène intéresse aussi bien le droit d'auteur (Section I) que le droit des marques (Section II).

¹ V. M. Cohen-Branche, *art. cit.*, p. 163.

² Cass. Com. 11 déc. 2007, n°03-20.747, *Bull civ.* IV 2007, n°260 ; *RTD com.* 2008, p. 165, obs. D. Legeais.

³ P. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, §216.

⁴ *Ibid.*

Section I - La preuve du droit d'auteur

La complexité de la preuve du droit d'auteur tient, notamment, à son origine ; le fait juridique créateur de droits. Parmi les différents types de droits d'auteur, celui du directeur de collection nous intéresse particulièrement, du fait de son actualité. Malgré un régime déjà lacunaire (I), le Conseil d'Etat semble consacrer une nouvelle *probatio diabolica* dans le champ d'application du droit d'auteur du directeur de collection (II).

I. Le directeur de collection, un créateur

Les créateurs sont des « travailleurs privilégiés »¹ qui disposent d'un droit d'auteur sur leurs créations. La doctrine s'accorde à tenir ce droit « pour une véritable propriété, identique en tout point à celle visée à l'article 544 du Code civil »², en accord avec la théorie de droit des biens selon laquelle les droits sont une partie constitutive du patrimoine de leur titulaire dès lors qu'ils ont une valeur patrimoniale³. Selon le Professeur Pierre-Yves Gautier, le droit d'auteur est un « droit exclusif sur l'exploitation de leurs activités (les créateurs), avec le corollaire en vertu duquel son exercice doit, pour une pleine efficacité, être renforcé par la collectivité »⁴. Le droit de la propriété littéraire et artistique permet d'accorder une protection fiable et pérenne au créateur, essentielle à la vie culturelle et artistique d'une nation. Il s'agit d'une protection qui porte sur des éléments aussi divers que peuvent l'être les fruits d'un travail intellectuel et créatif. En ce sens, le Code de la propriété intellectuelle mentionne que ses dispositions s'appliquent aux « 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 »⁵.

De nouveaux types de créations émergent, tandis que d'autres, plus classiques, sont voués à se pérenniser. Parmi les droits d'auteur historiques, ceux ayant trait au « monde du livre » bénéficient d'une renommée à la hauteur de leur importance. De nombreux acteurs concourent à la production et la diffusion d'une œuvre littéraire. Certains bénéficient d'une notoriété incontestable, tels que les auteurs et les éditeurs. D'autres ne semblent pas disposer d'une reconnaissance identique, bien qu'ils œuvrent à la création littéraire elle-même. Il en est ainsi des directeurs de collection. Selon Jérôme Laissus, Directeur Général des éditions Fayard, le

¹ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^e éd., 2019, §2.

² *Ibid.*, §16.

³ P. Simler, *op. cit.*, §7.

⁴ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, §2.

⁵ CPI, art. L 112-1.

directeur de collection est un « élément clé » de l'édition¹. C'est un artiste qui donne « une couleur particulière »² aux livres qu'il initie. Il « participe à la constitution de l'identité de la collection et assure la fidélité du lecteur »³. Antoine Gallimard illustre le rôle du directeur de collection en ces termes : « Il n'est pas anodin, qu'à la Libération, René Char ait souhaité publier son journal poétique de la Résistance, Feuillettes d'Hypnos, dans la collection Espoir dirigée par Albert Camus. Ce choix avait un sens, humain, intellectuel. »⁴ Aujourd'hui, selon Julien Chouraqui, Directeur Juridique du Syndicat national de l'édition, on compte officiellement plus de mille directeurs de collection en France⁵.

De l'analyse de différents contrats de directeurs de collection consultés, il ressort que leurs missions peuvent être les suivantes : le choix du programme de la série, des sujets et du contenu de chaque ouvrage, la recherche ou commande de textes, la réécriture en collaboration avec l'auteur, la rédaction de la préface, le choix des illustrations ou la révision des traductions dans l'hypothèse d'ouvrages en langue étrangère. Ainsi que l'affirme le Professeur Jean-Michel Bruguière, « il ne fait pas de doute que chacune de ces fonctions est susceptible de conduire à la qualité d'auteur »⁶. Il faut noter que les missions varient selon les maisons d'édition, les domaines concernés et les personnalités de chaque directeur de collection. De plus, celui-ci dispose d'un rôle d'intermédiaire, notamment avec la gestion de la promotion de l'ouvrage ou les divers échanges avec les auteurs, selon Murielle Szac, directrice de plusieurs collections aux éditions Actes Sud Junior et Bruno Doucey⁷.

Le régime juridique qui est le leur n'est pas à la hauteur de leur rôle. Ce régime est le fruit d'usages mais ne confère pas la sécurité juridique nécessaire à la pérennité de toute activité créatrice. Bien que l'article R382-1 du Code de la sécurité sociale, qui délimite les activités de création, ne mentionne pas le directeur de collection, la pratique des professionnels du secteur a « toujours été » celle de la rémunération en droits d'auteur, ainsi que l'affirme Jérôme Laissus⁸. Cette pratique est corroborée par la jurisprudence⁹. Bien qu'une appréciation casuistique de chaque situation de fait se soit développée, les anciens tribunaux des affaires de

¹ Entretien, 31 janv. 2020, Jérôme Laissus, Directeur Général, Editions Fayard.

² R. de Ceccaty, « Qu'est-ce qu'un directeur de collection ? », *Le Monde*, 18 décembre 2019.

³ S. Le Cam, *L'auteur professionnel. Entre droit d'auteur et droit social*, thèse, LexisNexis, IRPI, 2012, préf. A. Lucas et C. Bernault, §264.

⁴ A. Gallimard, « Pas de livres sans directeur de collections ! », *Le Figaro*, 15 mars 2018.

⁵ Entretien, 17 fév. 2020, Julien Chouraqui, Directeur Juridique, Syndicat national de l'édition.

⁶ J.-M. Bruguière, « Les œuvres littéraires », *Rev. Droit et Litt.*, Lextenso, 2019, n°3.

⁷ Entretien, 16 nov. 2019, Murielle Szac, Directrice de collection, Editions Actes Sud Junior, Editions Bruno Doucey.

⁸ Entretien précité, Jérôme Laissus.

⁹ Paris, Pôle 6, Ch. 6, 17 sept. 2014, n° 11/07677, M. Thierry X. c/ Les Éditions du Seuil ; *Lamy Droit de l'immat.*, n°108, 1 oct. 2014.

Sécurité sociale ont admis la rémunération en droits d'auteur dès lors que l'apport artistique et créatif était démontré¹.

L'instabilité juridique qui semble ressortir de cet état des lieux est renforcée par les nouvelles exigences de l'Agessa, confortées par le Conseil d'Etat (II).

II. La preuve du droit d'auteur du directeur de collection, une *probatio diabolica* ?

Le mécanisme probatoire est mis à rude épreuve eu égard au droit d'auteur du directeur de collection. Ainsi qu'il l'a été relevé, le fait objet de la preuve en justice est pluriel². Outre la distinction des actes et faits juridiques, « il existe des situations qui entrent également dans les catégories des faits à prouver : tel est le cas de la qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit »³. Néanmoins, encore faut-il que le principe de la reconnaissance du droit d'auteur soit envisageable pour l'objet artistique qu'est la collection littéraire.

L'Agessa, l'Association pour la gestion de la sécurité sociale des auteurs, est une association loi 1901 qui assure la gestion du régime de sécurité sociale des artistes-auteurs, auprès de la Maison des artistes. L'Agessa a pris l'initiative, en mai 2017, « d'un revirement unilatéral et rétroactif de doctrine », selon le Syndicat national de l'édition. Par le biais de l'actualisation d'une « fiche pratique » relative à « la branche des écrivains », l'Agessa supprime la mention prévoyant que « sous réserve d'une appréciation individuelle des situations par l'Agessa, et notamment des contrats, peuvent être affiliables les directeurs de collection dont le niveau de participation intellectuelle à la création des œuvres est suffisamment établi ». L'activité de directeur de collection est depuis lors expressément incluse au sein des « activités qui ne relèvent pas du régime des artistes auteurs ». C'est un véritable bouleversement pour les directeurs de collection, les auteurs et les éditeurs⁴.

Les procédures engagées par le Syndicat national de l'édition et plusieurs éditeurs historiques ne portent par leurs fruits, malgré un référé-suspension pris par le Conseil d'Etat le 7 novembre 2018⁵. En effet, par un arrêt des chambres réunies, le Conseil d'Etat rejette la requête introduite aux fins d'annulation pour excès de pouvoir de l'interprétation impérative à

¹ TASS, 15 janv. 1996, *Payot c/URSSAF* ; *Légipresse*, 1996, n° 137, I, p. 153 ; TASS, 16 janv. 1996, *Albin Michel c/URSSAF* ; TASS, 15 avril 1996, *Le Seuil c/URSSAF*.

² v. *supra* P1, C1, S2, I, p. 9 s.

³ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §164.

⁴ Entretiens précités, M. Szac et J. Laissus.

⁵ CE, juge des référés, 7 nov. 2018, n° 424479, *Rec. Lebon* 2018.

caractère général révélée par la « fiche pratique » précitée¹. De prime abord, cet arrêt peut sembler être conforme à la jurisprudence judiciaire antérieure. Selon la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 février 1990, l'éditeur ne peut être considéré comme auteur d'une collection d'ouvrages qu'il édite². Mais ce serait méprendre la particularité du métier de directeur de collection. Contrairement à l'éditeur, le rôle du directeur de collection ne concerne aucunement « l'édition » en tant que telle : il est créateur eu égard à la collection qu'il dirige.

Au cours des échanges entre le Syndicat national de l'édition et l'Agessa, cette dernière indique que la « fiche pratique » litigieuse n'était qu'une « clarification nécessaire » face à « une insécurité juridique » préexistante. La réalité est pourtant toute autre : l'Agessa est à l'origine d'une insécurité juridique bien plus conséquente pour les professionnels de l'édition³.

Afin de bénéficier des droits d'auteur, le directeur de collection se voit donc dans l'obligation de signer un contrat d'auteur, ce qui semble contrevenir au bon sens. Selon Murielle Szac, l'écriture d'un ouvrage est un acte de création atypique et particulier, qui relève d'une entreprise personnelle. Le nom du directeur de collection n'a pas sa place directement aux côtés de celui de l'écrivain⁴.

A défaut, le directeur de collection doit adopter le statut de salarié de la maison d'édition ou celui d'autoentrepreneur. Le salariat est obligatoire dès lors que la relation entre éditeur et directeur de collection fait ressortir l'existence d'un lien de subordination⁵. Ce lien de subordination est « caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements »⁶. En l'absence d'un tel lien, le directeur de collection se doit d'intervenir en tant qu'autoentrepreneur. L'auto-entrepreneuriat est pourtant bien loin de la culture des créateurs du monde littéraire et présente des difficultés concrètes non négligeables⁷.

C'est ainsi que le droit à la rémunération de l'activité créatrice, dont le régime protecteur essentiel est envisagé par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, ne peut plus trouver à s'appliquer aux directeurs de collection. Les décisions précitées, considérées comme discrétionnaires par les professionnels du secteur, contreviennent aussi bien à l'histoire du métier qu'à la nature de cette activité particulière de création. Dès lors, on peut se questionner

¹ CE Ch. réunies, 21 oct. 2019, n° 424779, *Rec. Lebon* 2019 ; *AJDA* 2020. 82 ; *PI*. 2020, n° 74, p. 39, obs. J.-M. Bruguière.

² Cass Com., 27 février 1990, *SA. Editio c/ Mazonod*, n°88-19.194 ; *RTD com.*, 1990, p. 208, obs. A. Françon.

³ Entretien précité, J. Chouraqui.

⁴ Entretien précité, M. Szac.

⁵ E. Dockès, G. Auzero et D. Baugard, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 33^e éd., 2019, §200.

⁶ Cass Soc. 13 nov. 1996, n°94-13187 P, *Grands arrêts*, n°2 ; *Dr. soc.* 1996. 067, J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, J. Barthélémy.

⁷ Entretiens précités, M. Szac et J. Laissus.

sur la consécration d'une *probatio diabolica* : la preuve de l'activité créatrice de directeur de collection semble refusée dans son principe. Toutefois, il est remarquable que le directeur de collection soit souvent auteur au sein de sa propre collection et sa rémunération en droits d'auteur n'est l'objet d'aucune contestation à cet égard. Mais c'est la collection littéraire qui semble être privée de sa qualité d'œuvre et le directeur de collection amputé de sa reconnaissance en tant que créateur. La décision du Conseil d'Etat risque d'atrophier un pan majeur de la création littéraire, du fait des difficultés qu'elle engendre.

La résurgence de preuves diaboliques tend à concerner l'intégralité du droit de la propriété intellectuelle. Dans une autre mesure et sous des aspects différents, la *probatio diabolica* éprouve les fondamentaux du droit de la propriété industrielle (Section II).

Section II - La preuve de la distinctivité de la marque

La distinctivité est l'un des éléments essentiels de la marque (I), c'est pourtant au sujet de la preuve de la distinctivité que des preuves diaboliques sont créées par les instances européennes (II).

I. La distinctivité, pilier de la marque

Selon l'article L711-1 du Code de la propriété intellectuelle, la marque de produits ou de services est « un signe servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale de ceux d'autres personnes physiques ou morales. » Ledit signe doit satisfaire à différentes conditions de validité : il doit être licite, disponible et distinctif. L'exigence de distinctivité, que l'on retrouve au sein de l'article L711-2 du même code, implique que la marque permette « d'identifier un produit ou un service parmi les produits ou services de même nature proposés par les concurrents »¹. De ces éléments, il apparaît que le caractère distinctif du signe, outre le fait qu'il conditionne sa validité, est consubstantiel à la définition de la marque.

La distinctivité du signe objet de la marque en tant que garantie d'origine est reconnue par la jurisprudence française² et européenne³. Celle-ci permet de « garantir au consommateur que tous les produits qui en sont revêtus ont été fabriqués sous le contrôle d'une entreprise

¹ J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2017, §1609.

² Cass Com. 5 nov. 2002, *PIBD* 2003. III. 71.

³ CJCE, 17 oct. 1990, *CNL-SUCAL / HAG*, C-10/89, dit « arrêt *Hag II* », *Rec.* I-3711.

unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité »¹. Bien qu'elle ne soit pas une garantie juridique de la qualité des produits, la marque évoque une certaine qualité dans l'esprit du consommateur, liée à l'origine du produit².

Cette garantie d'origine ne peut se réaliser en l'absence de la réservation de l'usage d'un signe qui correspond au droit exclusif d'utilisation. Ce monopole d'exploitation est, selon le Professeur Jérôme Passa, la première fonction de la marque³. Cette exclusivité permet d'accorder une protection « contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque »⁴, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

La jurisprudence européenne a une influence considérable sur le droit français des marques. Les arrêts du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne, à l'occasion des recours contre les décisions de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, interprètent les dispositions sur la marque de l'Union européenne, principalement le règlement (UE) 2017/1001 du 14 juin 2017⁵. Ces interprétations, selon la cour, se doivent d'être réalisées en cohérence avec la directive (UE) 2015/2436 du 16 décembre 2015⁶, ayant pour objet d'harmoniser les réglementations nationales de droit des marques au sein des Etats membres. Ainsi, l'interprétation des institutions européennes trouve à s'appliquer à notre droit français des marques. La primauté du droit de l'Union européenne ne laisse plus de place au doute⁷. De plus, la France se situe au 7^e rang des plus grands déposants de marques de l'Union européenne. La directive (UE) 2015/2436 précitée a fait l'objet d'une récente transposition en droit français, avec l'ordonnance n° 2019-1169 du 13 novembre 2019 relative aux marques de produits ou de services⁸. Cette ordonnance vient consacrer la distinctivité en tant que notion positive autonome, en cohérence avec le droit européen.

Le caractère distinctif du signe s'apprécie à la date d'acquisition du droit, c'est-à-dire lors du dépôt et de l'enregistrement, selon une jurisprudence constante⁹. Pourtant, un signe qui n'est

¹ J. Azéma et J.-C. Galloux, *op. cit.*, §1558.

² T. Lambert, « La marque, garantie de qualité », *D.* 2015, p.2087, §2.

³ J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009, §47.

⁴ CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV c/ Winthrop*, *aff.* 16/74, *Rec.* I-1183 ; *RTD europ.* 1975. 593, concl. A. Trabucchi.

⁵ PE et Cons. UE, règl. 2017/1001, 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne, *JOUE* n° L 154, 16 juin 2017.

⁶ PE et Cons. UE, directive 2015/2436, 16 déc. 2015, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, *JOUE* n° L 336, 23 déc. 2015.

⁷ P. Rambaud, J.-L. Clergerie et A. Gruber, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018, §284 et 285.

⁸ Ord. n° 2019-1169, 13 nov. 2019, relative aux marques de produits ou de services, *JO* 14/11/2019.

⁹ J. Azéma et J.-C. Galloux, *op. cit.*, §1618.

pas suffisamment distinctif à l'origine peut acquérir la valeur d'une marque « par l'effet de la durée »¹ et être protégé en tant que tel. La doctrine y voit une « prescription acquisitive de la marque »². Elle est consacrée par l'article 6 *quinquies*, C, 1) de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, selon lequel « pour apprécier si la marque est susceptible de protection, on devra tenir compte de toutes les circonstances de fait, notamment de la durée de l'usage de la marque. » L'article L 711-2 précité, en son dernier alinéa, y fait référence en ces termes : « le caractère distinctif d'une marque peut être acquis à la suite de l'usage qui en a été fait ». Ainsi, le signe qui devient distinctif est celui qui prend une signification nouvelle dans l'esprit du public concerné et permet l'identification de produits ou services eu égard à une entreprise précise.

Sans preuve, il n'y a point de droit. Ce sont les exigences établies au sujet de la preuve de l'acquisition par l'usage de la distinctivité du signe qui convoquent la *probatio diabolica* (II).

II. La preuve de la distinctivité de la marque, une *probatio diabolica* ?

Le droit des marques se situe au carrefour de l'intérêt privé et de l'intérêt général. Il permet la création de droits réels mais la marque est aussi un « instrument dynamique de concurrence »³. Les titulaires de marques sont des acteurs de l'économie à l'échelle européenne et internationale. Ils sont considérés comme une vitrine de l'excellence des firmes françaises. De ce fait, il est essentiel de préserver leurs droits. La législation sur les marques, en accordant un droit exclusif d'exploitation, « récompense l'investissement de l'entreprise dans la réputation de son appellation commerciale »⁴.

Pourtant, les organes de l'Union européenne tendent à exiger des preuves impossibles à apporter eu égard à l'acquisition par l'usage de la distinctivité du signe objet de la marque de l'Union européenne. Des *probatio diabolica* qui, en l'espèce, font échec à la fonction du droit de la propriété industrielle.

L'acquisition par l'usage du caractère distinctif est appréciée *in concreto*⁵. Selon la jurisprudence européenne, il est nécessaire d'appréhender globalement « les éléments qui

¹ J. Azéma et J.-C. Galloux, *op. cit.*, §1619.

² J. Passa, *op. cit.*, §47.

³ T. Lambert, *art. cit.*, §4.

⁴ M. Malaurie-Vignal, « Distinctivité d'une marque figurative dans le domaine de la mode », *Propr. ind.* 2015, étude 25, §2.

⁵ *Ibid.*, §22.

peuvent démontrer que la marque est devenue apte à identifier le produit concerné comme provenant d'une entreprise déterminée et donc à distinguer ce produit de ceux d'autres entreprises ». Pour ce faire, « peuvent être prises en considération la part de marché détenue par la marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de l'usage de cette marque, l'importance des investissements faits par l'entreprise pour la promouvoir, la proportion des milieux intéressés qui identifie le produit comme provenant d'une entreprise déterminée grâce à la marque ainsi que les déclarations de chambres de commerce et d'industrie ou d'autres associations professionnelles »¹.

La marque de l'Union européenne confère une protection étendue à son titulaire mais les exigences probatoires concernant la distinctivité du signe en sont renforcées. Le caractère unitaire de la marque européenne nécessite de prouver un usage sur l'entière du territoire de l'Union européenne². Cet élément est l'objet d'une jurisprudence abondamment commentée, du fait de sa portée.

La Cour de justice de l'Union européenne semble être en quête d'un équilibre concernant les preuves exigées. La preuve doit être rapportée que le signe en question « a acquis, par l'usage qui en a été fait, un caractère distinctif dans la partie de l'Union dans laquelle il n'avait pas *ab initio* un tel caractère »³. Toutefois, il est dorénavant de jurisprudence constante « qu'il serait excessif d'exiger que la preuve d'une telle acquisition soit apportée pour chaque État membre pris individuellement »⁴. C'est ainsi que la Cour procède à la distinction entre « les faits qui doivent être prouvés » et « les moyens de preuve susceptibles de démontrer ces faits », indiquant que « des éléments de preuve de l'acquisition, par un signe déterminé, d'un caractère distinctif par l'usage peuvent présenter une pertinence en ce qui concerne plusieurs États membres, voire l'ensemble de l'Union »⁵. Cet apparent assouplissement des exigences probatoires laisse une marge de manœuvre non négligeable aux administrations et juges chargés de l'appréciation de la distinctivité des marques. Il s'avère que l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle tend à consacrer de nouvelles *probatio diabolica*, sous couvert de la satisfaction des exigences textuelles et jurisprudentielles.

¹ CJCE, 4 mai 1999, *Winsurfing chiemsee produktions und vertriebs GmbH.*, aff. C-108/97 et C-109/97, *Rec.* 1999 I-02779, pt 49 et 51 ; *RTD europ.* 2000. 127, obs. G. Bonet.

² CJUE, 25 juill. 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P et C-95/17 P, pt 76 ; *PI* 2018, n° 69, obs. Y. Basire ; *Propr. ind.* 2018. comm. 52, obs. A. Folliard-Monguiral.

³ CJCE, 22 juin 2006, *Storck/OHMI*, C-25/05 P, *Rec.* p. I-5719, pt 83 ; CJUE, 6 sept. 2018, *Basic Net SpA/EUIPO*, aff. C-547/17 P, pt 24 ; *LEPI* 11/2018. 4, obs. F. Herpe.

⁴ CJUE, 24 mai 2012, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli / OHMI*, aff. C-98/11 P, pt 62 ; *D.* 2014. 326, obs. C. Zolynski.

⁵ CJUE, 25 juill. 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, précité, C-84/17 P, C-85/17 P et C-95/17 P, pt 79 et 80.

Cette sévérité est constatée notamment lors des affaires concernant les damiers de Louis Vuitton¹ devant les instances européennes. Il s'est avéré que les preuves de l'usage apportées par la firme étaient insuffisantes, jugées non pertinentes concernant plusieurs Etats membres de l'Union européenne. Une analyse qui semble sévère eu égard à la notoriété du damier de Louis Vuitton, car il est « un symbole » et constitue « en quelque sorte, l'ADN de la maison »². La perspective de consécration de *probatio diabolica* en est accrue. En effet, face à un refus quasi-systématique de l'Office d'accueillir et analyser les preuves apportées, l'usage devient impossible à démontrer.

Ce phénomène actuel de consécration de nouvelles *probatio diabolica* nécessite que l'on s'attarde sur les problématiques y afférant, révélatrices de leur irrégularité (Partie II).

¹ Trib. UE, 21 avril 2015, *Louis Vuitton Malletier c/ OHMI - Nanu-Nana*, T-359/12 ; Trib. UE, 21 avr. 2015, *Louis Vuitton Malletier c/ OHMI - Nanu-Nana*, T-360/12.

² M. Malaurie-Vignal, *art. cit.*, §28 et 29.

PARTIE II - L'irrégularité de la *probatio diabolica*

L'irrégularité des preuves impossibles se révèle sur le fondement des textes, aussi bien selon le droit français de la preuve que sur le fondement des conventions supranationales et des droits de l'homme (Chapitre I). Une irrégularité qui est mise en exergue par les problématiques politiques et sociales qui sous-tendent ces *probatio diabolica* (Chapitre II).

CHAPITRE I - L'illicéité de la *probatio diabolica*

Les principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle permettent en eux-mêmes de révéler l'illégalité de ces *probatio diabolica* (Section I). Toutefois, il est possible d'invoquer le droit conventionnel et son droit au procès équitable afin de souligner leur irrégularité (Section II).

Section I - L'illégalité de la *probatio diabolica*

Cette illégalité est révélée aussi bien par le droit substantiel (I) que processuel de la propriété intellectuelle (II).

I. Le droit substantiel de la propriété intellectuelle

Les textes ainsi que leur esprit permettent d'appréhender les objets des *probatio diabolica* exposées précédemment¹. Leur illégalité se révèle au sujet des droits substantiels, aussi bien dans le domaine de la propriété littéraire et artistique que celui de la propriété industrielle.

En premier lieu, il faut souligner que la preuve du droit d'auteur se heurte à des difficultés inhérentes à son objet. L'œuvre est une chose créée par l'esprit, un objet incorporel aux contours matériellement insaisissables². Le support matériel de la création est dissocié de la création elle-même. L'article L111-3 du Code de propriété intellectuelle consacre « l'indépendance » entre propriété incorporelle et propriété de l'objet matériel. Le rôle du juge se doit d'être de nouveau souligné : selon une jurisprudence constante, c'est lui qui procède à la qualification de l'œuvre en tant que telle, de par son appréciation souveraine³. Pour ce faire, il s'appuie sur le concept

¹ v. *supra* P1, C2, S1, II, p. 15 s. et P1, C2, S2, II, p. 19 s.

² P.-Y. Gautier, *op. cit.*, §33.

³ Cass Civ. 1^{re}, 6 juill. 1999 ; *RIDA* 1999, n°182, p.187, obs. Kéréver.

de l'originalité. Celle-ci constitue « l'âme de l'œuvre »¹. Selon le Professeur Pierre-Yves Gautier, « ce qui est original, c'est le résultat d'une création de l'esprit, portant "l'empreinte de la personnalité" de son auteur »². Cette notion d'originalité est « la "pierre angulaire" de la protection » accordée à l'artiste sur sa création³.

Considérer l'originalité selon sa nature et son objet permet d'aborder sous un angle différent la problématique des droits du directeur de collection. Tout d'abord, selon une jurisprudence constante, la sélection d'ouvrages porte l'empreinte de la personnalité de celui qui procède à la sélection⁴. Selon l'article L 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, « les auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres (...) qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles »⁵ ont un droit d'auteur sur ces créations. Dès lors, on perçoit mal dans quelle mesure ce ne pourrait pas être le cas pour le directeur de collection. D'autant plus que ce dernier procède à bien davantage qu'une simple sélection de textes : il veille à leur harmonie et peut procéder à la réécriture lorsque cela est nécessaire, conférant sa valeur substantielle à la collection. La jurisprudence témoigne de la possibilité de considérer « la structure même des ouvrages » comme une création originale⁶. La collection, entité artistique à part entière, semble correspondre aux standards d'une œuvre originale selon le droit substantiel de la propriété littéraire et artistique ; une position qui est défendue par le Syndicat national de l'édition.

Quant au droit de la propriété industrielle, les fondamentaux de droit des marques se révèlent propices à appréhender la *probatio diabolica* précédemment mise en lumière. Un signe est distinctif dès lors qu'il permet d'identifier un produit ou service par rapport à ceux proposés par des concurrents. Le droit des marques consacre la possibilité de l'acquisition par l'usage du caractère distinctif selon des considérations rationnelles. La nécessité pour la marque d'être distinctive se situe dans la perspective de protection aussi bien du consommateur que de la liberté du commerce et de l'industrie. Toutefois, il se révèle que l'exigence de preuve de la distinctivité tend à vider de sa substance la notion même de distinctivité. Un signe dont la connaissance est mondialement instituée et qui porte l'histoire d'une marque à la renommée incontestable, peut-il être considéré comme non-distinctif du fait d'exigences procédurales et probatoires ? L'appréciation de la distinctivité du damier de Louis Vuitton en est une

¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, §34.

² *Ibid.*, §34.

³ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2019, §261.

⁴ *Ibid.*, §124.

⁵ Art. L112-3, CPI.

⁶ E. Pierrat, *Le droit d'auteur et l'édition*, Ed. du cercle de la librairie, 1^{er} éd., 2013, p.285 ; citant Paris, 21 nov. 1994 ; *RIDA*, 1995, n° 164, p. 381.

illustration. Si ce damier ne permet pas à une partie significative du public d'établir un lien direct avec Louis Vuitton, alors on peut douter de la possibilité pour une quelconque autre marque d'établir son caractère distinctif. La jurisprudence a pu mettre en lumière le rôle du consommateur : son appréciation est déterminante. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 novembre 2010, énonce qu'« en matière vestimentaire, les consommateurs savent qu'un détail peut “faire signe” et être distinctif »¹. Ce « savoir » du consommateur est un élément clé pour apprécier la distinctivité de la marque. Il découle de ces constatations qu'un retour à l'essence des notions peut être salvateur afin de résoudre ces difficultés procédurales.

De même, le droit processuel de la propriété intellectuelle permet d'appréhender la problématique de ces nouvelles preuves diaboliques (II).

II. Le droit processuel de la propriété intellectuelle

Au-delà de l'appréciation conceptuelle des objets des droits de propriété intellectuelle, une approche processuelle de la matière permet d'aborder différemment la problématique des *probatio diabolica* exposées. En conformité avec les solutions précédemment envisagées concernant les preuves diaboliques historiques, il est possible de convoquer le concept de la présomption².

Tout d'abord, concernant la propriété littéraire et artistique, il est nécessaire de faire état de distinctions au sein des présomptions. Il existe une présomption prétorienne de titularité des droits d'auteur dans le cadre d'une action en contrefaçon³, issue de la jurisprudence *Aréo* de la Cour de cassation⁴. Elle trouve à s'appliquer dans l'hypothèse où la personne physique ou morale exploite une œuvre en son nom. Est ainsi présumée la titularité des droits d'exploitation, mais non la qualité d'auteur⁵. Celle-ci bénéficie, quant à elle, de la présomption légale de l'article L113-1 du Code de propriété intellectuelle, selon laquelle « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. » Ces mécanismes semblent être difficilement applicables à la situation de fait du directeur de collection. Néanmoins, il est possible de convoquer le dispositif prétorien de la présomption du fait de l'homme, institution du droit de la preuve.

¹ Paris, Pôle 5, Ch. 2, 12 nov. 2010, n° 09-13664.

² v. *supra* P1, C1, S2, II, p. 11 s.

³ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, §796.

⁴ Cass Civ. 1re, 24 mars 1993, n° 91-16543, *Bull. civ. I*, n° 126 ; *RTD com.* 1995. 418, obs. A. Françon.

⁵ F. Pollaud-Dulian, « La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon », *RTD com.* 2011. 45.

Il est établi que le fait juridique créateur de droits, en l'espèce la qualité d'auteur, se prouve par tous moyens¹ et « s'induit d'éléments et de faits dont le juge conserve une entière liberté d'appréciation »². A défaut de la possibilité de prouver directement la qualité d'auteur, le juge peut s'appuyer sur des indices. La présomption peut être admise à condition de satisfaire aux exigences de gravité, précision et concordance de l'article 1382 du Code civil. Bien que le juge ne soit pas tenu par les termes d'un quelconque contrat³, il semble ressortir de la jurisprudence que les clauses contractuelles soient des indices de référence. L'observation factuelle des situations dans lesquelles se trouvent les directeurs de collection fait ressortir l'existence quasi-systématique de contrats encadrant leur activité. Au sein des contrats consultés, les fonctions du directeur de collection sont fréquemment explicitées dans un article consacré à son « rôle ». Peuvent y être mentionnés la « réécriture de tout ou partie de l'ouvrage » ou encore « le choix de la préface et sa rédaction éventuelle ». Les contrats-types proposés par la doctrine font état de clauses indiquant que « le directeur de collection cède expressément et à titre exclusif, au fur et à mesure de leur réalisation, à l'éditeur, l'ensemble de ses droits de propriété intellectuelle afférents à ses réalisations »⁴. La reconnaissance au sein du contrat lui-même de l'existence de droits de propriété intellectuelle semble être un indice fiable à apprécier par le juge. C'est ainsi que le droit de la preuve et le rôle dévolu au juge peuvent apporter des éléments de réponse aux problématiques dégagées. Toutefois, ce mécanisme processuel dépend de l'appréciation des éléments de preuve par le juge, selon son intime conviction⁵.

De même, concernant le droit de la propriété industrielle, le concept de la présomption peut être convoqué. Ainsi qu'il l'a été souligné, il s'avère que l'acquisition de la distinctivité du signe par l'usage est un concept peu fiable à invoquer par le titulaire de marque, en considération des exigences probatoires impossibles à satisfaire. Pourtant, selon le Professeur Jérôme Passa, le droit naturel de la preuve permettrait d'y remédier. Dans le cadre précédemment invoqué d'une marque de l'Union européenne, seule la marque non-verbale peut accueillir ce développement. En effet, du fait des disparités linguistiques, la réception par le public d'une marque verbale se doit d'être appréciée au sein de chaque Etat de façon distincte. Ce n'est pas le cas de la marque figurative : la forme et le symbole dépassent ces considérations. Ainsi, il serait envisageable d'établir une présomption selon laquelle, dès lors que la

¹ Paris, 10 déc. 1980 ; *D.* 1981. 577, note F. Greffe.

² Bourges, 1^{er} juin 1965 ; *D.* 1966. 44, note H. Delpech.

³ CPC, art. 12 al. 2.

⁴ E. Pierrat, *op. cit.*, p.296.

⁵ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §419.

distinctivité est prouvée pour l'un des pays de l'Union européenne, elle pourrait être étendue à l'ensemble de l'Union. Cette hypothèse n'est envisageable qu'à condition que les usages du signe soient identiques au sein de chaque Etat de l'Union, selon des investissements équivalents par le titulaire de la marque. Les exigences probatoires qui participent à la consécration actuelle de nouvelles *probatio diabolica* en seraient allégées.

Cette approche des nouvelles preuves diaboliques peut être étayée par le droit conventionnel avec le parapluie de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) (Section II).

Section II - La non-conventionalité de la *probatio diabolica*

Une preuve diabolique mise à la charge du plaideur est synonyme « d'absence complète d'effectivité de ses droits procéduraux ou substantiels »¹. En ce sens, il est possible d'invoquer à l'encontre d'une *probatio diabolica* le « droit à la preuve » de chaque justiciable, en tant que droit fondamental de l'homme (II). La teneur de ce droit prend tout son sens dans la perspective plus large du droit au procès équitable issu de la Conv. EDH (I).

I. Le droit fondamental à un procès équitable

Les droits fondamentaux sous-tendent les problématiques révélées par la *probatio diabolica*. Outre le droit au respect de la propriété privée, consacré par la Conv. EDH², les droits ayant trait au déroulement du procès peuvent être invoqués.

Le cadre processuel, d'une importance équivalente au droit substantiel, est visé par tous les textes qui consacrent les droits fondamentaux de l'homme : la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Conv. EDH et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, afin de garantir efficacement la protection des droits et libertés du justiciable, il ressort de la jurisprudence européenne qu'il est nécessaire que l'intervention du juge « soit exercée conformément à certains standards de qualité »³. Le droit fondamental à un procès équitable permet d'envisager une telle garantie des droits et libertés du justiciable. Ce droit revêt une importance particulière au sein des droits fondamentaux, il est l'objet d'une jurisprudence

¹ H. Barbier, *art. cit.*

² *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, art. 1, 20 mars 1952.

³ S. Henneville-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz Hypercours, 3^e éd., 2017, §345.

abondante de la Cour européenne des droits de l'homme¹ et il est « la garantie la plus souvent invoquée par les requérants »². La jurisprudence européenne confère une véritable « dimension substantielle » au droit à un tribunal et en fait « la plus fondamentale » des garanties en tant que « droit-garantie des autres droits fondamentaux »³.

Le droit à un procès équitable se retrouve aussi bien au sein de la Conv. EDH, dans son article 6-1 qu'à l'article 47-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est sur le fondement de la Conv. EDH que la notion s'est considérablement enrichie. L'article 6 précité débute en ces termes : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) ».

La notion de procès équitable repose sur « l'idée de prééminence du droit dans une société démocratique » et correspond à « l'ensemble des garanties de bonne organisation et de bon fonctionnement de la justice »⁴. Il découle des textes et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que ce droit se constitue d'une pluralité d'éléments, parmi lesquels le droit d'accès à un juge, la qualité de celui-ci, ainsi que la qualité de la procédure ou encore le droit à l'exécution des décisions de justice.

De plus, il semble nécessaire de rappeler que les justiciables ont vocation à se prévaloir des droits issus de la Conv. EDH et de son interprétation par la Cour de Strasbourg. Les États ont une « obligation positive de faire respecter la Conv. EDH » aussi bien par leurs juridictions internes que par leurs ressortissants⁵.

C'est sur le fondement de ce droit à un procès équitable que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît un « droit à la preuve », qui s'insère dans la continuité de la conception doctrinale française de ce droit (II).

¹ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2018, §786.

² C. Gauthier, S. Platon et D. Szymczak, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, 1^{er} éd., 2016, §530.

³ L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, thèse, Dalloz, 2006, §416.

⁴ C. Gauthier, S. Platon et D. Szymczak, *op. cit.*, §530.

⁵ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, §323.

II. Le « droit à la preuve »

L'impossibilité d'apporter la preuve nécessaire à la reconnaissance d'un droit revient à empêcher la réalisation des effets juridiques attachés au droit substantiel revendiqué. En cela, l'existence d'une *probatio diabolica* constitue une négation des droits individuels. Les droits fondamentaux de l'homme et son pendant du « droit à la preuve » permettent de souligner la non-conventionalité de telles preuves impossibles¹.

Le Professeur Gwendoline Lardeux expose la problématique en ces termes : « il ne servirait à rien en effet de pouvoir agir en justice pour, ensuite, être empêché de présenter au tribunal l'ensemble des preuves nécessaires à une décision entièrement fondée »². Le droit de présentation des preuves est une composante du droit d'accès au juge, ce dernier étant déduit du droit à un procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme³. Bien qu'il soit souvent rappelé que les règles de l'administration des preuves relèvent du droit interne⁴, la Cour de Strasbourg a pour tâche « de rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable de l'art. 6-1 de la Conv. EDH »⁵. Ce sont aussi bien les juridictions internes qu'euro-péennes qui tendent à recourir au concept du « droit à la preuve », mais il est nécessaire de souligner son caractère prégnant au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le « droit à la preuve » apparaît en doctrine dès le début du XXe siècle. Le Professeur François GénY est le premier à le conceptualiser. Celui-ci le définit comme « la faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie, à sa guise, les moyens que lui offre la vie sociale pour la justification et la défense de ses droits »⁶. Le concept « prend réellement corps en doctrine » à la suite d'une étude publiée par le Professeur Gilles Goubeaux en 1981⁷, qui propose la reconnaissance d'un « droit subjectif à la preuve, comparable au droit subjectif processuel de l'action en justice »⁸. Deux aspects du « droit à la preuve » sont alors identifiés, celui de produire des preuves que l'on détient et celui d'obtenir des preuves que l'on ne détient pas⁹. C'est la Cour de Strasbourg qui formule, tout d'abord de façon implicite, l'existence d'un

¹ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §176.

² G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, 1.

³ Cour EDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n°4451/70, §35.

⁴ Cour EDH, 12 juill. 1988 *Schenk c/ Suisse*, n°10862/84, §46.

⁵ V. J. Van Compernelle, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *RTDH* 2012. 747.

⁶ F. GénY, *Des droits sur les lettres missives*, t. II, Sirey, 1911, p.106.

⁷ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §274.

⁸ P. Théry, *art. cit.*, p.49.

⁹ G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in « La preuve en droit », C. Perelman et P. Foriers (dir.), Bruylant, 1981, p. 277 s.

« droit à la preuve », sur le fondement de l'égalité des armes, dans un arrêt *Dombo Beheer c/ Pays-Bas* en 1993¹. La première utilisation de l'expression de « droit à la preuve » au sein de la jurisprudence européenne relève d'un arrêt de 2006, *L.L. c/ France*, portant sur la production d'une preuve illicite². C'est l'arrêt *N.N. et T.A. c/ Belgique*, de 2008, qui vient rattacher explicitement le « droit à la preuve » au procès équitable³.

La Cour de cassation, quant à elle, évoque le « droit à la preuve » au visa, notamment, de l'article 6-1 de la Conv. EDH, dans un arrêt du 5 avril 2012. L'arrêt des juges du fond y est cassé car ces derniers n'ont pas recherché « si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence »⁴. Cet arrêt de la Cour de cassation constitue un « pas décisif dans la reconnaissance du principe » du « droit à la preuve » et il est le signe « d'un ralliement de la position de la Cour de cassation à la jurisprudence européenne »⁵. Dans ses arrêts les plus récents, la Haute juridiction française n'hésite pas à rappeler de façon non-équivoque que « le droit au procès équitable implique un droit à la preuve » au visa de l'art. 6-1 de la Conv. EDH⁶.

En considération de ces différents éléments, la consécration de preuves impossibles à apporter, face à l'invocation d'un droit substantiel par le justiciable, constitue une atteinte à son droit fondamental à la preuve.

Au-delà de ses aspects juridiques substantiels et processuels, la *probatio diabolica* vient révéler de nombreuses problématiques politiques, sociales et économiques (Chapitre II).

CHAPITRE II - Une illicéité source d'insécurité juridique

Le processus qui mène à la consécration de *probatio diabolica* s'inscrit dans un cadre politique particulier, en-deçà des considérations juridiques (Section I), tandis que des conséquences dommageables de telles consécration sont à redouter pour les justiciables, au-delà du droit (Section II).

¹ Cour EDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer c/Pays-Bas*, n°14448/88, §33 ; *JCP* 1994, I., 3742, n°14, obs. Fr. Sudre.

² Cour EDH, 10 oct. 2006, *LL c/ France*, n°7508/02 ; *RTD civ.* 2007. 95. obs. J. Hauser.

³ Cour EDH, 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/Belgique*, n°65097/01 ; *RTD civ.* 2008.650, obs. Marguénaud.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n°11-14177 ; *D.* 2012. 1596, note Lardeux ; *D.* 2012. 2827, obs. Bretzner ; *D.* 2013. 269, obs. Fricero et 457, obs. Dreyer ; *RTD civ.* 2012. 506, obs. Hauser.

⁵ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, §276.

⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 3 mai 2018, n°17-17265.

Section I - A l'origine des *probatio diabolica*, la politique juridique

Les preuves impossibles qui tendent à être consacrées en droit d'auteur ainsi qu'en droit des marques ont pour dénominateur commun de s'inscrire dans un cadre politique étatique ou supra-étatique particulier. La disparition du droit d'auteur du directeur de collection semble venir pallier un régime de sécurité sociale lacunaire (I) et la perte du droit sur la marque correspond à une volonté économique d'ouverture à la concurrence (II).

I. Le droit d'auteur face à un régime de sécurité sociale lacunaire

La décision précitée du Conseil d'État du 21 octobre 2019, qui vient confirmer l'interprétation de l'Agessa, consacre l'exclusion des directeurs de collection du régime de sécurité sociale des artistes auteurs¹. Parallèlement, il faut relever que le recouvrement des cotisations est transféré de l'Agessa et de la Maison des artistes à l'Ursaaf du Limousin depuis le 1^{er} janvier 2019². Ces bouleversements semblent s'inscrire dans le cadre plus large d'une volonté de redressement des finances de la sécurité sociale.

En effet, l'abandon de la rémunération en droits d'auteur des directeurs de collection a pour conséquence indirecte de favoriser le financement du régime général de la sécurité sociale. L'interprétation de l'Agessa des articles L382-1 et R382-2 du Code de la sécurité sociale tend à orienter les directeurs de collection vers un rattachement au régime général, en tant que salariés ou indépendants, cette dernière catégorie de travailleurs relevant du régime général depuis le 1^{er} janvier 2020³.

Ce changement d'interprétation, qui n'est pour l'Agessa qu'une simple « clarification », fait suite à des « dérives » constatées au sein des maisons d'édition et dénoncées par ladite association. Ces dérives consistent en une rémunération en droits d'auteur de directeurs de collection dont le lien de subordination avec leur éditeur devrait tendre à les qualifier de salariés. Le directeur de l'Agessa, Thierry Dumas, évoque des « stratégies d'évasion de cotisations sociales de la part des éditeurs »⁴. Les explications à ces dérives sont d'ordre financier. De fait, les contributions versées par les éditeurs, en tant que diffuseurs, sur le fondement de l'article

¹ CE Ch. réunies, 21 oct. 2019, n° 424779, *Rec. Lebon* 2019 ; *AJDA* 2020. 82 ; *PI*. 2020, n° 74, p. 39, obs. J.-M. Bruguière ; v. *supra* P1, C2, S1, II, p. 15 s.

² Décret n° 2018-1185, 19 déc. 2018, relatif à l'affiliation, au recouvrement des cotisations sociales et à l'ouverture des droits aux prestations sociales des artistes-auteurs, *JORF* n°0295, 21 déc. 2018, n°28.

³ Loi n° 2018-1203, 22 déc. 2018, de financement de la sécurité sociale pour 2019, *JORF* n°0297, 23 déc. 2018.

⁴ N. Vulser, « Edition : le statut d'auteur des directeurs de collection remis en question », *Le Monde*, 23 oct. 2018.

L382-4 du Code de la sécurité sociale, sont peu élevées : le taux est de 1,1%¹. Dans le cadre d'une relation de salariat, la contribution due par l'éditeur est d'un montant « sensiblement » supérieur, selon le tribunal administratif de Paris dans un jugement en référé de 2018 suspendant la décision de l'Agessa². Le taux des charges sociales est dès lors estimé à 43%³. Cette réorientation des directeurs de collection vers le régime général de sécurité sociale coïncide avec l'objectif d'un retour à l'équilibre de la sécurité sociale, élément phare de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020⁴.

Pourtant, l'augmentation des recettes ne sera a priori pas significative, selon le Syndicat national de l'édition⁵. C'est ainsi que le mépris des droits des artistes auteurs et des règles de propriété intellectuelle trouve à se justifier eu égard à des considérations politiques, qui, d'autant plus, se révèlent être davantage symboliques qu'efficaces, selon les professionnels du secteur⁶.

De même, les titulaires de droits de propriété industrielle sont « impactés » par les conséquences d'une *probatio diabolica* qui s'inscrit dans un certain processus politique et économique (II).

II. Le droit des marques face à la libre concurrence

Les exigences de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle concernant l'acquisition par l'usage de la distinctivité de la marque engendrent les difficultés probatoires précédemment envisagées⁷. Il est nécessaire de rendre compte de ces problématiques à la lumière des dynamiques qui sous-tendent la politique de l'Union européenne, cadre naturel du régime de la marque de l'Union. Le terme de « politique » est envisagé dans un sens large, qui correspond à une conception particulière des affaires publiques.

L'Union européenne est avant tout une union économique qui repose sur un espace commun unifié, le marché intérieur, véritable espace de liberté et de développement pour les individus et entreprises des Etats membres⁸. Ce marché commun se fonde sur différents principes directeurs, parmi lesquels la liberté de circulation, une « liberté économique, liée à

¹ CSS, art. L 382-4 ; C. trav., art. L6331-65 2° ; Arrêté 13 avr. 1981, art. 1, *JO* 14 avr. 1981.

² TA Paris, 3 sept. 2018, n°1815731.

³ N. Gary, *ActuaLitté*, 12 mars 2020.

⁴ Loi n° 2019-1446, 24 déc. 2019, de financement de la sécurité sociale pour 2020, *JORF* n°0300, 27 déc. 2019.

⁵ Entretien précité, J. Chouraqui.

⁶ Entretien précité, J. Chouraqui

⁷ v. *supra* P1, C2, S2, II, p. 19 s.

⁸ P. Rambaud, J.-L. Clergerie et A. Gruber, *op. cit.*, §398.

l'ouverture des marchés nationaux à la concurrence européenne »¹ et son pendant qu'est la liberté de concurrence. Cette dernière encourage un fonctionnement sain du marché et a pour but premier un certain bien-être du consommateur de l'Union.

Il est admis par la doctrine que les droits de propriété intellectuelle sont par nature peu compatibles avec le principe de liberté de circulation et son corollaire de liberté de la concurrence². Sur le plan technique, il y a « antinomie » entre ces principes et des monopoles d'exploitations territoriaux³. Cette problématique est classiquement relevée concernant les titres nationaux de propriété intellectuelle. Dans une autre mesure, les titres de propriété intellectuelle accordés par l'Union européenne, telles que les droits sur les marques, sont aussi contraires à ces principes, selon une analyse théorique. En effet, la marque de l'Union confère à son titulaire une exclusivité d'exploitation sur tout le territoire des Etats membres, privant ses concurrents de l'utilisation du signe objet du droit. A cet égard, un équilibre est établi par les textes européens et la jurisprudence.

La réglementation sur les droits de propriété industrielle est édictée sur une mise en balance entre les exigences de liberté de concurrence et la protection des investissements privés. Ainsi, les textes encadrant le droit des marques au niveau de l'Union européenne et l'interprétation qui en est faite établissent un équilibre entre ces intérêts antinomiques, équilibre faussé par les exigences probatoires précédemment mises en lumière.

De ces considérations, la dynamique de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, qui rend d'une difficulté croissante la preuve du caractère distinctif de la marque, peut être analysée comme une volonté de faire prévaloir la liberté de la concurrence sur les droits individuels de propriété industrielle, par des moyens dérivés.

Ces *probatio diabolica*, aussi bien en droit d'auteur qu'en droit de la propriété industrielle, ont des répercussions majeures sur la stabilité des situations juridiques et de ce fait, sur les situations humaines (Section II).

Section II - La conséquence des *probatio diabolica*, une insécurité juridique

Les preuves impossibles étudiées ont pour dénominateur commun l'insécurité juridique qu'elles engendrent : aussi bien quant à l'activité de directeur de collection (I) que concernant les droits d'un titulaire sur sa marque (II).

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*, §417.

³ J. Azéma et J.-C. Galloux, *op. cit.*, §138.

I. L'avenir de l'activité de directeur de collection

Jusqu'au changement de doctrine de la part de l'Agessa, confirmé par le Conseil d'Etat, les directeurs de collection bénéficiaient d'un régime qui avait l'avantage de la stabilité, bien qu'il se soit développé par le biais de l'interprétation des textes. Cela semblait nécessaire, en considération de l'absence d'un régime juridique textuel les concernant explicitement. A la suite des récents bouleversements, les directeurs de collection sont dans une insécurité juridique telle que l'avenir de leur profession semble compromis : aucun statut autonome ne leur est dévolu.

En effet, il découle de ces revirements que seuls les directeurs de collection auteurs ou co-auteurs des ouvrages de la collection dirigée peuvent bénéficier de droits d'auteur. La réalité du métier vient contredire l'effectivité d'une telle solution, ainsi que le rapporte Murielle Szac. Selon cette dernière, il est impossible, pour un directeur de collection d'adopter le statut de co-auteur, empruntant son rôle au véritable auteur de l'ouvrage, ce qui peut mener à une situation humainement complexe¹. A défaut de ce statut d'auteur ou de co-auteur, ce sont les régimes du salariat ou de l'auto-entrepreneuriat qui ont vocation à s'appliquer au directeur de collection. Le Syndicat national de l'édition, par le biais de la diffusion de fiches pédagogiques explicitant ces trois cas de figure, fait état de nombreuses difficultés : un directeur de collection peut correspondre à plusieurs statuts, étant source d'une complexité administrative considérable et certains statuts sont intrinsèquement incompatibles avec d'autres fonctions, tels que les statuts de salarié ou de travailleur indépendant avec celui de fonctionnaire².

De plus, le rapport attendu de Bruno Racine remis le 22 janvier 2020 au ministère de la culture, intitulé « L'auteur et l'acte de création », semble venir entériner ce régime décrié des directeurs de collection³. Selon les professionnels du secteur de l'édition, ce rapport brille de par son absence totale d'éléments sur cette problématique. Toutefois, dans son discours du 18 février 2020 de présentation de ses propositions, le ministre de la culture Franck Riester avance qu'« au terme d'un dialogue interministériel nourri, un décret sera rapidement présenté aux artistes dans le cadre de cette concertation (...) Ce décret évitera notamment à un grand nombre de créateurs de relever de plusieurs régimes de protection sociale, ce qui est par nature source de complexité. En voici deux applications concrètes : le champ des activités principales sera

¹ Entretien précité, M. Szac ; v. *supra* P1, C2, S1, II, p. 15 s.

² SNE, « Fiches pédagogiques, le directeur de collection », cas n°1 à 3, déc. 2019.

³ B. Racine, « L'auteur et l'acte de création », janv. 2020, p. 121.

étendu, en y incluant notamment la direction de collection, comme je m’y étais engagé (...) »
A ce jour, aucun décret n’a fait suite à ces propos, mais l’organe ministériel semble avoir pris en considération les éléments proposés par de nombreux « acteurs » du milieu de l’édition.

Cette évolution permettrait de rétablir les directeurs de collection dans leurs droits eu égard à la propriété littéraire et artistique. En effet, la preuve du droit d’auteur serait de nouveau un élément accueilli par les tribunaux et les organes de sécurité sociale. Néanmoins, il reste à considérer la marge d’appréciation qu’il leur serait laissée.

De plus, la question de l’application des contrats signés sous l’empire de l’interprétation antérieure de l’Agessa est complexe¹. Le contrat de directeur de collection est un contrat dont la durée peut s’étendre sur des dizaines d’années, correspondant à la durée de la propriété littéraire et artistique. L’application des modalités de rémunération prévues dans ces contrats pourrait exposer l’éditeur à des redressements, et le défaut d’application de ces mêmes modalités mettrait alors en jeu la responsabilité contractuelle de l’éditeur. L’insécurité juridique est considérable sur cet aspect et les éditeurs ont déjà commencé à résilier certains contrats de direction de collection². Selon le Syndicat national de l’édition, ce processus n’est pas anodin et pourrait générer des réticences des directeurs de collection, voire des tensions entre directeurs de collection et éditeurs³.

Face à une telle insécurité juridique, la redéfinition d’un statut autonome et clair du directeur de collection est souhaitée par tous les professionnels de l’édition, afin d’assurer la pérennité d’une fonction considérée comme un pilier de la création littéraire.

De même, le droit des marques est affecté par une insécurité juridique non moins préjudiciable (II).

II. L’avenir des droits sur une marque déposée

La tendance à la consécration de preuves impossibles de la distinctivité d’une marque semble annoncer quelques difficultés pour les titulaires de droits. En effet, l’appréciation de la distinctivité postérieure à la délivrance d’un droit sur la marque fait encourir le risque d’un constat de la nullité du titre. A l’égard du titulaire, c’est une source d’insécurité juridique considérable.

¹ Entretien précité, J. Chouraqui.

² Entretien précité, J. Laissus.

³ Entretien précité, J. Chouraqui.

Dans l'hypothèse d'une marque valablement déposée, son titulaire développe une stratégie sur le long terme, emportant des investissements financiers et humains conséquents. Dès lors que la distinctivité ne peut être prouvée, la marque déposée risque d'être sanctionnée par la nullité. La conséquence sur l'activité normale de l'entreprise titulaire peut être d'envergure. A l'insécurité juridique s'ajoute une insécurité économique, qui vient contrevenir à l'activité des firmes et à une concurrence saine et dynamique.

Les droits de propriété industrielle sont accordés dans un cadre qui comporte en lui-même une mise en balance entre différents intérêts privés et publics et permet de garantir une certaine sécurité juridique nécessaire. En effet, l'octroi d'un monopole d'exploitation sur un signe est une garantie pour « l'acteur » économique, stimulant une concurrence saine et incitant à la création et à l'innovation¹. Le développement d'exigences probatoires telles que celles critiquées tend à fausser cet équilibre et mettre en difficulté les titulaires de droits de propriété industrielle.

De plus, une telle tendance de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle encourage les contrefacteurs dans leur entreprise. En l'absence d'un droit privatif sur le signe, tout contrefacteur peut légalement s'adonner à sa reproduction et en tirer profit impunément. Au surplus, cet usage du signe par un tiers est contraire à l'intérêt du consommateur, aucune garantie n'étant établie quant à l'origine du produit, qui est expressément l'une des fonctions essentielles de la marque².

Les professionnels du secteur appellent de leurs vœux le rétablissement d'un contexte juridique loyal, en conformité avec les principes directeurs de l'Union européenne et le droit des marques.

¹ F. Levêque, « Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, frères ennemis ? », *Lamy Droit de l'immat.*, n°37, 1^{er} oct. 2013.

² J. Azéma et J.-C. Galloux, *op. cit.*, §1558 ; v. *supra* P1, C2, S2, I, p. 17 s.

CONCLUSION

Le concept de *probatio diabolica* est un élément historique du droit de la preuve, bien peu exploité. Pourtant, de par son ancrage dans une histoire commune qui remonte aux premiers jurisconsultes romains, elle fait corps avec les rouages les plus profonds de notre droit contemporain. La *probatio diabolica* est aujourd'hui plurielle. Sa genèse se situe dans le champ matériel de la preuve du droit de propriété corporelle mais elle s'est considérablement enrichie dans l'histoire récente. Dorénavant, la doctrine l'accueille concernant tout élément à apporter en justice dont la particularité tient à son impossibilité.

C'est alors que la *probatio diabolica* peut être une clé d'analyse utile. La difficulté intrinsèque d'une telle preuve empêche la satisfaction des exigences probatoires et l'unique issue est la perte du procès et du droit en cause. La consécration d'une preuve diabolique est une négation des droits subjectifs. Le seul protagoniste en mesure de passer outre de telles exigences est le juge, notamment par le biais des présomptions de l'homme. Il n'en reste pas moins que le justiciable est dans une situation d'insécurité juridique préjudiciable.

Dans le champ du droit de la propriété intellectuelle, la consécration de nouvelles *probatio diabolica* emporte des conséquences considérables. C'est l'observation de la résurgence dans l'histoire récente de telles preuves impossibles qui porte la présente étude. Cela concerne une pluralité de branches du droit de la propriété intellectuelle. Le droit d'auteur du directeur de collection en est la cible ; au même titre que le droit des marques, à l'échelle de l'Union européenne. S'atteler à l'étude de ces preuves impossibles appliquées au droit de la propriété intellectuelle permet de souligner l'illicéité de telles preuves. De plus, il s'avère que ces preuves diaboliques sont manifestement non-conventionnelles, d'une irrégularité criante eu égard au « droit à la preuve » issu du droit à un procès équitable.

Ces *probatio diabolica* illustrent les liens étroits qu'entretiennent la politique et le droit. En effet, les consécrations de ces preuves impossibles viennent s'inscrire dans des contextes particuliers et semblent servir des intérêts en marge de ceux des justiciables. Redressement des finances de la sécurité sociale pour l'un, incitation à une concurrence accrue voire déloyale au niveau européen pour l'autre, ces preuves impossibles sont des enseignements clés sur les sibyllins enjeux de la politique juridique.

Pourtant, il serait salutaire de s'atteler à reconsidérer le droit d'auteur et le droit des marques selon une interprétation davantage téléologique, en cohérence avec la substance des textes. Il en va de l'avenir de l'activité créatrice et de la pérennité des échanges commerciaux et économiques.

BIBLIOGRAPHIE

I. SOURCES

Codes

Code de la propriété intellectuelle.

Code civil.

Code du travail.

Code de la sécurité sociale.

Code de procédure civile.

Droit européen et international

PE et Cons. UE, directive 2015/2436, 16 déc. 2015, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, *JOUE* n° L 336, 23 déc. 2015.

PE et Cons. UE, règl. 2017/1001, 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne, *JOUE* n° L 154, 16 juin 2017.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 nov. 1950.

Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 20 mars 1952.

Autres textes

Loi n° 2018-1203, 22 déc. 2018, de financement de la sécurité sociale pour 2019, *JORF* n°0297, 23 déc. 2018.

Loi n° 2019-1446, 24 déc. 2019, de financement de la sécurité sociale pour 2020, *JORF* n°0300, 27 déc. 2019.

Ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035, 11 fév. 2016, texte n° 26.

Ord. n° 2019-1169, 13 nov. 2019, relative aux marques de produits ou de services, *JO* 14/11/2019.

Décret n° 2018-1185, 19 déc. 2018, relatif à l'affiliation, au recouvrement des cotisations sociales et à l'ouverture des droits aux prestations sociales des artistes-auteurs, *JORF* n°0295, 21 déc. 2018, n°28.

Arrêté 13 avr. 1981, art. 1, *JO* 14 avr. 1981.

II. OUVRAGES GENERAUX

- Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 5^e éd., 1902.
- J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2017.
- J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2^e éd., 2017.
- E. Dockès, G. Auzero et D. Baugard, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 33^e éd., 2019.
- M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, 1^{re} éd., 2017.
- C. Gauthier, S. Platon et D. Szymczak, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, 1^{re} éd., 2016.
- P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^e éd., 2019.
- S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 34^e éd., 2018.
- S. Hennette-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz Hypercours, 3^e éd., 2017.
- J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2010.
- P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 10^e éd., 2018.
- P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 7^e éd., 2018.
- H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil. Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, t. II, vol. 2, Ed. Montchrestien, 8^e éd., 1994.
- J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 2009.
- P. Rambaud, J.-L. Clergerie et A. Gruber, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2018.
- P. Simler, *Les biens*, PUG, 4^e éd., 2018.
- F. Terré et P. Simler, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2018.
- E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 1^{re} éd., 2015.
- M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2019.

III. MONOGRAPHIES

- F. Génay, *Des droits sur les lettres missives*, t. II, Sirey, 1911.
- E. Pierrat, *Le droit d'auteur et l'édition*, Ed. du cercle de la librairie, 1^{er} éd., 2013.
- B. Racine, *L'auteur et l'acte de création*, janv. 2020, p. 121.

IV. THESES

S. Le Cam, *L'auteur professionnel. Entre droit d'auteur et droit social*, LexisNexis, IRPI, 2012, préf.

A. Lucas et C. Bernault.

L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2006.

V. ARTICLES DE MELANGES

Y. Mausen, « *Per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*. Le problème de la preuve négative chez les Glossateurs » in *Mélanges A. Levebvre-Teillard*, 2009, p. 695.

M. Cohen-Branche, « Comment la Cour de cassation remédie à l'exigence de la preuve diabolique », in *Mélanges D.-R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 161.

VI. ARTICLES

C. Atias, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998, p. 203.

J.-M. Bruguière, « Les œuvres littéraires », *Rev. Droit et Litt.*, Lextenso, 2019, n°3.

H. Barbier, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Lamy Droit civil*, mai 2010.

P.-Y. Gautier, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica », *D.* 2006, p. 1861.

G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in « La preuve en droit », C. Perelman et P. Foriers (dir.), Bruylant, 1981, p. 277 s.

T. Lambert, « La marque, garantie de qualité », *D.* 2015, p. 2087.

G. Lardeux, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.* 2017, 1.

J. Larguier, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.*, 1953, 1.

F. Levêque, « Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, frères ennemis ? », *Lamy Droit de l'immat.*, n°37, 1^{er} oct. 2013.

M. Malaurie-Vignal, « Distinctivité d'une marque figurative dans le domaine de la mode », *Propr. ind.* 2015, étude 25.

D. Mazeaud, « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », *D.* 1997, p.475.

F. Pollaud-Dulian, « La présomption prétorienne de titularité du droit d'auteur dans l'action en contrefaçon », *RTD com.* 2011. 45.

T. Revet, « Preuve du droit de propriété », *RTD civ.* 2002, p. 121 s.

P. Théry, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* 1992, n°23.

V. J. Van Compernelle, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *RTDH* 2012. 747.

VII. DICTIONNAIRE

L. Cadier (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 1^{re} édition, 2004.

G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020.

VIII. JURISPRUDENCE

Jurisprudence française

Cour de cassation

- Cass. Civ. 3^e, 20 juillet 1988, n° 87-10.998, *Bull. civ.* III, n°136 ; *Defrénois* 1989, art. 34470, p. 359, obs. H. Souleau ; *RTD civ.* 1989, p. 776, obs. F. Zenati.
- Cass. Com., 27 février 1990, *SA. Editio c/ Mazenod*, n°88-19.194 ; *RTD com.*, 1990, p. 208, obs. A. Françon.
- Cass. Civ. 1^{re}, 24 mars 1993, n° 91-16543, *Bull. civ.* I, n° 126 ; *RTD com.* 1995. 418, obs. A. Françon.
- Cass. Soc. 13 nov. 1996, n°94-13187 P, *Grands arrêts*, n°2 ; *Dr. soc.* 1996. 067, J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997. II. 911, J. Barthélémy.
- Cass. Civ. 1^{re}, 6 juill. 1999 ; *RIDA* 1999, n°182, p.187, obs. Kéréver.
- Cass. Civ. 1^{re}, 11 janv. 2000, n° 97-15.406, *Bull. civ.* I, n° 5 ; *D.* 2001, 890 ; *RD imm.* 2000, p. 145, obs. M. Bruschi ; *JCP G* 2000, I, 265, obs. H. Périnet-Marquet ; *Defrénois* 2000, art. 37196, obs. C. Atias ; *D.* 2001, p. 890, note J.-B. Donnier ; *RTD civ.* 2002, p. 121 s., obs. T. Revet.
- Cass. Com. 5 nov. 2002, *PIBD* 2003. III. 71.
- Cass. Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *Bull. civ.* 2006, n°4 ; *D.* 2006.1861, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; *RDC* 2006. 1080, obs. D. Mazeaud ; *RDC* 2006. 1131, note F. Collart Dutilleul ; *JCP* 2006. II. 10142, obs. L. Leveneur ; *JCP N* 206. 1256, obs. Thullier ; *RTD civ.* 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2006. 1206, note E. Savaux ; *Dr. et patr.* oct. 2006. 93, chron. P. Stoffel-Munck ; *Rev. sociétés*, 2006. 808, note J.-F. Barbiéri.

- Cass. Civ. 3^e, 14 févr. 2007, n°05-21.814, *Bull. civ.* III, n°25 ; *RTD civ.* 2007, p. 366, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2007, p. 768, obs. B. Fages.
- Cass. Com. 11 déc. 2007, n°03-20.747, *Bull. civ.* IV 2007, n°260 ; *RTD com.* 2008, p. 165, obs. D. Legeais.
- Cass. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n°11-14177 ; *D.* 2012. 1596, note Lardeux ; *D.* 2012. 2827, obs. Bretzner ; *D.* 2013. 269, obs. Fricero et 457, obs. Dreyer ; *RTD civ.* 2012. 506, obs. Hauser.
- Cass. Civ. 1^{re}, 3 mai 2018, n°17-17265.

Conseil d'État

- CE, juge des référés, 7 nov. 2018, n° 424479, *Rec. Lebon* 2018.
- CE Ch. réunies, 21 oct. 2019, n° 424779, *Rec. Lebon* 2019 ; *AJDA* 2020. 82 ; *PI.* 2020, n° 74, p. 39, obs. J.-M. Bruguière.

Cour d'appel

- Bourges, 1^{er} juin 1965 ; *D.* 1966. 44, note H. Delpech.
- Paris, 10 déc. 1980 ; *D.* 1981. 577, note F. Greffe.
- Paris, 21 nov. 1994 ; *RIDA*, 1995, n° 164, p. 381.
- Paris, Pôle 5, Ch. 2, 12 nov. 2010, n° 09-13664.
- Paris, Pôle 6, Ch. 6, 17 sept. 2014, n° 11/07677, M. Thierry X. c/ Les Éditions du Seuil ; *Lamy Droit de l'immat.*, n°108, 1 oct. 2014.

Autres

- TASS, 15 janv. 1996, *Payot c/URSSAF* ; *Légipresse*, 1996, n° 137, I, p. 153.
- TASS, 16 janv. 1996, *Albin Michel c/URSSAF*.
- TASS, 15 avril 1996, *Le Seuil c/URSSAF*.
- TA Paris, 3 sept. 2018, n°1815731.

Jurisprudence européenne

Cour de justice de l'Union européenne (anciennement CJCE)

- CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm BV c/ Winthrop*, *aff.* 16/74, *Rec.* I-1183 ; *RTD europ.* 1975. 593, concl. A. Trabucchi.
- CJCE, 17 oct. 1990, *CNL-SUCAL c/ HAG*, C-10/89, dit « arrêt *Hag II* », *Rec.* I-3711.
- CJCE, 4 mai 1999, *Winsurfing chiemsee produktions und vertriebs Gmbh.*, *aff.* C-108/97 et C-109/97, *Rec.* 1999 I-02779 ; *RTD europ.* 2000. 127, obs. G. Bonet.
- CJCE, 22 juin 2006, *Storck/OHMI*, C-25/05 P, *Rec.* p. I-5719, pt 83.

- CJUE, 24 mai 2012, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli / OHMI*, aff. C-98/11 P, D. 2014. 326, obs. C. Zolynski.
- CJUE, 25 juill. 2018, *Société des produits Nestlé e.a./Mondelez UK Holdings & Services*, C-84/17 P, C-85/17 P et C-95/17 P ; *PI* 2018, n° 69, obs. Y. Basire ; *Propr. ind.* 2018. comm. 52, obs. A. Folliard-Monguiral.
- CJUE, 6 sept. 2018, *Basic Net SpA/EUIPO*, aff. C-547/17 P ; *LEPI* 11/2018. 4, obs. F. Herpe.

Tribunal de l'Union européenne

- Trib. UE, 21 avril 2015, *Louis Vuitton Malletier c/ OHMI - Nanu-Nana*, T-359/12.
- Trib. UE, 21 avr. 2015, *Louis Vuitton Malletier c/ OHMI - Nanu-Nana*, T-360/12.

Cour européenne des droits de l'homme

- Cour EDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n°4451/70.
- Cour EDH, 12 juill. 1988 *Schenk c/ Suisse*, n°10862/84.
- Cour EDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer c/Pays-Bas*, n°14448/88, §33 ; *JCP* 1994, I., 3742, n°14, obs. Fr. Sudre.
- Cour EDH, 10 oct. 2006, *LL c/ France*, n°7508/02 ; *RTD civ.* 2007. 95. obs. J. Hauser.
- Cour EDH, 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/Belgique*, n°65097/01 ; *RTD civ.* 2008.650, obs. Marguénaud.

IX. AUTRES

- R. de Ceccaty, « Qu'est-ce qu'un directeur de collection ? », *Le Monde*, 18 décembre 2019.
- A. Gallimard, « Pas de livres sans directeur de collections ! », *Le Figaro*, 15 mars 2018.
- N. Vulser, « Edition : le statut d'auteur des directeurs de collection remis en question », *Le Monde*, 23 oct. 2018.
- N. Gary, *ActuaLitté*, 12 mars 2020.